

# VersR

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

**Sonderdruck aus Heft 9/2022**

**Christian Eley**

**Haftung und Versicherungsschutz von  
Patentanwälten in Fällen der „Substitution“**

*(VersR 2022, 533)*

DOMKE  ADVICE  
SERVICE

Verlag Versicherungswirtschaft



Versicherungsrecht

## Aufsätze

Dr. Christian Eley, Hamburg\*

# Haftung und Versicherungsschutz von Patentanwälten in Fällen der „Substitution“

Bei Patentanwälten ist die „Substitution“ ein häufig gewähltes Mittel, um Dienstleistungen zu erbringen: Dabei bedient sich der Patentanwalt eines Dritten („Substitut“), der statt seiner das Geschäft besorgt, weil er die Leistung nicht erbringen darf oder kann. Der klassische Fall ist die Anmeldung eines Patents im Ausland. Dazu schaltet der mit der Patentanmeldung in Deutschland Beauftragte in aller Regel nach Abstimmung mit seinem Mandanten einen ausländischen Kollegen ein. Begeht Letzterer einen Fehler, der zu einem Schaden führt, wird sich der Mandant dann an „seinen Patentanwalt“ in Deutschland wenden.

Hierfür besteht in aller Regel Versicherungsschutz (A). Doch aufgrund der besonderen Haftungssituation (B) – insbesondere der Haftungsprivilegierung im Rahmen der Substitution (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB) – ist dieser für die Beteiligten wirtschaftlich unbefriedigend (C). Daher gibt es am Versicherungsmarkt vereinzelt Klauseln, die versuchen, dem entgegenzuwirken. Diese werden im Nachfolgenden dargestellt und analysiert (D). Schließlich soll ein Ausblick auf potentielle Weiterentwicklungen (E) gegeben werden.

### A. Berufshaftpflicht – Versicherungsschutz des inländischen Patentanwalts

Nimmt der Mandant naheliegenderweise auch bei Substitution den inländischen Patentanwalt (VN) auf Schadensersatz in Anspruch, besteht hierfür in aller Regel im Rahmen der Berufshaftpflichtversicherung von Patentanwälten Deckung; auch ohne besondere, dies explizit regelnde bzw. erwähnende Klauseln. Versichert sind nämlich aufgrund gesetzlicher Haftungs-

bestimmungen im Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit als Patentanwalt erhobene Ansprüche. Da das Einschalten eines ausländischen Kollegen zweifellos zu dem Berufsbild des Patentanwalts zählt, sind deswegen von Dritten, insbesondere vom Mandanten erhobene (ggf. auch unberechtigte) Ansprüche gedeckt.

Jedoch heißt dies nicht, dass der Schaden reguliert wird. Gemäß § 100 VVG kann generell bei Haftpflichtversicherungen der Versicherungsschutz in zwei Formen gewährt werden: in der Form der Abwehr *oder* der Regulierung. Dabei ist es anerkannt, dass es im pflichtgemäßen Ermessen des Haftpflichtversicherers steht, ob er (ggf. teilweise) reguliert oder abwehrt. Wie er vorgeht, bemisst sich nach der Haftungssituation im Verhältnis VN zum Anspruchsteller (hier also VN zu seinem Mandanten). Ob der VN und/oder der Mandant eine Regulierung wünscht, ist ohne besondere, ausnahmsweise getroffene Regelungen im Versicherungsvertrag (dazu im Einzelnen sogleich) rechtlich irrelevant. Hieran ändert auch das wirtschaftliche Interesse der Betroffenen nichts. Entsprechend heißt dies für den Ausgangsfall, dass der Versicherer des inländischen Patentanwalts den Schaden des Mandanten diesem gegenüber reguliert (und versucht danach gegen den ausländischen Schadenverursacher Regress zu nehmen), wenn der inländische Patentanwalt haftet.

\* Der Verfasser, Dr. Christian Eley, MBA, ist Strategic Relationship Manager im Bereich "Claims Advocacy" beim Industrieversicherungsmakler AON. Dieser Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

## B. Haftung des inländischen Patentanwalts

Dies wird aber in der Regel nicht der Fall sein. Zum einen sieht das BGB eine Haftungsprivilegierung (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB) vor, wenn eine Substitution vorliegt (I). Zum anderen kann die Einschaltung des ausländischen Berufsträgers zugleich eine (konkludente) vertragliche Reduzierung des inländischen Mandats sein (II).

### I. Gestattete Substitution – „verkürzte“ Haftung

Die allgemein-schuldrechtliche Zurechnung des § 278 BGB kann nämlich durch eine besondere Regelung des Auftragsrechts (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB) verdrängt sein,<sup>1</sup> die für Geschäftsbesorgungsverträge wie den „Anwaltsvertrag“ analog anwendbar ist.<sup>2</sup> Zunächst soll aber allgemein auf das Institut der Substitution eingegangen werden (1), bevor die Grundsätze auf die Ausgangsfrage angewendet werden (2).

#### 1. Allgemein zur Substitution i.S.v. § 664 BGB

Gemäß § 664 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Haftung eines Beauftragten per Gesetz „verkürzt“,<sup>3</sup> wenn ein Auftraggeber dem Beauftragten gestattet<sup>4</sup> hat, die Ausführung des Auftrags einem Dritten zu übertragen (Substitution). Letztlich besagt die Regelung, dass mit der Zustimmung zu der Substitution die Gefahr, dass der Dritte einen Fehler macht, vom Beauftragten auf den Auftraggeber übergeht.<sup>5,6</sup> Der Beauftragte haftet nur (noch) für eigene Fehler.

Eine solche Gestattung einer Substitution durch den Auftraggeber liegt nach der Rechtsprechung des BGH vor, „wenn der Beauftragte dem Dritten die Geschäftsbesorgung ganz oder in Teilbereichen in eigener Verantwortung überlassen darf.“<sup>7</sup> Für eine Substitution bedarf es der Begründung zweier selbstständiger, nebeneinander existierender Auftrags-/Mandatsverhältnisse mit je einem eigenen Aufgaben- und Verantwortungsbereich<sup>8</sup> oder einer vollständigen Übernahme des Auftrags durch den Dritten.<sup>9</sup> Ob eine Auftragsübertragung in diesem Sinne vorliegt oder lediglich eine Hilfsperson eingeschaltet wurde (keine Substitution – dann weiterhin Zurechnung gem. § 278 BGB),<sup>10</sup> muss im konkreten Einzelfall bestimmt werden und ist eine Tatfrage.<sup>11</sup> Dabei ist es unerheblich,<sup>12</sup> wie der Beauftragte den Dritten seinerseits beauftragt hat<sup>13</sup> – ob im eigenen oder in dem Namen des Auftraggebers. So oder so haftet der Beauftragte wegen einer gestatteten Substitution nun begrenzt und „nur [für] ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden“:<sup>14</sup> Neben einem Auswahlverschulden kommt (nur noch) ein Verschulden im Zusammenhang mit einer ggf. erforderlichen Unterweisung des Dritten in Betracht.<sup>15</sup> Hingegen dürfte in der Regel keine Pflicht zur Überwachung anzunehmen sein.<sup>16</sup> Eine solche kann sich zwar aus vertraglichen Abreden ergeben,<sup>17</sup> jedoch setzt die Annahme einer Substitution eben eine Eigenverantwortlichkeit des Dritten voraus, und zudem darf die gesetzgeberische Schutzrichtung nicht durch ein zu „großzügiges“ Bejahen von Überwachungspflichten unterlaufen werden.<sup>18</sup>

## 2. Substitution bei Einschaltung eines ausländischen Patentanwalts

Auch wenn die Rechtsprechung insgesamt (teilweise sehr) hohe Anforderungen an das Wissen von Anwälten stellt, kann der Auftraggeber nicht davon ausgehen, dass sein inländischer (Patent-)Anwalt das ausländische Recht kennt.<sup>19</sup> Für die Substitution spricht deswegen stets, dass der ausländische Kollege eben deswegen involviert wird, weil – und dies ist auch für den Mandanten erkennbar – jenem das anzuwendende Recht, etwaige Besonderheiten, Gepflogenheiten usw. vertraut sind. Er ersetzt also regelmäßig den inländischen Patentanwalt bezüglich eines Teils des Mandats, weil der Inländer die erforderliche Leistung nicht erbringen darf und/oder kann. Es handelt sich bereits nach dem Wortsinn um eine Substitution. Auf dieses Argument abstellend verneinte das LG München entsprechend

- 1 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 17; *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 8; *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB, 2017, § 664 Rz. 15; *Mankowski/Knöfel* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, H. Anwaltsvertrag, Rz. 6\_733.
- 2 BGH v. 14.11.1951 – II ZR 55/51, juris Rz. 7; LG München I v. 14.7.2011 – 7 O 9779/10, juris Rz. 32; § 664 BGB ohne Erläuterung anwendend: LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 14; s. im Einzelnen dazu *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB, 2017, § 664 Rz. 20; ebenso *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 1; dort m.w.N.; *Rinkler/Pape* in Fischer/Vill/Fischer/Chab/Pape, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2019, § 1 Rz. 360.
- 3 *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB, 2017, § 664 Rz. 13.
- 4 Ohne eine Gestattung der Substitution muss der Beauftragte sich das Verhalten des Dritten gem. § 278 BGB zurechnen lassen, wie § 664 Abs. 1 S. 3 BGB klarstellt; *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 8; *Lorenz*, JuS 2002, 6, 7.
- 5 *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 1.
- 6 Zugleich hat die Gestattung die Wirkung, dass ein Beauftragter entgegen § 664 BGB das übernommene Geschäft nicht mehr persönlich ausführen muss; *Lorenz*, JuS 2012, 6, 7.
- 7 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, Rz. 18 f.
- 8 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 18; LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 16; *Riechert*, AnwBl. 2017, 664.
- 9 BGH v. 14.11.1951 – II ZR 55/51, juris Rz. 10; BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 18.
- 10 *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 1; *Riechert*, AnwBl. 2017, 664.
- 11 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, Rz. 19; *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB, 2017, § 664 Rz. 18.
- 12 Hingegen entfaltet die konkrete Art der Beauftragung bei der Frage, wer den Dritten für dessen Fehler in Anspruch nehmen kann, Relevanz: Hat der Beauftragte den Auftraggeber gegenüber dem Dritten i.S.v. § 164 BGB vertreten, stehen dem Auftraggeber Ansprüche gegen den Dritten zu. Agierte der Beauftragte gegenüber dem Dritten im eigenen Namen, stehen ihm die Ansprüche (in Verbindung mit den Grundsätzen der Drittschadensliquidation [*Ebert* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, vor § 249 Rz. 124 m.w.N. in der Rspr. des BGH.]) zu; *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 7; *Martinek/Omlor* in Staudinger, BGB, 2017, § 664 Rz. 14. In dieser Konstellation ist er hingegen verpflichtet, dem Auftraggeber seinen Anspruch gegen den Dritten abzutreten [*Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 7].
- 13 LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 15; *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 2.
- 14 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 17.
- 15 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 28.
- 16 *Berger* in Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 664 Rz. 7; das LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 18, fordert eine ausdrückliche Vereinbarung einer Überwachungspflicht.
- 17 BGH v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, juris Rz. 28.
- 18 Vgl. LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 16 ff.
- 19 LG München I v. 14.7.2011 – 7 O 9779/10, juris Rz. 29.

die Haftung.<sup>20</sup> Dabei schloss es sich dem LG Leipzig an, das zuvor diese Auffassung in ähnlicher Konstellation vertreten hatte.<sup>21</sup> Der ältere Anlassstreit wich insofern von dem bayerischen Fall ab, als dass unstreitig war, dass der inländische Patentanwalt die Anmeldung im Ausland nach dortigem Recht gar nicht vornehmen durfte. Ist dem so, ist das Ergebnis noch offensichtlich.

Folgerichtig verneinten die Gerichte zugleich eine Überwachungspflicht des inländischen Patentanwalts, weil es a) an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehle und b) der inländische dem ausländischen Patentanwalt vertrauen dürfe.<sup>22</sup> *Berichte* des ausländischen Berufsträgers an den inländischen Rechtsbeistand müsse jener lesen, prüfen, den Mandanten entsprechend informieren und ggf. beraten. Seine Prüfpflicht reduziere sich aber nach dem Urteil des LG Leipzig auf sich „aufdrängende“ Fehler, die „ins Gesicht springen“.<sup>23</sup> Der inländische Patentanwalt soll eben nicht inhaltlich in den Bereich des Kollegen „einsteigen“ müssen. Deswegen sah das Gericht den inländischen Interessenvertreter auch nicht (einmal) in der Pflicht, mit den Berichten übermittelte Anträge, Verfahrensunterlagen, Anlagen usw. zu lesen.<sup>24</sup>

## II. Einschaltung des ausländischen Kollegen als vertragliche Reduzierung des inländischen Mandats

Bei der Prüfung der Haftung in der hier betrachteten Konstellation mag indes die Frage aufkommen, ob es einer Prüfung des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB überhaupt bedarf. Denn die Reduzierung der Haftung durch diese Regelung setzt eine Haftung voraus, die eingeschränkt werden kann: Wenn den Inländer bezüglich der Patentanmeldung im Ausland keine Pflichten treffen, fehlt es per se an einer Haftung – auf § 664 Abs. 1 S. 2 BGB käme es nicht an. In der Gestattung des Mandanten, einen ausländischen Kollegen zu beauftragen, könnte nämlich eine Entbindung von etwaigen bei Mandatsbegründung zunächst übernommenen Pflichten des inländischen Patentanwalts hinsichtlich der Anmeldung im Ausland gesehen werden. Dann müssten die Gestattung und/oder die Begründung eines weiteren Mandatsverhältnis gegenüber dem inländischen Patentanwalt rechtsgestaltende Wirkung haben – in der Form der Reduzierung des Umfangs seines eigenen Mandates.

Eben mit dieser Begründung entschied das OLG Bamberg,<sup>25</sup> anknüpfend an ein BGH-Urteil,<sup>26</sup> dass ein inländischer Verkehrsanwalt nicht für Fehler des ausländischen Prozessanwalts hafte. Beide Anwälte stünden in einem selbstständigen Vertragsverhältnis mit dem Mandanten und hätten innerhalb ihres Aufgabenbereichs nur ihre eigenen Verpflichtungen gegenüber dem Mandanten wahrzunehmen.<sup>27, 28</sup> Auf dieses Urteil verweisend verneinte in jüngerer Zeit das OLG München einen ähnlichen Fall: „Durch die Beauftragung des ausländischen Rechtsanwalts [werde] klar (§§ 133, 157 BGB), dass der deutsche Anwalt die Anwendung ausländischen Rechts von seinem Mandat gerade ausschließen will.“<sup>29</sup> Auf die getrennten Verantwortungs- und Pflichtenkreise abstellend, verneint das Gericht sodann auch eine detaillierte Überwachungspflicht des inländischen Anwalts, wie bereits das OLG Bamberg zuvor.<sup>30</sup> Vielmehr sahen beide – genau wie das LG Leipzig<sup>31</sup> für die Patentanwälte – nur eine Pflicht, offensichtliche Fehler zu erkennen.<sup>32</sup>

Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Judikatur der Obergerichte auf (Nicht-Patent-)Anwälte beschränkt wäre. Dies

wird bereits daran deutlich, dass das LG Leipzig, das zu Patentanwälten urteilte, sich ebenfalls (und letztlich neben der Anwendung von § 664 Abs. 1 S. 2 BGB) der Auslegung des Mandatsvertrags bediente: Jenes sah im Anlassstreit in dem Unterzeichnen der Vollmachten zugunsten des ausländischen Patentanwalts durch den Mandanten eine konkludente Erklärung, dass das Mandat zum inländischen Rechtsbeistand entsprechend verkürzt werde.<sup>33</sup>

## III. Zwischenergebnis

Es gilt also zwei Aspekte, warum der inländische Patentanwalt im Fall einer Substitution für etwaige Fehler des durch ihn involvierten, ausländischen Kollegen nicht eintreten muss. Zum einen greift die Haftungsprivilegierung des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB und zum anderen kann – wenn auch abhängig vom Einzelfall – in der Gestattung des Mandanten, den Substituten einzuschalten, eine konkludente Reduzierung des Mandatsverhältnis gesehen werden.

## C. Interessenlage der Beteiligten – Versicherungsschutz, aber keine Haftung: wirtschaftlicher Leerlauf

Dass der geschädigte Mandant versuchen wird, den inländischen Patentanwalt in Anspruch zu nehmen, liegt auf der Hand und hat für ihn Vorteile. Nicht selten existiert zwischen dem Mandanten und dem Patentanwalt eine ggf. langjährige Geschäftsbeziehung. Der inländische Patentanwalt, der selbst keinen Fehler begangen hat, möchte wahrscheinlich den Mandanten nicht verlieren, weshalb die Wahrscheinlichkeit einer „wirtschaftlichen Lösung“ oder zumindest ein „wohlwollendes Mitwirken“ naheliegt. Zugleich ist eine Inanspruchnahme des ausländischen Anwalts je nach Land gar (wirtschaftlich und/oder rechtlich) unmöglich. Zumindest bestehen aber nicht unwesentliche Hürden und Schwierigkeiten, im Ausland Ansprü-

20 LG München I v. 14.7.2011 – 7 O 9779/10, juris Rz. 29.

21 Zustimmend *M. Otto* in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK/BGB, 9. Aufl., § 664 (Stand: 1.2.2020), Rz. 8.

22 LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 17 f.

23 LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 18; zustimmend *Mankowski/Knöfel* in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, H. Anwaltsvertrag, Rz. 6\_733.

24 § 664 BGB anwendend, ohne weiter darauf einzugehen: LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 14.

25 OLG Bamberg v. 7.11.1988 – 4 U 119/88, MDR 1989, 542.

26 BGH v. 22.2.1972 – VI ZR 135/70; der BGH verneinte in dieser Entscheidung die Pflicht eines deutschen Anwalts, die Wirksamkeit eines nach ausländischem Recht zu beurteilenden Vertrags nachzuprüfen, den ein von seinem Auftraggeber vorher beauftragter Anwalt des betreffenden Landes entworfen hatte. Dabei legte er den Beratungsvertrag des deutschen Rechtsbeistands mit dessen Mandanten dahingehend aus, dass jener auf die Vorarbeit des ausländischen Kollegen vertrauen dürfe, mithin der deutsche Anwalt die Prüfung der „Vorarbeit“ nicht schulde (juris Rz. 25).

27 OLG Bamberg v. 7.11.1988 – 4 U 119/88, MDR 1989, 542, 543.

28 Der BGH lehnte den späteren Antrag des Mandanten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe in der Sache mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg ab; BGH v. 23.2.1989 – IX ZR 20/89; zit. nach MDR 1989, 542, 543.

29 OLG München v. 1.4.2016 – 15 U 3704/15 *Raet*, juris Rz. 4.

30 OLG Bamberg v. 7.11.1988 – 4 U 119/88, MDR 1989, 542, 543.

31 LG Leipzig v. 12.10.2006 – 05 O 4444/04, S. 18.

32 OLG München v. 1.4.2016 – 15 U 3704/15 *Raet*, Rz. 8.

33 LG Leipzig v. 12.10.2006, 05 O 4444/04, S. 15 f.

che durchzusetzen. Faktoren sind dabei etwa: Fremdes materielles als auch prozessuales Recht, der Gerichtsstand ist nicht in Deutschland, es gibt u.U. sonstige rechtliche „Zusatzthemen“ (z.B. „Non-admitted-Problematik“<sup>34</sup>, Besonderheit des ausländischen Rechts), die Sprache ist gänzlich fremd, kulturelle Unterschiede, „ortsübliche Gepflogenheiten“ usw.

Grundsätzlich ist es für den inländischen Patentanwalt positiv, nicht für die Fehler des ausländischen Kollegen haften zu müssen. Doch ohne Haftung des inländischen Patentanwalts wird dessen Haftpflichtversicherer aber nicht regulieren. Denn „versichert“ heißt nicht Regulierung. „Versichert“ kann auch Abwehr des Anspruchs heißen (§ 100 VVG). Dass ein solcher Schadensfall die Geschäftsbeziehung des inländischen Patentanwalts zu seinem Mandanten mindestens arg strapaziert und ggf. eine langfristige zerstört, liegt auf der Hand. Insofern liegt der wirtschaftliche Wunsch nahe, dass der Berufshaftpflichtversicherer des inländischen Patentanwalts den Schaden reguliert. Aber weder der Patentanwalt als VN noch sein Mandant haben nach ständiger Rechtsprechung des BGH insoweit eine Handhabe: Der VN hat eben kein Wahlrecht, wie der Haftpflichtversicherer Versicherungsschutz gewähren muss; die Entscheidung des Versicherers kann, muss aber nicht im Einvernehmen mit dem VN erfolgen.<sup>35</sup>

Im Ergebnis heißt dies für den Mandanten, dass er sich an den im Ausland ansässigen Kollegen halten muss, wobei seine Ansprüche sich überdies nach dem dortigen Landesrecht richten werden.<sup>36</sup> Im Fall einer klageweisen Durchsetzung etwaiger Ansprüche gilt ferner das jeweils nationale Verfahrensrecht und zudem liegt – aus Sicht des Mandanten – der Gerichtsstand im Ausland. Eine Unterstützung durch einen lokalen Anwalt wird aufgrund dieser Gegebenheiten wahrscheinlich unumgänglich sein.

## D. Lösungsansätze in Versicherungsverträgen

Versicherungsmakler haben, auf diese aus Sicht des VN unbefriedigende Situation hinweisend, auf Lösungen gedrängt. Mittlerweile gibt es drei dem Verfasser bekannte Konzepte, die Abhilfe schaffen wollen. Diese werden nachstehend dargestellt und eingeordnet.

### I. Vorbemerkung

Bevor aber auf jene eingegangen wird, sei vorab jedoch angemerkt, dass derartige Klauseln fast immer das Ergebnis langer, „zäher“ Verhandlungen sind – und die Entstehung von Bedingungsstandards nicht selten ein langjähriger Prozess ist. Dabei ist es das wirtschaftliche Interesse des Versicherers, einen „Dambruch“ zu vermeiden, um sein Risiko kalkulierbar und die Policen profitabel zu halten; zugleich ist es auch im Interesse des VN, dass die Prämie nicht (weiter) steigt. Abgesehen davon, dass ein „Streichen“ von einmal gewährten Deckungsergänzungen nie auf Begeisterung bei Maklern/VN stößt, wecken diese nicht selten den Wunsch nach weiteren. Dies bringt aus Sicht der Versicherer die Gefahr mit sich, dass Grundprinzipien von Versicherungskonzepten sich evtl. umkehren könnten (Bsp.: D&O als Eigenschadenversicherung<sup>37</sup> bzw. mit solchen Elementen) bzw. das Regel-Ausnahme-Prinzip nach und nach korrodiert. Dem steht das Interesse der VN entgegen, das die Makler vertreten. Sie wollen einen möglichst umfassenden,

den Interessen entsprechenden effektiven Versicherungsschutz. Vor diesem Hintergrund ist stets zu beachten, dass Klauseln in der Praxis – aus den genannten, aber auch anderen Gründen – nicht so formuliert sind, wie es dies objektive Dritte „auf der grünen Wiese“ täten oder sich ein Makler wünschen würde. Mitunter werden bzw. müssen auch „unvollkommene“ Klauseln akzeptiert werden, weil zu „mehr“ der Versicherer/„Markt“ (noch) nicht bereit ist. Dabei ist es eine legitime Strategie, zunächst „zu nehmen, was möglich ist“, um darauf in späteren Verhandlungen weiter aufzubauen. Hier getroffene Anmerkungen zu den Klauseln mögen daher nicht als Kritik verstanden werden, sondern als Betrachtung eines objektiven Klauselanwenders.

## II. Die „Generalunternehmer“-Klausel

Die Patentanwaltskammer hat mit einem Versicherer konkrete Bedingungen abgestimmt, die dem einzelnen Mitglied zugutekommen, wenn es bei diesem Risikoträger einen Versicherungsvertrag abschließt.

### 1. Wortlaut der Klausel

In diesen Bedingungen findet sich folgende, hier im Weiteren als „Generalunternehmer“-Klausel bezeichnete Regelung:

„Organisation und Abwicklung von Patentanwaltsdienstleistungen

Sofern berufsrechtlich erlaubt, ist auch die Verpflichtung zur Organisation und Abwicklung als Generalunternehmer im Rahmen der versicherten Tätigkeit mitversichert, insbesondere die Verfahrensführung im Ausland durch im Ausland in sub zugezogene befugte Patentanwälte oder sonstige in sub zugezogene befugte Personen.“

### 2. Inhalt der Klausel

Die Klausel besagt, dass für die Organisation und Abwicklung von internationalen Patentanwaltsdienstleistungen Versicherungsschutz auch dann besteht, wenn der VN „als Generalunternehmer“ tätig wird und insbesondere der ausländische Kollege „in sub zugezogen“ wird.

Im Umkehrschluss heißt dies: Sofern zwischen seinem Mandanten und dem VN *keine* besondere Regelung getroffen wird, haftet der VN gem. § 664 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich nicht.

34 Manche Staaten untersagen ganz oder teilweise aufsichtsrechtlich, dass ein Versicherer ohne Sitz bzw. Niederlassung in jenem Staat dort belegene Risiken versichert; *Drave*, VP 11/2018, S. 6; abrufbar unter: [https://www.wilhelm-rae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis\\_-\\_cyberrisiken\\_im\\_internationalen\\_geschaefte\\_versicherer\\_-\\_november\\_2018.pdf](https://www.wilhelm-rae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis_-_cyberrisiken_im_internationalen_geschaefte_versicherer_-_november_2018.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.11.2021); entspricht *Drave*, VP 11/2018, S. 37.

35 *Sassenbach* in MAH Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 18 Rz. 79; zu den praktischen Auswirkungen s. *Eley*, Der Vermittler, 2021, S. 16 ff., abrufbar unter: [https://versicherungspraxis-heute.de/wp-60d20-content/uploads/2021/05/Der\\_Vermittler\\_Mai\\_2021.pdf](https://versicherungspraxis-heute.de/wp-60d20-content/uploads/2021/05/Der_Vermittler_Mai_2021.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.12.2021).

36 Ohne eine abweichende Rechtswahl bei der Beauftragung dürfte nach deutschem Internationalen Privatrecht auf den Anwaltsvertrag gem. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Rom-I-VO das Recht am Ort der Kanzlei des beauftragten Rechtsanwalts Anwendung finden; *Rinkler/Pape* in Fischer/Vill/Fischer/Chab/Pape, Handbuch der Anwaltshaftung, 5. Aufl. 2019, § 1 Rz. 359.

37 S. dazu *Herdter*, VP 07/2018, abrufbar unter: [https://www.wilhelm-rae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis\\_-\\_do-eigenschadenversicherung\\_-\\_juli\\_2018.pdf](https://www.wilhelm-rae.de/sites/default/files/pdf/versicherungspraxis_-_do-eigenschadenversicherung_-_juli_2018.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.11.2021); entspricht *Herdter*, VP 07/2018, S. 3.

Dann bleibt es dabei, dass der Versicherer des VN die Abwehr betreibt (B und C).

Etwas anderes gilt dann, wenn – was die Klausel mitversichert – der VN „sofern berufsrechtlich erlaubt, [...] die Verpflichtung zur Organisation und Abwicklung als Generalunternehmer“ gegenüber dem Mandanten übernimmt. Der Begriff „Generalunternehmer“ leitet gedanklich zu Werkverträgen, also gewerblicher Tätigkeit, und tangiert sogleich den „[gewerbe-]steuerrechtlichen Dauerbrenner“.<sup>38</sup> Ungeachtet dieses nicht unwesentlichen, aber hier nicht weiter betrachteten Problems hat die Frage „freiberuflich oder gewerblich“ aber auch einen Bezug zum Versicherungsschutz, wenn es in der „Generalunternehmer-Klausel“ einleitend heißt: „sofern berufsrechtlich erlaubt“. So regelt die Bundesrechtsanwaltsordnung in ihrem § 2 Abs. 2: „Seine Tätigkeit [die des Rechtsanwalts – Anmerkung des Verfassers] ist kein Gewerbe“. Damit erscheint die Klausel zunächst widersprüchlich. Doch ist die gedankliche Verknüpfung Gewerbe = Werkvertrag nicht zwingend. Denn in § 14 Arbeitnehmerentendegesetz versteht der Gesetzgeber den „Generalunternehmer“ als jemanden, der mit einem Dritten einen Werkvertrag oder einen Dienstvertrag schließt, dessen Erfüllung er seinerseits im Außenverhältnis zum Unternehmer bzw. Auftraggeber schuldet.<sup>39</sup> Selbst wenn dem nicht zu folgen sein sollte, ergäbe sich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, dass Versicherungsschutz für Dienstleistungen gewährt werden soll, wenn der Vertrag zwischen VN und seinem Mandanten so ausgestaltet ist, dass der VN auch für das Verhalten des „in sub zugezogenen“ ausländischen Patentanwalts haftet.

Aus der Regelung kann folglich entnommen werden: Für die Haftung eines VN für seinen Substituten gibt es Versicherungsschutz. Haftet der VN nicht für diesen, wird der Versicherer die Abwehr betreiben. Dem VN wird es aber versicherungsrechtlich gestattet (Deckungserweiterung), seinen Vertrag mit dem Mandanten so auszugestalten, dass der VN „als Generalunternehmer“ einen ausländischen Kollegen „als sub“ hinzuzieht – auf die Qualifizierung des Vertrags als Werkvertrag kommt es dabei nicht an. Ergibt sich dann ein Schadensfall, besteht Versicherungsschutz und je nach Ausgestaltung des Vertragsverhältnis zwischen VN und Mandanten auch Haftung. Im Fall der Haftung (aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung) würde der Versicherer in die Regulierung eintreten. Die Idee der Klausel scheint zu sein, dass der VN seine Mandatsvereinbarung dahin gehend ausgestalten kann, dass das Verhalten des beauftragten Kollegen ihm zugerechnet wird. Deckung besteht dann, wenn a) dies berufsrechtlich erlaubt ist und b) „die Verpflichtung zur Organisation und Abwicklung als Generalunternehmer“ mit dem Mandanten vereinbart wurde. Oben wurde angesprochen, dass die Tätigkeit als „Generalunternehmer“ – auch unter Berücksichtigung des folgenden Halbsatzes der Klausel – auch Dienstverträge bzw. Geschäftsbesorgungsverträge erfasst.

### 3. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass die Klausel dann nicht „hilft“, wenn der VN den ausländischen Kollegen als Substituten einschaltet. In diesem „Grundfall“ verändert sich gegenüber einer einfachen Versicherung der Anwaltstätigkeit nichts: Der Versicherer wird die Abwehr betreiben. Ferner sind durch die Einschränkung „sofern berufsrechtlich erlaubt,“ Konstellationen bspw. nicht

versichert, die im Kontext mit Interessenskollisionen stehen. Zudem hat dies den Nachteil, dass im Versicherungsvertrag auf die jeweils aktuelle berufsrechtliche Rechtslage verwiesen wird, was den Deckungsinhalt nachträglich verändern kann.

## III. „Mitversicherung der Verschuldenszurechnung“

Eine andere im Markt verwendete Klausel, die als „Mitversicherung der Verschuldenszurechnung“ umschrieben wird, findet sich in den dazugehörigen „Besonderen Vereinbarungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Patentanwaltskanzleien“.

### 1. Wortlaut der Klausel

Sie lautet:

„Beauftragung von externen Dienstleistern und Korrespondenzkanzleien

Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht des VN, die sich aus der Beauftragung externer Dienstleister (z.B. für die Einzahlung von Gebühren) und von Korrespondenzkanzleien im In- und Ausland ergeben kann. Die externen Dienstleister und Korrespondenzkanzleien werden in solchen Fällen einer Verschuldenszurechnung i.S.d. § 278 BGB den Erfüllungsgehilfen gleichgestellt. Das Regressrisiko trägt der Versicherer.“

### 2. Inhalt der Klausel

Im Rahmen der Auslegung dürfte ein objektiver Dritter „in solchen Fällen“ (S. 2 der Klausel) so verstehen, dass damit die Inanspruchnahme des VN im Zusammenhang mit der Beauftragung einer „Korrespondenzkanzlei“ besteht. Die Formulierung „Die [...] Korrespondenzkanzleien werden [...] einer Verschuldenszurechnung i.S.d. § 278 BGB den Erfüllungsgehilfen gleichgestellt“ wird der verständige Leser, auch unter Berücksichtigung des Sinnzusammenhangs, als Fiktion („werden [...] gleichgestellt“) begreifen. Der Begriff „Erfüllungsgehilfe“ unter Nennung des § 278 BGB zeigt, dass es um eine Fingierung auf der Haftungsebene geht – die inter partis zwischen VN und seinem VR gilt. Somit soll bei einer Inanspruchnahme des VN „aus der Beauftragung einer Korrespondenzkanzlei“ jene dem VN als Erfüllungsgehilfen zugerechnet werden. Sofern S. 1 der Klausel mit „Mitversichert ist die gesetzliche Haftpflicht des VN“ beginnt, erscheint dies im Hinblick auf S. 2 etwas widersprüchlich. Besagt dieser doch, dass eine Korrespondenzkanzlei Erfüllungsgehilfe des VN sein soll – was schließlich nicht (immer) die gesetzliche Haftung nachzeichnet. Dass aber die Fiktion den Versicherungsschutz entfallen lässt, wird wohl niemand ernstlich in Erwägung ziehen, da dies dem Sinn der Regelung völlig entgegenlaufen würde. Ebenso unschädlich ist, dass die wesentliche „Stellschraube“ nicht die Verschuldenszurechnung ist, sondern die Fiktion, dass der ausländische Patentanwalt als Erfüllungsgehilfe gilt: Die Verschuldenszurechnung ergibt sich sodann „als Reflex“ zwingend aus dem Gesetz (§ 278 BGB).

Fraglich könnte indes sein, wann eine „Korrespondenzkanzlei“ im Sinne der Klausel gegeben ist. Mit dem Begriff kann schnell der Terminus „Korrespondenzanwalt“ in Verbindung gebracht

38 Olbing, AnwBl. 2016, 33 m.w.N.

39 So explizit die Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 14/45, 3 und 17.

werden, der synonym zu „Verkehrsanwalt“ verwendet wird.<sup>40</sup> Dabei geht es um die Wahrnehmung von Gerichtsterminen unter Einbindung eines zweiten Rechtsanwalts, wobei der Verkehrsanwalt<sup>41</sup> im buchstäblichen Sinne „federführend“ ist: Der beauftragte Anwalt (Verkehrsanwalt) greift zur Vertretung seines Mandanten (aus Kostengründen) auf einen Kollegen am Ort des Gerichts zurück, der den Verhandlungstermin in persona wahrnimmt und z.B. die Anträge stellt. *Bräuer* schätzt es so ein, dass im Regelfall der Mandant von der Unterbevollmächtigung gar nichts weiß.<sup>42</sup> In der Praxis betreut der Verkehrsanwalt fachlich-inhaltlich das Mandat. Typischerweise stammen auch die Schriftsätze von diesem. Im Termin ist es nicht selten, dass der Terminsvertreter (der Rechtsanwalt „vor Ort“) mit dem Verkehrsanwalt Rücksprache hält, wenn es um inhaltliche Fragen oder Entscheidungen geht. Die Rollenverteilung ist in der Praxis klar.<sup>43</sup> Deswegen ist es gängig, dass der Terminsvertreter die ihm für seinen „Kurzauftritt“ vor Gericht zustehende Gebühr mit dem Verkehrsanwalt teilt.

Hieraus könnte abgeleitet werden, dass eine Korrespondenzkanzlei nur dann vorliegt, wenn ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen dem inländischen und dem ausländischen Kollegen vorliegt. Für das Erfordernis eines dahin gehenden Verhältnisses der Rechtsbeistände spricht zudem, dass die Klausel vor den Korrespondenzkanzleien auch „externe Dienstleister (z.B. für die Einzahlung von Gebühren)“ nennt. Jene dürften als Gehilfe zu qualifizieren sein, für die gem. § 664 Abs. 1 S. 3 BGB i.V.m. § 278 BGB die Haftungsprivilegierung des S. 2 nicht gilt.<sup>44</sup>

Der Verkehrsanwalt hat „seinen Namen“ aber aufgrund seiner ihm im RVG „zugewiesenen“ Rolle als „Poststelle“. RVG-VV 3400 lautet nämlich: „Der Auftrag beschränkt sich auf die Führung des Verkehrs der Partei oder des Beteiligten mit dem Verfahrensbevollmächtigten“. Dazu führt der BGH aus: „Der Verkehrsanwalt hat nach VV RVG 3400 einen beschränkten Pflichtenkreis; er führt lediglich den Verkehr der Partei mit dem Prozessbevollmächtigten, während die Prozessführung und die damit verbundene Beratung von dem Prozessbevollmächtigten in eigener Verantwortung wahrzunehmen ist.“<sup>45</sup> Demgemäß wird in diesem Zusammenhang die Rolle des Verkehrsanwalts regelrecht bagatellisiert, zumal das konkrete Auftragsverhältnis den Pflichtenkreis bestimmt.<sup>46</sup> Allerdings vermögen diese Betrachtungen im Kontext des Kostenrechts nicht verwundern. Jedoch deutet sich bereits an, dass es für den Verkehrsanwalt nicht konstitutiv ist, dass er inhaltlich-fachlich eine „dominante Rolle“ in Relation zum anderen Kollegen hat. Dies wird zudem durch die Rechtsprechung zur Anwaltshaftung im Verhältnis zwischen diesen gestützt. So nimmt der Terminsvertreter seine Aufgabe grundsätzlich eigenverantwortlich wahr.<sup>47</sup> Zur Überwachung des Prozessbevollmächtigten ist der Verkehrsanwalt im Allgemeinen ohne besonderen Auftrag gerade nicht verpflichtet,<sup>48</sup> ebenso wenig umgekehrt.<sup>49</sup> Vielmehr geht der BGH – wie allgemein bei der Einschaltung von zwei Rechtsberatern<sup>50</sup> – (grundsätzlich) von getrennten Pflichtenkreisen aus und verneint eine Zurechnung gem. § 278 BGB<sup>51</sup>.

Selbst wenn man der Assoziationskette Korrespondenzkanzlei – Korrespondenzanwalt – Verkehrsanwalt folgte, ergäbe sich daher keine inhaltliche Anforderung eines gewissen Innenverhältnisses der involvierten Kanzleien/Anwälte.

Für das Auslegungsergebnis sprechen weitere, gewichtige Gründe: Zum einen ergibt sich aus dem Folgesatz der Klausel, dass die „Gleichstellung“ fingiert wird, mithin also nicht bloß klarstellend ist. Einer Gleichstellung bedarf es aber nur, wenn § 278 BGB nicht ohnehin schon anwendbar ist. Auch wenn ein Weisungsrecht nicht konstitutiv für die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe ist,<sup>52</sup> dürfte doch ein Über-/Unterordnungsverhältnis häufig gegeben sein. Demgemäß würde es dem Regelungszusammenhang widersprechen, würde in das Tatbestandsmerkmal „Korrespondenzkanzlei“ ein solches hineingelesen. Zum anderen wird Korrespondenzkanzlei im Kontext mit einem Auslandsbezug typischerweise als die Kanzlei verstanden, die „im Ausland“ sitzt<sup>53</sup> und das lokale Recht kennt, was bereits ein selbstständiges Agieren nahelegt. Wie ausgeführt (B I 1), spricht der Auslandsbezug dafür, dass der VN dem Kollegen die Aufgabe zur selbstständigen Erledigung überantwortet.

### 3. Zwischenergebnis

Auch wenn die diskutierten Punkte vielleicht einer gewissen Auslegung bedürfen, offenbart sich sodann aber ein eindeutiger Regelungsinhalt. Dieser löst die oben skizzierte Problematik (C). Auf weitere Aspekte wird unter E eingegangen.

40 *Althammer* in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 85 Rz. 17; *Dürbeck* in Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 78 Rz. 21; *Keller* in Keller, Vergütung und Kosten im Insolvenzverfahren, 5. Aufl. 2021, Der Anspruch auf angemessene Vergütung, Rz. 149; *Keukenschrijver* in Busse/Keukenschrijver, Patentgesetz, 9. Aufl. 2020, § 80 Rz. 48; *Keukenschrijver*, § 84 PatentG, Rz. 93; dagegen die Begriffe differenzierend verwendend *Keukenschrijver*, § 133 Rz. 16, a.a.O.; *Böhme/Biela/Tomson* in Böhme/Biela/Tomson, Kraftverkehrs-Haftpflicht-Schäden, 26. Aufl. 2018, h) Korrespondenzanwalt, Rz. 75; *Groß/Eder* in Groß/Eder, Anwaltsgebühren in Ehe- und Familiensachen, 5. Aufl. 2018, § 5 Rz. 46.

41 Vgl. hierzu *Herget* in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 91 Rz. 13.104: „Verkehrsanwalt. Wohnt eine Partei nicht im Bezirk oder in der Nähe des Gerichts und ist sie nicht fähig, einen dort residierenden RA sachgemäß zu informieren, dann darf sie einen an ihrem Ort oder in dessen nächster Nähe befindl RA damit betrauen, den Prozessstoff zu sichten und den am Prozessgericht wohnenden oder niedergelassenen RA zu informieren. Dieser ist dann der ProzBev, der andere der Verkehrsanwalt, der nach VV 3400 vergütet wird.“

42 *Bräuer*, AnwBl. 2019, 550.

43 „Ob und inwieweit der Unterbevollmächtigte die Sache näher kennt und in der mündlichen Verhandlung etwas zur Sache ausführen kann, ist in der Praxis sehr unterschiedlich. Ist der Unterbevollmächtigte nicht oder schlecht vorbereitet, kann sich dies auf das Verfahren nachteilig auswirken, bis hin zum Prozessverlust.“ *Bräuer*, AnwBl. 2019, 550.

44 *Lorenz*, JuS 2012, 6, 7.

45 BGH v. 13.11.2014 – VII ZB 46/12, juris Rz. 14.

46 BGH v. 12.11.2009 – IX ZR 152/08, juris Rz. 13; *Bräuer*, AnwBl. 2019, 550.

47 BGH v. 20.7.2006 – IX ZR 47/04, VersR 2007, 946 m.w.N. in der Rspr. des BGH.

48 BGH v. 12.11.2009 – IX ZR 152/08, juris Rz. 13; BGH v. 17.12.1987, a.a.O.; v. 14.11.1991 – IX ZR 31/91, NJW 1992, 836, 837.

49 BGH v. 20.7.2006 – IX ZR 47/04, VersR 2007, 946.

50 BGH v. 8.2.2007 – IX ZR 188/05, VersR 2007, 1526 = juris Rz. 16.

51 BGH v. 17.12.1987 – IX ZR 41/86, juris Rz. 33.

52 BGH v. 4.3.1987 – IVa ZR 122/85, BGHZ 100, 117 = juris Rz. 20.

53 Beispielhaft für die typische Verwendung des Begriffs „Korrespondenzkanzlei“ im Kontext mit Auslandsbezügen auf Homepages von Kanzleien: „Darüber hinaus arbeiten wir in über 100 Ländern, in denen wir keine eigenen Büros unterhalten, eng mit Korrespondenzkanzleien zusammen.“; abrufbar unter: [https://www.allenoverly.com/de-de/germany/global\\_coverage](https://www.allenoverly.com/de-de/germany/global_coverage) (zuletzt abgerufen am 3.12.2021).

## IV. „Substitutionsklausel“

In anderen Verträgen finden sich „Besondere[n] Bedingungen zur Substitution“.

### 1. Wortlaut der Regelungen

Dort heißt es:

„Besondere Bedingungen zur Substitution

1. Der Versicherungsschutz bezieht sich im bedingungsgemäßen Umfang auch auf den Fall, dass die über diesen Vertrag versicherten Berufsträger für Versehen von Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB und/oder Substituten gem. § 664 Abs. 1 S. 2 BGB allein oder gemeinsam in Anspruch genommen werden.

2. Für diesen erweiterten Versicherungsschutz ist vereinbart:

a. Leistet der Versicherer der über diesen Vertrag versicherten Berufsträger wegen eines Versehens des Substituten, nimmt er insoweit gegen diesen Regress. Die VN werden ihn dabei unterstützen.

b. Leistet der Versicherer eines Substituten wegen eines Versehens der VN, besteht für einen Regress gegen die VN im bedingungsgemäßen Umfang Versicherungsschutz.

[...]

3. Im Übrigen gelten die Allgemeinen und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibung zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Patentanwälte.“

### 2. Inhalt der Regelungen

Wie bereits dargestellt (A), ist die erlaubte Beauftragung eines Substituten auch ohne eine entsprechende Regelung mitversichert. Insofern erscheint die „Besonderen Bedingungen“ auf den ersten Blick lediglich eine Klarstellung zu sein. Denn in welcher Form Versicherungsschutz gewährt wird – Abwehr oder Regulierung – scheint nicht festgelegt zu werden. Im Gegensatz zur „Generalunternehmerklausel“ ist es auch nicht Wunsch der Parteien, dass der Anwalt den ausländischen Kollegen als Erfüllungsgehilfen einschaltet oder die Haftung vertraglich erweitert, wie der Bezug auf den „bedingungsgemäßen Umfang“ in Ziff. 1 der Bedingungen zeigt.

Jedoch ergibt sich bei genauerer Lektüre von Ziff. 2a der Bedingungen ein anderes Bild. Die Regelung geht von einer Leistung des Versicherers „für ein Versehen des Substituten“ aus und befasst sich mit dem anschließenden Regress gegen diesen. In Hinblick auf den gleich zweimal angesprochenen § 664 Abs. 1 S. 2 BGB kann nicht von einem Versehen ausgegangen werden, wenn die Klausel offensichtlich von einer Regulierung eines Schadens ausgeht, obwohl keine Haftung gegeben ist: § 664 Abs. 1 S. 2 BGB schließt ja gerade dafür die Haftung aus und in Ziff. 1 werden einleitend sowohl § 278 BGB als auch § 664 Abs. 1 S. 2 BGB genannt. Wenn im Weiteren dann nur Aspekte im Zusammenhang mit der Substitution behandelt werden, kann der Regelungsgegenstand kaum anders verstanden werden als vorstehend skizziert. Ansonsten hätten die Bedingungen keinen Regelungsgegenstand, da auch ohne sie Versicherungsschutz besteht (s. B). Bereits nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen wäre eine Inhaltslosigkeit der Klausel ein bedenkenswertes Ergebnis. Wenn aber Ziff. 2 von „erweiterte [m] Versicherungsschutz“ spricht, ist die Regelungsintention kaum anders interpretierbar. Vielmehr zeigt Ziff. 2a die vom VN präferierte Lösung auf, nämlich dass der Schaden gegenüber dem Mandanten reguliert und vom Versicherer gegenüber dem Substituten regressiert wird.

Indes ist dem Wortlaut der Regelung nicht zu entnehmen, wer darüber entscheiden darf, ob reguliert oder abgewehrt wird. Ohne eine entsprechende Festlegung liegt der Gedanke nahe, auf die allgemeine Rechtslage i.S.v. § 100 VVG zu verweisen. Dagegen spricht jedoch, dass der Versicherer von einem „erweiterten Versicherungsschutz“ (Ziff. 2) spricht und Ziff. 2a eben nach dem Vorgesagten für die beschriebene Konstellation eine Deckung vorsieht, die mehr Versicherungsschutz gewähren will als lediglich die gesetzliche Haftung nach den allgemeinen Regeln abzusichern. Hätte der Versicherer dann das Recht, frei zu wählen, ob er reguliert oder abwehrt, wäre der Passus überflüssig. Denn der Versicherer kann sich, auch ohne dass eine Haftung besteht, für eine Regulierung entscheiden, *zumindest* wenn der VN dies wünscht. Die erwähnte Regressnahme (Ziff. 2a) kann auch nicht der eigentliche Regelungsgegenstand sein und steht dieser Auslegung nicht entgegen, da mit der Zahlung einer Versicherungsleistung – selbst wenn dies aus Kulanz erfolgt<sup>54</sup> – Regressansprüche gem. § 86 VVG auf den Versicherer übergehen und der VN diesbezüglich Obliegenheiten hat, den Versicherer zu unterstützen. Demgemäß hat der VN die Wahl, ob in der skizzierten Situation reguliert wird oder nicht.

### 3. Zwischenergebnis

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass die Klausel ihren Zweck erfüllt. Der wesentliche Regelungsinhalt ist allerdings auf den ersten Blick nicht unmittelbar erkennbar. Er findet sich – dann aber eindeutig – bei Auslegung des Konzepts. Mithin besteht die Gefahr, dass mit der Materie weniger vertraute Personen die Klausel missverstehen und im Schadensfall gewisse „Überzeugungsarbeit“ erforderlich werden könnte. Hingegen verzichtet sie auf den gesetzlichen Regelungen unbekannte Begriffe, was die Anwendung wiederum erleichtert. Ferner dürfte sie, was positiv zu bewerten ist, ein Wahlrecht beinhalten, worauf, ebenso wie auf einen weiteren Aspekt, im Folgenden (E II) eingegangen werden soll.

## E. „Grundrichtung“ der Lösung und Weiterentwicklungsaspekte

Vermutlich wird eine der analysierten Klauseln oder eine modifizierte, ggf. weiterentwickelte Klausel irgendwann Marktstandard. Nachstehend sollen Aspekte skizziert werden, die dabei weiterentwickelt werden könnten.

### I. Die Lösung ist (allein) auf der Deckungsebene zu suchen

Zunächst stellt sich in diesem Kontext die Frage des gedanklichen Ansatzpunktes. Denn die „Generalunternehmer-Klausel“ verfolgt einen anderen Ansatz als die beiden Letztgenannten. So ermöglicht es die Klausel dem VN, Verträge zu schließen, die die gesetzliche Haftung erweitern – indem er sich zum „Generalunternehmer“ macht. Haftet er aufgrund dieser vertraglichen Vereinbarungen – was er sonst nicht getan hätte (vgl. B) – besteht Versicherungsschutz und wegen der sodann

54 Günther, Der Regress des Sachversicherers, 6. Aufl. 2015, S. 4.

gegebenen Haftung muss der Haftpflichtversicherer regulieren. Dies klingt logisch. Doch es sollte reflektiert werden, was dies (für den VN) konkret bedeutet/bedeuten kann: Von der Bürde für Fehler Dritter (ausnahmsweise) nicht mit dem ganzen Vermögen verschuldensunabhängig eintreten zu müssen, müsste sich nun der VN selbst (freiwillig) vertraglich einer Haftung unterwerfen. Der Ansatz erscheint nicht nur unnötig kompliziert, sondern birgt für den VN Gefahren. Denn wehe dem, der sich „wagte, in die Haftung zu gehen“, dem aber der Versicherer wider Erwarten doch nicht (voll) beisprang. Jener kann dann den Regress führen (wenn er noch das Geld dafür hat), vor dem er seinen Mandanten bewahren wollte. Sofern der VN nämlich in dieser selbstgeschaffenen Haftungslage keinen (ausreichenden) Versicherungsschutz genießt (Bsp.: andere Ausschlüsse greifen, Insolvenz des Versicherers oder zu geringe Versicherungssumme), bleibt seine Haftung im Verhältnis zum Mandanten. Dabei sei in Erinnerung gerufen, dass Ausgangspunkt der Überlegungen das Problem ist, dass der potentielle Regress gegen den Schadensverursacher aufgrund des Auslandsbezugs erheblich erschwert sein dürfte. Dieses Risiko hat nun der VN inne. Überdies stellt sich neben der Frage nach der konkreten Formulierung der Haftungsvereinbarung mit dem Mandanten, wenn „die Verpflichtung zur Organisation und Abwicklung als Generalunternehmer im Rahmen der versicherten Tätigkeit“ und „in sub zugezogene“ Personen mitversichert sind: Was ist wann (noch) versichert und was nicht mehr? Irrt der VN diesbezüglich, haftet er im Außenverhältnis, ohne Versicherungsschutz für Schäden zu haben, die er nicht verursacht hat, und in Fällen, in denen er bei Anwendung des Gesetzes nicht haften würde (B).

Ist das Ziel, eine Situation zu schaffen, in welcher der Haftpflichtversicherer den Mandanten des VN den Schaden ersetzt, den er durch den Substituten erleidet, bedarf es einer vertraglichen Lösung zwischen dem VN und seinem Versicherer. Schließlich geht es darum, dass bei gleicher Sachverhaltslage und bestehendem Versicherungsschutz der Versicherer statt der Versicherungsleistung „Abwehr“ die Versicherungsleistung „Regulierung“ erbringt. Folglich ist der Versicherungsvertrag der richtige Ort, um die Art der Leistung in dieser Konstellation vertraglich zu vereinbaren.

Vor diesem Hintergrund erscheint die „Generalunternehmer“-Klausel nicht als geeigneter Ausgangspunkt einer Weiterentwicklung zu sein. Die anderen genannten Klauseln setzen dagegen auf der zutreffenden Ebene an: Dem Vertragsverhältnis zwischen VN und Versicherer.

## II. Weiterentwicklungsaspekte: Konkludente Reduzierung des Mandats, Wahlrecht und Termini

Die Anwendung des § 664 Abs. 1 S. 2 BGB ist aber nur ein Punkt, der der Haftung entgegenstehen kann. In der „Freigabe“ des Mandanten, den zweiten Rechtsbeistand einzusetzen, kann aber eine Reduzierung des Pflichtenkreises des Erstbeauftragten (im Beispiel des inländischen Patentanwalts) gesehen werden (C I 2). Die beiden letztgenannten Klauseln werden dahin gehend auszulegen sein, dass dieser Fall von ihnen jeweils zugunsten des VN auch erfasst ist. Eine dahin gehende Klarstellung im Bedingungswerk würde aber zusätzliche Sicherheit schaffen.

Selbiges gilt in Bezug auf die „Substitutionsklausel“: Diese beinhaltet ein Wahlrecht (E 3), was deutlicher zum Ausdruck gebracht werden könnte. Hingegen sieht die „Mitversicherung der Verschuldenszurechnung“-Klausel dies nicht vor. Demgemäß müsste der Versicherer die Korrespondenzkanzlei stets haftungsrechtlich als Erfüllungsgehilfen sehen – auch dann, wenn die Haftung eigentlich wegen § 664 Abs. 1 S. 2 BGB nicht gegeben wäre. Aber es gibt Fälle, in denen es dem VN wichtig (er) ist, dass sein Vertrag nicht mit einem Schaden belastet wird, als dass dem Mandanten „geholfen“ wird. Möglicherweise besteht die Geschäftsbeziehung zu diesem gar nicht mehr und/oder wäre so oder so die Gefahr einer schadensbedingten Prämienhöhung nicht wert. Zumal es in der Praxis in Extremfällen dazukommen kann, dass der aktuelle Versicherer kündigt und aufgrund der Vorschäden für den VN keine Deckung am Markt mehr gefunden werden kann. Infolge der Formulierung der „Mitversicherung der Verschuldenszurechnung“-Klausel müsste aber der Versicherer auch in diesen Fällen (sinnwidrigerweise) stets die Korrespondenzkanzlei als Erfüllungsgehilfen sehen und ggf. regulieren. Ein Wahlrecht des VN würde es ihm ermöglichen, einzelfallabhängig zu entscheiden. Derartige Optionen<sup>55</sup> sind z.B. in der Produkthaftpflichtversicherung Praxis (etwa in der sog. Lieferkettenklausel<sup>56</sup> oder Nichtberufen auf für den VN günstige AGB).<sup>57</sup> Der Notwendigkeit eines Wahlrechts könnte man entgegenhalten, dass der Versicherungsvertrag jederzeit auch (konkludent) geändert werden könnte. Da der Versicherer stets das Interesse haben dürfte, nicht regulieren zu müssen, ist seine Zustimmung zu einem Abbedingen der Fiktion sehr wahrscheinlich. Abgesehen davon, dass es angezeigt erscheint, bei der Vertragsgestaltung bereits vorab antizipierbare Probleme zu lösen, stellt sich zudem die Frage, wie es sich verhält, wenn der Deckungsanspruch durch den Mandanten gepfändet wird. Der Versicherer dürfte ein berechtigtes Interesse daran haben, dass seine Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse seines Kunden ihm nicht auch dann zum Nachteil gereicht, wenn die Geschäftsbeziehung zwischen Mandanten und dem VN nicht mehr existiert. So dürfte zumindest in dem Fall, in dem der Anspruchsteller den Deckungsanspruch pfändet, das Interesse des VN an einer Regulierung des Schadens gegenüber dem Mandanten entfallen sein. Ist dem so, ist kein Grund mehr ersichtlich, warum der Versicherer bzw. die Versichertengemeinschaft den Mandanten besser stellen sollte, als das Gesetz dies haftungsrechtlich vorsieht. Demgemäß ist eine Einschränkung

55 Nickel, VersR 2000, 1345.

56 Diese lautet: „Der Versicherungsschutz im Umfang der Ziffern 4.3.2.1 bis 4.3.2.3 erstreckt sich auch auf Ansprüche der weiteren Abnehmer der vom Versicherungsnehmer gelieferten Erzeugnisse, wenn diese ihrer Art nach auch vom direkten Abnehmer des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden könnten. Der Versicherer wird den Einwand fehlender Vertragsbeziehung zwischen dem Versicherungsnehmer und den weiteren Abnehmern nicht erheben.“ Formulierungsvorschlag aus Nickel/Nickel-Fiedler in Nickel/Nickel-Fiedler, Produkt-Haftpflichtversicherungsrecht, 2. Aufl. 2015, II. Ziff. 4.3.1, Abs. 1, S. 1 PHB: Der deckungsbegründende Tatbestand, Rz. 11.

57 Nickel, VersR 2000, 1345: „Soweit die vom Versicherungsnehmer verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie dessen Rahmen- oder Qualitätssicherungsvereinbarungen mit Lieferanten oder Kunden Haftungsausschlüsse oder Haftungseinschränkungen zugunsten des Versicherungsnehmers enthalten, wird sich der Versicherer auf Wunsch des Versicherungsnehmers darauf nicht berufen.“

für diesen Fall zur Wahrung der Versichererinteressen sinnvoll.

Ferner erscheinen im Gesetz nicht verwendete Termini oder solche, die ihrerseits der Interpretation bedürfen, wie „Generalunternehmer“, „Korrespondenzkanzlei“ oder „in sub zugezogen“, nicht ausreichend klar. Ein Verzicht auf solche erscheint sinnvoll.

## F. Fazit

Schaltet ein inländischer Patentanwalt im Einverständnis mit seinem Mandanten einen ausländischen Kollegen zur Patentanmeldung ein, wird eine Substitution i.S.v. § 664 BGB sehr wahrscheinlich vorliegen. Das Gesetz schützt in diesem Fall den Beauftragten, da er – entgegen der allgemeinen Regel (§ 278 BGB) – nicht für die Fehler des Substituten haftet (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB). Der inländische Berufsträger ist also nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sein Mandant aufgrund eines Fehlers des ausländischen Kollegen einen kausalen Schaden erleidet. Das heißt, dass sich der Mandant unmittelbar an Letzteren halten müsste, weil allenfalls gegen diesen Ansprüche bestehen. Wegen der damit einhergehenden Schwierigkeiten bei der Durchsetzung dieser (fremdes prozessuales Recht, fremde Sprache, Gelegenheit des Gerichtstands im Ausland usw.), aber auch weil der Mandant „seinen“ Patentanwalt als Ansprechpartner wahrnimmt, wird (wahrscheinlich) der inländische Rechtsbeistand in Anspruch genommen werden. Ohne abweichende vertragliche Regelungen wird dessen Vermögensschadenhaftpflichtversicherer keinen Schaden ersetzen, sondern die unberechtigten Ansprüche abwehren. Damit kommt der Versicherer seinen Pflichten aus dem Versicherungsvertrag

nach. Doch ist das wirtschaftliche Ergebnis weder für den versicherten Patentanwalt noch für seinen Mandanten befriedigend und belastet deren (ggf. gute und langjährige) Geschäftsbeziehung.

Die drei vorgestellten Regelungsansätze wollen diesem Problem entgegenwirken. Dabei weicht die hier so bezeichnete „Generalunternehmer“-Klausel grundlegend von den anderen beiden Regelungen ab. Sie erweitert nämlich den Versicherungsschutz des Patentanwalts dahin gehend, dass dieser mit seinem Mandanten deckungsunschädlich vereinbaren darf, dass der Berufsträger, abweichend von der gesetzlichen Regelung, auch für die Fehler des Substituten – wie ein Generalunternehmen – haftet. Im Schadensfall kommt es dann zur Regulierung, soweit Deckung besteht, da Haftung (nun) aufgrund der Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses gegeben ist.

Die Klausel zur „Mitversicherung der Verschuldenszurechnung“ (D III) als auch die „Substitutionsklausel“ bzw. -Regelungen (D IV) setzen hingegen nicht auf der Haftungsebene an, sondern fingieren auf der Deckungsebene, dass der Versicherer den Fall so bewertet, als gäbe es eine Haftung des inländischen Patentanwalts für etwaige Fehler des von ihm in Abstimmung mit dem Mandanten eingeschalteten ausländischen Kollegen.

Insgesamt ist der Ansatz, dem Problem auf der Deckungsebene zu begegnen, vorzuzugswürdig (E I), da für den VN wesentliche Gefahren vermieden werden. Die beiden anderen Konzepte erfüllen ihren Zweck. Indes gibt es bei diesen noch Weiterentwicklungsmöglichkeiten, die den rechtssicheren Umgang erleichtern könnten.

# Impressum

**Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG, Karlsruhe**

**Geschäftsführer:** Christian Kamradt, Dr. Ferdinand Graf Wolff Metternich

**Herausgeber und Hauptschriftleiter:** Prof. Dr. Manfred Wandt

**Weitere Mitglieder der Schriftleitung:** Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Kranken- und Unfallversicherung, Straßenverkehrsrecht), Dr. Jürgen Bürkle (Versicherungsaufsichts- und Versicherungsunternehmensrecht), VRIOLG a.D. Lothar Jaeger (Berufshaftungs- und Amtshaftungsrecht), RA Dr. Theo Langheid (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, alle Versicherungszweige außer Haftpflicht- und Personenversicherung), Prof. Dr. Dirk Looschelders (Haftpflichtversicherung, Haftungsrecht, Sozialversicherungsrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht), Prof. Dr. Peter Reiff (Allgemeines Versicherungsvertragsrecht, Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung, Vertriebsrecht, Prozessrecht)

**Redaktion:** Michael Göpfrich (Ltg.) -134, Sibylle Bierhalter -168, Telefax: 0721 3509-202, E-Mail: redaktion-versr@vww.de

**Postanschrift:** Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG, Leopoldstraße 37, 76133 Karlsruhe, Telefon: 0721 3509-0, Telefax: -201, Internet: vww.de. Bitte geben Sie bei Zuschriften an den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG immer Ihre Kundennummer an.

**Anzeigen:** Christian Kamradt (verantwortl.), Anschrift des Verlages; Verkauf: sales friendly Verlagssdienstleistungen, Nicole Schmitz/Bettina Roos, Telefon: 0228 97898-18, E-Mail: roos@sales-friendly.de

**Abonnementbetreuung:** DataM-Services GmbH, E-Mail: zeitschrift@vww.de

**Konto:** Landesbank Baden-Württemberg, Stuttgart BLZ 600 501 01, Konto 405061352, BIC SOLADEST600, IBAN DE45 6005 0101 0405 0613 52

**Umsatzsteuer-Identifikationsnummer:** DE 812480638

**Herstellung:** Karina Hack, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln

**Druck:** rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, druckhaus@rewi.de, www.rewi.de.

**Manuskripte:** Der Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung wird dem Einsender nach Vorliegen des vollständigen druckfertigen Manuskripts schriftlich bekannt gegeben. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Im Fall der Annahme erwirbt der Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts einschließlich zukünftiger Verlängerungen das ausschließliche und räumlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wieder-

gabe und Zugänglichmachung sowie das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zur Aufnahme in Datenbanken oder zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Der Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG darf die Rechte auch zu gewerblichen Zwecken, online oder offline, ohne zusätzliche Vergütung wahrnehmen und die eingeräumten Rechte ganz oder teilweise auf Dritte übertragen und/oder einräumen, ohne dass es hierzu der Zustimmung des Autors bedarf. Frühestens nach Ablauf eines Jahres nach Erscheinen kann ein Nachdruck in einer Publikation eines anderen Verlags erfolgen, jedoch nur mit vorheriger Zustimmung und unter Nennung der Erstveröffentlichung in dieser Zeitschrift als Quelle. Das Recht für die elektronische Verwertung bleibt bei dem Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG. Hiervon unberührt bleibt das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung.

Die Zeitschrift verwendet die amtliche deutsche Sprache mit generischem Maskulinum im Bewusstsein der verfassungsrechtlichen Gleichheit jeder geschlechtlichen Identität.

**Urheberrechte:** Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für veröffentlichte Gerichtsentscheidungen und Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Der Rechtsschutz erstreckt sich auch auf Datenbanken und andere elektronische Medien und Systeme. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, auf elektronischen Datenträgern gespeichert, in Datenbanken aufgenommen oder in sonstiger Form elektronisch verwertet werden.

Durch Mitgliedschaft in der Vereinigung „Presse Internationale des Assurances (PIA)“ laufender Austausch von Informationen mit anderen führenden europäischen Fachzeitschriften.

**Erscheinungsweise:** am 1. und 15. jeden Monats.

**Bezugspreis:** Deutschland: jährlich (bei 24 Ausgaben) 395,- € inkl. MwSt., Versandkosten und Online-Zugang. Ausland: zzgl. Versandkosten; Einzelausgabe 25,- € inkl. gesetzl. MwSt. zzgl. Versandkosten.

Bestellungen bei DataM-Services GmbH. Kündigung zum Laufzeitende mit 4 Wochen Kündigungsfrist.

Bei Einstellung oder Unterbrechung der Lieferung aus Gründen, die der Verlag Versicherungswirtschaft GmbH & Co. KG nicht zu vertreten hat, besteht kein Anspruch auf Rückvergütung von Bezugsgeldern. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungsdatum reklamiert werden; Unternehmenssitz/Postanschrift: Karlsruhe.

**Anzeigenpreise:** Es gelten die Mediadata vom 1.1.2022.

**ISSN:** 0342-2429