



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 3 U 65/13 = 6 O 311/11 Landgericht Bremen

Verkündet am 30.11.2015
gez. [...]
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [...]

gegen

[...] Krankenversicherungs-AG, [...],

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...]

hat der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 09.11.2015 durch die Richterin Buse, die Richterin Otterstedt und die Richterin Dr. Siegert für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 26.12.2012 (6 O 311/11) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

- 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte zur Kostenübernahme der Immuntherapie des verstorbenen Ehemanns der Klägerin, Herrn [...], mit dendritischen Zellen zur Behandlung seines Prostata-Karzinoms für zunächst vier Vakzinierungen verpflichtet ist;**
- 2. es wird festgestellt, dass die Beklagte beim Ansprechen der Therapie mit sichtbarer Verbesserung im Sinne eines Tumorregresses bei fallenden Tumormarkern verpflichtet ist, die Kostenübernahme für die Weiterführung der Therapiemaßnahme zu erklären;**
- 3. die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.110,11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10.03.2011 zu zahlen.**

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung ihrerseits Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der beklagten Krankenversicherung die Feststellung der Kostenübernahme für eine medizinische Heilbehandlung ihres verstorbenen Ehemannes mit autologen Tumor – Antigen-geprägten dendritischen Zellen.

Die Klägerin ist die Ehefrau des zwischenzeitlich verstorbenen, an einem Prostatakarzinom im fortgeschrittenen Stadium (unter anderem mit Skelettmetastasierung) erkrankten ursprünglichen Klägers, der bei der Beklagten eine private Krankenversicherung unterhielt. Nach dessen Tod am 06.12.2013 hat sie erklärt, das Verfahren als dessen Erbin fortzusetzen. Die Erbenstellung der Klägerin ist inzwischen unstrittig.

Die dem Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Ehemann der Klägerin zu Grunde liegenden Musterbedingungen (MB/KK 2009) bestimmen unter anderem:

„§ 1 Gegenstand, Umfang und Geltungsbereich des Versicherungsschutzes

Teil I

(1) Der Versicherer bietet Versicherungsschutz für Krankheiten, Unfälle und andere im Vertrag genannte Ereignisse. Er erbringt, sofern vereinbart, damit unmittelbar zusammenhängende zusätzliche Dienstleistungen. Im Versicherungsfall erbringt der Versicherer

a) In der Krankheitskostenversicherung Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung und sonst vereinbarte Leistungen,

(...)

(2) Versicherungsfall ist die medizinisch notwendige Heilbehandlung einer versicherten Person wegen Krankheit oder Unfallfolgen. (...)

(...)

§ 4 Umfang der Leistungspflicht

Teil I

(...)

(6) Der Versicherer leistet im vertraglichen Umfang für Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden und Arzneimittel, die von der Schulmedizin überwiegend

gend anerkannt sind. Er leistet darüber hinaus für Methoden und Arzneimittel, die sich in der Praxis als ebenso Erfolg versprechend bewährt haben oder die angewandt werden, weil keine schulmedizinischen Methoden oder Arzneimittel zur Verfügung stehen; der Versicherer kann jedoch seine Leistung auf den Betrag herabsetzen, der bei der Anwendung vorhandener schulmedizinischer Methoden oder Arzneimittel angefallen wäre.“

Vom Klinikum für angewandte Zelltherapie der Universitätsklinik S. wurde dem Ehemann der Klägerin als Behandlungsoption eine Immuntherapie mit autologen dendritischen Zellen (so genannter Kieler Impfstoff) angeboten. Bei dieser neuen, schulmedizinisch noch nicht etablierten und auch noch nicht vollständig erforschten Behandlungsmethode werden aus dem Blut des Patienten Monozyten entnommen, mit einer Karzinomzelllinie stimuliert und nach sechstägiger Kultivierung wieder zurückgeimpft. Ziel ist es dabei, eine Immunreaktion gegen die Tumorzellen zu induzieren und so einen Tumorregress mit fallenden Tumormarkern zu bewirken.

Die vom Ehemann der Klägerin unter Vorlage eines Behandlungsplan und eines Kostenvoranschlags über 53.400 € für eine einjährige Therapie beantragte Kostenübernahme lehnte die Beklagte ab, weil diese Behandlung medizinisch nicht notwendig sei. Der Ehemann der Klägerin verwies auf die in ersten klinischen Studien beschriebenen Erfolge der von ihm gewünschten Therapie und darauf, dass sich bisher angewendete konservative Behandlungsmaßnahme als ungeeignet erwiesen hätten, das Fortschreiten seiner Krebserkrankung einzudämmen. Die neue Immuntherapie sei mithin ungeachtet dessen, dass sie noch nicht schulmedizinisch etabliert sei, als medizinisch notwendige Heilbehandlung anzusehen.

Die Klägerseite hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagte zur Kostenübernahme verpflichtet sei, weil die beabsichtigte, wenn auch noch nicht schulmedizinisch etablierte Behandlungsmethode als bedingungsgemäß medizinisch notwendig einzustufen sei.

Der ursprüngliche Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte zur Kostenübernahme einer Immuntherapie mit dendritischen Zellen zur Behandlung seines Prostata-Karzinoms für zunächst vier Vakzinierungen verpflichtet ist sowie festzustellen, dass die Beklagte beim Ansprechen der Therapie mit sichtbarer Verbesserung im Sinne eines Tumorregresses bei fallenden Tumormarkern verpflichtet ist, die Kostenübernahme für die Weiterführung der Therapiemaßnahme zu erklären. Außerdem hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.110,11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat bestritten, dass das Karzinom metastasiert sei, dass keine schulmedizinischen Behandlungsmethoden mehr zur Verfügung stünden und dass konventionelle Therapien nicht angeschlagen hätten. Bei der beabsichtigten Behandlung handele es sich im Übrigen um eine Außenseitermethode, für die nach den Versicherungsbedingungen keine Pflicht zur Kostenübernahme bestünde.

Durch Urteil vom 26.04.2012 hat das Landgericht Bremen die Klage nach Einholung eines fachmedizinischen Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. A vom 31.08.2011 und eines Ergänzungsgutachtens vom 21.10.2011 abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass ein Anspruch des (damaligen) Klägers auf Übernahme der Kosten für die begehrte Behandlungsmaßnahme nicht bestehe, weil es an einem Nachweis der medizinischen Notwendigkeit im Sinne von § 4 Abs. 6 Satz 2 MB/KK fehle. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei die Wirksamkeit der streitigen Behandlungsmethode noch nicht belegt. Insbesondere seien noch keine Daten verfügbar, die eine Aussage darüber erlauben würden, ob sich diese Behandlungsmethode ebenso bewährt habe, wie die von der Schulmedizin anerkannten Methoden. Zudem habe der Sachverständige festgestellt, dass noch nicht alle schulmedizinisch anerkannten Behandlungsmethoden ausgeschöpft seien. Auch deshalb komme eine Kostenübernahme durch die Beklagte nicht in Betracht.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit der Berufung hat die Klägerseite das erstinstanzliche Urteil in vollem Umfang angegriffen und die Auffassung vertreten, dass die Beweiserhebung und Beweiswürdigung des Landgerichts fehlerhaft sei. Der Sachverständige habe in Bezug auf die streitgegenständliche Behandlungsmethode nur über rudimentäre Kenntnisse verfügt. Insbesondere habe er sich nicht hinreichend mit der privatgutachterlichen Stellungnahme des sachverständigen Zeugen Prof. Dr. B auseinandergesetzt. Aus diesem Grunde habe er, der Kläger, beantragt, zum Termin der Anhörung des Sachverständigen die sachverständigen Zeugen Prof. Dr. B und Dr. C zu laden, die beide über langjährige praktische Erfahrungen über die in Rede stehende Behandlungsmethode verfügten. Diesen Beweis Antrag habe das Landgericht aber verfahrenswidrig übergangen, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Auch die Beweiswürdigung des Landgerichts sei fehlerhaft, weil es die Ausführungen des Sachverständigen als schlüssig angesehen habe, obwohl berechtigte Zweifel an der spezifischen Sachkunde des Sachverständigen bestanden hätten.

Der ursprüngliche Kläger hat beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

1. festzustellen, dass die Beklagte zur Kostenübernahme einer Immuntherapie des Klägers mit dendritischen Zellen zur Behandlung seines Prostata-Karzinoms für zunächst vier Vakzinierungen verpflichtet ist;
2. festzustellen, dass die Beklagte beim Ansprechen der Therapie mit sichtbarer Verbesserung im Sinne eines Tumorregresses bei fallenden Tumormarkern verpflichtet ist, die Kostenübernahme für die Weiterführung der Therapiemaßnahme zu erklären;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.110,11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Senat hat die Berufung des Klägers durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe nicht nachgewiesen,

dass die gewünschte Behandlung medizinisch notwendig sei. Soweit sich der Kläger auf zwei behandelnde Ärzte als Zeugen berufen und ebenso die Anhörung des Sachverständigen im Termin zur mündlichen Verhandlung beantragt habe, handele es sich mangels eines konkreten Beweisthemas und eines substantiierten Angriffes auf die Feststellungen des Sachverständigen um einen Ausforschungsbeweis, den das Landgericht zu Recht abgelehnt habe.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerseite hat der Bundesgerichtshof die Revision zugelassen, den die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückweisenden Beschluss aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (vergleiche BGH, Beschluss vom 30.10.2013, IV ZR 307/12). Zur Begründung hat er ausgeführt, die angefochtene Entscheidung verletze den Kläger in seinem Grundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs, weil weder das Landgericht noch das Berufungsgericht dem Antrag des Klägers auf Anhörung des Sachverständigen in mündlicher Verhandlung stattgegeben hätten. Zudem wies der Bundesgerichtshof den Senat darauf hin, dass es für die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit der Heilbehandlung auf einen objektiven Maßstab ankomme. Demgemäß liege eine „medizinisch notwendige“ Heilbehandlung im Sinne des § 1 Teil I (2) MB/KK 76 jedenfalls dann vor, wenn es nach den objektiven medizinischen Befunden und Erkenntnissen im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung vertretbar erscheine, sie als notwendig anzusehen. Leide der Versicherungsnehmer, wie vorliegend, an einer fortgeschrittenen, lebenszerstörenden Erkrankung, hingen die Anforderungen, die an die Erfolgsaussichten der von ihm gewünschten Behandlung zu stellen seien, maßgeblich davon ab, ob auch geeignete schulmedizinische Methoden oder Arzneimittel zur Verfügung stehen würden. Dabei müsse jeweils nach dem konkreten Behandlungsziel der in Betracht kommenden schulmedizinisch anerkannten Maßnahmen, nämlich zwischen der Heilung einer Krankheit, der Verhütung ihrer Verschlimmerung und der Linderung von Krankheitsbeschwerden unterschieden werden. Vorrangiges Behandlungsziel sei nach Möglichkeit stets die Heilung der Krankheit. Biete die Schulmedizin nur noch palliative, d.h. auf eine Reduzierung der Krankheitsfolgen gerichtete Therapien an, komme die Notwendigkeit einer Alternativbehandlung schon dann in Betracht, wenn sie eine durch Indizien gestützte Aussicht auf einen über die palliative Standardtherapie hinausreichenden Erfolg biete. Der an einer schweren lebensbedrohlichen oder lebenszerstörenden Krankheit leidende Versicherte könne nicht lediglich auf eine die Eindämmung oder Linderung von Krankheitsbeschwerden dienende Standardtherapie

verwiesen werden, wenn eine alternative Behandlung die nicht ganz entfernte Aussicht auf weitergehende Heilung biete. Für die Wahrscheinlichkeit eines Behandlungserfolges sei es dabei nicht erforderlich, dass der Behandlungserfolg näher liege als sein Ausbleiben. Vielmehr reiche es aus, wenn die Behandlung mit nicht nur ganz geringer Erfolgsaussicht die Erreichung des Behandlungsziels als möglich erscheinen lasse. Dementsprechend müsse dem medizinischen Sachverständigen zunächst aufgegeben werden, nach Behandlungszielen und Erfolgsaussichten zu unterscheiden. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Behandlung mit dendritischen Zellen könnten sodann unter Umständen auch die Ergebnisse der vom Sachverständigen erwähnten Pilotstudie und die Erfahrungen der mit der Behandlung mit dendritischen Zellen forschenden Ärzte herangezogen werden.

Die Klägerin hat nach der Zurückverweisung erklärt, an den gestellten Feststellungsanträgen festhalten zu wollen, soweit bis zum Tod ihres Ehemannes Kosten in Höhe von ca. 18.000,00 angefallen seien.

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

1. festzustellen, dass die Beklagte zur Kostenübernahme einer Immuntherapie des Klägers mit dendritischen Zellen zur Behandlung seines Prostata-Karzinoms für zunächst vier Vakzinierungen verpflichtet ist;
2. festzustellen, dass die Beklagte beim Ansprechen der Therapie mit sichtbarer Verbesserung im Sinne eines Tumorregresses bei fallenden Tumormarkern verpflichtet ist, die Kostenübernahme für die Weiterführung der Therapiemaßnahme zu erklären;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von € 2.110,11 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte ist dem Vortrag der Gegenseite entgegengetreten und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie beanstandet insbesondere, dass dem Sachverständigen die Herstellungsprotokolle nicht vorgelegen haben.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens und hat sodann im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 09.11.2015 sowohl den Sachverständigen Prof. Dr. A zur Erläuterung seines Gutachtens angehört sowie die sachverständigen Zeugen Prof. Dr. B und Dr. C vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Ergänzungsgutachten vom 19.11.2014 (Bl. 405 ff. der Akte) sowie das Protokoll des Termins zur mündlichen Verhandlung vom 09.11.2015 (Bl. 503 ff. der Akte) verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll des Termins zur mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist statthaft (§ 511 Abs. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§§ 511 Abs. 2, 517, 519, 520 ZPO). Sie ist zudem auch begründet. Die Feststellungsklage ist zulässig (1.) und zudem auch begründet, da ein Anspruch des Klägers auf Kostenübernahme der streitigen Behandlungskosten nach § 1 Teil I Abs. 1 und 2 Satz 1 i.V.m. § 4 Teil I Abs. 6 Satz 2 MB/KK besteht. Der Senat sieht nunmehr den Nachweis der medizinischen Notwendigkeit der streitgegenständlichen Heilbehandlung im Sinne der vorgenannten Versicherungsbedingungen als geführt an (2.). Dementsprechend besteht auch ein Anspruch auf die geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten (3.).

1. Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO bestehen nicht. Zutreffend geht die Klägerin davon aus, dass jedenfalls dann, wenn die Bezifferung eines Feststellungsantrages erst in zweiter Instanz möglich wird, dies die Klägerseite nicht dazu zwingt, von der Feststellungskla-

ge zur Leistungsklage überzugehen (vergleiche Zöller-Greger, 30. Aufl., § 256 RN 7c m.w.N.). So liegt der Fall hier.

2. Der Nachweis der medizinisch notwendigen Heilbehandlung ist nunmehr als geführt anzusehen, so dass die Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der betreffenden Kosten festzustellen war. Denn die weitere Beweiserhebung, zu der der Senat sich aufgrund der Entscheidung des Bundesgerichtshofs verpflichtet gesehen hat, hat ergeben, dass sonstige, schulmedizinisch etablierte Behandlungsmethoden im maßgeblichen Zeitpunkt im Dezember 2010 nur noch palliativen Charakter gehabt hätten, während die streitgegenständliche Behandlung mit dendritischen Zellen zumindest noch eine medizinisch begründbare Aussicht auf einen Gewinn an Lebenszeit neben einem Gewinn an Lebensqualität sowie die Möglichkeit einer vollständigen Remission bot. Dies erscheint auch anhand des oben dargestellten Maßstabes als hinreichend wahrscheinlich.

Den sachverständigen Ausführungen im Ergänzungsgutachten vom 19.11.2014 war dabei nachvollziehbar zu entnehmen, dass im Dezember 2010 schulmedizinisch etablierte Maßnahmen nur noch palliativen Charakter haben konnten. Dies hat der Sachverständige überzeugend damit begründet, dass der verstorbene Ehemann der Klägerin zu diesem Zeitpunkt an einem bereits metastasierten Prostatakarzinom erkrankt gewesen sei, für das keine Möglichkeit der Heilung mehr bestanden habe. Möglich sei allein noch gewesen, Leiden zu lindern bzw. eine Verschlimmerung zu verhüten. Demnach geht der Senat davon aus, dass entsprechend den oben dargestellten Vorgaben des BGH (a.a.O.) die Notwendigkeit der Behandlung mit dendritischen Zellen vorliegend schon dann zu bejahen ist, wenn eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass diese Behandlungsmethode die nicht ganz entfernte Aussicht auf weitergehende Heilung bietet bzw. dem verstorbenen Ehemann der Klägerin geboten hätte. Dies aber ist nach dem Ergebnis der weiteren Beweisaufnahme der Fall.

Allerdings hat der Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten zu dieser Frage ausgeführt, dass es zwar denkbar und medizinisch nachvollziehbar sei, dass die durch die fragliche Behandlung induzierte Immunantwort so ausgeprägt sein könne, dass alle Karzinomzellen komplett vernichtet würden. Dies

müsse allerdings erst die Zukunft zeigen; „wahrscheinlich“ sei die Aussicht auf Heilung damit nicht. Die ergänzende Anhörung des Sachverständigen im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 09.11.2015 hat dabei aber deutlich gemacht, dass der Sachverständige grundsätzlich den betreffenden Wirkmechanismus für erfolgversprechend hält, bei seinen Ausführungen im Ergänzungsgutachten aber von einem Wahrscheinlichkeitsmaßstab ausgegangen ist, der eher dem allgemeinen Sprachgebrauch („...mehr als 50 %?“) als den oben dargestellten Maßstäben in der Rechtsprechung des BGH entspricht. Der Senat geht allerdings insoweit ohnehin davon aus, dass die Frage der hinreichenden Wahrscheinlichkeit letztlich eine Rechtsfrage ist und der Sachverständige zu deren Beantwortung durch seine fachliche Einschätzung beiträgt.

Entscheidend ist deshalb, dass den gutachterlichen Ausführungen des Sachverständigen eindeutig und für den Senat überzeugend zu entnehmen ist, dass die Behandlung mit dendritischen Zellen jedenfalls medizinisch nachvollziehbar zu einem über die Möglichkeiten der schulmedizinisch etablierten Methoden hinausgehenden, nämlich auf Heilung oder jedenfalls Verlängerung der Lebenszeit gerichtete Erfolg führen kann. Insoweit war auch den Aussagen der sachverständigen Zeugen übereinstimmend und glaubhaft zu entnehmen, dass die Wirkungsweise dieser Behandlung auf einem für den Senat nachvollziehbaren biologischen Prinzip beruht. Dies hat auch der Sachverständige in seiner Anhörung nochmals ausdrücklich für plausibel erklärt.

Soweit es hierzu an belastbaren Zahlen gerade für die dem Kläger angebotene Behandlung fehlt, für die es insbesondere offenbar keinen Beleg der Wirksamkeit durch Studien gibt, stellt dies nach Ansicht des Senates die ausreichende – nämlich nicht ganz entfernte Aussicht - auf weitergehende Heilung nicht in Frage. Zwar hat der Sachverständige deutlich darauf hingewiesen, dass angesichts dieser Datenlage für ihn aus fachlicher Sicht eine Aussage zur Wahrscheinlichkeit einer positiven Wirkung der Behandlung kaum möglich sei. Dies ist jedoch auch nicht erforderlich und stellt seine sachverständigen Feststellungen im Übrigen nicht in Frage. Denn angesichts des Umstandes, dass der Sachverständige das medizinische Wirkprinzip für nachvollziehbar und darüber hinaus für erfolgversprechend gehalten und dies für den Senat überzeugend begründet hat, vermag der Senat die (rechtliche) Wertung vor-

zunehmen, dass eine über die Möglichkeiten der etablierten Methoden hinausgehende Wirkung im Sinne einer Verlängerung der Lebenszeit und ggf. einer vollständigen Remission als hinreichend wahrscheinlich anzusehen ist, nämlich die nicht ganz entfernte Aussicht auf weitergehende Heilung bestand.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der sachverständige Zeuge Prof. Dr. B überzeugend geschildert hat, aus welchen – nämlich insbesondere finanziellen - Gründen es bislang an Belegen durch Studien für die Wirksamkeit der Behandlung fehlt. Der sachverständige Zeuge Dr. C hat darüber hinaus detailliert geschildert, auf welche Weise die Auswertung der Ergebnisse ihrer Arbeit erfolge und dass möglichst objektive Belege gesammelt würden, die eine Erfolgsrate von ca. 30%-50 % - bezogen auf einen zeitweise Tumorstillstand oder eine Rückbildung des Tumors – belegen würden. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass beide sachverständige Zeugen über ihren eigenen Arbeits- bzw. Forschungsbereich berichtet haben, was auf eine objektive Sichtweise der Ergebnisse nicht gänzlich ohne Einfluss bleiben mag, sieht der Senat keinen Anlass, den Ausführungen zu diesen Zahlen keinen Glauben zu schenken.

Nur ergänzend sei im Übrigen angeführt, dass auch der Sachverständige die belegten Erfolge für eine Behandlung mit dem Präparat Provenge (3-4 Monate Verlängerung der Überlebenszeit) auf die streitgegenständliche Behandlung für übertragbar hielt, sofern es sich dabei um eine mit dem Präparat Provenge vergleichbare, lediglich mit den von den sachverständigen Zeugen geschilderten „Verbesserungen“ versehene Behandlung gehandelt habe. Hiervon aber ist nach den Ausführungen der sachverständigen Zeugen auszugehen. Auch wenn man (s.o.) berücksichtigt, dass die Zeugen von der von ihnen durchgeführten bzw. erforschten Behandlung besonders überzeugt sein mögen, folgt der Senat ihnen doch dahingehend, dass es sich bei der streitgegenständlichen Behandlung um eine vergleichbare, jedoch fortentwickelte Behandlung gegenüber derjenigen mit dem Präparat Provenge handelt.

Darauf, dass dem Sachverständigen die Herstellungsprotokolle anscheinend nicht vorgelegen haben, kommt es entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten zumindest deshalb nicht entscheidend an, weil der sachverständige

Zeuge Dr. C im Termin zur mündliche Verhandlung vom 09.11.2015 ausdrücklich erklärt hat, wie die Behandlung konkret erfolgt ist (gleiche Antigene wie Provenge, aber weitere Immunstoffe, die unter anderem auf Nukleinsäuren reagieren, sog „Toll-like-Rezeptoren“), der Senat – wie oben dargestellt – keine Veranlassung sieht, den von ihm bekundeten Fakten keinen Glauben zu schenken und zudem der Sachverständige sich ohne weiteres in der Lage sah, auf dieser Grundlage eine Bewertung abzugeben. Dass dies zu beanstanden wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen.

Vor diesem Hintergrund war über die Feststellungsanträge der Klägerin wie geschehen zu entscheiden.

3. Dementsprechend steht der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des Verzuges auch ein Anspruch auf die vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

gez. Buse

gez. Otterstedt

gez. Dr. Siegert