

Gericht

OGH

Dokumenttyp

Entscheidungstext

Fundstelle

wbl 2016,52/14 - wbl 2016/14 = Jus-Extra OGH-Z 5915 = Jus-Extra OGH-Z 5919 = ÖZK 2016,37 (Gruber, Rechtsprechungsübersicht) = RPA 2016,74 (Barbist/Pinggera) = RZ 2016,92 EÜ59, 60 - RZ 2016 EÜ59 - RZ 2016 EÜ60 - soziale Sicherheit - NRZ-Betriebsges m.b.H.

Geschäftszahl

16Ok3/15z

Entscheidungsdatum

08.10.2015

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht in Kartellrechtssachen durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden, die Hofräte Dr. Schramm und Dr. E. Solé und die fachkundigen Laienrichter Kommerzialräte Dr. Haas und Dr. Dernoscheg als weitere Richter in der Kartellrechtssache der Antragstellerin Bundeswettbewerbsbehörde, 1020 Wien, Praterstraße 31, gegen die Antragsgegnerin V***** GmbH & Co KG, *****, vertreten durch Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie der weiteren Amtspartei Bundeskartellanwalt, 1011 Wien, Schmerlingplatz 11, wegen Verhängung einer Geldbuße gemäß § 29 Z 1 lit a iVm § 17 Abs 1 KartG 2005, über den Rekurs der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Kartellgericht vom 19. Dezember 2014, GZ 24 Kt 143/13-22, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Ein Kostenersatz findet nicht statt.

Text

B e g r ü n d u n g :

Die Antragsgegnerin ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der V***** AG, welche mit 77 % ihrer Anteile im Eigentum der F***** GmbH und diese wiederum zu 100 % im Eigentum der F***** & Co steht.

Die „N***** Rehabilitationszentrum R***** Errichtungs- und Betriebs GmbH“ (im Folgenden: NRZ BetriebsgesmbH) stand bis zum Jahr 2010 im alleinigen Eigentum der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft, die ihrerseits der Versicherungsträger für die Pensions- und Krankenversicherung der selbstständig Erwerbstätigen in Österreich (SVA) ist.

Im Juni 2009 schrieb die SVA die Betriebsführung der „Sonderkrankenanstalt für neurologische und neurophysiologische Rehabilitation der SVA, PPP-Model“ aus. Motivation der Ausschreibung war die Suche nach einem privaten Partner, der beginnend mit 1. 1. 2010 das Management der Sonderkrankenanstalt übernehmen und durch effiziente Betriebsführung die künftige Attraktivität für neue Kundensegmente und Indikationsbereiche sicherstellen sollte. Danach sollte das NRZ R***** im Eigentum der SVA bleiben, und die gegenseitigen Rechte und Pflichten der SVA und der Betriebsgesellschaft sollten in einem Pachtvertrag geregelt werden. Als Entlohnung für die Tätigkeit sollte eine Managementgebühr bezahlt werden. Im NRZ R***** befinden sich 131 Betten für die stationäre Aufnahme, Seminarräume, eine Cafeteria sowie eine zweigeschossige KFZ-Garage mit ca 120 Parkplätzen. Die Patientenstruktur setzt sich zum überwiegenden Teil aus von der PVA (58 %) und der SVA (23 %) zugewiesenen Patienten zusammen. Der Anteil an Privatpatienten betrug im Jahr 2008 ca 2 %.

Am 14. 9. 2009 meldete die Antragsgegnerin gemeinsam mit weiteren Partnern bei der Bundeswettbewerbsbehörde einen Zusammenschluss zur Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft, der „Neurologisches Therapiezentrum G***** GesmbH“ an. In der Anmeldung wurde ausgeführt, dass innerhalb des F*****-Konzerns auf dem Gebiet der neurologischen Rehabilitationsanstalten Gesamtbetriebsführungs-gesellschaften betreffend das „Neurologische Therapiezentrum K*****“ und die NRZ BetriebsgesmbH vorhanden seien. Dieser Gesamtbetriebsführungsvertrag laufe aber wegen Kündigung am 31. 12. 2009 aus. Darüber hinaus würden keine weiteren Unternehmensbeteiligungen in neurologisch-therapeutischen Gesundheitswesen gehalten. Das Kündigungsschreiben des Managementvertrags wurde vorgelegt und war auch Thema der Pränotifikationsgespräche zu diesem Zusammenschluss Ende Juli 2009. In einem Aktenvermerk vom 16. 9. 2009 hielt die zuständige Sachbearbeiterin der Bundeswettbewerbsbehörde fest, dass es dem ausgesprochenen Verständnis der Anmelderin und der Referentin entspreche, dass der Abschluss einer neuerlichen Managementvereinbarung mit einschlägigen Rehabilitationszentren ein anmeldepflichtiger Vorgang iSd § 7 Abs 1 Z 2 KartG wäre. Das NRZ R***** wurde bei der fusionsrechtlichen Prüfung des Zusammenschlusses nicht miteinbezogen.

Zur Ausschreibung der SVA in Vergabeverfahren vom Juni 2009 hatte die V***** AG am 14./15. 9. 2009 und am 13. 11. 2009 ein konkretes Angebot bezüglich der Betriebsführung und einer 49%igen Beteiligung an der NRZ BetriebsgesmbH ab 1. 1. 2010 gelegt.

Die SVA erteilte mit Schreiben vom 13. 1. 2010 der Antragsgegnerin den Zuschlag.

Am 21. 1. 2010 schlossen die NRZ-Betriebs-gesmbH und die Antragsgegnerin einen Managementvertrag ab. Am selben Tag wurde auch ein Syndikatsvertrag abgeschlossen und der Gesellschaftsvertrag der NRZ-BetriebsgesmbH adaptiert. Die Sonderkrankenanstalt selbst blieb im Eigentum der SVA, die Antragsgegnerin wurde aber an der NRZ BetriebsgesmbH mit einem Anteil von 49 % beteiligt. Die Übernahme des Managements erfolgte mit 1. 1. 2010 auf unbestimmte Zeit, wobei der Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr jeweils zum 31. 12. aufgekündigt werden kann. Das ordentliche Kündigungsrecht wurde für die Dauer von fünf Betriebsjahren, also bis 31. 12. 2014, ausgeschlossen. Bei Unterbleiben der ordentlichen Kündigung bis 31. 12. 2014 bleibt das ordentliche Kündigungsrecht für weitere fünf Jahre ausgeschlossen. Danach sollte der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für weitere fünf Jahre verlängert werden.

Am 2. 5. 2013 wurde bei der BWB die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, der „Therapiezentrum E***** Holding GmbH“, durch die Antragsgegnerin sowie weitere Teilnehmer angemeldet. In dieser Anmeldung ist auch die 49%ige Beteiligung an der NRZ BetriebsgesmbH angeführt.

Zur gleichen Zeit wurde bei der BWB ein weiterer Zusammenschluss betreffend die „Therapiezentrum E***** GesmbH“ angemeldet, an dem die Antragsgegnerin ebenfalls beteiligt war und in dem ebenfalls die Beteiligung an der NRZ BetriebsgesmbH angeführt war.

Mit einem externen Berater der V***** erörterten Vertreter der BWB in einem persönlichen Gespräch am 25. 7. 2013 die verfahrensgegenständliche Problematik, worauf eine Zusammenschlussanmeldung ehestmöglich zugesagt wurde, um die Dauer der Rechtsverletzung nicht noch weiter auszudehnen.

Nachdem der vorliegende Bußgeldantrag der BWB der Antragsgegnerin am 11. 12. 2013 zugestellt wurde, meldete diese am 13. 12. 2013 den Erwerb der 49 % Anteile an der NRZ-BetriebsgesmbH samt Abschluss des Managementvertrags zum Zweck der gesamten Betriebsführung des NRZ R***** als Zusammenschluss an. Die Amtsparteien haben keinen Prüfungsantrag gestellt, sodass das Durchführungsverbot mit Wirkung vom 11. 1. 2014 wegfiel.

Die Antragstellerin beantragt die Verhängung einer Geldbuße von 155.000 EUR wegen verbotener Durchführung eines Zusammenschlusses im Bezug auf den abgeschlossenen Managementvertrag samt Erwerb von 49 % der Anteile an der NRZ BetriebsgesmbH. Es handle sich dabei um einen Anteilserwerb iSd § 7 Abs 1 Z 3 KartG und um einen Kontrollerwerb iSd § 7 Abs 1 Z 2 KartG. Die Umsatzschwellen des § 9 KartG würden erreicht. Die Anmeldung des Vorhabens sei bis zum Bußgeldantrag der BWB nicht erfolgt, obwohl das Unternehmen bereits im Juni 2013 auf die verbotene Durchführung hingewiesen worden sei.

Das Kartellgericht verhängte die beantragte Geldbuße und ging in rechtlicher Hinsicht davon aus, dass es auf die Unternehmenseigenschaft der SVA nicht ankomme, jene der NRZ BetriebsgesmbH aber zu bejahen sei. Wesentlich für eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln sei das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf dem Markt bzw das Erbringen einer wirtschaftlichen Leistung, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein, gegen Entgelt. Entgegen der Meinung der Antragsgegnerin nehme die Sonderkrankenanstalt bzw deren Betriebsgesellschaft am wirtschaftlichen Leben teil. Sie werbe um pflichtversicherte Patienten auch auf ihrer Homepage und setze entsprechende PR-Aktivitäten. Auch erziele sie einen nicht unwesentlichen Teil der Umsatzerlöse aus der Cafeteria, aus Seminaren und sonstigen Erlösen. Sowohl der Managementvertrag als auch der Gesellschaftsvertrag seien auf unbestimmte Zeit geschlossen. Theoretische Kündigungsmöglichkeiten seien unerheblich und daher die notwendige Dauerhaftigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit zu bejahen. Mit der Durchführung des im Hinblick auf § 7 Abs 1 Z 2 und 3 KartG anmeldebedürftigen Zusammenschlusses ohne zeitnahe Anmeldung der Zuschlagserteilung habe die Antragsgegnerin gegen das Durchführungsverbot des § 17 Abs 1 KartG 2005 zumindest grob sorglos verstoßen. Für die Verhängung keiner oder einer bloß symbolischen Geldbuße bleibe kein Platz. Eine unklare Rechtslage habe entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin nicht bestanden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der Antragsgegnerin aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, den Antrag auf Verhängung einer Geldbuße abzuweisen, hilfsweise, nur eine symbolische Geldbuße zu verhängen, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Antragstellerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Rekursvorbringen:

Die Rekurswerberin vertritt zusammengefasst die Auffassung, dass die NRZ BetriebsgesmbH kein Unternehmen nach den Kriterien des EuGH und des Obersten Gerichtshofs sei und verweist dazu auf die Judikatur zu den Sozialversicherungsträgern. Die vollständige Abhängigkeit der NRZ BetriebsgesmbH von der SVA und die daraus resultierende Eingeschränktheit ihrer Tätigkeit bewirke, dass auch diese die angegebenen Kriterien erfülle und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe. Der Anteil der Privatpatienten von 2 % bewirke keine relevante Teilnahme am wirtschaftlichen Leben. Der Internetauftritt der NRZ-BetriebsgesmbH sei keine Werbung, die Patienten hätten lediglich eine Vorschlagsmöglichkeit, aber keine echte Wahl des Rehabilitationszentrums. Die konkrete Zuweisung erfolge aufgrund einer vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger definierten Zuweisungspraxis entsprechend den freien Kapazitäten und den Wohnsitzen der Patienten. Insofern bestehe auch kein Wettbewerb unter Rehabilitationseinrichtungen um die Zuweisung. Die Erlöse aus Cafeteria, Seminaren

uä machten nur insgesamt 3,3 % des Umsatzes der NRZ-BetriebsgesmbH aus; es handle sich um übliche Annexleistungen zu Rehabilitationseinrichtungen.

§ 7 Abs 1 Z 2 KartG erfasse nur auf Dauer angelegte Betriebsüberlassungs- bzw Betriebsführungsverträge. Der hier abgeschlossene Managementvertrag sei zwar auf unbestimmte Zeit geschlossen worden, es bestehe aber ein ordentliches Kündigungsrecht. Überdies könne der Vertrag, abhängig von der Qualität der Leistungserbringung, seitens der SVA ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist außerordentlich beendet werden. Die mangelnde Dauerhaftigkeit ergebe sich auch aus von der Antragsgegnerin vorgelegten Urkunden, wonach die SVA im Falle der Beendigung des Managementvertrags eine Call-Option zum Rückerwerb des 49%igen Anteils an der NRZ BetriebsgesmbH habe. Auch könne die Antragsgegnerin keine wirtschaftlichen Vorteile aus der Beteiligung selbst ziehen, weil angesichts der Gemeinnützigkeit des NRZ R***** allfällige Gewinne der Gesellschafter der NRZ BetriebsgesmbH nicht ausgeschüttet würden. Daraus ergebe sich, dass die Beteiligung der Antragsgegnerin an der NRZ BetriebsgesmbH lediglich den Zweck verfolge, die Erfüllung des Managementvertrags sicherzustellen. Die Dauer der Beteiligung hänge untrennbar von der Dauer der Dienstleistung ab und führe zu keinem auf Dauer angelegten Kontrollerwerb seitens der Antragsgegnerin. Es bestehe daher keine verbotene Durchführung eines Zusammenschlusses.

Die Antragsgegnerin habe mit guten Argumenten davon ausgehen können, dass der Beteiligungserwerb und die Übertragung der Betriebsführung mangels Unternehmenseigenschaft der NRZ BetriebsgesmbH nicht gegen das Durchführungsverbot verstoße. Aufgrund der unklaren Rechtslage treffe die Antragsgegnerin daher kein grobes Verschulden und wäre daher - wenn überhaupt - eine symbolische Geldbuße ausreichend gewesen.

Der Senat hat dazu erwogen:

2. Zu den Zusammenschlusstatbeständen:

Gemäß § 7 Abs 1 KartG gelten als Zusammenschluss ua der Erwerb eines Rechts durch einen Unternehmer an der Betriebsstätte eines anderen Unternehmers durch Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge (Z 2) bzw der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft, die Unternehmer ist, durch einen anderen Unternehmer sowohl dann, wenn dadurch ein Beteiligungsgrad von 25 %, als auch dann, wenn dadurch ein solcher von 50 % erreicht oder überschritten wird (Z 3).

Das vom Kartellgericht angenommene Vorliegen dieser beiden Tatbestände bekämpft die Antragsgegnerin in ihrem Rechtsmittel nur in Bezug auf die Unternehmenseigenschaft des Zielobjekts und die Dauerhaftigkeit der Tätigkeit.

3. Zur Unternehmenseigenschaft im Sinn des Wettbewerbsrechts:

3.1. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (EuGH C-159/91 und C-160/91, Poucet und Pistre, sowie C-264/01 ua, AOK-Bundesverband).

In Übereinstimmung damit geht auch die österreichische Rechtsprechung davon aus, dass unter dem Begriff „Unternehmen“ jede selbstständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person in der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen zu verstehen ist. Es wird eine funktionale Betrachtungsweise zugrunde gelegt, basierend auf der Art der ausgeübten Tätigkeit und nicht der Eigenschaften desjenigen, der sie ausübt (16 Ok 12/03). Der Umstand, dass das Kartellgesetz den Begriff „Unternehmer“ statt „Unternehmen“ verwendet, ist ohne Bedeutung und mit der traditionellen Begrifflichkeit zu erklären (vgl dazu Hoffer, Kartellgesetz, 17, sowie Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 1 Rz 5).

3.2. Der EuGH hat in der Entscheidung C-159/91 und C-160/91, Poucet und Pistre, Rn 18, in Bezug auf die Zahlung von Beiträgen für ein System sozialer Sicherheit ausgesprochen, dass Krankenkassen oder Einrichtungen, die bei der Verwaltung der öffentlichen Aufgabe der sozialen Sicherheit mitwirken, eine Tätigkeit mit ausschließlich sozialem Charakter erfüllen, weil sie auf dem Grundsatz nationaler Solidarität beruht und ohne Gewinnzweck ausgeübt wird und überdies die Leistungen von Gesetzes wegen und unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht werden.

3.3. Auch in der Entscheidung C-264/01 ua, AOK-Bundesverband, Rn 47, hat der EuGH im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Sozialversicherungsverband und einem Arzneimittelhersteller und der dort vorgesehenen Festsetzung von Festbeträgen für die Beteiligung der Krankenkassen an den Kosten der Arzneimittel festgehalten, dass Einrichtungen, die mit der Verwaltung gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherungssysteme betraut sind, einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, wenn sie nur die Gesetze anwenden und keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel sowie die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen.

In dieser Entscheidung wurde unter Bezugnahme auf EuGH 16. 11. 1995, C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurance und C-67/96, Albany, aber auch dargelegt, dass andere Einrichtungen, die gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit verwalten und nur einen Teil der genannten Merkmale aufweisen, als Unternehmen angesehen worden sind, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, und zwar im Zusammenhang mit Zusatzrentenversicherungen auch bei Pflichtmitgliedschaftssystemen, wenn der entsprechende Fonds die Höhe der Beiträge und Leistungen selbst bestimmt und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeitet (Rn 49 f). Es lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass Krankenkassen außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art Geschäftstätigkeiten ausüben können, die keinen sozialen, sondern wirtschaftlichen Zweck haben (Rn 58).

3.4. Im Anschluss an diese Judikatur hat das Kartellobergericht Nächstes Suchbegriff in 16 Ok 5/04 im Zusammenhang mit einer österreichischen Gebietskrankenkasse ausgeführt, dass sich die zur Abgrenzung der sozialen von der wirtschaftlichen Tätigkeit gesetzlicher Krankenkassen angewandten Kriterien wie folgt zusammenfassen lassen:

1. Mitwirkung an der Verwaltung eines Systems der sozialen Sicherheit,
2. Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität,
3. keine Gewinnerzielungsabsicht,
4. gesetzlich bestimmte Beiträge und gesetzlich bestimmte, im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen,
5. Unabhängigkeit der Leistungen von den Beiträgen.

Diese Kriterien treffen auf die Gebietskrankenkassen nach dem ASVG zu. Das von den Krankenkassen bereitzustellende Sachleistungssystem setzt voraus, dass Behandlungsleistungen entweder von Krankenversicherungsträgern selbst oder von Dritten - auf Rechnung der Krankenkasse - erbracht werden. Der Gesetzgeber des ASVG hat die möglichen Alternativen allerdings eingeschränkt, weil er die Krankenkassen verpflichtet, in erster Linie privatrechtliche Verträge mit freiberuflich tätigen Ärztegruppenpraxen sowie anderen befugten Berufsgruppen und Vertragspartnern abzuschließen (§ 338 Abs 1 ASVG). Eigene Einrichtungen der Versicherungsträger dürfen für die Versorgung mit diesen Leistungen nur nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Bestimmungen herangezogen werden (§ 338 Abs 2 ASVG).

3.5. Wendet man diese Kriterien auf die Zielgesellschaft an, so mag sie als ehemals alleinige Tochtergesellschaft der SVA nicht in Gewinnerzielungsabsicht handeln; dass sie aber an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit teilnimmt ergibt sich ebenso wenig wie, dass sie selbst den Grundsatz der Solidarität verwirklicht, gesetzlich bestimmte Beiträge für gesetzlich bestimmte Pflichtleistungen erhält oder dem Leistungsempfänger zu Leistungen unabhängig von seinen Beiträgen verpflichtet ist.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin ihr Tätigkeitsfeld nach den Feststellungen auch darauf ausgerichtet, andere Klientel als zugewiesene Rehabilitationspatienten anzusprechen. Insoweit bietet sie Leistungen auf Privatmärkten an. Dass dies möglicherweise in der Praxis nur eingeschränkt nachgefragt wird, sodass die Umsätze aus diesen Geschäftsfeldern nur einen geringen Prozentsatz des Gesamtumsatzes erreichen, wie die Rekurswerberin argumentiert, ist nach dem oben dargelegten funktionalen Unternehmensbegriff unerheblich, weil es ausreicht, dass wirtschaftliche Leistungen gegen Entgelt angeboten bzw erbracht werden (Hoffer, Kartellgesetz, 18; Gippini-Fournier/Mojzesovicz in Loewenheim/Meessen/ Riesenkampff, Kartellrecht², Art 81 Abs 1 EG Rz 40; Käseberg in Langen/Bunte,

Kartellrecht II12 Art 3 FKVO Rz 9), ja sogar potentielle unternehmerische Tätigkeit ausreichend ist (Reidlinger/Hartung, Das österreichische Kartellrecht³, 23).

Insgesamt ergibt sich daher, dass das Zielunternehmen die von der Rechtsprechung zu Sozialversicherungen aufgestellten Kriterien nicht erfüllt und von der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle nicht ausgenommen ist.

4. Zur Dauerhaftigkeit der Tätigkeit:

Ausgehend vom Charakter der Fusionskontrolle als Strukturkontrolle sollen nur Vorgänge erfasst werden, die zu einer dauerhaften Änderung der Marktstruktur führen. Diese Prognose hat ex ante zu erfolgen (Bechtold/Bosch/Brinker, EU-Kartellrecht³, Art 3 FKVO Rz 11). Die Europäische Kommission nimmt im Rahmen der FKVO eine dauerhafte Veränderung an, wenn der Erwerbsvorgang unbefristet ist. Eine bloß theoretische Kündigungsmöglichkeit ist unerheblich. Bei vertraglichen Vereinbarungen, die befristet sind, verlangt sie eine Vertragsdauer von mindestens zehn Jahren, im Einzelfall wurden auch acht Jahre als ausreichend gesehen. Kürzere Zeiträume können dann zu dauerhaften Änderungen führen, wenn sie verlängert werden können und eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Verlängerung besteht (Käseberg in Langen/Bunte, Kartellrecht II12 Art 3 FKVO Rz 27).

Auch im Bereich des § 37 GWB wird angenommen, dass in der Fusionskontrolle eine dauerhafte Veränderung der Marktstruktur vorliegen muss. Bei unter diesem Aspekt zu beurteilenden schuldrechtlichen Vereinbarungen bedarf demnach die Dauerhaftigkeit besonderer Prüfung. Eine dauerhafte Veränderung wird so zB bei einer Lizenzdauer von fünf Jahren angenommen (Bach in Bornkamm/Montag/Säcker, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 2 § 37 GWB Rz 39).

Im österreichischen Rechtsbereich wurde eine dauerhafte Veränderung der Marktstruktur im Hinblick auf eine nur mit einer Kündigungsfrist von zehn Jahren auflösbare Vereinbarung angenommen (vgl Urlesberger in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 7 KartG Rz 28 mit weiteren Verweisen auf die Praxis der Europäischen Kommission).

Wie bereits das Erstgericht dargelegt hat, sind hier sowohl der Management- und Betriebsführungsvertrag als auch der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich auf unbestimmte Zeit ausgelegt, abgesichert durch langjährige Kündungsverzichte (im Management- und Betriebsführungsvertrag wird auf die ordentliche Kündigung fünf Jahre verzichtet plus automatischer fünfjähriger Verlängerung dieses Verzichts, wenn nicht zum Ablauf der ersten Fünfjahresfrist gekündigt wird), außerdem bestehen Optionen auf Verlängerung der Zeiträume des Kündungsverzichts.

Damit kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass der hier zu beurteilende Vorgang grundsätzlich auf Dauer ausgerichtet ist. Dass ein Dauerschuldverhältnis bei nicht ordnungsgemäßer Leistungserbringung jederzeit außerordentlich aufgelöst werden kann, ist diesem Rechtsinstitut

wesensimmanent und ändert an dieser Einschätzung ebenso wenig wie die Tatsache, dass für den Fall der Beendigung des Managementvertrags auch die Auflösung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung vorgesehen ist. Wie die Rechtsmittelwerberin in ihrem Rekurs ohnehin ausführt (S 8), ist wesentliche Grundlage der Rechtsbeziehungen die Führung der Sonderkrankenanstalt, weshalb zwischen der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung und dem Management- und Betriebsführungsvertrag eine enge Verknüpfung besteht.

Der gesamten gewählten Vertrags- und Beteiligungskonstruktion liegt jedenfalls ex ante eine Ausrichtung auf unbestimmte Zeit - und somit auf Dauer - zu Grunde, sofern nicht außerordentliche Gründe - wie die mangelhafte qualitative Leistungserbringung - zur unvorhergesehenen Beendigung der vertraglichen Beziehungen führen.

5. Zur behaupteten unklaren Rechtslage:

Die Rekurswerberin meint in Zusammenhang mit der Höhe der verhängten Geldbuße, dass es keine oberstgerichtliche Judikatur zur Frage gebe, ob eine eigene Einrichtung einer Krankenkasse, die der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Krankenkasse dient, in Bezug auf ihre Unternehmenseigenschaft kartellrechtlich genauso wie eine Krankenkasse zu beurteilen ist. Deshalb habe für die Antragstellerin eine unklare Rechtslage bestanden.

Wie bereits zuvor dargelegt, ist keiner der Entscheidungen des EuGH oder des Obersten Gerichtshofs zu entnehmen, dass die Ausnahme in Bezug auf die wettbewerbsrechtlich relevante Unternehmenseigenschaft für Systeme der sozialen Sicherheit, die auf dem Solidaritätsgedanken beruhen, auch auf von diesen privatrechtlich organisierten Einheiten anzuwenden wäre, die die Krankenkassen zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben heranziehen, sofern auf diese Einheiten selbst - wie hier - die von der Judikatur herausgearbeiteten Kriterien der Ausnahme nicht zutreffen. Eine solche Ausdehnung war im Hinblick auf den grundsätzlich weiten Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts bzw dessen weite Auslegung (vgl Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG § 1 Rz 6; Hirsbrunner/Rating in Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht² 4, Artikel 3 FKVO Rz 8) auch nicht zu erwarten. Jedenfalls kann diese Rechtslage aber keine Rechtfertigung dafür ergeben, dass die Rekurswerberin die ihr allenfalls fragwürdig erscheinende Anmeldebedürftigkeit nicht zumindest zu klären versuchte, sondern den Zusammenschluss zunächst ohne Anmeldung durchführte und auch einem entsprechenden Hinweis der BWB über die Anmeldebedürftigkeit nicht nachkam.

Mit dem Erstgericht ist daher davon auszugehen, dass kein Raum für die Verhängung einer bloß symbolischen Geldbuße besteht.

6. Ein Kostenersatz findet sowohl im Hinblick auf die Erfolglosigkeit des Rechtsmittels als auch grundsätzlich mangels mutwilliger Rechtsverfolgung iSd § 41 KartG nicht statt.