

---

**Datum:** 09.03.2017  
**Gericht:** Landgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 9. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 9 O 95/16  
**ECLI:** ECLI:DE:LGD:2017:0309.9O95.16.00

---

**Tenor:**

Es wird festgestellt, dass die Beklagte aus dem Versicherungsvertrag mit der Versicherungsnummer RS-V-03634817-4 verpflichtet ist, die Kosten der außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsverfolgung hinsichtlich der Gewährleistungsrechte wegen Verwendung von Manipulationssoftware, insbesondere der Neulieferung und Schadensersatzansprüche der Klägerin gegenüber der W AG Z zu tragen, die auf dem Kauf eines W3 Tiguan Trend & Fun BM Techn. 2,0l TDI 81kW, FIN WVGZZZ5NZEW054695 beruhen.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerpartei von der Forderung der Dr. T3 und T mbH für die Fertigung des Stichentscheids bezüglich des Versicherungsvertrags mit der Versicherungsnummer RS-V-03634817-4 hinsichtlich der Kostendeckung wegen der Gewährleistungsansprüche und Rückabwicklungsrechte der Klägerpartei gegenüber der Autohaus L GmbH und hinsichtlich der Schadensersatzansprüche gegenüber der W AG freizustellen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Dieses Urteil ist hinsichtlich des Freistellungsanspruchs gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.500,00 €, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

---

**Tatbestand:**

1

2

Die Parteien streiten im Zusammenhang mit dem sog. „W3-Abgasskandal“ um Deckungsansprüche aus einer Rechtsschutzversicherung.

Die Parteien sind durch einen Rechtsschutzversicherungsvertrag zur Versicherungsnummer RS-V- 03634817-4 miteinander verbunden. Dem Vertrag liegen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (ARB) zugrunde. 3

Am 08.10.2013 erwarb die Klägerin einen W3 Tiguan Trend & Fun BM Technologie 2,0 TDI 81 KW (110PS), 6-Gang, Pure White, Totanschwarz/Titanschwarz/Schwarz/Perlgrau mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WVGZZZ5NZEW054695 als Neuwagen bei der Autohaus L2 GmbH & Co. KG. Das Fahrzeug, das am 02.12.2013 an die Klägerin ausgeliefert wurde, ist vom aktuellen, so genannten „W3-Abgasskandal“ betroffen. 4

Die klagende Partei beehrte Deckungsschutz für die Inanspruchnahme der Verkäuferin (Gewährleistungsrechte) sowie der W3 AG (Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung). Mit Schreiben vom 10.11.2015 (Anlage K6) lehnte die Beklagte den Deckungsschutz wegen fehlender Erfolgsaussichten ab und verwies auf die Obliegenheit zur Kostenminderung. Die Ablehnung der Deckungsanfrage enthält, unter anderem, folgende Ausführungen: 5

*„Nur der Ordnung halber weisen wir unsere Kundin darauf hin, dass sie, soweit sie unserer Auffassung zu den Erfolgsaussichten nicht zustimmt, die Möglichkeit des § 17 Abs. 2 ARB 1975 (Stichentscheid) hat.“* 6

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K6 verwiesen. 7

Unter dem 07.12.2015 gaben die Prozessbevollmächtigten der klagenden Partei eine als Stichentscheid gekennzeichnete Stellungnahme ab (Anlage K7). Diese wies die Beklagte mit Schreiben vom 23.12.2015 wegen erheblicher Abweichung von der wirklichen Sach- und Rechtslage zurück. 8

Die sich grundsätzlich aus dem Versicherungsvertrag ergebende Pflicht zur Tragung der Kosten eines tatsächlich gegebenen Stichentscheides stellte die Beklagte nicht in Abrede. 9

Die Klägerseite ist der Ansicht, die Beklagte sei an den Stichentscheid schon deshalb gebunden, weil ein Hinweis nach § 128 S. 2 VVG unterlassen worden sei, dass bei Ablehnung wegen Mutwilligkeit ebenfalls die Möglichkeit eines Stichentscheides eröffnet sei. Soweit die Beklagte die Deckung unter Bezugnahme auf die Kostenminderungspflicht abgelehnt habe, sei die Frage der Mutwilligkeit der Rechtsverfolgung betroffen. 10

Es sei auch kein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Vermeidung nicht erforderlicher Kosten gemäß Art. 17 Abs. 5 c) cc) ARB gegeben. Diese Regelung sei ebenso wenig einschlägig wie § 82 VVG. Die Beklagte könne von der klagenden Partei gerade nicht verlangen, abzuwarten, welche Abhilfemaßnahmen W3 zu ergreifen gedenke. Auch seien die Folgen einer Nachbesserung nicht absehbar, es seien auch nach dem Software-Update (andere) Mängel, beispielsweise höherer Spritverbrauch zu befürchten. 11

Die Klägerseite ist ferner der Ansicht, hinreichende Erfolgsaussichten seien gegeben. Die Tatsachen- und Rechtsfragen seien derart schwierig, dass alleine aus diesem Gesichtspunkt eine Deckungszusage zu erteilen sei. Der Rechtsstandpunkt der klagenden Partei sei ohne weiteres vertretbar und durch Beweisangebote belegt. Im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten sei lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage geboten, jedoch nicht die Vorwegnahme des gerichtlichen Verfahrens. Welche Auswirkungen die 12

Manipulationen auf das Fahrzeug der klagenden Partei tatsächlich hatten, stehe im Wesentlichen aufgrund der zwischenzeitlichen Erkenntnisse fest und sei im Falle einer Klage gegen W3 und den Vertragshändler gegebenenfalls im Wege des Sachverständigenbeweises zu klären. Es liege ein Mangel des Fahrzeugs vor und die dortigen Beklagten (der Händler und die W3-AG) könnten auch nicht die Einrede der Verjährung erheben; wegen arglistiger Täuschung sei § 438 Abs. 3 BGB anwendbar.

Die Parteien haben den Rechtsstreit in der Hauptsache, soweit die Klägerin Deckungsschutz für das außergerichtliche und gerichtliche Vorgehen gegen das Autohaus L2 GmbH & Co. KG begehrt hat, übereinstimmend in der mündlichen Verhandlung vom 02.02.2017 für teilweise erledigt erklärt. 13

Die Klägerin beantragt nunmehr sinngemäß, 14

1. festzustellen, dass die Beklagte aus dem Versicherungsvertrag mit der Versicherungsnummer RS-V- 03634817-4 verpflichtet ist, die Kosten der außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsverfolgung hinsichtlich der Gewährleistungsrechte wegen Verwendung von Manipulationssoftware, insbesondere der Neulieferung und Schadensersatzansprüche der Klägerin gegenüber der W AG Z zu tragen, die auf dem Kauf eines W3 Tiguan Trend & Fun BM Techn. 2,0l TDI 81kW, FIN WVGZZZ5NZEW054695 beruhen, 15

2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerpartei von den Kosten freizustellen, die durch die Fertigung des Stichentscheids bezüglich des Versicherungsvertrags mit der Versicherungsnummer RS-V- 03634817-4 hinsichtlich der Kostendeckung wegen der Gewährleistungsansprüche und der Rückabwicklungsrechte der Klägerpartei gegenüber der Autohaus L GmbH und hinsichtlich der Schadenersatzansprüche gegenüber der W AG durch die Dr. T3 & T mbH, entstanden sind. 16

Die Beklagte beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Die Beklagte bestreitet die ordnungsgemäße Bevollmächtigung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin. 19

Die Beklagte ist zudem der Auffassung, es sei schon nicht hinreichend bestimmt, welche Gewährleistungsrechte die klagende Partei geltend machen wolle. Ferner habe sie die Deckungsanfrage begründet abgelehnt, die Belehrung sei ordnungsgemäß erfolgt. Die Belehrung sei zutreffend gewesen. Zudem sei die außergerichtliche Vertretung beendet, der Feststellungsantrag hinsichtlich der außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten sei nicht zulässig. 20

Auch fehle es an den erforderlichen Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Es sei schon kein Mangel gegeben, darüber hinaus sei die Gewährleistungsfrist von zwei Jahren abgelaufen, da das Fahrzeug 2013 übergeben worden sei. Auch sei eine Verlängerung der Frist mangels arglistiger Täuschung nicht gegeben. Deliktische Ansprüche gegen die W3-AG seien nicht gegeben. Die klagende Partei sei verpflichtet, die Kosten so gering wie möglich zu halten, sie habe daher zunächst dem Verkäufer die Möglichkeit der Mängelbeseitigung einzuräumen. Dies sei zumutbar. Der Wertverlust sei eine reine Vermutung. 21

Die Kosten für den Stichentscheid seien nicht zu erstatten, da dieser nicht den Anforderungen eines Stichentscheides entspreche, da er sich nicht mit den Einwendungen der Beklagten auseinandersetze. Es handle sich um ein Musterschreiben. Die Darstellung weiche von der tatsächlichen Sach- und Rechtslage ab.

Es sei durch die jetzigen Prozessbevollmächtigten eine kostenfreie außergerichtliche Vertretung zugesichert worden. Eine individuelle und einzelfallbezogene rechtsanwaltliche Interessenwahrnehmung sei vorliegend nicht erkennbar, der Kontakt zu den Mandanten sei lediglich auf Schriftwechsel und Infobriefe beschränkt. 23

Darüber hinaus sei das Kostenrisiko hinsichtlich der Durchsetzung von Gewährleistungsrechten zur Beseitigung eines Mangels und Einreichung eines Verjährungsverzichts wesentlich geringer, hingegen sei das Kostenrisiko bei der Nachbesserung in Form der Rückabwicklung und Neulieferung wesentlich höher. Eine verständige Partei, die das wirtschaftliche Risiko selbst zu tragen habe, würde den Rechtsstreit nicht wie klägerseits begehrt führen. 24

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen. 25

**Entscheidungsgründe:** 26

I. 27

Die Klage ist zulässig. 28

Die Prozessbevollmächtigten der klagenden Partei haben die Prozessvollmacht durch die Vorlage der Anlagen K1 und K 24 nachgewiesen. Dort hat die klagende Partei den Prozessbevollmächtigten „Klageauftrag“ erteilt. 29

Die Klageanträge sind gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Ein Klageantrag ist allgemein dann hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrt Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf die beklagte Partei abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt (BGH NJW 1999, 954). Im Falle der Feststellungsklage muss der Klageantrag aufgrund der gestaltenden Wirkung des Urteils das festzustellende Rechtsverhältnis bestimmen i.S.d. § 253 Abs. 2 ZPO bezeichnen, sodass der Umfang der Rechtshängigkeit und späteren Rechtskraft feststeht (Greger in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 256 ZPO Rn. 15 m.w.N; BGH NJW-RR 2009, 114, 116). Dies trifft auf die hier gestellten Klageanträge zumindest in der zuletzt gestellten Form zu. 30

Der Klageantrag zu 1 ist auf die Feststellung konkreter Ansprüche gegen die Beklagte und damit eines Rechtsverhältnisses i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet. Eine genaue Bezifferung der Kosten, welche die Beklagte übernehmen soll, ist nicht erforderlich. Die Angabe der Vertragsgrundlage sowie die Angabe, dass es sich um Gewährleistungsrechte, insbesondere um Rückabwicklungs- und Schadensersatzansprüche im Hinblick auf den Kaufvertrag des mit Fahrzeugidentifikationsnummer benannten Fahrzeugs handelt, ist insbesondere unter dem Aspekt ausreichend, dass zur streitgegenstandsbestimmenden Auslegung des Antrags auch der Sachvortrag des Klägers heranzuziehen ist (vgl. BGH NJW 2001, 445, 447; BGH NJW 31

1987, 3003). Zudem wurden im Hinblick auf etwaige Ansprüche auch die Anspruchsgegner, namentlich das Autohaus und die W AG, benannt.

Auch der Klageantrag zu 2 ist aus den zuvor genannten Gründen hinreichend bestimmt. 32

II. 33

Die Klage ist, soweit nach der teilweisen Erledigung hierüber noch zu entscheiden war, auch begründet. 34

1. 35

Soweit der Klageantrag zu 1 betroffen ist, hat die klagende Partei gegen die Beklagte einen Anspruch auf Deckungsschutz aus § 125 VVG i.V.m. dem Rechtsschutzversicherungsvertrag, ausgestaltet durch die zugehörigen ARB. Hiernach ist der Versicherer bei einer Rechtsschutzversicherung verpflichtet, die für die Wahrnehmung rechtlicher Interessen des Versicherungsnehmers erforderlichen Leistungen im vereinbarten Umfang zu erbringen. 36

Der streitgegenständliche Sachverhalt in Form der Geltendmachung von Rückabwicklungs-, Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüchen anlässlich des Erwerbs eines Fahrzeugs ist grundsätzlich i.R.d. zugrundeliegenden Rechtsschutzversicherungsvertrags versichert. Insbesondere ist unstrittig, dass die Klägerseite von dem Autohaus in versicherter Zeit ein von dem Abgasskandal betroffenes Fahrzeug erworben hat. Unstrittig ist ferner die Betroffenheit des Fahrzeugs mit der angegebenen Fahrzeugidentifikationsnummer von dem Abgasskandal. 37

2. 38

Die Beklagte kann ihre Leistungspflicht nicht deshalb verneinen, weil die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Klägerseite keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig ist (§ 128 S. 1 VVG i.V.m. den zugrundeliegenden ARB). 39

a) 40

Das Rechtsschutzbedürfnis der klagenden Partei gilt nach § 128 S. 3 VVG als anerkannt, weil kein zutreffender Hinweis nach § 128 S. 2 VVG erfolgte. Nach § 128 S. 3 VVG gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Versicherungsnehmers als anerkannt, wenn der Versicherungsvertrag kein Verfahren i.S.d. § 128 VVG vorsieht oder der Versicherer einen Hinweis nach § 128 S. 2 VVG unterlässt. Gleiches muss gelten, wenn zwar ein Hinweis erfolgt, dieser aber fehlerhaft ist (OLG Dresden W2 2013, 450; *Rixecker*, in: *Römer/Langheid*, VVG, 5. Aufl. 2016, § 128 Rn. 5 m.w.N.). 41

Die Beklagte hat der klagenden Partei im Ablehnungsschreiben zwar einen Hinweis im Sinne des § 128 S. 2 VVG erteilt, dieser war jedoch fehlerhaft. 42

Der Hinweis bezieht sich ausdrücklich nur auf die Ablehnung aufgrund fehlender Erfolgsaussichten. Ein Hinweis wegen Ablehnung der Versicherungsleistung aufgrund von Mutwilligkeit fehlt, obwohl sich die Beklagte zumindest konkludent auf Mutwilligkeit beruft. So beruft sich die Beklagte in dem Ablehnungsschreiben, wenn auch nur vorsorglich, auf die Verursachung unnötiger Kosten vor dem Hintergrund der Kostenminderungsobliegenheit des Versicherungsnehmers nach § 17 Abs. 5 c) cc) ARB bzw. § 82 VVG. Die Verursachung unnötiger Kosten stellt im Ergebnis aber einen Fall der Mutwilligkeit dar. Mutwilligkeit wird 43

angenommen, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen dem angestrebten rechtlichen Erfolg und dem entstehenden Kostenaufwand besteht (vgl. Rixecker, in: Römer/Langheid, VVG, 5. Aufl. 2016, § 128 Rn. 3; ähnl. Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 29. Aufl. 2015, § 1 ARB 2010 Rn. 14). Fragen der Kostenintensität und Zweckmäßigkeit der Rechtsverfolgung stellen Teilaspekte der Mutwilligkeit dar (LG Düsseldorf, Urteil v. 18.06.2009 – 11 O 509/08 –, juris). Die Klägerseite konnte diesen Hinweis der Beklagten in dem Ablehnungsschreiben nur so verstehen, dass die Beklagte die Auffassung vertritt, die durch das angestrebte Vorgehen verursachten Kosten würden außer Verhältnis zu dem realistischen Erfolg stehen, zumal die Betroffenheit des klägerischen Pkw vom sog. W3-Abgasskandal nach ihrer Einschätzung keinen erheblichen Mangel darstellen würde.

Geht die Beklagte in der Deckungsablehnung aber von einem solchen Missverhältnis aus, stützt sie ihre Ablehnung auch auf Mutwilligkeit. Das LG Düsseldorf führt zur alten, jedoch inhaltsgleichen Vorschrift aus: 44

*„ § 158 n VVG a. F. [der heutige § 128 VVG] erfasst ausweislich seines Wortlautes Meinungsverschiedenheiten über die Erfolgsaussicht und die Mutwilligkeit einer Rechtsverfolgung. Demnach sind im Falle der Ablehnung der Leistungspflicht durch den Versicherer - weil die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig sei - Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer über die Erfolgsaussichten oder die Mutwilligkeit einer Rechtsverfolgung per Stichentscheid gemäß § 158 n VVG a. F. beizulegen. § 158 n VVG a. F. ist angelehnt an § 114 ZPO, der die Voraussetzungen, unter denen einer wirtschaftlich schwachen Person Prozesskostenhilfe gewährt wird, regelt. Die Mutwilligkeit einer Rechtsverfolgung im Sinne des § 114 ZPO wird dann angenommen, wenn eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei ihre Rechte nicht in gleicher Weise verfolgen würde. Mutwillig handelt deshalb, wer von zwei gleichwertigen prozessualen Wegen denjenigen beschreitet, von dem er von vornherein annehmen muss, dass er für ihn der kostspieligere ist. Die Frage der Kostenintensität einer bestimmten prozessualen Art der Rechtsverfolgung im Vergleich zur Kostenintensivität einer anderen prozessualen Art der Rechtsverfolgung spielt daher für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter dem Aspekt der Mutwilligkeit eine Rolle. Insbesondere kann das Anstrengen eines neuen Prozesses - statt Erweiterung einer bereits anhängigen Klage - den Tatbestand der Mutwilligkeit begründen.* 45

*Durch die Anlehnung des § 158 n VVG a. F. an § 114 ZPO muss dies gleichermaßen auch für die Regelung des § 158 n VVG a. F. gelten. Auch hier stellt die Frage der Kostenintensivität einer bestimmten prozessualen Art der Rechtsverfolgung im Vergleich zur Kostenintensivität einer anderen prozessualen Art der Rechtsverfolgung eine Frage der Mutwilligkeit derselben dar und ist daher einem Stichentscheid im Sinne des § 158 n VVG a. F. zugänglich, darüber hinaus sogar wegen § 158 o VVG a. F., der eine Abweichung von der Regelung des § 158 n VVG a. F. zulasten des Versicherungsnehmers verbietet, einem Stichentscheid verbindlich unterworfen. Ein Stichentscheid wird demnach im Falle der Deckungsablehnung verpflichtend für die Frage, welche prozessuale Art der Rechtsverfolgung weniger kostenintensiv ist.* 46

*[...] Wie demnach geschehen, ist § 158 n VVG a. F. weit auszulegen, als auch Meinungsverschiedenheiten über Kostenintensivität und Zweckmäßigkeit einer Rechtsverfolgung erfassend, was auch sinnvoll erscheint. Denn anderenfalls hätte es der Versicherer in der Hand, sich durch bloße „Deklaration“ eines der Sache nach auf Mutwilligkeit im Sinne des § 158 n VVG a. F. abzielenden Vorwurfs als eine Obliegenheitsverletzung im Sinne des § 15 Abs. 1 d cc ARB 75 den Rechtsfolgen des § 158* 47

n VVG a. F. zu entziehen.“ (LG Düsseldorf, Urteil vom 18.06.2009, Az.: 11 O 509/08, BeckRS 2012, 05634).

Die Hinweispflicht gilt auch dann, wenn der Rechtsanwalt des Versicherungsnehmers die Möglichkeit eines solchen Verfahrens kennt (BGH NJW 2014, 1813; BGH ZfS 2016, 38; Rixecker, in: Römer/Langheid, VVG, 5. Aufl. 2016, § 128 Rn. 5; Paffenholz, in: Looschelders/Pohlmann, VVG, 3. Aufl. 2016, § 128 Rn. 12; a.A. Armbrüster, in: Prölss/Martin, VVG, 29. Aufl. 2015, § 128 Rn. 5). Der Wortlaut des § 128 S. 2 VVG sieht eine Einschränkung der Hinweispflicht aus subjektiven Gründen nicht vor; auch § 128 S. 3 VVG knüpft die Fiktion der Anerkennung an rein objektive Kriterien (BGH NJW 2014, 1813, 1815). Die klagende Partei musste unabhängig von einer etwaigen Kenntnis der Verfahrensbevollmächtigten davon ausgehen, dass die Durchführung eines Schiedsverfahrens oder Erstellung eines Stichentscheids für sein Begehren nicht erfolgsversprechend sei, da, selbst wenn im Rahmen eines Stichentscheids die fehlende Erfolgsaussicht des Begehrens verneint würde, dem Rechtsschutzbegehren nach wie vor die – nach Mitteilung der Beklagten im Stichentscheidverfahren nicht zu berücksichtigende – Mutwilligkeit entgegenstünde.

b) 49

Zudem bestehen für die beabsichtigte Rechtsverfolgung gegen die W3-AG hinreichende Aussichten auf Erfolg. Der Versicherer ist aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrag zur Gewährung von Rechtsschutz hinsichtlich der für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers erforderlichen Leistungen verpflichtet. Leistungen sind erforderlich, wenn sie sich auf eine objektiv notwendige Interessenwahrnehmung beziehen (BGH, Urteil vom 04. Mai 2005, Az.: IV ZR 135/04, juris). Hierbei muss die Interessenwahrnehmung hinreichende Aussicht auf Erfolg haben. Dies bemisst sich nach den zu § 114 ZPO entwickelten Grundsätzen. Der Standpunkt des Versicherungsnehmers muss nach den von ihm aufgestellten Behauptungen und den ihm bekannten Einwendungen des Gegners zumindest vertretbar sein. Hat sich noch keine herrschende Meinung gebildet, so ist großzügig zu verfahren, sofern es nicht um Fragen geht, die wegen ihrer Selbstverständlichkeit gar nicht diskutiert werden. Es muss zudem als möglich erscheinen, dass der Versicherungsnehmer den Beweis der von ihm zu beweisenden Tatsachen mit Hilfe zulässiger und geeigneter Beweismittel zu führen vermag. Eine Beurteilung der Beweis Chancen durch antizipierte Beweiswürdigung darf jedoch bei der Prüfung der Erfolgsaussichten grundsätzlich nicht stattfinden (vgl. Prölss/Martin/Armbrüster, 29. Aufl. 2015, ARB 2010 § 1 Rn. 1 ff). Es darf nicht nur eine entfernte, sondern es muss eine zumindest gleich große Wahrscheinlichkeit des positiven Ausgangs des Rechtsstreits für den Versicherungsnehmer bestehen.

Der Abgasskandal, von dem unzählige Fahrzeuge betroffen sind, wirft diverse schwierige Tatsachen- und Rechtsfragen auf, die bislang in der Rechtsprechung nicht geklärt sind. Für einen derartigen Fall gilt, dass es verfassungsrechtlich unzulässig ist, schwierige und nicht geklärte Rechtsfragen im PKH-Verfahren durchzuentcheiden (OLG Celle, Beschluss vom 30.06.2016, Az.: 7 W 26/16).

Es besteht wegen der beabsichtigten Rechtsverfolgung sowohl gegen den Händler, als auch gegen die W3-AG eine zumindest gleich große Wahrscheinlichkeit für einen positiven wie negativen Ausgang für die klagende Partei. Es ist ohne weiteres jedenfalls vertretbar, anzunehmen, dass der klagenden Partei Schadensersatzansprüche gegen die Vertragshändlerin oder die W AG zustehen.

53

Es besteht die zumindest gleich große Wahrscheinlichkeit für einen positiven Ausgang des Vorgehens gegen die W3-AG aus § 826 BGB wie für einen negativen Ausgang. Der Anspruch aus § 826 BGB setzt voraus, dass die W3 AG der klagenden Partei in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt hat, indem sie wissentlich manipulierte Software in ihre Fahrzeuge einbaute und diese in den Verkehr brachte. Einen Schaden im Sinne von § 826 BGB bedeutet jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage, Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses oder Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung, gleichgültig, ob vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Art (Palandt/Sprau, 75. Aufl. 2016, § 826 Rn. 3). Es besteht jedenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass Fahrzeuge mit der manipulierten Software an Marktwert einbüßen und nur zu (ggf. wesentlich) geringeren Preisen verkäuflich sind als vergleichbare Fahrzeuge, die nicht betroffen sind (LG Köln, Urteil vom 22.06.2016, Az.: 20 O 62/16). Jüngst erging hierzu auch ein Urteil des Landgerichts Hildesheim gegen die W3-AG. Hierin bejaht das LG Hildesheim einen Anspruch der dort klagenden Partei aus § 826 BGB. Durch die Manipulation habe die W3-AG dem dortigen Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Art und Weise einen Schaden zugefügt und darüber hinaus den Tatbestand des Betruges verwirklicht: Kein verständiger Kunde würde ein Fahrzeug mit einer nicht gesetzeskonformen Motorsteuerungssoftware erwerben - der (dortige) Kläger habe nicht das bekommen, was ihm aus dem Kaufvertrag zustand, nämlich ein technisch einwandfreies, den gesetzlichen Bestimmungen entsprechendes Fahrzeug. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte müsse davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Softwaremanipulation vorsätzlich vorgenommen habe (LG Hildesheim Urteil vom 17.01.2017, Az. 3 O 139/16, Pressemitteilung LG Hildesheim)

Der Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutzdeckung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen eine vertraglich vereinbarte Obliegenheit ausgeschlossen. Soweit die Beklagte meint, die Klägerseite verursache durch das beabsichtigte Vorgehen unverhältnismäßig hohe Kosten, ist dem zu entgegen, dass gegenwärtig gerade nicht ausgeschlossen ist, dass nach den vorstehenden Ausführungen die letztlich verfolgten Ansprüche auf Nachlieferung bzw. Schadensersatz tatsächlich in Betracht kommen. Die Gründe hierfür wurden bereits dargelegt. 54

III. 55

Die klagende Partei hat auch einen Anspruch auf Freistellung von den Kosten für die Erstellung des Stichtenscheides. Die Pflicht zur Kostentragung ergibt sich aus dem Versicherungsvertrag, dies stellte die Beklagte nicht in Abrede. Eine Umwandlung des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch hat nicht stattgefunden, da die Klägerin ihre Prozessbevollmächtigten bislang nicht bezahlt hat. 56

Der Anspruch aus der Rechtsschutzversicherung ist nach gefestigter Rechtsprechung des BGH auf die Befreiung von den bei der Wahrung der rechtlichen Interessen entstehenden Kosten gerichtet (BGH, Urteil vom 16. Juli 2014 Az.: IV ZR 88/13, m.w.N). Der Versicherer verspricht, den Versicherungsnehmer vor konkreten Vermögensnachteilen zu schützen, so dass dieser im Rechtsschutzfall nicht mit Kosten belastet wird. Diese Kosten bilden den Schaden, dessen Deckung der Rechtsschutzversicherer vertraglich übernommen hat (BGH, Urteil vom 14. April 1999, Az.: IV ZR 197/98, W2 1999, 706 unter 2 c, m.w.N) und von denen der Versicherer den Versicherungsnehmer nach den Regelungen der ARB freizustellen hat. 57

Eine vertraglich zugesagte Freistellungsverpflichtung umfasst nach allgemeinen Regeln auch die Berechtigung und die Verpflichtung des Versicherers, den Versicherungsnehmer von unbegründeten Ansprüchen freizustellen. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen 58

Grundsatz vertraglicher Freistellungsansprüche. Dies gilt auch für die Rechtsschutzversicherung (Wendt, r+s 2012, 209, 212).

Der Versicherer kann diesen Befreiungsanspruch hinsichtlich der von ihm zu tragenden gesetzlichen Vergütung eines Rechtsanwalts auch dadurch erfüllen, dass er dem Versicherungsnehmer Kostenschutz für einen etwaigen Gebührenprozess zwischen dem Versicherungsnehmer und seinem Prozessbevollmächtigten zusagt. Denn auf welche Art und Weise der Versicherer den Kostenbefreiungsanspruch erfüllt, richtet sich nach den allgemein für einen Freistellungsanspruch geltenden Regeln. Weder die ARB noch das Gesetz enthalten vorrangige Bestimmungen. Dies stimmt zudem mit der in der Rechtsschutzversicherung angelegten Trennung zwischen Versicherungsvertrag und Mandatsverhältnis überein und benachteiligt den Versicherungsnehmer nicht unangemessen (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2015, Az.: IV ZR 266/14, juris). Sich widersprechende Gerichtsentscheidungen im Mandats- und dem Versicherungsverhältnis zur Qualität der in vom Kläger in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Stichentscheid müssen vermieden werden, da sonst die Gefahr besteht, dass im Versicherungsverhältnis vom zur Entscheidung berufenen Gericht das Vorliegen eines Stichentscheids verneint wird, der Versicherungsnehmer aber im Rechtsstreit über den Gebührenanspruch des Anwalts zur Zahlung des vom Anwalt für die Erstellung des Stichentscheids geltend gemachten Gebührenanspruchs verurteilt wird und damit letztlich entgegen der versicherungsvertraglichen Regelung die Kosten des Stichentscheids zu tragen hätte.

Es kann dem entsprechend für die Beurteilung des vorliegenden Falles dahin stehen, ob der streitgegenständliche Stichentscheid bindend war, denn die Frage, ob und in welcher Höhe die vom Versicherer zu tragende gesetzliche Vergütung des Rechtsanwalts entstanden ist und ob dem Vergütungsanspruch des Rechtsanwalts F entgegenstehen, etwa die, dass auftragswidrig ein bindender Stichentscheid nicht gefertigt wurde, richtet sich nicht nach dem Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer, sondern ausschließlich nach dem Mandatsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Versicherungsnehmer. Über die Höhe der gesetzlichen Vergütung eines für den Versicherungsnehmer tätigen Rechtsanwalts kann deshalb verbindlich nur im Verhältnis zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer entschieden werden (BGH, Urteil vom 21.10.2015, Az.: IV ZR 266/14, NJW 2016, 61).

Der Freistellungsanspruch ist auch fällig. 61

Dem steht nicht entgegen, dass sich nicht feststellen lässt, dass die Klägerin bislang von den Prozessbevollmächtigten auf Zahlung der Gebühr für den Stichentscheid durch Übersendung einer Berechnung nach § 10 RVG in Anspruch genommen wurde, denn die Inanspruchnahme ist nicht Voraussetzung der Fälligkeit des Freistellungsanspruchs (so aber Bauer, NJW 2015, 1329, 1331). 62

Nach § 257 BGB kann die Befreiung jedenfalls mit Fälligkeit der Verbindlichkeit verlangt werden. Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist nach § 8 RVG mit der Erledigung der Angelegenheit, also der Fertigstellung des Stichentscheids eingetreten. Nach § 10 RVG richtet sich nur die Einforderbarkeit des Honorars. 63

Zur Vermeidung des Eindrucks, die Kammer gehe vom Vorliegen eines verbindlichen Stichentscheids aus, hat sie in Abweichung vom Klageantrag zur Klarstellung den Urteilsausspruch redaktionell modifiziert. 64

IV. 65

66

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen, §§ 91, 91a, ZPO.

Hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten Teils der Klage (Ansprüche gegen den Händler) war die Klage nach der vorzunehmenden summarischen Prüfung zulässig und begründet, § 91a ZPO. 67

Hinsichtlich der Zulässigkeit und der Bindungswirkung nach § 128 VVG bezüglich des Vorgehens gegen den Händler wird auf obige Ausführungen verwiesen, die auch für den begehrten Deckungsschutz für das Vorgehen gegen den Händler Geltung haben. Auch waren hinreichende Erfolgsaussichten hinsichtlich des Vorgehens gegenüber dem Händler gegeben. Ein Anspruch der klagenden Partei gegen den Händler wegen des Rücktritts vom Kaufvertrag (§§ 434, 437, 440, 323 BGB) ist jedenfalls ebenso wahrscheinlich, wie eine klageabweisende Entscheidung. Dass der Mangel im Rahmen einer Rückrufaktion durch ein Softwareupdate oder ähnliche geringfügige Eingriffe endgültig behoben werden kann, ist nicht sicher. Dabei kann es auch dahinstehen, ob die Nachbesserungskosten nur den am Fahrzeug vorzunehmenden Nachbesserungsaufwand umfassen oder auch die vorangegangene Entwicklung einer neuen Software. Es ist jedenfalls offen, ob die geplanten Maßnahmen ausreichen, um das Fahrzeug in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen. Zwar mag es sein, dass durch die geänderte Software oder ähnliche Eingriffe der manipulative Charakter der bisherigen Software beseitigt wird. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass damit andere Nachteile verbunden sind, wie zum Beispiel ständig überhöhte Abgaswerte, Leistungsverlust, Mehrverbrauch oder erhöhter Verschleiß. Daneben kann es sein, dass betroffene Fahrzeuge auch nach der Rückrufaktion in den Augen der Marktteilnehmer einen Makel behalten und damit zum Beispiel beim Verkauf im Wert gemindert sind. Es erscheint auch nicht zumutbar, die zeitlich sowieso weiträumig geplanten Rückrufaktionen abzuwarten und zu sehen, ob die klagende Partei danach über ein ordnungsgemäßes Fahrzeug verfügt. Jedenfalls wurde das Vorliegen eines erheblichen Sachmangels durch einige Instanzgerichte bereits bejaht (exemplarisch LG München I, Urteil vom 14. April 2016, Az.: 23 O 23033/15, juris). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich nicht nur um einen einfachen Herstellungsfehler handelt, sondern um eine bewusst auf Manipulation ausgerichtete und programmierte Software, die Abgaswerte vortäuschen sollte, die tatsächlich nicht zu erreichen waren (LG Detmold, Urteil vom 11. August 2016, Az.: 9 O 51/16, juris). 68

Soweit sich die Beklagte diesbezüglich auf einzelne gegenteilige Gerichtsentscheidungen beruft, verkennt sie, dass die Frage, ob die Rechtsverfolgung letztendlich zum Erfolg führt, im Klageverfahren auf Erteilung von Deckungsschutz nicht abschließend zu klären ist, sondern, sofern die Rechtsansicht jedenfalls vertretbar ist, dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben muss. Anderenfalls würden die Rechte des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrag unzulässig verkürzt. Insbesondere ist vorliegend eine höchstrichterliche Klärung der Hauptsache in den streitigen Rechtsfragen noch nicht erfolgt. Die hinreichenden Erfolgsaussichten entfallen nicht bereits dadurch, dass Instanzgerichte in Einzelfällen abweichend entschieden haben (OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 12 U 106/16). 69

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO. 70

V. 71

Der Streitwert wird wie folgt festgesetzt: 72

Klageantrag zu 1: 5.673,42 € (80% des Kostenrisikos) 73

74

Klageantrag zu 2: 1.358,86 €

Insgesamt: 7.032,28 €

75

