

# Effizienz als ein Leitmotiv in der Handelsgerichtsbarkeit<sup>1</sup>

*Christian Helmenstein*

*Economica Institut für Wirtschaftsforschung  
Industriellenvereinigung*

*Judith Maria Böhler-Grimm*

*CELEX Center for Legal Excellence  
Economica Institut für Wirtschaftsforschung*

April 2018

## 1 Einleitung<sup>2</sup>

Es gibt eine Reihe von Gründen, warum eine volkswirtschaftlich relevante Aktivität in ihrer Bedeutung unterschätzt wird:

- Weil sie unterdokumentiert ist – wo Zahlen und Fakten fehlen, ist man auf Vermutungen, also subjektive Einschätzungen, angewiesen;
- Weil sie sich der Sichtbarkeit entzieht – das gilt für insbesondere für alle immateriellen Vorgänge;
- Weil sie professionell im Hintergrund passiert und daher in ihrer Quasi-Selbstverständlichkeit kaum noch wahrgenommen wird.

Alle drei Gründe treffen auf die Handelsgerichtsbarkeit zu. Die Bedeutung der Handelsgerichtsbarkeit für Wertschöpfung und Beschäftigung sowie ihre fiskalische Relevanz blieben bis dato weitestgehend empirisch undokumentiert. Das durch die Handelsgerichtsbarkeit bereitgestellte, hohe Gut der Rechtssicherheit hat geradezu ikonenhaft nicht-tangiblen Charakter, und die Versorgungsunterbrechungen bei seiner Erzeugung liegen unterhalb jeder öffentlichen Wahrnehmungsschwelle.

---

<sup>1</sup> Beitrag zu S. Bydliniski und M. Wittmann-Tiwald (Hrsg., 2018): „300 Jahre staatliche Handelsgerichtsbarkeit“, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Band 167, NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien und Graz, S. 47-59.

<sup>2</sup> Unser besonderer Dank gebührt allen involvierten Akteurinnen und Akteuren des Bundesministeriums für Justiz, des Handelsgerichts Wien, des Bundesrechenzentrums und der Vereinigung der Rechtspfleger, die es ermöglicht haben, binnen einer kurzen Zeitspanne unseren Datenanliegen Rechnung zu tragen. Darüber hinaus danken wir Helmut Berrer sowie Nicole Busch, Samuel Hönigl und Marion Moshhammer für ihre Mitwirkung.

Was aber in seiner Bedeutung unterschätzt wird, wird im standortpolitischen Diskurs mitunter nicht hinreichend wertgeschätzt – und damit bleiben Potenziale für Wertschöpfung, Beschäftigung und somit Wohlstand unausgeschöpft. Man könnte versucht sein zu formulieren, dass die Handelsgerichtsbarkeit auch Opfer ihres eigenen Erfolges wäre.

Welche Vorteile kann eine moderne Volkswirtschaft aus der Handelsgerichtsbarkeit ziehen? “Unless economic efficiency is held to be of no importance, one can no more avoid the use of economic models in this context than one can avoid speaking prose.”<sup>3</sup> Das ökonomische Kalkül muss nicht in jedem Rechtsgebiet so unmittelbar offensichtlich sein wie beispielsweise im Kartellrecht. Denn hier entstammen schon Schlüsselkonzepte wie jene des „relevanten Marktes“, des „Marktzutritts“ oder des „Marktverhaltens“ der ökonomischen Sphäre, sodass eine Anwendung von Kartellrecht per se nicht ohne Einbettung in den betreffenden ökonomischen Kontext stattfinden kann.

Doch auch für weniger offensichtliche Anwendungsbereiche ökonomischen Kalküls mag die These gelten, dass jedes *rechtliche* Handeln oder Unterlassen signifikante *wirtschaftliche* Auswirkungen nach sich zieht. Konkret sind mit jeder juristischen Entscheidung, unter anderem und gerade in der Handelsgerichtsbarkeit, ökonomische Effizienzwirkungen verbunden. Diese Effizienzwirkungen finden sich in Themen der Gesetzgebung, beim Notariat als Torwächter von Rechtssicherheit bei Register- eintragungen, dem gewerblichen Rechtsschutz sowie in der effizienten Rechtsdurchsetzung. Im vorliegenden Beitrag sollen im Folgenden diese genannten Schnittstellen von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft exemplarisch herausgearbeitet und als verbindendes Element Effizienzerwägungen in den Mittelpunkt der Analyse gestellt werden.

## 2 Effizienz in der Gesetzgebung – die Wirkung der neuen Aufgriffschwelle in der Fusionskontrolle

Durch das KaWeRÄG 2017 wurde eine Aufgriffschwelle, die vor allem die digitale Wirtschaft trifft, neu eingeführt. Damit soll im Hinblick auf die Vermeidung von Monopolbildungen in der sogenannten „digitalen Wirtschaft“ der Wettbewerbsbehörde eine wettbewerbliche Prüfkompetenz in Fällen zukommen, in denen die übliche Umsatzschwelle nicht greift. Nunmehr müssen auch Zusammenschlüsse bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) angemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss Umsatzerlöse von weltweit insgesamt mehr als EUR 300 Millionen erzielten, die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss im Inland Umsatzerlöse von insgesamt mehr als EUR 15 Millionen erreichten, der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als EUR 200 Millionen beträgt und das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.

Das Abgehen von einem rein umsatzbasierten System wird damit gerechtfertigt, dass die neue „Kaufpreis“-Aufgriffschwelle dem Umstand Rechnung tragen soll, dass der Wert von Unternehmen, die

---

<sup>3</sup> *Schmalensee*, On the Use of Economic Models in Antitrust: The Realemon Case, University of Pennsylvania Law Review 1979, Vol. 127, 994.

vorwiegend in der digitalen Wirtschaft tätig sind (und deren Wert oftmals in angesammelten Datenbeständen liegt) nicht durch deren Umsätze reflektiert wird. Dies entspricht auch dem Verständnis, dass ein fehlender oder geringer Umsatz des Zielunternehmens nicht mehr automatisch auf dessen geringere wirtschaftliche Bedeutung schließen lässt.<sup>4</sup>

Diese vermeintliche Lücke in der Fusionskontrolle, die zu Monopolbildungen im digitalen Wirtschaftsbereich hätte führen können, wurde mit einer Kaufpreis-Aufgriffschwelle von EUR 200 Millionen Transaktionsgegenwert und einer Herabsetzung des Inlandsumsatzes auf EUR 15 Millionen geschlossen. Grundüberlegung war, dass von der neuen Umsatzschwelle vor allem Zusammenschlüsse erfasst werden, bei denen das Zielunternehmen zwar nur geringe Umsätze erzielt, aber zu einem hohen Preis von einem umsatzstarken Erwerber gekauft wird.

Während noch im Begutachtungsentwurf keine Inlandsumsatzschwelle vorgehen war,<sup>5</sup> soll diese nunmehr sicherstellen, dass ein ausreichender Österreich-Bezug vorliegt. Hierbei stellt sich zum einen die grundsätzliche Frage, inwiefern ein Österreich-Bezug nicht ohnehin schon gewährleistet ist, indem das zu erwerbende Unternehmen in erheblichem Umfang im Inland tätig sein muss. Weiters stellt sich die Frage nach Erwerbsvorgängen eines rein ausländischen Investors ohne Inlandsumsatz von österreichischen Start-ups, die von der derzeitigen Regelung nicht erfasst werden. Bei einer solchen Konstellation würde keine Fusionskontrolle ausgelöst. Besteht das Risiko einer Monopolisierung nicht auch in diesem Fall? In Bezug auf erstere Konstellation wäre die Regelung also redundant, in Bezug auf letztere lückenhaft.

Empirisch betrachtet stellt sich die Frage, wie sich die neuen Schwellenwerte in der Praxis auswirken werden. Wie viele Unternehmen sind überhaupt in Österreich aktiv, die realistischere einen Unternehmenswert von EUR 200 Millionen repräsentieren, aber über keine oder in Relation dazu vernachlässigbare Umsätze verfügen? Damit einher ginge sodann die Frage, mit wie vielen Anmeldungen bei der BWB aus diesem Titel heraus zusätzlich zu rechnen wäre?

Bei Veränderungen im regulatorischen Rahmen nicht zu vernachlässigen ist darüber hinaus deren Signalwert: Beeinflussen die neuen Fusionskontrollschwellen den Innovationsstandort Österreich in Bezug auf Start-up-Unternehmen? Die vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung geht davon aus, dass eine exakte Ermittlung der Zahl der jährlich zu erwartenden Fälle, die zusätzlich von der Anmeldepflicht erfasst sein werden, nicht möglich ist. Begründet wird dies damit, dass für die Vergangenheit keine ausreichende Datengrundlage existiert, auf deren Basis eine zuverlässige Prognose für die Zukunft getroffen werden könnte. Das liegt schon darin begründet, dass keine Pflicht zur öffentlichen Bekanntgabe des Wertes der Gegenleistung bei einer potenziell relevanten Transaktion

---

<sup>4</sup> Erläuterungen zum Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 – KaWeRÄG 2017, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_01522/fname\\_618926.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01522/fname_618926.pdf), zuletzt abgerufen am 8.4.2018, 1; Mertel, Ausweitung der Zusammenschlusskontrolle durch das KaWeRÄG 2017, ÖZK 2017, 91.

<sup>5</sup> Siehe § 10 Abs 5 WettbG idF ME Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2016, 248/ME 25. GP.

bestand und besteht. In der Regel unterliegt dieser Wert der zwischen den beteiligten Parteien vereinbarten Vertraulichkeit. Angenommen wird eine Zahl von fünf Anmeldungen pro Jahr.<sup>6</sup>

Zwar wird die unterstellte Anzahl von relevanten Transaktionen nach Maßgabe der derzeitigen Unternehmenspopulation in Österreich, insbesondere des sogenannten „Gazellen-Segmentes“, wohl selten auch nur annähernd erreicht werden, doch wird die eigentliche wettbewerbliche Beurteilung einer Anmeldung aufgrund der neuen Schwellen von besonderem Interesse sein.

Dies führt zu der Frage nach der ökonomischen Analysekompetenz der zuständigen Instanzen. Denn das durch ein Start-up-Unternehmen entwickelte Produktportfolio, welches um EUR 200 Millionen als Gegenleistung verkauft wird, erfordert nicht nur die Beschäftigung mit klassischen Konzepten der Wettbewerbsanalyse, sondern zusätzlich mit der Abgrenzung von und der Marktmacht auf Innovationsmärkten, deren Analyse nicht nur noch anspruchsvoller ist, sondern deren Regulierung auch mit inhärenten Widersprüchen umzugehen hat. Etwa dem, dass Innovationsmärkte einerseits per definitionem durch temporäre Monopolstellungen geprägt sind – sonst würde es sich bei dem betreffenden Produkt nicht um eine Innovation handeln (für welche wiederum nähere oder weitere Substitute existieren können) –, die zudem wohlintendiert durch Patente und andere Schutzrechte noch abgesichert werden können, andererseits aber eine Fusionskontrolle ausgeübt werden soll, deren Zweck gerade darin besteht, solchen Monopolstellungen entgegenzuwirken. Oder dient die Meldepflicht primär dazu, das Informationsanliegen von Instanzen zu stillen, die von solchen vereinzelt Transaktionen sonst wahrscheinlich keine Kenntnis erlangen würden? Wäre dies der Fall, handelte es sich um eine unnötig transaktionskosteninduzierende Auflage, die schon aufgrund des damit einhergehenden Informationsabflusses abzulehnen wäre.

### 3 Das Notariat als Torwächter von Rechtssicherheit bei Registereintragungen

Vor dem Hintergrund der großen Rezession und der in europaweiter Betrachtung zähen konjunkturellen Erholung in ihrem Gefolge waren die vergangenen Jahre von einer Diskussion um die Aufrechterhaltung der Formpflicht unter anderem bei der Gründung von Kapitalgesellschaften gekennzeichnet. Insbesondere wurde gefordert, auf die verpflichtende Involvierung des Notariats zu verzichten in der Hoffnung, dass dadurch eine höhere Gründungsdynamik erreicht werden könnte. Aus empirischer Sicht führt dies zu der Frage, ob mit der allfälligen Abschaffung der Formpflicht ein volkswirtschaftlicher Effizienzgewinn verbunden wäre. Um dieser Frage nachzugehen, haben wir vom Handelsgericht Wien sowie dem Bundesrechenzentrum unter anderem Daten zu den Neueintragungen im Firmenbuch in anonymisierter (sowie zum Teil aggregierter) Form herangezogen.

---

<sup>6</sup> Vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung, Bundesgesetz mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV\\_COO\\_2026\\_100\\_2\\_1347113/COO\\_2026\\_100\\_2\\_1347328.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV_COO_2026_100_2_1347113/COO_2026_100_2_1347328.pdf), zuletzt abgerufen am 24.11.2017.

Die empirische Auswertung der insgesamt betrachteten 17.672 Neueintragungen im Firmenbuch im Jahr 2016 führt zu folgenden Ergebnissen: unmittelbar entsprachen 70,1% der Eingaben, während bei 26,3% der Neueintragungen ein, bei 3,1% zwei und bei 0,5% drei oder mehr Verbesserungsaufträge zu verzeichnen waren. Daraus errechnet sich eine durchschnittliche Anzahl der Verbesserungsaufträge von 0,34 pro Neueinreichung. Dementsprechend löst jede vierte Neueinreichung mindestens einen oder sogar mehrere Verbesserungsaufträge aus.

Über alle Rechtsformen hinweg (also im Vergleich mit Rechtsanwälten, Partnerschaften, Sozietäten und unvertretenen Akteuren) erreichen Notarinnen und Notare unter allen Einschreibern die geringste Anzahl an Verbesserungsaufträgen pro Neugründung. Absolut kommt es bei einem Notar als Einschreiber durchschnittlich zu 0,29 Verbesserungsaufträgen, bei anderen Einschreibern sind durchschnittlich bis zu 0,47 Verbesserungsaufträge pro Vorgang zu erwarten. Die durchschnittliche Anzahl der Verbesserungsaufträge aller anderen Einschreiber liegt dementsprechend zwischen 17% und 62% über der Anzahl der Verbesserungsaufträge von Notaren.

In Bezug auf das Mengengerüst bei der Unternehmensgründung ist die Involvierung eines Notars somit volkswirtschaftlich effizient. Ob dies auch dann gilt, wenn nicht nur das Mengengerüst, sondern ebenfalls die Preiskomponente in die Analyse einbezogen würde, lässt sich an dieser Stelle nicht beantworten. Zu diesem Zweck wäre in einem nächsten Schritt zu untersuchen, ob und inwieweit der kostenmindernde und damit effizienzerhöhende Qualitätsvorteil der Involvierung eines Notars durch das für diese Leistung zu entrichtende Entgelt (teil)kompensiert wird, wobei zu berücksichtigen wäre, dass die dann anderweitige Leistungserbringung ebenfalls einen Ressourcenaufwand implizierte. Dies bleibt zukünftigen Analysen vorbehalten, dennoch lässt sich ergänzend zu den vorstehenden Befunden schon an dieser Stelle festhalten:

Erstens wirkt vorsorgende Rechtspflege qualitätserhöhend – dies unterstreicht frühere rechtssystemvergleichende empirische Ergebnisse, dass sowohl die Ex-post-Kosten der Rechtsdurchsetzung als auch die gesamtgesellschaftlichen Rechtskosten in Systemen mit lateinischem Notariat niedriger als in Common law-Systemen sind.<sup>7</sup>

Dies wiederum impliziert zweitens, dass die mit der Aufrechterhaltung hoher Qualitätsstandards verbundenen Kosten nicht verschwinden, sondern je nach Ausgestaltung lediglich an anderen Stellen im System anfallen; die derzeit vom Notariat erfüllte Torwächter-Funktion ließe sich dem Grunde nach auch auf andere Akteure übertragen – seien es staatliche oder private.

Wenn es sich um staatliche Akteure handelte, ginge es neben der Effizienzthematik auch um die gesellschaftliche Grundsatzdiskussion der relativen Bedeutung von privater gegenüber öffentlicher Leistungserbringung, also um die Definition der Aufgaben des Staates und somit letztlich um die Frage der Konturen von Zivilgesellschaft und Staat.

---

<sup>7</sup> Economica Institut für Wirtschaftsforschung und FIDES Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2015): Dimensions of Legal Certainty in the EU, A Legal-Economic Study on European Civil Law Notaries, Studie im Auftrag des CNUE, Brüssel, Paris und Wien.

Wenn es sich um andere private Akteure handelte, wären sowohl Effizienz- als auch Verteilungsfragen berührt. Dabei wäre zunächst der Beweis zu führen, dass bei gleicher Quantität eine zumindest gleiche oder sogar bessere Qualität anderweitig zu niedrigeren Kosten erbracht werden könnte.

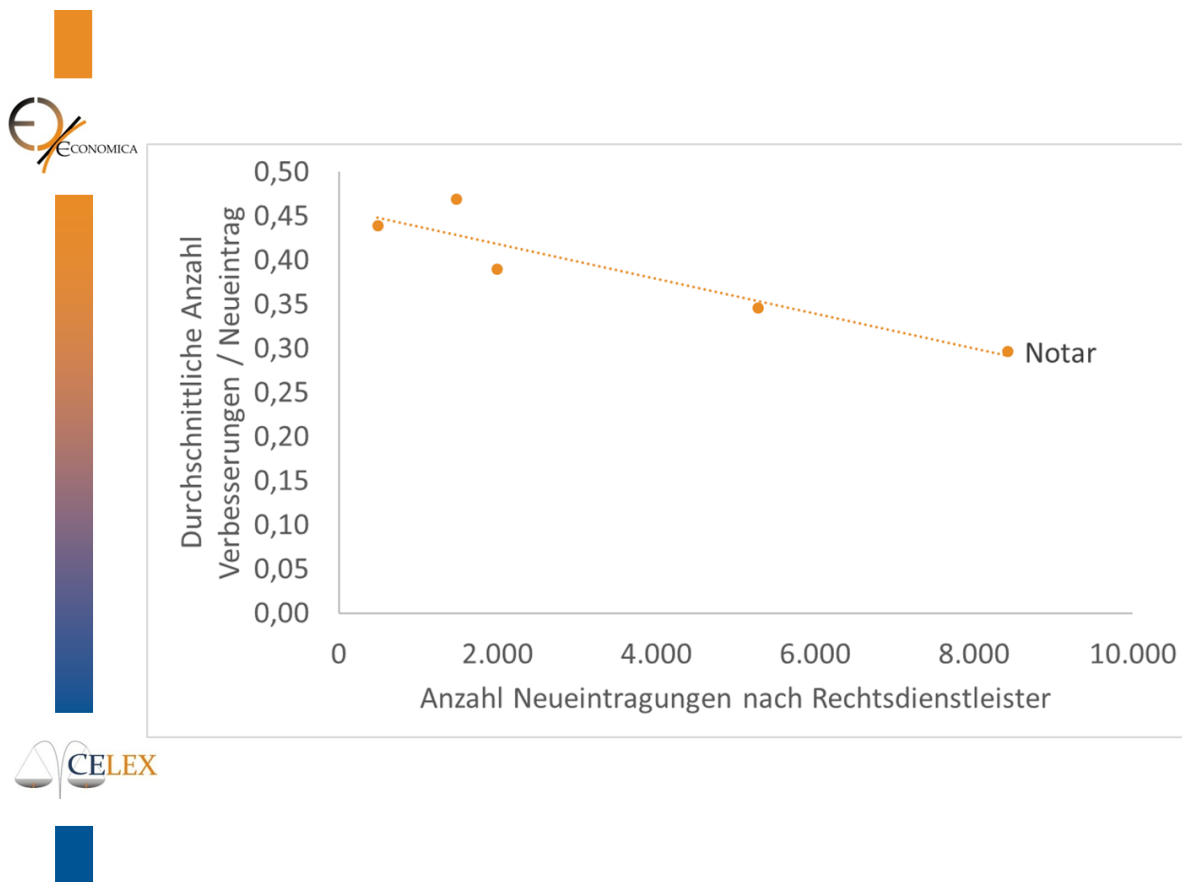
Eine signifikante Einflussgröße für die Qualität einer Transaktion ist die Häufigkeit ihrer Durchführung. Dieses Resultat bestätigt hier aus einer anderen Perspektive ein früheres Resultat unserer empirischen Forschung auf der Basis von Daten der notariellen Berufshaftpflichtversicherung: Es existiert ein sogenanntes inneres Regulierungsoptimum:<sup>8</sup> ein Zuviel an Wettbewerb kann, wie auch ein Zuwenig an Wettbewerb, nachteilig sein. Ein Zuviel an Wettbewerb verringert die durchschnittliche Anzahl von Transaktionen pro Rechtsdienstleister mit negativen Wirkungen auf die Fehleranfälligkeit der Leistung, insbesondere wenn es sich um komplexe Materien handelt. Zugespitzt formuliert: eine (gegebenenfalls durchaus hoch angesetzte) Mindestqualität setzt Mindesttransaktionsvolumina pro Rechtsdienstleister voraus.

Abbildung 1 deutet an, dass ein solcher Zusammenhang zwischen der Transaktionshäufigkeit und der durchschnittlichen Anzahl der Verbesserungsaufträge ebenfalls existiert: Je mehr Transaktionen nach dem Typus des Einschreiters durchgeführt werden, desto geringer fällt die durchschnittliche Zahl der Verbesserungsaufträge aus. Angesichts der sehr kleinen Anzahl von Datenpunkten lässt sich an dieser Stelle jedoch keine rigorose statistische Analyse durchführen.

---

<sup>8</sup> C. Helmenstein, K. Scholtès-Dash und H. Berrer (2017): „The Inner Regulation Optimum of the Notarial Profession“, S. 611-617, in: M. Schauer und B. Verschraegen (Hrsg.): General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law, Springer, Dordrecht.

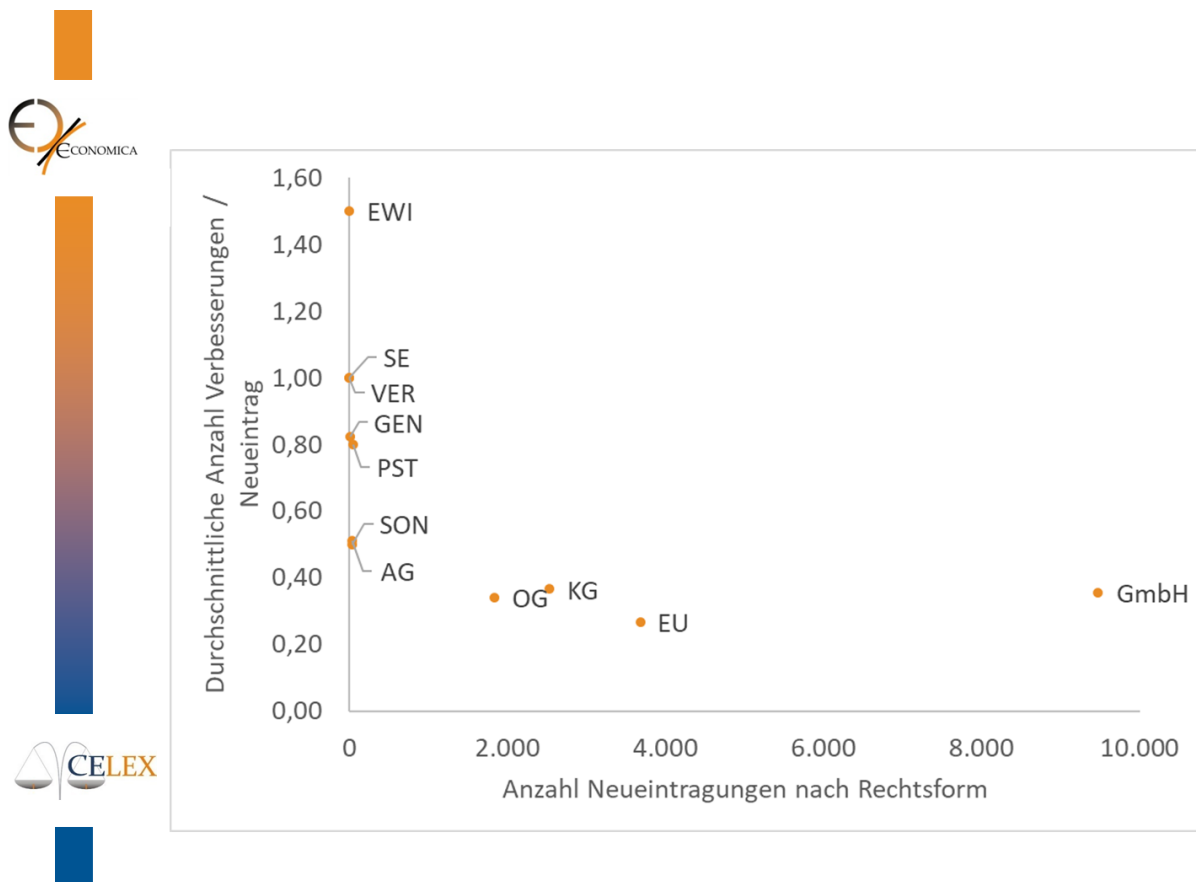
Abbildung 1: Anzahl der Verbesserungen bei Neueintragungen nach Einschreitern



Quelle: Bundesrechenzentrum; CELEX, Economica.

Hier mag man einwenden, dass sich die jeweiligen Einschreiter möglicherweise mit Vorgängen unterschiedlicher Komplexität konfrontiert sehen. Falls Notare und Rechtsanwälte vor allem mit den Vorgängen in AG und GmbH auf höherer Komplexitätsstufe betraut sind, unvertretene Einschreiter hingegen vor allem bei Einzelunternehmen, OG und KG auf geringerer Komplexitätsstufe auftreten, und bei den komplexeren Vorgängen die Verbesserungsanfälligkeit höher ist (was anzunehmen ist), dann könnte man Gefahr laufen, Fehlschlüsse zu ziehen. Um eine solche Verzerrung des Ergebnisses auszuschließen, wurde eine entsprechende Kontrolluntersuchung durchgeführt.

Abbildung 2: Anzahl der Verbesserungen bei Neueintragungen nach Rechtsform



Quelle: Bundesrechenzentrum; CELEX, Economica.

Abbildung 2 zeigt, dass die durchschnittliche Anzahl der Verbesserungen von der Rechtsform der häufigeren Typen OG, KG, EU und GmbH und somit von der Komplexität des Vorganges unabhängig ist. Im Umkehrschluss leitet sich aus diesem Befund ab, dass die Leistung von Notaren und Rechtsanwälten den Komplexitätsnachteil von AG- und GmbH-Gründungen in Bezug auf die Zahl der Verbesserungsaufträge (nahezu) vollständig zu kompensieren vermag.

Nur bei den seltenen Rechtsformen, insbesondere bei der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung und der Europäischen Gesellschaft sowie dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, kommt es rechtsformabhängig (substanziell) häufiger zu Verbesserungsaufträgen.

Diese Ergebnisse liefern somit neue empirische Evidenz zu einer früheren Einsicht: Bei professionellen Akteuren sinkt die korrespondierende Fehlerquote und steigt die Effizienz primär in Abhängigkeit von der Häufigkeit einer Transaktion und allenfalls sekundär, wenn überhaupt, in inverser Abhängigkeit von deren Komplexität – nicht nur in der Medizin, sondern auch in der Rechtsdienstleistung.



## 4 Effizienz im gewerblichen Rechtsschutz - Das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung („Einheitspatent“)

Ziel der Schaffung eines einheitlichen Patents ist es, das Funktionieren des einheitlichen Marktes zu erleichtern sowie Wachstum und Innovation zu fördern. Vor allem Klein- und Mittelunternehmen sollen einen einfacheren Zugang zur Patentierung erhalten, sodass die Reichweite von Patentvalidierungen zunimmt und sich Innovationen rascher verbreiten.<sup>9</sup> Um dies zu erreichen, sollen die Gesamtkosten des Patentschutzes in Europa sinken.

Die rechtlichen Optionen zur Zielerreichung waren nach Maßgabe der Kriterien Effektivität, Kostenreduktion, Komplexitätsreduktion (Vereinfachung) und politischer Machbarkeit abzuwägen. Aus dem Impact Assessment der Europäischen Kommission geht hervor, dass Investitionen in Forschung und Entwicklung 1,9% des Bruttoinlandsproduktes der EU betragen und ein funktionierendes Patentsystem notwendig ist, um diese Investitionen in Wirtschaftswachstum zu übersetzen. Eine Status quo-Analyse zeigt die derzeitige Situation als ein Hemmnis für das Funktionieren des Binnenmarktes aufgrund von dessen Zersplitterung auf und führt darüber hinaus negative Effekte auf Innovationsdynamik, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Unternehmen aus.<sup>10</sup> Das Einheitspatent ist Teil der Strategie, eine wissensbasierte Wirtschaft prioritär umzusetzen.<sup>11</sup>

Grundsätzlich ermöglicht das Einheitspatent die Erlangung von Patentschutz in bis zu 26 EU-Mitgliedstaaten durch einen einzigen Antrag. Bisher konnte ein/e Erfinder/in ihre/seine Erfindung entweder mit einem nationalen oder europäischen Patent schützen. Im Rahmen des europäischen Einheitspatents werden Patentanmeldungen zentral geprüft und ersparen Erfindern damit die Kosten paralleler Anmeldungen. Allerdings müssen einmal erteilte europäische Patente in jedem Land, in dem sie Wirkung entfalten sollen, einzeln validiert und aufrechterhalten werden. Dies ist ein komplexer und kostspieliger Prozess,<sup>12</sup> nicht zuletzt aufgrund von Verfahrensunterschieden.<sup>13</sup> Von der Kommission identifizierte Problemfelder umfassen die nationalen Validierungserfordernisse und -kosten (Übersetzungen, Veröffentlichungsgebühren und andere Formalvoraussetzungen), Verwaltungskosten (zum Beispiel Erneuerungsgebühren und -fristen), unterschiedliche Regelungen über Lizenzvereinbarungen und Vertretungskosten, hinzu kommen Anwaltshonorare für die Verwaltung des Patents. Diese Situation führt im Effekt zu teilweise vermeidbaren, jedenfalls erheblichen Kosten für Unternehmen. Daher ziehen

---

<sup>9</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Paper, Summary of the impact assessment, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0483/COM\\_SEC\(2011\)0483\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0483/COM_SEC(2011)0483_EN.pdf), 2.

<sup>10</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Paper, Summary of the impact assessment, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0483/COM\\_SEC\(2011\)0483\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0483/COM_SEC(2011)0483_EN.pdf), 3.

<sup>11</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Paper, Summary of the impact assessment, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0483/COM\\_SEC\(2011\)0483\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0483/COM_SEC(2011)0483_EN.pdf), 2.

<sup>12</sup> *Europäisches Patentamt*, Einheitspatent, [https://www.epo.org/mobile/law-practice/unitary/unitary-patent\\_de.html](https://www.epo.org/mobile/law-practice/unitary/unitary-patent_de.html), zuletzt abgerufen am 23.11.2017.

<sup>13</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Paper, Summary of the impact assessment, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0483/COM\\_SEC\(2011\)0483\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0483/COM_SEC(2011)0483_EN.pdf), 2.

vor allem Klein- und Mittelunternehmen oft die Geheimhaltung einer Patentanmeldung vor.<sup>14</sup> Da die genannten Kosten mit der Zahl der Staaten zunehmen, haben Unternehmen ihre Patente zuletzt in weniger Staaten validieren lassen.<sup>15</sup> Deren Zahl beträgt derzeit nur fünf Staaten.<sup>16</sup>

Trotz evidenter Nachteile aufgrund der Zersplitterung des Patentsystems war es aufgrund politischen Dissenses nur möglich, einen einheitlichen Patentschutz im Rahmen der verstärkten Zusammenarbeit voranzubringen.<sup>17</sup> Darüber hinaus stützt sich das Einheitspatent auf vier Rechtsakte: Erstens das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ)<sup>18</sup> als völkerrechtliche Grundlage, durch welche die Erreckung des bisherigen Europäischen Patents auf eine „einheitliche“ Wirkung in mehreren Vertragsstaaten vereinbart wurde (die materiellen Erteilungsvoraussetzungen richten sich daher ausschließlich nach dem EPÜ);<sup>19</sup> zweitens, die Einheitspatent-VO, die nur in Grundzügen den einheitlichen Schutz regelt<sup>20</sup>, drittens die Übersetzungs-VO<sup>21</sup>, die zur Wirksamkeit des Patentschutzes die Patentschrift auf Deutsch, Englisch oder Französisch und die Veröffentlichung in allen drei Sprachen als ausreichend erachtet, und viertens das völkerrechtliche Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ). Dass es durchaus Zweifel an der Tragfähigkeit einer solchen Konstruktion gab, zeigen schon die Nichtigkeitsklagen.<sup>22</sup>

---

<sup>14</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Paper, Summary of the impact assessment, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0483/COM\\_SEC\(2011\)0483\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0483/COM_SEC(2011)0483_EN.pdf), 2.

<sup>15</sup> *J. Danguy and B. van Pottelsberghe de la Potterie* (2009): Cost-Benefit Analysis of the Community Patent, in: Bruegel Working Paper 2009/08.

<sup>16</sup> *Roland Berger*, Study of the Cost of Patenting prepared for The European Patent Office (2004) [https://effi.org/system/files?file=cost\\_analysis\\_2005\\_study\\_en.pdf](https://effi.org/system/files?file=cost_analysis_2005_study_en.pdf), zuletzt abgerufen am 8.4.2018.

<sup>17</sup> Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines Einheitlichen Patentschutzes („Einheitspatent-VO“).

<sup>18</sup> Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente v. 5. 10. 1973 idF des Beschl v 28. 6. 2001, ABI EPA 2001, Sonderausgabe Nr 4, 55.

<sup>19</sup> Wir unterlassen es, in diesem Rahmen auf die Besonderheit einzugehen, dass die Akzessorietät des Europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung zum klassischen Europäischen Patent und die damit einhergehende Abhängigkeit eines unionsrechtlich verliehenen Rechts von einer außerunionsrechtlichen Grundlage ein Unikum darstellt; siehe hierzu im Detail *Grünberger/Podszun*, Die Entwicklung des Immaterialgüterrechts im Recht der Europäischen Union in den Jahren 2013/14 (Teil II), GPR 2015, 79.

<sup>20</sup> Schutzdauer, Schutzbereich, der Schutz unmittelbarer Verfahrenserzeugnisse und Nichtigkeitsgründe ergeben sich aus dem EPÜ.

<sup>21</sup> Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABI L 361/89.

<sup>22</sup> Spanien beantragte die Nichtigkeitsklärung der Einheitspatent-VO sowie der Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen („Übersetzungs-VO“). Der Gerichtshof wies die Klagen als unbegründet ab; Kern der Bedenken war, dass die Einheitspatent-VO einheitliche Wirkung eines außerhalb der Union erteilten Patents in den teilnehmenden Mitgliedstaaten entfaltet („Transformationsfiktion“). Alle mit dem Bestand und der Durchsetzung zusammenhängenden materiellrechtlichen Fragen werden nicht unionsrechtlich geregelt. Hierzu bedient sich die VO eines koalitionsrechtlichen Ansatzes, der zunächst auf ein mitgliedstaatliches Recht verweist und damit letztlich bewirkt, dass die Antworten im EPGÜ zu suchen sind; siehe hierzu *Grünberger*, Die Entwicklung des Immaterialgüterrechts im Recht der Europäischen Union im Jahr 2015 (Teil I), GPR 2016, 23 (33).

Erfolgsdimensionen bestehen in der Förderung des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und der Funktionsweise des Binnenmarktes, der Förderung von Technologietransfer und Innovationsdiffusion sowie von Investitionen. Erreicht wird dies durch einen leichteren, günstigeren und rechtssicheren, kurz effizienteren Zugang zum Patentsystem.<sup>23</sup> In Bezug auf eine spätere Quantifizierung der Effekte ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich Kostenersparnisse als ein Effizienzfaktor recht präzise und vergleichsweise einfach beobachten lassen, während sich vergleichsweise schwer messen lässt, wie sich die Vereinfachungen und Erleichterungen im Verfahren selbst auf den wissenschaftlich-technischen Fortschritt, die Innovationsdynamik und -diffusion sowie die Funktionsweise des Binnenmarktes auswirken. Mithin ist die Effizienzwirkung des veränderten europäischen Patentschutzes in der derzeitigen Form quantitativ bestenfalls approximierbar, qualitativ jedenfalls weiterhin ausbaufähig.

## 5 Effiziente Rechtsdurchsetzung – Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in Österreich

Die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie (Richtlinie 2014/104/EU) des europäischen Parlamentes und des Rates erfolgte mit dem Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2017 (KaWeRÄG 2017). Hauptzweck der Novelle ist die Stärkung der Rechte von Personen, die durch eine kartellrechtliche Handlung Nachteile erlitten haben.

Im Einzelnen bestehen die Ziele des Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetzes 2017 der vereinfachten wirkungsorientierten Folgenabschätzung<sup>24</sup> zufolge in der Schaffung von Rechtssicherheit für die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen aus Wettbewerbsrechtsverletzungen; der Verbesserung der Transparenz im kartellgerichtlichen Verfahren; der Sicherstellung der Qualität von Sachverständigengutachten im Kartellverfahren und der Sicherstellung des fairen Wettbewerbs in der Lieferkette, neben weiteren Modernisierungsmaßnahmen.

Der Status quo wurde als ungenügend evaluiert, da zum einen ein Defizit an Ausgleichsgerechtigkeit, zum anderen kein Abschreckungsmechanismus für zukünftige Verletzungen als Ergebnis von Private Enforcement bestehe. Defizite in einer effektiven Durchsetzung stellen ein Problem für die Erreichung der Wettbewerbsziele, nämlich einer besseren Ressourcenallokation, einer höheren Effizienz, einer verstärkten Innovationstätigkeit und niedrigeren Preisen, dar.<sup>25</sup>

Die vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung geht davon aus, dass die Umsetzung der Schadenersatzrichtlinie zu vermehrten Klagen auf Schadenersatz aufgrund von Wettbewerbsverstößen in Österreich führen wird. Laut Impact Assessment der Kommission ist aber aus mehreren Gründen nicht

---

<sup>23</sup> Verordnung (EU) 1257/2012 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl L 361/1, Rn 4.

<sup>24</sup> 1522 der Beilagen XXV.GP – Regierungsvorlage – Vorblatt und WFA, Vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_01522/fname\\_618925.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01522/fname_618925.pdf), zuletzt abgerufen am 20.11.2017.

<sup>25</sup> *Kommission*, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report – Damages actions for breach of the EU antitrust rules, SWD(2013) 203 final 63.

zu erwarten, dass die Zunahme sehr ausgeprägt sei.<sup>26</sup> Jedoch sollen Klagen aufgrund der neuen Vermutungs- und Beweislastregeln einfacher zu führen sein, während die bisher erhobenen Schadenersatzklagen dadurch geprägt waren, dass prozessuale und materiellrechtliche Fragen erst durch höchstgerichtliche Rechtsprechung – zum Teil erst nach Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH – geklärt werden mussten. Die Kartellrechtsnovelle soll diese Rechtsunsicherheit beträchtlich vermindern. Es ist daher zu erwarten, dass die zuständigen Gerichte einerseits mehr Verfahren zu entscheiden haben werden, diese andererseits aber in kürzerer Zeit und mit geringerem Aufwand erledigt werden können, sich die be- und entlastenden Effekte also die Waage halten könnten. Darüber hinaus erwartet die Kommission, dass aufgrund der Regelung zur außergerichtlichen Streitbeilegung mehr Streitigkeiten verglichen werden.<sup>27</sup>

Da eine detaillierte Analyse den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde, werden die Neuregelungen der österreichischen Kartellrechtsnovelle,<sup>28</sup> die darauf abzielt, den Zugang zu vollständigem Schadenersatz zu erleichtern, nicht ausführlich dargestellt. An dieser Stelle kommt es darauf an, die zentrale Bedeutung rechtlicher Rahmenbedingungen zur Verwirklichung ökonomischer Zielsetzungen aufzuzeigen. Maßstab ist zum einen ein effizienter öffentlicher Kartellrechtsvollzug (Public Enforcement), zum anderen ein effizienter zivilrechtlicher Schadensausgleich bei Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht (Private Enforcement).<sup>29</sup>

Auf welche Weise lässt sich belastbar messen, ob die Effizienz der Rechtsdurchsetzung beim Zugang zu Schadenersatz im Kartellrecht gelungen ist? Ansatzpunkte wären beispielsweise: (a) die Verfahrensdauern, (b) die Anzahl (potenziell oder tatsächlich) Geschädigter, (c) die Höhe der Ansprüche (ex ante oder ex post). Würde man solche oder ähnliche Indikatoren für statistische Analysen zur Effizienz der Novelle heranziehen, sieht man sich mit einem substanziellen Endogenitätsproblem konfrontiert. Insbesondere wäre es fehlerhaft zu schließen, dass die Effizienz der Rechtsdurchsetzung dann als besser zu werten wäre, wenn als Folge der Novelle eine höhere Anzahl an Verfahren, eine höhere Anzahl an Geschädigten oder höhere Anspruchsvolumina zu beobachten wären. Teleologisch betrachtet könnten vielmehr die gegenteiligen Beobachtungen für einen effizienten regulatorischen Rahmen sprechen: Wirtschaftssubjekte pflegen ihr Verhalten an den regulatorischen Rahmenbedingungen auszurichten – je besser die Kartellrechtsnovelle dem Präventionszweck gerecht wird, desto geringer fallen die Werte für die vorstehend angeführten Variablen aus. Um die Effizienz der

---

<sup>26</sup> Vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung, Bundesgesetz mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV\\_COO\\_2026\\_100\\_2\\_1347113/COO\\_2026\\_100\\_2\\_1347328.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV_COO_2026_100_2_1347113/COO_2026_100_2_1347328.pdf), zuletzt abgerufen am 24.11.2017; *Commission*, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report – Damages actions for breach of the EU antitrust rules, SWD(2013) 203 final 63.

<sup>27</sup> Vereinfachte wirkungsorientierte Folgenabschätzung, Bundesgesetz mit dem das Kartellgesetz 2005, das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden.

<sup>28</sup> Hierzu im Detail *Ablasser-Neuhuber/Stenitzer*, Das KaWeRÄG 2017 – Die wichtigsten Neuerungen, ÖBI 2017, 32.

<sup>29</sup> *Schumacher*, Das Verhältnis zwischen öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, wbl 2016, *Ummenberger-Zierler*, EU-Richtlinie über Schadenersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen? ÖBI 2014, 254.

Kartellrechtsnovelle tatsächlich empirisch zu belegen und Fehlschlüsse zu vermeiden, bedarf es daher Variablen mit der Eigenschaft sogenannter Superexogenität, die zu identifizieren und zu erheben eine erhebliche methodische Herausforderung darstellen wird. Parallel dazu könnte ein ablauforganisatorischer (prozessorientierter) Analyseansatz erkenntnisgenerierend wirken, welcher beispielsweise auf Elemente wie die Beschaffung von Beweismitteln durch erweiterte Offenlegungspflichten (unter Berücksichtigung der damit verbundenen Kosten sowie Risiken wie Informationsabflüssen an Dritte) oder die Nutzung von widerlegbaren Vermutungen (mit offenen Nettokosten/-ersparnissen bei der Beweisführung) abstellt.

## 6 Schlussbemerkung

Diese Zusammenschau zeigt die hohe Relevanz der wirtschaftsbezogenen Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen und der Handelsgerichtsbarkeit im Speziellen als Voraussetzung für erfolgreiches Wirtschaften. Durch die Anwendung theoretischer Konzepte aus der Ökonomie auf das Rechtssystem lassen sich nicht nur Aussagen über funktionale und kausale Beziehungen bestimmter rechtlicher Normen herleiten, sondern mittels empirischer Modelle auch die aus positiver Analyse gewonnenen Ergebnisse unter Effizienzgesichtspunkten normativ bewerten.

Wenn rechtliches Handeln oder Unterlassen signifikante wirtschaftliche Auswirkungen zur Folge hat, bedarf es zur Gewährleistung einer hohen Analyse- und Entscheidungsqualität mehr als reiner Rechtskenntnis, sondern darüber hinaus des Verständnisses von Marktmechanismen, die sich noch dazu im sektoralen Vergleich erheblich voneinander unterscheiden können. Umso wichtiger ist der Ausbau interdisziplinärer Expertise an der Schnittstelle von Jus und Ökonomie, um das breite und rasch wachsende Spektrum an offenen Forschungsfragen an eben dieser Schnittstelle zu adressieren.

Mit der fortschreitenden Internationalisierung und Digitalisierung des Wirtschaftens geht ein relativer Bedeutungsverlust landesspezifischen Humankapitals (country-specific human capital) einher. Über Staatsgrenzen hinweg nutzbares Humankapital und/oder Humankapital mit technologiespezifischer Qualität erleben umgekehrt einen relativen Bedeutungszuwachs. Dementsprechend wirkt die Einbeziehung professioneller Rechtsdienstleister mit einschlägigen Spezialisierungsvorteilen nutzenstiftend und wohlfahrtserhöhend.

Diese Schlussfolgerungen sind zugleich Antithese zu dem medial schon ausgerufenen, angeblich nahen Ende professioneller Rechtsberatung. Avatare mögen mit der Zeit einen nicht-marginalen und wachsenden Anteil des Tätigkeitsspektrums von Freiberuflern – wie auch (Handels-)Gerichten – übernehmen, doch sind sie weit davon entfernt, menschliche Analyse- und Entscheidungskompetenz zu ersetzen. Keinesfalls auf Sicht von 10 Jahren, auch nicht auf Sicht von 25 Jahren, denn typischerweise werden die Komplexität wissensintensiver Tätigkeiten unter- und das Tempo der Innovationsdiffusion überschätzt. Tiefgreifende Veränderungen der jeweiligen Tätigkeitsprofile sind wahrscheinlich, nicht aber die Substitution ganzer Berufsstände. Mit Prognosen auf Sicht der nächsten 300 Jahre ist wegen des hohen Risikos eines Prognosefehlers eher Zurückhaltung angebracht, selbst wenn die Autoren für allfällige Prognosefehler dann nicht mehr persönlich zur Rechenschaft gezogen werden könnten.