

## **Gutachten für das Landgericht Kiel**

**v. 19.7.2013**

**Betr. AZ. 8 O 137/11**

...

in der o.g. Angelegenheit wurde ich mit dem Beschluss v. 23.10.2012 gebeten, zu folgenden Fragen gutachtlich Stellung zu nehmen:

1. Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Vergütung aus einem ärztlichen Behandlungsvertrag? Gibt es Regeln für die Höhe eines Vergütungsanspruches aus ärztlicher Behandlung bei Selbstzahlern (hier: deutsche Patientin)?
2. Wie wirkt sich ein ärztlicher Behandlungsfehler auf das Bestehen eines Vergütungsanspruches aus? Kann ein Schadensersatzanspruch wegen eines Behandlungsfehlers nur im Wege der Aufrechnung geltend gemacht werden, oder führt ein Schadensersatzanspruch dazu, dass der Anspruch wegen der Krankenhausbehandlung erlischt?
3. Unter welchen Voraussetzungen besteht ein Schadensersatzanspruch wegen eines Behandlungsfehlers? Welche Schäden können Gegenstand eines solchen Anspruchs sein? Gibt es z.B. eine mit der deutschen Rechtsprechung zum groben Behandlungsfehler identische Regelung bzw. Rechtsprechung mit der Folge, dass sich die Beweislast für die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und gesundheitlichen Primärschäden umkehrt?

### **Hinweis**

**Der Text wurde für die Internet-Veröffentlichung bearbeitet.**

**Für den Inhalt wird keine Haftung übernommen.**

**Es ist zu beachten, dass sich die Rechtslage zwischenzeitlich geändert haben kann und/oder neue Gesichtspunkte der Rechtsanwendung aufgetreten sein können.**

## Stellungnahme

### Inhalt

A. Vorbemerkung.....	- 3 -
B. Sachverhalt.....	- 4 -
C. Internationales Privatrecht .....	- 5 -
D. Türkisches materielles Recht.....	- 5 -
I. Rechtsquellen .....	- 5 -
1. Schuldrecht.....	- 5 -
2. Arzt- und Krankenhausrecht.....	- 6 -
II. Zustandekommen des Behandlungsvertrages.....	- 6 -
3. Typisierung und Inhalt des Behandlungsvertrages .....	- 9 -
III. Entstehung und Bemessung des Vergütungsanspruchs.....	- 17 -
1. Entstehung des Vergütungsanspruchs .....	- 17 -
2. Ersatz von Auslagen und Schaden.....	- 19 -
3. Bemessung der Vergütung .....	- 20 -
4. Verwirkung der Vergütung .....	- 22 -
IV. Schadensersatzansprüche des Patienten .....	- 22 -
1. Grundlagen .....	- 22 -
2. Vertragsbeziehung als Voraussetzung der vertraglichen Haftung.....	- 24 -
3. Vertragsverletzung.....	- 24 -
4. Verschulden .....	- 31 -
5. Schadensersatz .....	- 33 -
6. Haftung für den Erfüllungsgehilfen .....	- 39 -
E. Schlussfolgerungen .....	- 39 -
I. Frage 1 .....	- 39 -
II. Frage 2.....	- 40 -
III. Frage 3.....	- 40 -

## A. Abkürzungen

AÜHFD (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Ankara); E. Esas (Rechtssache); GrZS (Großer Zivilsenat); EÜHFD (Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi – Zeitschrift der Juristischen Fakultät der Universität Erzincan); K. Karar (Entscheidung); OGB (Obligationengesetzbuch); RG (Resmi Gazete – Amtsblatt); RVO (Rechtsverordnung); RVOMG (Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft); TAAD Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Zeitschrift der Justizakademie der Türkei); VO (Verordnung); YKD: Yargıtay Kararları Dergisi (Entscheidungssammlung des Kassationshofs); ZS (Zivilsenat).

## B. Literatur

Akkanat, Halil: Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni (Erscheinungsformen des Krankenhausvertrages und Haftungsordnung), in: Özer Seliçi'ye Armağan (Festschrift Seliçi), Ankara 2006, S. 25 ff.; Ayan, Mehmet: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk (Die Haftung beim ärztlichen Eingriff), Ankara 1991; Demir, Mehmet: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu (Die Haftung des Arztes aus Vertrag), AÜHFD 2008 (57) 3, S. 225 ff.; Deryal, Yahya: Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması (Die Aufklärung und Einholung der Zustimmung des Patienten in privaten Gesundheitseinrichtungen), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006 (3) 2, S. 101 ff. (hier zitiert Manuskript unter [www.haksay.org/files/yahya01.doc](http://www.haksay.org/files/yahya01.doc)); Eren, Fikret: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler) (Schuldrecht Allgemeiner Teil), 9. Aufl., Istanbul 2008; Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku – Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (Haftungsrecht – Haftung aus Vertrag), 6. Aufl., Istanbul 2003; Ozanoğlu, Hasan S.: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü (Die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber den Patienten), AÜHFD 52 (2003) Nr.3, S. 55 ff.; Özdemir, Hayrunnisa: Dış Hekimlerinin Hukuki Sorumluluğu (Die schuldrechtliche Haftung der Zahnärzte), EÜHFD 15 (2011), S. 177 ff.; Öztürkler, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları (Arzthaftung, Diagnose, Therapie und Eingriff sowie hieraus entstehende Schadensersatzansprüche in der Rechtspraxis), 2. Aufl., Ankara 2006; Reisoğlu, Sefa: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler (Schuldrecht Allgemeiner Teil), Istanbul 2000; Rumpf, Christian: Einführung in das türkische Recht, München 2004 (2. Aufl., 2016); Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Schuldrecht – Besondere Schuldverhältnisse), Bd. II, 3. Aufl. 1987; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu (Obligationengesetzbuch [Kommentar]), Bd. 7, 2. Aufl., Ankara 2003; Yavuz, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) (Schuldrecht Besonderer Teil),

10. Aufl., Istanbul 2012; ders.: 7. Aufl., Istanbul 2007; Yücesoy Yılmaz, Yasemin: Hekim Aleyhine Açılan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Uygulaması (Die praktische Anwendung der Verjährungsvorschriften bei Arzthaftungsklagen), TAAD 6/23, S. 273 ff.

### **C. Vorbemerkung**

Dieses Gutachten wird ausschließlich auf der Grundlage von Rechtsprechung und Literatur erstattet, wie sie sich in der Türkei vorfindet. Die Nachverfolgung türkischer Zitate zum schweizerischen Recht wurde nicht für erforderlich erachtet, da hieraus keine zusätzlichen Erkenntnisse zu ziehen sind, die für die Praxis des türkischen Rechts im vorliegenden Fall Bedeutung haben könnten. Soweit die hier zitierten Entscheidungen des Kassationshofs keine Fundstellenangabe enthalten, wurden sie der kostenpflichtigen Datenbank des Kazanci-Verlages entnommen.

### **D. Sachverhalt**

Die Beklagte [...] verletzte sich während ihres Urlaubs am 27. Mai 2011 in der Schwimmbadanlage ihres Hotels K. in G. infolge eines Sturzes am linken Oberarm. Die Beklagte wurde vom Hotel aus mit einem Privatwagen in die Klinik K. gebracht.

Die Klägerin, K. A.S., betreibt das Klinikum in der Türkei, in dem die Beklagte operiert wurde. Gesetzlicher Vertreter ist der ursprünglich als Zeuge benannte Dr. B. Er war auch der behandelnde Arzt.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass ein „umfassender Krankenhausvertrag“ abgeschlossen wurde. Denn der Vortrag der Klägerin, dieser sei mündlich geschlossen worden, wurde von der Beklagten nicht bestritten. Die Behauptung der Beklagten, es seien Dokumente unterschrieben worden, wird zwar anscheinend nicht bestritten, solche Dokumente sind jedoch nicht vorgelegt worden.

Die Beklagte behauptet, sie sei ohne Erklärungen über die Diagnose operiert worden. Die Rechnung für diesen Eingriff betrug 7.586,90 Euro. Die Beklagte zahlte 719,43 Euro und unterschrieb ein Schuldanerkenntnis, bevor sie das Krankenhaus am 28.05.2011 verließ.

Am 30.05.2011 stellte Dr. L. (Facharzt für Unfallchirurgie und spezielle Unfallchirurgie) in N. fest, dass die Operation in der Türkei schlecht und nicht dem Stand der Medizin entsprechend durchgeführt worden war und eine erneute Operation notwendig sei.

Die Klägerseite verlangt Zahlung in Höhe von 6.866,97 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.06.2011. Sie begründet es mit einem arztrechtlichen Vergütungsanspruch und stützt sich zudem auf das Schuldanerkenntnis.

Die Parteien streiten offenbar nicht über Zurechnungsfragen, sondern lediglich über die Höhe des Vergütungsanspruchs, die Fachgerechtheit der Behandlung, das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs und ggf. die Aufrechenbarkeit mit Vergütungsansprüchen.

### **E. Internationales Privatrecht**

Fragen des internationalen Privatrechts sind hier nicht zu erörtern, da das Gericht für die Fragestellung zu Recht die Prämisse der Anwendbarkeit türkischen Rechts gesetzt hat.

### **F. Türkisches materielles Recht**

#### **I. Rechtsquellen**

##### **1. Schuldrecht**

Wie in der Schweiz und anders als in Deutschland oder Frankreich ist das Schuldrecht nicht Bestandteil eines umfassenden Zivilgesetzbuches. Es ist in erster Linie im Obligationengesetz (*Borçlar Kanunu*) geregelt. Allgemeine Bestimmungen des ZGB zur Auslegung von Rechtsvorschriften und Treu und Glauben (Art. 1 ff. ZGB) gelten allerdings als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze auch für andere Rechtsbereiche; für das OGB gelten sie schon deshalb, weil das OGB seinerzeit vom schweizerischen und türkischen Gesetzgeber ausdrücklich als „fünftes Buch des ZGB“ verabschiedet worden ist.

Zu beachten ist, dass am 1.7.2012 ein neues OGB in Kraft getreten ist. Gemäß Art. 1 des Einführungsgesetzes zum neuen OGB<sup>1</sup> finden auf Vorgänge, die vor dem 1.7.2012 abgeschlossen sind, die Bestimmungen des alten OGB<sup>2</sup> Anwendung. Auf dieses wird hier Bezug genommen.

Die gesetzlichen Schuldverhältnisse finden sich nach einigen grundlegenden Vorschriften des Schuldrechts (Art. 1 – 40 OGB) im Allgemeinen Teil des OGB (Art. 41 – 66 OGB), danach folgen die vertraglichen Schuldverhältnisse, zunächst in einem allgemeinen Teil (Art. 67 – 181 OGB), dann in einem besonderen Teil die einzelnen Vertragstypen (Art. 182 ff. OGB).

Schuldrechtliche Regelungen gibt es auch in anderen Gesetzen. Für das Kaufrecht etwa ist im Alltag das Verbraucherschutzgesetz von Bedeutung;<sup>3</sup> ferner finden sich wichtige

---

<sup>1</sup> Gesetz Nr. 6101 v. 12.1.2011, RG Nr. 27836 v. 4.2.2011.

<sup>2</sup> Gesetz Nr. 818 v. 22.4.1926, RG Nr. 359 v. 29.4.1926.

<sup>3</sup> Gesetz Nr. 4077 v. 23. 2. 1995, RG Nr. 22221 v. 8. 3. 1995; geändert durch Gesetz Nr. 4822 v. 6. 3. 2003, RG Nr. 25048 v. 14. 3. 2003.

Bestimmungen für Vertragsschlüsse unter Kaufleuten, wie etwa Art. 18 HGB n.F. (Art. 20 HGB a.F.) u. a. Das Leasing ist in einem eigenen Gesetz geregelt, neuerdings zusammen mit dem Factoring. Das Arbeitsrecht als Teil des Schuldrechts ist im Arbeitsgesetz (*Íş Kanunu*)<sup>4</sup> geregelt.

## **2. Arzt- und Krankenhausrecht**

Das Arzt- und Krankenhausrecht findet sich in einer Vielzahl von Vorschriften, wobei aus diesen Vorschriften sich allerdings lediglich Bestimmungen herausfiltern lassen, die die im OGB geregelten vertragsrechtlichen Grundlagen auffüllen und ergänzen. Hier zu beachten sind das Grundgesetz zum Gesundheitswesen (GG-Ges)<sup>5</sup>, das Gesetz über die Ausübung der Heilberufe (HeilberufeG)<sup>6</sup>, das Gesetz über die privaten Krankenhäuser (PrivKHG)<sup>7</sup>, die dazugehörige Rechtsverordnung (PrivKH-RVO)<sup>8</sup>, die ebenfalls dazugehörige Verwaltungsverordnung (PrivKH-VO)<sup>9</sup>, die Verordnung über den Betrieb von Heilanstalten mit stationärer Aufnahme (KH-Betr-VO)<sup>10</sup>, die Verordnung über die Rechte der Patienten (PatR-VO)<sup>11</sup> sowie die Verordnung über die ärztlichen Pflichten (DeontologieRVO)<sup>12</sup>.

## **II. Zustandekommen des Behandlungsvertrages**

### **a) Allgemein<sup>13</sup>**

Allgemein gesprochen kann man vom Zustandekommen einer "Behandlungssituation" sprechen, deren rechtliche Qualifikation davon abhängt, ob sich der Patient auf eine Behandlung in einer Arztpraxis, einem privaten Krankenhaus oder einem staatlichen Krankenhaus einlässt. In letzterem Falle müsste darüber diskutiert werden, ob ein verwaltungsrechtliches besonderes Gewaltverhältnis, ein öffentlich-rechtlicher

---

<sup>4</sup> Gesetz Nr. 4857 v. 22. 5. 2003, RG Nr. 25134 v. 10. 6. 2003.

<sup>5</sup> Gesetz Nr. 3359 v. 7.5.1987, RG Nr. 19461 v. 15.5.1987, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 6354 v. 4.7.2012, RG Nr. 28351 v. 12.7.2012.

<sup>6</sup> Gesetz Nr. 1219 v. 11.4.1928, RG Nr. 863 v. 14.4.1928, zuletzt geändert durch RVomG Nr. 663 v. 6.10.2011, RG Nr. 28103 v. 2.11.2011.

<sup>7</sup> Gesetz Nr. 2219 v. 24.5.1933, RG Nr. 2419 v. 5.6.1933, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 5728 v. 23.1.2008, RG Nr. 26781 v. 8.2.2008.

<sup>8</sup> Ministerratsbeschluss Nr. 8/5747 v. 28.2.1982, RG Nr. 17924 v. 10.1.1983, zuletzt geändert durch Beschluss Nr. 97/9295 v. 20.3.1997, RG Nr. 22996 v. 22.5.1997.

<sup>9</sup> VO des Gesundheitsministeriums, ohne Datum/Nummer, RG Nr. 24708 v. 27.3.2002, zuletzt geändert RG Nr. 28305 v. 27.5.2012.

<sup>10</sup> Ministerratsbeschluss Nr. 8/5319 v. 10.9.1982, RG Nr. 17927<sup>bis</sup> v. 13.1.1983, zuletzt geändert durch Beschluss Nr. 11620 v. 5.2.2007

<sup>11</sup> VO des Gesundheitsministeriums, ohne Datum/Nummer, RG Nr. 23420 v. 1.8.1998.

<sup>12</sup> RVO des Ministerrats Nr. 4/12578 v. 13.1.1960, RG Nr. 10436 v. 19.2.1960.

<sup>13</sup> Zustandekommen von Verträgen: Eren S. 203 ff.; Rumpf, Einführung § 27 Rdn. 17 ff. (Aufl. 2016: § 14 Rdn. 7 ff.)

Vertrag<sup>14</sup> oder eben doch auch ein privatrechtlich zu qualifizierender Vertrag zustande kommt. Diese Diskussion braucht hier nicht geführt zu werden, da es sich bei der Klägerin um ein Privatkrankenhaus handelt. Wir sprechen hier also von einem Behandlungsvertrag (*tedavi sözleşmesi*) – sofern ein solcher zustande gekommen ist.

### **b) Allgemeines Vertragsrecht**

Die Parteien oder deren Vertreter müssen sich über den Vertragsinhalt, insbesondere über die zu begründenden Pflichten einigen. Die Einigung kommt durch Angebot und Annahme zustande (Art. 1 I OGB), die von der jeweiligen Partei ausdrücklich oder stillschweigend (*zımnen*) erklärt werden (Art. 1 II OGB). Liegen Nichtigkeitsgründe vor oder wird angefochten, wird die Einigung nicht wirksam. Die Parteien brauchen die Vertragserklärungen nicht persönlich abzugeben, sie können über vertretungsberechtigte Vertreter handeln (Art. 32 ff. OGB).

Ein Vertrag kann auch zustande kommen, ohne dass ausdrücklich Angebot und Annahme erklärt werden. So kommt etwa in einem Dauerlieferungsverhältnis nach Beendigung dieses Verhältnisses ein Kaufvertrag dann zustande, wenn der Verkäufer wie bisher weiterliefert und der Käufer die Leistung auch annimmt. Denkbar ist auch, dass bereits während der Verhandlungen mit der Lieferung begonnen wird: in einem solchen Fall kommt der Vertrag schlicht durch Vollzug zustande.

Ausnahmsweise kann auch Schweigen zum Abschluss eines Vertrages führen. Zwar gilt grundsätzlich, dass das Schweigen nicht die Wirkung einer Willenserklärung hat, doch sind Fälle denkbar, in denen die Umstände eindeutig ergeben, dass das Schweigen eben doch Ausdruck eines bestimmten Erklärungswillens ist.

Schweigen kann auch dann eine entsprechende Willenserklärung ersetzen, wenn sich die Parteien aus anderen Gründen – etwa aufgrund eines Vorvertrages oder eines Rahmenvertrages – einig darüber sind, dass das Schweigen ausreichen soll bzw. von einer Partei eine ausdrückliche Erklärung nur dann gefordert wird, wenn sie den Abschluss des Vertrages gerade nicht will.

Die verschiedenen Anfechtungsmöglichkeiten brauchen hier nicht erörtert zu werden.

Weichen die Erklärungen von Angebot und Annahme zwar äußerlich ab, haben aber die Parteien dasselbe gewollt, so kommt über das Gewollte der Vertrag zustande (*arg. ex*

---

<sup>14</sup> Demir S. 229. Die Folge ist, dass bei staatlichen Krankenhäusern prinzipiell die Verwaltungsgerichte im Amtshaftungsverfahren zuständig sind (Kassationshof, 4. ZS, 7.6.2012, E. 2012/6576, K. 2012/10015). Dies schließt nicht ein individuell gegen den Arzt oder die Krankenschwester gerichtetes Zivilverfahren wegen unerlaubter Handlung aus (Kassationshof, GrZS, 26.9.2001, E. 2001/4-595, K. 2001/643).

Art. 18 OGB). Unklarheiten in Nebensachen wirken sich auf die Einigung über die Hauptleistungspflichten nicht aus (Art. 2 OGB).<sup>15</sup>

Stimmen jedoch die Inhalte der Erklärungen nicht überein, so liegt ein *offener Dissens* (*açık uyuşmazlık*) vor, der im OGB nicht geregelt ist.<sup>16</sup> Der Vertrag kommt dann nicht zustande. Weiter wird unterschieden zwischen *eigentlichem Dissens* (*gerçek uyuşmazlık*) – der Dissens bezieht sich auf Hauptleistungspflichten und der Vertrag kommt nicht zustande – und *uneigentlichem Dissens* (*gerçek olmayan uyuşmazlık*), wo sich der Dissens sich auf Nebenleistungspflichten bezieht und der Vertrag zustande kommt; in Bezug auf die Nebenleistungspflichten muss dann ggf. eine Lücke gefüllt oder eine ergänzende Auslegung vorgenommen werden (Art. 2 OGB).

Haben die Parteien dagegen das Auseinanderklaffen der Inhalte ihrer Erklärungen nicht bemerkt, liegt der – im OGB ebenfalls nicht geregelte – *versteckte Dissens* (*gizli uyuşmazlık*) vor. Umstritten ist, ob das Gericht einen versteckten Dissens von Amts wegen zu beachten hat.<sup>17</sup>

### **c) Abschluss des Behandlungsvertrages**

Für den Abschluss des Behandlungsvertrages gelten die vorstehend aufgeführten Kriterien. Mangels anderweitiger besonderer Vorschriften ist der Abschluss des Behandlungsvertrages formlos möglich. Dies gilt auch für den „Krankenhausbehandlungsvertrag“ (dazu unten). Damit eröffnen sich alle Möglichkeiten für das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages, die das allgemeine Vertragsrecht bietet. Demnach kann ein Behandlungsvertrag schriftlich, mündlich oder durch „sonstiges Verhalten“ zustande kommen. Entscheidend ist, dass die jeweiligen Erklärungswillen dem jeweils anderen Teil inhaltlich erkennbar zugehen. Wer also ein Krankenhaus betritt, seine Personalien abgibt, einen Behandlungswunsch äußert und sich hierauf widerspruchslos auf die Behandlung einlässt, erklärt durch konkludentes Verhalten, ggf. auch durch im Zuge der Aufnahme getätigte Äußerungen zu seinen Beschwerden, dass er eine Behandlung dieser Beschwerden wünscht. Dieses Angebot wird spätestens mit der Aufnahme der Behandlungstätigkeit oder der Zuweisung eines Krankensbetts angenommen.

Gemäß Art. 31 PrivKHG besteht für Privatkrankenhäuser in Notfällen – z. B. nach einem Unfall – sogar eine Aufnahme- und damit Vertragsschlusspflicht auch gegenüber Bedürftigen.

---

<sup>15</sup> Eren S. 213 f.

<sup>16</sup> Eren S. 215.

<sup>17</sup> Eren S. 216 f.

Was das stillschweigende Zustandekommen angeht, so enthält Art. 387 OGB eine Bestimmung, wonach ein Geschäftsbesorgungsvertrag als angenommen gilt, wenn er sich auf solche Geschäfte bezieht, die der Auftragnehmer kraft behördlicher Bestellung oder gewerbsmäßig betreibt oder „zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat“. Bietet also der Arzt Diagnose und Behandlung an, muss der Patient widersprechen, wenn er das Zustandekommen des Vertrages verhindern will.

### **3. Typisierung und Inhalt des Behandlungsvertrages**

#### **a) Geschäftsbesorgungsvertrag**

Rechtsprechung und Literatur sind sich in der Türkei darüber einig, dass der ärztliche Behandlungsvertrag unter die Bestimmungen des Geschäftsbesorgungsvertrages (*vekâlet sözleşmesi* – Art. 386 ff. OGB) zu subsumieren ist.<sup>18</sup> Diese Vertragsform wird in der Übersetzung auch gerne als „Auftrag“ wiedergegeben, was allerdings nicht mit dem Wesen des Auftrages gemäß BGB übereinstimmt. Diese Qualifizierung gilt auch dann, wenn Bestandteil des Behandlungsvertrages die Operation ist. Die Anwendbarkeit der Werkvertragsregeln auf die Operation kommt nicht in Betracht, weil hier kein Erfolg geschuldet ist, sondern lediglich die Maßnahme als solche. Damit entfällt die Möglichkeit, wesentliche Rechtsfolgen des Werkvertrages zur Geltung zu bringen, nämlich die Gewährleistungsbestimmungen. Ansprüche des Patienten und des Arztes bzw. des Krankenhauses ergeben sich daher aus den Hauptleistungspflichten, die sich auf Erfüllung richten, sowie den Nebenleistungspflichten, die sich auf Schadensersatz richten. Eine scharfe Abgrenzung gegenüber dem Dienstvertrag dürfte – trotz aller Unterschiede – nicht einfach sein, zumal Art. 390 Abs. 1 OGB besagt, dass der Geschäftsführer für die Erfüllung seiner Pflichten wie ein Arbeitnehmer haftet und somit dann eben doch in entscheidenden Zusammenhängen das Dienstvertragsrecht zum Zuge kommt.<sup>19</sup> Das türkische Recht kennt darüber hinaus im Arzthaftungsrecht auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, *culpa in contrahendo* und unerlaubter Handlung. Verrichtet also der Arzt seine „Dienstleistung“ nicht ordnungsgemäß, also nicht fach- bzw. kunstgerecht, haftet er für die Verletzung nebenvertraglicher Sorgfaltspflichten.

---

<sup>18</sup> Yavuz scheint den Krankenhausaufnahmevertrag als Vertrag eigener Art anzusehen, dies ergibt sich jedoch lediglich aus dem Stichwortverzeichnis, wo hierfür auf S. 25 verwiesen wird. Dort findet sich dazu aber nichts. Ferner Kassationshof, 13. ZS, 4.3.1994, E. 1993/8557, K. 1994/2138, YKD 1994, S. 1288; Kassationshof, 15. ZS, 3.11.1999, E. 1999/4007, K. 1999/3868; Kassationshof, GrZS, 26.2.2003, E. 2003/21-95, K. 2003/113. Zur Diskussion vgl. auch Tuğba Oral, Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki (Die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patient), [www.hukuksitesi.com](http://www.hukuksitesi.com). In Deutschland erfolgte die Subsumtion unter den Dienstvertrag gem. §§ 611, 627 BGB (BGH NJW 1980, 1452; BGH 17.10.2002 III ZR 58/02 uvam, in der letzten BGB-Reform wurde dem durch die Einfügung der §§ 630a BGB gefolgt.

<sup>19</sup> Kassationshof, 13. ZS, 18.1.2010, E. 2009/6365, K. 2010/59.

Dennoch ist die Anwendung werkvertraglicher Bestimmungen im Bereich des Arzt- und Krankenhausrechts nicht völlig ausgeschlossen. Es kommt letztlich auf die Qualifizierung der geschuldeten Leistungen an. So hat der Kassationshof etwa einen Schönheitschirurgischen Eingriff als Werkvertrag (*istisna* oder *eser sözleşmesi*) qualifiziert. Denn während bei der Operation als Heileingriff der Erfolg in der Regel nicht ausdrücklich versprochen wird, ist für die Einwilligung des Patienten in den Schönheitschirurgischen Eingriff der erwartete Erfolg geradezu Bedingung für die Einwilligung.<sup>20</sup> Auch beim Einsatz von Prothesen darf von einem Werkvertrag ausgegangen werden.<sup>21</sup>

### **b) Variante: Behandlungsvertrag im Krankenhaus**

Krankenhaus im Sinne des Gesetzes ist nur dasjenige Krankenhaus, das die Behandlung nach Aufnahme zum Verbleib vorsieht. Die „Poliklinik“ ist kein Krankenhaus in diesem Sinne.<sup>22</sup> Die Besonderheit beim Krankenhaus ist, dass es mit einem festen Stab von Medizinern arbeitet, die im Rahmen ihrer fachlichen Kompetenzen tätig sind. Ein Krankenhaus, das erkennbar mit der Symptomatik eines Patienten überfordert ist, darf also erst gar nicht aufnehmen, es sei denn, es ist in der Lage, ohne Gefährdung des Patienten sich externer Fachleute zu bedienen. Ferner besteht eine Verpflichtung, die Ausstattung auf einem möglichst neuen Stand zu halten.<sup>23</sup>

Wird der Patient im Krankenhaus aufgenommen, entsteht ein Aufnahmevertrag (*hastaneye kabul sözleşmesi*). In dieser Kombination erhält der Vertrag unterschiedliche Facetten. Vor allem können sich auf der ärztlichen Seite die Vertragsschuldner vermehren, nämlich der Arzt, der den Patienten zu behandeln hat, und der Krankenhausbetreiber, der den Patienten im Rahmen des Aufnahmevertrages zu versorgen hat. Im Zweifel haften die beiden gesamtschuldnerisch (Art. 395 Abs. 2 OGB). Meistens wird allerdings das Krankenhaus als Vertragspartner für beide Komponenten und der behandelnde Arzt – es können auch mehrere Ärzte sein – als Erfüllungsgehilfen (Art. 100 OGB)<sup>24</sup> auftreten. *Akkanat*<sup>25</sup> unterscheidet drei Typen: den reinen Krankenhausaufnahmevertrag, den aus zwei trennbaren Komponenten geschlossenen Krankenhausvertrag (Behandlungsvertrag und Krankenhausaufnahmevertrag Typ 1) sowie den „vollen Krankenhausbehandlungsvertrag“, in dem Aufnahme, Versorgung im

---

<sup>20</sup> Kassationshof, 13. ZS, 5.4.1993, E. 1993/131, E. 1993/2741, YKD 1994, S. 79. Ayan S. 180 f.

<sup>21</sup> Kassationshof, 13. ZS, 6.11.2000, E. 2000/8590, K. 2000/9569; Ayan S. 53.

<sup>22</sup> Öztürkler S. 199.

<sup>23</sup> Öztürkler S. 199 f.

<sup>24</sup> Eren S. 1027 ff.

<sup>25</sup> Akkanat in toto.

Krankenhaus und Behandlung integriert sind. Die letzte Variante wird hier von der Klägerin behauptet und von der Beklagten nicht bestritten.

### **c) Form des Behandlungsvertrages**

Formvorschriften für Behandlungsverträge kennt das türkische Recht nicht. Es gelten die allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen des Vertrages. Schriftlichkeit hat allerdings eine wichtige Beweisfunktion.

### **d) Inhalt des Behandlungsvertrages**

#### *(1) Hauptleistungspflichten*

Die Hauptleistungen des Arztes bzw. Krankenhauses ergeben sich aus dem Inhalt der gegenseitig abgegebenen Erklärungen und den Umständen. Beim Behandlungsvertrag geht man in der Regel davon aus, dass Diagnose und Therapie die Hauptleistungspflichten des Arztes darstellen; denkbar ist aber auch eine Aufspaltung, indem von dem einen Arzt die Diagnose erwartet wird (Untersuchung und Feststellung des Ergebnisses, eventuell mit Therapievorschlag), von dem anderen dann die Durchführung der Therapie.<sup>26</sup> Gleiches gilt letztlich auch für die Vergütung. Während sich jedoch die Hauptleistungen des Arztes bzw. Krankenhauses zumeist in den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensbekundungen des Patienten widerspiegeln, wobei für die Auslegung solcher Erklärungen die Diagnose, die Regeln der medizinischen Kunst und das fachliche Ermessen des Arztes (vgl. Art. 5 DeontologieRVO) eine Rolle spielen, kann es, insbesondere im Falle des Fehlens einer detaillierten Vergütungsvereinbarung, zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung der richtigen Vergütung kommen.

Aus Art. 386 Abs. 2 OGB ergibt sich, dass die Vergütung kein zwingend erforderliches Element eines Geschäftsbesorgungsvertrages ist.<sup>27</sup> Vielmehr setzt die Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung eine hierauf abzielende ausdrückliche Vereinbarung (*mukavele*) oder aber eine entsprechende Übung (*teamül*) voraus. Dass auch eine berufsspezifische gesetzliche Regelung zu Vergütungsansprüchen im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages führen kann, liegt auf der Hand, dann ergibt sich der Anspruch aus Gesetz, vorausgesetzt, dass ein wirksamer Vertrag abgeschlossen wurde. Eine Vergütungsvereinbarung kann sich im Behandlungsvertrag finden oder durch das

---

<sup>26</sup> Demir S. 232.

<sup>27</sup> Yavuz 2007 S. 660, 617.

Akzeptieren der Arztrechnung getroffen werden.<sup>28</sup> Fehlt es an beidem, ist zu prüfen, ob es eine gesetzliche Regelung oder eine Übung gibt.

Dem Grundsatz folgend, dass bei Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages in aller Regel beide Seiten von der Entgeltlichkeit ausgehen, haben sich in fast allen Bereichen des sozialen Lebens Übungen entwickelt, die dann früher oder später sich zum Teil – nicht überall – auch in Vergütungsordnungen niedergeschlagen haben. Es braucht hier nicht vertieft zu werden, dass dies in jedem Fall auch für den Bereich der medizinischen Versorgung gilt, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Leistung unentgeltlich oder aus Gefälligkeit erbracht werden soll.

Prüfungsmaßstab für die Frage, ob dem Arzt oder Krankenhaus ein Honorar zusteht und in welcher Höhe, ist, soweit es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, die Übung, die sich wiederum in den Honorarordnungen der Kammern widerspiegelt.<sup>29</sup>

Für das Privatkrankenhaus ergibt sich die Vergütungspflicht inzident aus Art. 26 PrivKHG, wonach die Vergütung die einfache Versorgung im Krankenhaus und die ärztliche Behandlung zu umfassen hat; separat abgerechnet werden dürfen nur Operationen und Auslagen für Heilmittel und Verbandsmaterial.

Wird auch die Aufnahme und Versorgung im Krankenhaus vereinbart, treten hier weitere Hauptleistungspflichten hinzu, die sich dann im Einzelfall aus dem Vertrag ergeben können.

## *(2) Nebenleistungspflichten*

(1) Die Nebenleistungspflichten spielen im Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß Art. 386 ff. OGB schon deshalb eine besondere Rolle, weil die „richtige Auftragsausführung“ bzw. „gehörige Erfüllung“ für die Frage der Entstehung oder Verwirkung des Vergütungs- und Auslagenersatzanspruches maßgeblich sein kann. Die Sorgfaltspflichten ergeben sich aus Art. 390 OGB.<sup>30</sup> Diese Bestimmung geht soweit, ausdrücklich auf die in Art. 321 OGB geregelte Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers zu verweisen. Auszufüllen ist diese Bestimmung allerdings mit den im Sektor „Medizin“ geltenden verschiedenen Regeln.

Dass aus der Sicht des Auftragnehmers die Behandlung mit der ordentlichen Sorgfalt eines Mediziners, d.h. nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgen muss, einerseits keine überflüssigen Maßnahmen ergriffen werden dürfen, andererseits aber auch alle denkbar erforderlichen Maßnahmen getroffen werden müssen, um die körperliche

---

<sup>28</sup> Yavuz 2007 S. 618.

<sup>29</sup> Yavuz 2007 S. 618; Kassationshof (4. ZS), 10.3.1972, E. 14392, K. 2044 bei Uygur Bd. 7 S. 8492.

<sup>30</sup> Yavuz 2007 S. 641 f. Özdemir S. 220 ff. (für das neue Schuldrecht).

Integrität des Patienten zu wahren, ergibt sich schon aus der Natur des Behandlungsvertrages und des hippokratischen Eides (vgl. auch Art. 2 DeontologieRVO). Bereits ein leicht fahrlässiger Verstoß gegen solche Sorgfaltspflichten führt zur Auslösung von Arzthaftungsansprüchen.<sup>31</sup>

(2) Im Arzthaftungsrecht ein besonderes Thema und weites Feld der Diskussion ist dagegen die Frage nach den Aufklärungspflichten<sup>32</sup> und der Pflicht, im Falle einer Operation die Zustimmung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters einzuholen. Die Verletzung von Aufklärungspflichten im Vorfeld der Vertragsanbahnung mit der Folge, dass ein Vertrag abgeschlossen wird, der – hätte der Patient die Risiken gekannt – gar nicht abgeschlossen worden wäre, begründet einen Anspruch nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*, die auch im türkischen Recht anerkannt sind.<sup>33</sup> Wann infolge einer Verletzung der Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss auch die Anfechtung eines Behandlungsvertrages in Betracht kommt<sup>34</sup>, ist hier nicht zu erörtern.

Die besondere Bedeutung der Aufklärungspflicht des Arztes<sup>35</sup> resultiert aus dem Umstand, dass eine ärztliche Behandlung in aller Regel mit Eingriffen in die körperliche Integrität verbunden ist. Da sich ein Eingriff in die körperliche Integrität tatbestandlich als unerlaubte Handlung darstellt, die durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt wird, kommt es ganz wesentlich auf diese Einwilligung, die dann wiederum erfahrungsgemäß davon abhängt, welche Schlüsse der Patient aus einer ordentlichen Aufklärung zieht.

Die Zustimmungspflichtigkeit, das Zustimmungsrecht und damit am Ende die Notwendigkeit der Zustimmung<sup>36</sup> ergibt sich aus der Natur der körperlichen Integrität als wichtigstes, verfassungsrechtlich geschütztes Recht des Patienten.

Vorschriften zum Schutz der körperlichen Integrität gibt es auf Verfassungs- wie auf Gesetzesebene. In der Normenhierarchie ganz oben steht Art. 17 der türkischen Verfassung, der die Basis für den „Schutz der materiellen und immateriellen

---

<sup>31</sup> Ausführlich zu den Sorgfaltspflichten des Arztes Tandoğan S. 415 ff.; Kassationshof, 4. ZS, 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541, YKD 1978, S. 905 f. (zit. bei Tandoğan S. 421). Der Kassationshof stellt hohe Anforderungen an die Erfüllung der Sorgfaltspflicht und lässt bereits leichte Fahrlässigkeit die Haftung des Arztes auslösen (Kassationshof, 13. ZS, 4.3.1994, E. 1994/8557, K. 1994/2138, YKD 1994, S. 1288); Yavuz 2007 aaO.

<sup>32</sup> Zur Aufklärungspflicht im Geschäftsbesorgungsvertrag allgemein Kassationshof, GrZS, 19.3.2003, E. 2003/13-174, K. 2003/181. Özdemir S. 195 mit zahlreichen Hinweisen auf die verschiedenen Ansichten in der Literatur. Öztürkler S. 72 ff.; Ozanoğlu in toto.

<sup>33</sup> Rumpf, *Culpa in Contrahendo* nach schweizerischem und türkischem Recht, in: Çivi (Hrsg.), *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı (80 Jahre Übernahme des schweizerischen ZGB und OR, Istanbul 2007*, S. 355 ff. (in türkischer Sprache S. 161 ff.); Eren S. 1083 ff.

<sup>34</sup> Rumpf Einführung § 27 Rdn. 53 ff. (Aufl. 2016: § 14 Rdn. 85 ff.)

<sup>35</sup> Yavuz 2007 S. 595.

<sup>36</sup> Ozanoğlu S. 63 f.

Persönlichkeit“ darstellt.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber hat die hier enthaltene Anordnung des Verfassungsgebers in den Art. 23 ff. ZGB umgesetzt. Gemäß Art. 24 II ZGB ist jede Verletzung der körperlichen Integrität rechtswidrig, es sei denn, die Verletzung ist durch die Zustimmung des Verletzten oder übergeordnetes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt. Das Zustimmungserfordernis für Eingriffe in die körperliche Integrität wird dann auch in Art. 70 HeilBG aufgegriffen. Hier ist das Versäumnis, die Zustimmung des Patienten einzuholen (bei größeren Operationen muss dies schriftlich geschehen) mit einer Geldbuße bewehrt. Weiter ausgestaltet wird der Zustimmungsvorbehalt bei medizinischen Eingriffen in Art. 5 PatR-VO, wo nochmals ausdrücklich festgehalten wird, dass die körperliche, geistige und seelische Integrität der Person zu achten sei und ohne die Zustimmung des Patienten hierin keine Eingriffe vorgenommen werden dürfen; eine Präzisierung erfolgt dann noch einmal in den Art. 24 ff. PatR-VO im Hinblick auf die Operationen und deren Abbruch sowie sonstige Maßnahmen der Behandlung, aber auch der Forschung am Patienten. Art. 12 PatR-VO dagegen berücksichtigt wieder die Unverzichtbarkeit von Grundrechten. Hiernach sind medizinisch nicht indizierte Eingriffe, welche Lebensgefahr mit sich bringen, untersagt. Das Zustimmungsrecht wird weiter durch Art. 23 II PatR-VO begrenzt, wonach die Persönlichkeitsrechte unveräußerlich sind. Das türkische Recht geht also in umfassenden Regelungen von der herausragenden Schutzwürdigkeit und dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus. Die Zustimmung des Patienten zu einer Operation ist zwingend einzuholen.

Dies setzt gleich zweierlei voraus, nämlich die *Diagnoseaufklärung* und die *Risikoaufklärung*.<sup>38</sup>

Die PatR-VO formuliert lediglich ein „Aufklärungsrecht“, also einen Auskunftsanspruch. Gemäß Art. 7 PatR-VO hat der Patient Anspruch auf Information, also einen Auskunftsanspruch gerichtet auf die Möglichkeiten und Verfahren, sich einer Untersuchung und Heilbehandlung zu unterziehen. Art. 60 III PrivKH-VO stipuliert das Recht des Krankenhauses – nicht die Pflicht – den Patienten über Einzelheiten der Behandlung und ihre Ziele zu informieren. Das türkische Arztrecht geht also insoweit vom Bild des mündigen und selbst bestimmten Patienten aus, der mit dem Arzt in gleicher Augenhöhe verhandelt. Lediglich Art. 8 PatR-VO *verpflichtet* die Ärzte, den Patienten, der die Klinik oder den behandelnden Arzt wechseln will, über die Risiken eines solchen Wechsels aufzuklären. Gemäß Art. 15 PatR-VO hat der Patient einen Anspruch auf Information, welche sich auf alle medizinischen Maßnahmen, Verfahren,

---

<sup>37</sup> Rumpf Einführung § 8 Rdn. 140 (Aufl. 2016: § 6 Rdn. 162)

<sup>38</sup> Demir S. 240.

deren Nutzen und Nachteile, auf alternative Behandlungsmethoden sowie auf die Nachteile beziehen, die durch die Verweigerung der Inanspruchnahme der ärztlichen Leistung entstehen könnten. Diese Aufklärung kann auch schriftlich verlangt werden. Dem steht an dieser Stelle nicht etwa eine Verpflichtung des Arztes gegenüber, auch ungefragt aufzuklären, sondern ein Ermessen des Arztes, unter bestimmten Bedingungen – z. B. im Falle der Gefahr für die psychische Gesundheit – sogar die Auskunft zu verweigern (Art. 19 PatR-VO). Der Patient kann im Übrigen auch die Erteilung einer Auskunft untersagen (Art. 20 PatR-VO). In der Praxis geht es hier wohl aber nur um diejenigen Fälle, in denen der Patient zuvor die Erteilung von Auskünften an Dritte – z. B. Verwandte – genehmigt hat oder zu befürchten ist, dass ärztliches Personal Verwandten ungeprüft und ungefiltert Auskunft erteilt.

Eindeutig allerdings ist im Hinblick auf die Aufklärungspflicht Art. 14 II DeontologieRVO. Hiernach hat der Arzt im Anschluss an die Diagnose den Patienten darüber aufzuklären, welche Maßnahmen zu treffen und welche Risiken damit verbunden sind. Dabei hat er zu beachten, dass diese Aufklärung keine negative Wirkung auf den Patienten ausübt. Mit anderen Worten, der Arzt darf, wenn dies im Interesse des Patienten liegt – was wiederum naturgemäß der Arzt selbst zu beurteilen hat –, die Auskunft filtern. Die Auskunft ist unter diesen Bedingungen auch an Verwandte zu erteilen, falls der Patient dies nicht untersagt hat. Weitere Einzelheiten über Umfang und Inhalt der Auskunftspflicht hält die DeontologieRVO nicht bereit. Somit schließt sich das Arzt- und Patientenrecht also nahtlos an das allgemeine Vertragsrecht an, aus welchem sich bereits – als Teil der vertraglichen Sorgfalts- und Fürsorgepflichten – eine ärztliche Aufklärungspflicht herleiten ließe.<sup>39</sup>

Der Kassationshof schließlich verdichtet die Aufklärungspflicht dahin gehend, dass er die Wirksamkeit der Zustimmung zu einem Eingriff von der Erteilung ordnungsgemäßer Auskunft über die Maßnahmen und Risiken abhängig macht.<sup>40</sup>

(3) Ein Thema, das mit den medizinischen Aufklärungspflichten nicht gleichgesetzt werden darf, ist die Aufklärung über die Kosten. Insoweit gibt es keine Anhaltspunkte für eine Regelung in den Bestimmungen über das Krankenhauswesen, auch nicht in den Bestimmungen des OGB über den Geschäftsbesorgungsvertrag. Es muss hier also wieder auf das allgemeine Vertragsrecht zurückgegriffen werden.

Da auch die türkische Rechtsprechung und Literatur lediglich allgemeine Ausführungen zu den Nebenpflichten machen, aus denen unter anderem Aufklärungspflichten

---

<sup>39</sup> Yavuz 2007 S. 595.

<sup>40</sup> Kassationshof, 4. ZS, 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541.

hergeleitet werden, ist es schwierig, einen Rechtssatz zu entwickeln, wonach das Krankenhaus bzw. der Arzt verpflichtet sei, den Patienten umfassend über die entstehenden Kosten aufzuklären. Tatsächlich ist dies in der konkreten Situation, in welcher der Behandlungsvertrag zustande kommt, auch sehr schwierig. Denn erst im Zuge der Untersuchung und der nachfolgenden medizinisch indizierten Behandlung wird sich herausstellen, welche Gebührentatbestände erfüllt werden. Dies beginnt bei der unvorhersehbaren Menge von Kleinmaterial und hört bei der Auswahl des Operationsteams auf.

Für den ausländischen Patienten ist bei Abschluss des Behandlungsvertrages auch wichtig zu wissen, welche Leistungen von seiner Krankenkasse oder Versicherung erstattet werden. Einerseits will der Patient behandelt werden. Unklar ist aber, worauf seine Frage nach der Erstattungsfähigkeit abzielt. Es kann im Einzelfall sein, dass er von der Antwort sein Einverständnis in Untersuchung und Behandlung abhängig machen will. Es kann aber auch sein, dass er lediglich einen Überblick über die Kosten gewinnen will, um gegebenenfalls andere Dispositionen – und sei es nur der für den nächsten Tag geplante Besuch beim Teppichhändler – abhängig zu machen, die selbst keinen Einfluss auf den Behandlungsvertrag haben. Aus der Sicht des Arztes können ebenfalls verschiedene Motive eine Rolle spielen. So kann es dem Arzt darum gehen, im Hinblick auf die konkrete Situation des Patienten aus medizinischer Sicht diesen davor zu bewahren, eine finanzielle Erwägung in den Vordergrund zu stellen und damit auf eine Behandlung zu verzichten, die aus ärztlicher Sicht im Interesse des Patienten dringend notwendig erscheint. Es kann aber auch sein, dass der Arzt das wirtschaftliche Interesse des Krankenhauses im Auge hat und daher alles tut, um den Patienten zum Abschluss zu bewegen; ein solches Motiv könnte sogar gemäß Art. 20 OGB zur Nichtigkeit des Behandlungsvertrags führen, da dem Arzt durch Art. 60 PrivKH-VO ausdrücklich untersagt ist, den Patienten aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen oder aus Gründen des Wettbewerbs zum Vertragsschluss zu bestimmen<sup>41</sup>. Im Übrigen sind jedoch solche Motivationslagen von untergeordneter Bedeutung, denn die Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten ist objektiv nach dem Erklärten und dem Tun der Beteiligten zu beurteilen.

Dementsprechend ist also lediglich zu überlegen, welche Pflichtenlasten man den Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und während der Erfüllung des

---

<sup>41</sup> Art. 27 OGB bestimmt die Nichtigkeit eines Vertrages, der gesetzwidrig oder sittenwidrig ist. Ein Behandlungsvertrag, dessen eigentlichen Zweck nicht die Behandlung des Patienten ist, sondern die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile, ist daher zumindest sittenwidrig. Denn Art. 60 PrivKH-VO ist Ausdruck eines allgemeinen, ethisch begründeten Rechtsgrundsatzes, wonach der Arzt die Gesundheit des Patienten in den Vordergrund zu stellen hat.

Vertrages auferlegt. Für die Frage nach den Aufklärungspflichten vor Vertragsschluss wäre also zu prüfen, ob der ins Ausland reisende Patient verpflichtet sein kann, sich vor Antritt seiner Reise über die Möglichkeiten des Auslands- bzw. Reiseversicherungsschutzes zu informieren und ggfs. die Deckung sicherzustellen. Dabei entstehen wiederum unterschiedliche Konstellationen infolge der unterschiedlichen gesetzlichen und privaten Versicherungstypen. Gerade heute, wo das Reisen derartig weite Verbreitung findet, die Reiseerfahrung des Einzelnen zunimmt und die Werbung für Reiseunternehmen, Reiseversicherungen und die Aufklärung über das Reisen und seine Gefahren in Presse und Fernsehen immer präsenter sind, kann vom ausländischen Patienten unter Umständen erwartet werden, dass er entsprechende Maßnahmen ergreift, um den Versicherungsschutz sicherzustellen.

Ob eine vergleichbare Informationspflicht auch das Krankenhaus oder den Arzt trifft, ist fraglich. Einem Krankenhaus, das mit dem Tourismus in seiner Region groß geworden ist, könnte man einerseits unterstellen, dass es über ausreichend Erfahrung und Kenntnisse bezüglich der Erstattungsfähigkeit von ärztlichen Leistungen verfügt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass ein türkisches privates Krankenhaus – anders als ein deutsches Krankenhaus in Bezug auf den in Deutschland versicherten Patienten – weder mit Kassen noch mit Versicherungen in direkten Kontakt tritt und sich daher auch keine statistischen, geschweige denn verwertbaren Erkenntnisse über die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen ansammeln werden, aus denen sich dann eine entsprechende Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten herleiten ließe.

Allerdings dürfte sich – ohne dass es dazu eines ausdrücklichen Nachweises anhand der Quellen im türkischen Recht bedürfte – allein aus dem Umstand, dass ein Krankenhaus überhaupt über die Kostenerstattung „aufklärt“, eine vertragliche Nebenpflicht dazu herleiten lassen, den Patienten *richtig* aufzuklären und solche Aussagen zu unterlassen, die dem Patienten suggerieren, er bekäme die Kosten erstattet, obwohl das Krankenhaus oder der Arzt insoweit keine positive Kenntnis über die Erstattungsfähigkeit haben.

### **III. Entstehung und Bemessung des Vergütungsanspruchs**

#### **1. Entstehung des Vergütungsanspruchs**

Ein Vergütungsanspruch beim Geschäftsbesorgungsvertrag ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Der Grund hierfür wird von *Tandoğan* damit angegeben, dass das Recht des „Auftrages“ ursprünglich aus dem römischen Recht herzuleiten ist, das von der Unentgeltlichkeit des Auftrages ausging. So habe es sich auch im deutschen BGB

niedergeschlagen, während die italienischen und französischen Zivilrechtskodices den Vergütungsanspruch gesetzlich festgelegt hätten.<sup>42</sup> Anders als im BGB wird aber immerhin in Art. 386 OGB ein Vergütungsanspruch erwähnt, der sich aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung oder der “Übung” ergeben kann.<sup>43</sup>

Die Entstehung eines Vergütungsanspruchs gehört – sieht man von den Fällen von Gefälligkeitsvereinbarungen ab – zu den konstitutiven Merkmalen eines Vertrages<sup>44</sup>, jedoch nicht unbedingt eines Geschäftsbesorgungsvertrages. Denn das OGB schränkt diesen Grundsatz ein und verlangt entweder eine „Vereinbarung“ oder aber eine entsprechende „Übung“.<sup>45</sup> Eine weitere Einschränkung wird darin gesehen, dass die Entstehung eines Vergütungsanspruchs auch die ordentliche Durchführung des Auftrages – der Geschäftsbesorgung – voraussetzt (Art. 510 OGB).<sup>46</sup> Allerdings schließt dies nicht aus, dass der Arzt, sofern er angemessene Gründe hierfür vorweisen kann, eine Behandlung abbrechen kann; in diesem Falle kann er dann allerdings nur fordern, was bis zum Abbruch an Honorar- und Auslagenersatzansprüchen aufgelaufen ist; ist ein festes Honorar vereinbart und bereits bezahlt worden, so ist er verpflichtet, einen angemessenen Teil wieder zu erstatten (Art. 34 DeontologieVO).

Über das „ob“ zu entscheiden ist in aller Regel nicht schwierig, so auch im Bereich des Behandlungsvertrages. Denn dass eine Arzt- oder Krankenhausbehandlung zu vergüten ist, entspricht allgemeiner Übung.<sup>47</sup> Dem Charakter des Behandlungsvertrages als Geschäftsbesorgungsvertrag entspricht es dabei, dass es ausschließlich auf den erklärten oder stillschweigenden Willen der Parteien ankommt. Da beim Behandlungsvertrag kein Erfolg geschuldet wird, sondern lediglich das Treffen geeigneter Maßnahmen, um eine Diagnose (beim lediglich auf die Untersuchung gerichteten Vertrag) zu erzielen oder die Chance einer Heilung wahrzunehmen (Therapie oder Operation), muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass mit dem

---

<sup>42</sup> Tandoğan S. 574.

<sup>43</sup> Tandoğan S. 574; Yavuz 2007 S. 617.

<sup>44</sup> Eren S. 194

<sup>45</sup> Yavuz 2007 S. 617. Von Uygur S. 8484 wird die Vergütung sogar als Ausnahme bezeichnet. Dies ist aber mit der Praxis spätestens dort nicht mehr vereinbar, wo die Geschäftsbesorgung Gegenstand der Berufsausübung ist (eindeutig Yavuz mit Nachweisen). Bei einer solchen Sichtweise, die die Geschäftsbesorgung (den Auftrag) in den Bereich der Ehrentätigkeit (römisches Recht) bzw. Gefälligkeiten drängt, passt auch nicht die gängige Abgrenzung zum vergütungspflichtigen Dienstvertrag, die sich an der Dauerhaftigkeit (z.B. Arbeitsvertrag) bzw. der Ausrichtung auf die Erzielung eines Ergebnisses (z.B. Anwalts-, Architekten-, Behandlungsvertrag) orientiert (Tandoğan S. 376). Für den Behandlungsvertrag dürfte diese Auffassung auch deshalb nicht gelten, weil es hier nicht nur eine Übung gibt, sondern in zahlreichen Bestimmungen des Arzt- und Krankenhausrechts auf die Vergütungspflicht Bezug genommen wird – nicht zuletzt deshalb, weil eben der Arzt grundsätzlich gegen Honorar arbeitet.

<sup>46</sup> Tandoğan S. 575.

<sup>47</sup> Yavuz 2007 S. 564. Infolgedessen braucht hier die Diskussion, wann eine stillschweigende Vergütungsvereinbarung ausreicht, nicht aufgegriffen zu werden.

Auftrag zur Untersuchung oder Therapie auch ein Anspruch des Arztes oder Krankenhauses auf Vergütung der Maßnahmen besteht. In Anbetracht dessen, dass hier eine allgemeine Übung und Praxis besteht, kann das Fehlen eines Vergütungsanspruchs nur mit dem Scheitern des Geschäftsbesorgungsvertrages nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts oder aber mit dem ausdrücklichen, entgegenstehenden Willen der Parteien begründet werden, nicht jedoch damit, dass der erhoffte Erfolg nicht eintritt. Hat, was vorkommen mag, eine Partei ausdrücklich erklärt, dass sie keine Vergütung zu zahlen beabsichtige und die andere Partei, in der irrigen Annahme, eine gesicherte gesetzliche Grundlage für einen Vergütungsanspruch hinter sich zu haben, die Behandlung dennoch aufgenommen, so muss die Frage der Entstehung der Vergütung nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen entschieden werden. Der reine Mentalvorbehalt, die Vergütung nicht zahlen zu wollen, reicht nicht aus.

Für die Entstehung eines Vergütungsanspruches kann nur die Erklärungskonstellation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich sein, nicht aber eine vom Patienten später – etwa infolge Unzufriedenheit mit dem Behandlungsverlauf – getroffene Entscheidung, keine Vergütung zu zahlen.

Unberührt hiervon ist selbstverständlich die Möglichkeit, auch nach Beginn, ja sogar nach Abschluss der Behandlung eine Vergütungsvereinbarung zu treffen oder eine zuvor getroffene Vereinbarung einvernehmlich zu ändern.

Schließlich ist auch denkbar, dass ein Vergütungsanspruch entsteht, ohne dass es – etwa in einem Notfall – zum Abschluss eines Behandlungsvertrages kommt. Hierfür sieht Art. 35 DeontologieRVO vor, dass der Arzt „in Notfällen sein wegen des Eingriffs anfallendes Honorar nachträglich einfordern kann“. Hierin ist ein Hinweis auf einen typischen Fall der Geschäftsführung (Geschäftsbesorgung) ohne Auftrag im Sinne der Art. 526 ff. OGB<sup>48</sup> zu sehen.

Auf die Frage der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs wird gesondert eingegangen werden.

## **2. Ersatz von Auslagen und Schaden**

Zunächst einmal ist noch zwischen dem Honorar und den Auslagen zu trennen. Was die Auslagen angeht, so bestimmt Art. 394 OGB ausdrücklich, dass der Auftraggeber die auf die Erfüllung des Geschäftsbesorgungsvertrages getätigten Auslagen des Auftragnehmers, nebst gesetzlichen Zinsen, zu tragen sowie denjenigen Schaden zu

---

<sup>48</sup> Vgl. Rumpf Einführung § 32; Yavuz 2007 S. 791 ff.

ersetzen hat, den der Auftragnehmer in Erfüllung seiner Pflichten erleidet.<sup>49</sup> Mit dem „Honorar“ hat dies nichts zu tun.

Eine Einschränkung besteht darin, dass die Geschäftsbesorgung „ordentlich“ erfolgen muss (schweiz.: richtige Auftragsausführung). Wer also eine Frist versäumt oder den Erfolg dadurch vereitelt, dass er nicht die Regeln der ärztlichen Kunst einhält, verliert den Anspruch. Mit Gewährleistung hat dies nichts zu tun, vielmehr wird hier der Pflichtenverstoß des Auftragnehmers mit dem Verlust des Anspruchs sanktioniert. Man könnte hier auch von einer gesetzlichen Regelung der positiven Vertragsverletzung sprechen. Die türkische Literatur spricht hier von „Nicht-“ oder „Schlechterfüllung“ (schweiz.: nicht gehörige Erfüllung); dies löst eine entsprechende Haftung des Geschäftsführers aus.<sup>50</sup> Insoweit käme dann etwa auch keine Aufrechnung in Betracht, weil hier der Anspruch des Geschäftsführers verwirkt wird.

### **3. Bemessung der Vergütung**

Während die Entstehung des Vergütungsanspruchs als solchem in der Regel keine großen Probleme aufwirft, stellt sich oft die Frage nach seiner Bemessung. Geschuldet ist, wenn über die Höhe keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen ist, das „übliche“ Honorar.<sup>51</sup> Dieses wird unter Berücksichtigung der ökonomischen Bedeutung, der erforderlichen Fachkenntnis und der vom Auftragnehmer zu tragenden Verantwortung durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Tarife von Kammern und Berufsverbänden können dabei herangezogen werden, müssen aber nicht,<sup>52</sup> es sei denn, solche Tarife haben infolge einer gesetzlichen Ermächtigung bindende Wirkung. Gemäß Art. 31 DeontologieRVO ist es dem Arzt verboten, der Werbung wegen die Mindesthonorarsätze zu unterbieten.

Für die Bestimmung der Vergütung beim Behandlungsvertrag ist das rechtliche Umfeld zu berücksichtigen, das durch die einschlägigen Arzt- und krankenhausrrechtlichen Vorschriften bestimmt ist.

Das *Grundgesetz über das Gesundheitswesen* stellt den gesetzlichen Rahmen für Organisation und Tätigkeit im Gesundheitswesen dar. Das *Heilberufegesetz* schweigt hierzu.

Das *PrivKHG*, das die Gründung und den Betrieb von Privatkliniken regelt, enthält bereits konkretere Bestimmungen zur Vergütung. Es unterscheidet zwischen Patienten

---

<sup>49</sup> Ausführlich Yavuz 2007 S. 660 ff.

<sup>50</sup> Yavuz 2007 S. 640 ff.; Tandoğan S. 581; Öztürkler S. 42.

<sup>51</sup> Tandoğan S. 367 f.

<sup>52</sup> Tandoğan S. 367 f.

„mit Geld“ und Patienten „ohne Geld“. Der Unterschied ergibt sich aus einer negativen Abgrenzung. Gemäß Art. 32 PrivKHG sind mittellose Patienten in die Abteilung für Patienten „ohne Geld“ zu übernehmen und wie Patienten „mit Geld“ ordnungsgemäß zu behandeln. Allerdings müssen, so lässt sich aus dieser Vorschrift erschließen, Privatkrankenhäuser solche Patienten nur in Notfällen aufnehmen. Hierfür ist ein Kontingent von 5% der Kapazitäten bereit zu halten. Die Kosten sind von der örtlichen Gemeinde zu tragen.

Die stationär aufgenommenen Patienten „mit Geld“ haben ein Tageshonorar zu bezahlen (Art. 26 PrivKHG), in dem Untersuchungs- und ärztliche Behandlungskosten enthalten sind, soweit es sich nicht um Operationen handelt oder um die Gebühren eines auf Wunsch des Patienten herangezogenen externen Arztes. Anderwärts, nämlich in Art. 21 II DeontologieRVO, ist bestimmt, dass im Falle von Behandlungsleistungen und Operationen die Gebühren für durch den behandelnden oder operierenden Arzt hinzugezogenes ärztliches Personal vom Patienten gesondert zu tragen sind. Dabei ist derselben Vorschrift zufolge der behandelnde oder operierende Arzt bei der Auswahl des ärztlichen Hilfspersonals frei (Art. 21 I DeontologieRVO). Auch der Konsultationsarzt, also ein mit Zustimmung des Patienten wegen der besonderen Schwierigkeit des Falles hinzugezogener zweiter Arzt, erhält das volle Arzthonorar „wie der behandelnde Arzt“ (Art. 30 DeontologieRVO). Sonderleistungen wie die Abgabe von Medikamenten oder Untersuchungen mit technischen Geräten – z.B. Röntgen – sind ebenfalls nicht im Tagessatz enthalten. Der Tagessatz ist gesetzlich nicht fixiert, darf jedoch die durch das Gesundheitsministerium festgesetzten Obergrenzen nicht überschreiten (Art. 28 PrivKHG) – wenn denn solche Obergrenzen festgelegt worden sind. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die beiden derzeit bekannten Tarife des Ärztekammerverbandes (*TTB-Asgari Ücret Tarifesi – AÜT*) und des Finanzministeriums (*Bütçe Uygulama Talimatı – BUT*) gelten zwar als Anhaltspunkte, sind aber nicht verbindlich und finden aber anscheinend keine Zustimmung bei den Ärzten.

Hier nicht relevant sind die Mindestvergütungen für einfache Untersuchungen oder die Vergütungen für Vertragsärzte (Betriebsärzte)<sup>53</sup>, die ebenfalls festgelegt werden.

Privatkliniken verfolgen in der Regel eine eigenständige Honorarpolitik. Da viele Privatkliniken eine erheblich bessere technische Ausstattung aufweisen, dürfen die dort zu bezahlenden Vergütungen nicht an diejenigen von Krankenhäusern des Staates bzw.

---

<sup>53</sup> <http://www.ttb.org.tr/index.php/Katsayilar/isyeri-Hekimligi-Ucret-Tarifesi/>

der Sozialversicherungsanstalt gemessen werden. Es darf auch nicht erwartet werden, dass die Kostenstrukturen „billiger“ als diejenigen deutscher Krankenhäuser sind.

Ist das „übliche“ Honorar berechnet, stellt sich die weitere Frage, unter welchen Voraussetzungen der Patient die Möglichkeit hat, das Honorar zu kürzen. Mangels sondergesetzlicher Regelungen gelten auch hier wieder die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Eine angemessene Kürzung ist nach Treu und Glauben dann möglich, wenn Arzt und Krankenhaus überflüssige Maßnahmen getroffen haben. Dazu gehören eine medizinisch nicht indizierte – überflüssige – Behandlung oder Operation sowie die Anordnung einer Aufnahme oder Fortsetzung einer stationären Aufnahme, obwohl dies unter keinerlei medizinischem Gesichtspunkt angezeigt gewesen wäre. Zu beachten ist dabei der ärztliche Beurteilungsspielraum.

#### **4. Verwirkung der Vergütung**

Für die Verwirkung der ärztlichen Vergütung enthält das Gesetz selbst keine Anhaltspunkte. Ist der Vertrag erst einmal zustande gekommen und ist er nicht nichtig oder nicht angefochten worden<sup>54</sup>, so dass auch kein Rückabwicklungsverhältnis entstanden ist, hat der Arzt seinen Vergütungsanspruch. Der Patient bleibt auf den Anspruch auf Schadensersatz verwiesen.

### **IV. Schadensersatzansprüche des Patienten**

#### **1. Grundlagen**

Schadensersatzansprüche kommen aus unerlaubter Handlung oder Vertragsverletzung in Betracht. Auch eine Haftung aus culpa in contrahendo kommt unter Umständen in Frage.<sup>55</sup> Bei staatlichen Krankenhäusern ist auch an eine Staatshaftung zu denken.<sup>56</sup>

Die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig. Es ist auch nicht damit getan, im Falle des Vorliegens eines Behandlungsvertrages von einer Vertragsverletzung auszugehen, so dass dann die Bestimmungen über die positive Vertragsverletzung (Art. 96 ff. OGB), und bei Fehlen einer vertraglichen Beziehung die Art. 41 ff. OGB (unerlaubte Handlung) anwendbar wären.<sup>57</sup> Denn letztendlich impliziert der Behandlungsvertrag dort, wo eine Operation erforderlich ist, den körperlichen Eingriff und damit die Körperverletzung, die durch die Genehmigung des Patienten lediglich gerechtfertigt wird. Ist der konkrete Erfolg, die konkrete Verletzung von dieser Genehmigung nicht gedeckt – zu beachten wäre hier lediglich noch, wie weit der Patient das Verletzungsrisiko zu tragen hat –,

---

<sup>54</sup> Zur Anfechtung: Rumpf Einführung § 27 Rdn. 37 ff.; Eren S. 337 ff..

<sup>55</sup> Demir S. 225 f.

<sup>56</sup> Demir S. 230 f.

<sup>57</sup> So die einfache Unterscheidung von Öztürkler S. 23, 42.

gelangen wir automatisch zur unerlaubten Handlung. Mit der durch Art. 96 OGB gemeinten Vertragsverletzung hat das nichts zu tun – auch wenn Art. 98 OGB ohnehin für Einzelheiten vor allem auf der Rechtsfolgenseite auf das Recht der unerlaubten Handlung verweist.

Wie in Deutschland wird aber auch in der Türkei unter Hinweis auf die Schweizer Lehre und Praxis von einer Anspruchskonkurrenz ausgegangen mit der Folge, dass der Patient ein Wahlrecht hat, wenn die Voraussetzungen sowohl für eine vertragliche als auch für eine deliktische Haftung vorliegen.<sup>58</sup> Dennoch muss angesichts der offenkundig herrschenden türkischen Lehre<sup>59</sup>, die die Arzthaftung vertragsrechtlich verortet und die Frage der Anspruchskonkurrenz kaum thematisiert, und der insoweit nicht immer ganz klaren Rechtsprechung des Kassationshofs, der von einer “Verschuldungshaftung” ausgeht, die Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch im Vertragsrecht, also in der Verletzung des Behandlungsvertrages gesucht werden. Zur reinen Deliktshaftung kommt es nach türkischem Verständnis erst, wenn Haftungstatbestände aus dem Vertrag oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben sind.<sup>60</sup>

Ist Deliktsrecht anzuwenden, hat dies die beweisrechtliche Konsequenz, dass der Geschädigte beweisen muss, dass er zu dem Personenkreis gehört, der durch die verletzte Regel geschützt werden soll.<sup>61</sup> Im Vertragsrecht ergibt sich dies aber bereits aus dem Gegenstand des Vertrages und dem Umstand, dass er Partei des Behandlungsvertrages ist. Denn Art. 96 OGB stellt eine Verschuldensvermutung auf, die der Verletzer widerlegen muss.<sup>62</sup> Hinzu kommt, dass das Recht der unerlaubten Handlungen erheblich kürzere Verjährungsfristen hat. Die türkische Lehre und Praxis kommt also zu den Ergebnissen, die auch in Deutschland erzielt werden.

Zu beachten ist allerdings, dass durch das Recht der unerlaubten Handlungen nur absolute Rechte geschützt werden wie Eigentum und körperliche Integrität,<sup>63</sup> nicht dagegen einfache Vermögensverletzungen. Die Anspruchskonkurrenz greift also nur dort, wo die Vertragsverletzung mehr als nur einen einfachen Vertragsverstoß darstellt und tatbestandlich eben auch die schärferen Voraussetzungen für die unerlaubte Handlung umfasst. Andererseits sehen auch die Vertragsverletzungsregeln der Art. 96 ff. OGB letztlich einen Rückgriff auf das Recht der unerlaubten Handlungen vor

---

<sup>58</sup> Öztürkler S. 49.

<sup>59</sup> Demir S. 228, Öztürkler S. 42 ff.

<sup>60</sup> Özdemir S. 220.

<sup>61</sup> Reisoğlu S. 126.

<sup>62</sup> Öztürkler S. 43.

<sup>63</sup> Eren S. 553 ff.; Reisoğlu S. 128.

(Rechtsfolgenverweisung in Art. 98 OGB). Im Verhältnis zwischen Arzt und Patient ergibt sich die Anspruchskonkurrenz in aller Regel daraus, dass der Vertrag sowohl die Erhaltung als auch unter Umständen den gerechtfertigten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zum Gegenstand hat.

## **2. Vertragsbeziehung als Voraussetzung der vertraglichen Haftung**

Um eine vertragliche Haftung begründen zu können, müssen zunächst einmal einfache vertragsrechtliche Bedingungen erfüllt sein.<sup>64</sup> Der Vertrag muss zwischen Arzt und Patient zustande gekommen sein. Ist nicht der Arzt selbst, sondern das Krankenhaus Vertragspartner, muss geprüft werden, ob in dem Vertrag auch die ärztlichen Leistungen, insbesondere die schadensbegründende Maßnahme (z.B. der operative Eingriff) Bestandteil des Vertrages sind; in diesem Fall müsste beachtet werden, dass hier eine Haftung für den Erfüllungsgehilfen gegeben sein muss. Das Gesetz sieht diese Haftung grundsätzlich vor (Art. 100 Abs. 1 OGB), erlaubt aber auch den vollständigen oder teilweisen Haftungsausschluss (Art. 100 Abs. 2 OGB). Da der Behandlungsvertrag formfrei möglich ist, kommt es auf Schriftlichkeit nicht an.

## **3. Vertragsverletzung**

### **a) Objektive Verletzung**

#### *(1) Allgemein*

Dem Arzt muss eine Vertragsverletzung vorzuwerfen sein. Ob eine solche vorliegt, richtet sich nach dem Inhalt des Behandlungsvertrages und eventuell den damit verbundenen Nebenpflichten. Diese hatten wir oben ausführlich beschrieben. Die Verletzung muss zu einer "Nichterfüllung" oder "Schlechterfüllung" führen.<sup>65</sup>

#### *(2) Verletzung der Erfüllungspflicht*

Beim Behandlungsvertrag geht es in der Regel um Diagnose und Therapie. Ist der Behandlungsvertrag mit einem Krankenhausvertrag verknüpft, kommen noch weitere Pflichten hinzu, die sich aus der Aufnahme in das Krankenhaus ergeben, insbesondere die Pflege. Die Erfüllungspflichten sind verletzt, wenn die versprochene Leistung nicht erbracht wird. Die Schlechterfüllung kommt in Betracht, wenn zwar eine Diagnose gestellt wird, diese aber aus vom Arzt zu vertretenden Gründen falsch ausfällt – etwa weil er die Anamnese nicht richtig erhoben hat – oder eine Therapie durchgeführt wird,

---

<sup>64</sup> Demir S. 233 ff.

<sup>65</sup> Demir S. 238 f.

die auf einer mangelhaften Anamnese und Diagnose beruht<sup>66</sup> und damit zu fehlerhaften Ergebnissen führt, nicht anschlägt oder gar den Patienten schädigt.

### *(3) Sorgfaltspflichten*

Im Umfeld der Erfüllungspflichten gibt es Sorgfaltspflichten. Sie hängen meist eng mit der Erfüllung zusammen, denn die Leistungsmängel entstehen in aller Regel überhaupt dadurch, dass Sorgfaltspflichten nicht eingehalten worden sind, etwa der Arzt die erforderliche Umsicht vermissen lässt, sich nicht an die ärztlichen Regeln der Kunst hält.<sup>67</sup> Die Türkei verwendet hier inzwischen, wie international üblich, den Begriff „malpraktis“ (*malpractice*),<sup>68</sup> worunter alle durch ärztliches Versagen bedingten Fehlerquellen zusammengefasst werden. Dass Komplikationen auftreten können, gehört zum allgemeinen Risiko und führt für sich allein noch nicht zur Haftung des Arztes. Der Patient muss ihm erst einmal einen Verstoß gegen Sorgfaltspflichten nachweisen, die Beweislastumkehr gilt erst, wenn es um die Frage des Verschuldens geht.

### *(4) Verletzung der Aufklärungspflicht*

Ob eine Verletzung der Aufklärungspflicht vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen.<sup>69</sup> Die Verletzung dieser Nebenpflicht, die ihrerseits verschiedene Varianten hat (Diagnoseaufklärung, Verlaufsaufklärung und Risikoaufklärung)<sup>70</sup> wird häufig für sich allein nicht zum Schaden führen. Allerdings spielt die Verletzung dieser Pflicht dann eine Rolle, wenn sie bei der Entscheidung des Patienten eine Rolle spielt. Hätte etwa, bei richtiger Aufklärung, der Patient nicht in den Eingriff eingewilligt, entsteht u.U. ein Kausalzusammenhang zwischen unterlassener oder fehlerhafter Aufklärung und anschließend eingetretenem Schaden. Ob, hätte sich der Patient anders entschieden, eine andere Kausalkette zu einem anderen Schaden geführt hätte, kann dann nach türkischem Verständnis bei der Schadensbemessung einer Rolle spielen.

Bei Verletzung der Aufklärungspflicht kann die Prüfung erforderlich werden, ob eine Haftung auf den Grundsatz der culpa in contrahendo zu stützen ist.

---

<sup>66</sup> Demir S. 239.

<sup>67</sup> Demir S. 246.

<sup>68</sup> Demir S. 246.

<sup>69</sup> Özdemir S. 201.

<sup>70</sup> Demir S. 240;

## **b) Schaden**

### *(1) Materieller Schaden*

Zu ersetzen ist der materielle Schaden. Wird das Recht der unerlaubten Handlung angewendet, gilt der Vorrang der *Naturalrestitution*<sup>71</sup>. Soweit dies nicht möglich ist, ist *Wertersatz in Geld* zu leisten. Gegebenenfalls ist auch eine *Rente* zu zahlen, etwa wenn dem Geschädigten die Möglichkeit genommen worden ist, selbst regelmäßiges Einkommen zu erzielen.<sup>72</sup> Im Einzelfall steht für die Bestimmung einer der Ersatzformen ein richterliches Ermessen zur Verfügung.<sup>73</sup>

Ist der Schaden durch eine Vertragsverletzung verursacht, ist der Geschädigte so zu stellen, als sei die Verletzung nicht erfolgt. Im Ergebnis kann auch dies zum Anspruch auf Naturalrestitution führen.

Der Schaden besteht in der unfreiwilligen Minderung von Vermögenswerten auf der Seite des Geschädigten. Ist die Erfüllung noch ungeschmälert möglich, gibt es keinen Schadensersatz.<sup>74</sup> Hat der Geschädigte von einem Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht, darf er das positive Interesse (*müşpet zarar*) verlangen.<sup>75</sup>

Auszugehen ist von der Differenztheorie; sie beruht auf dem Grundsatz, dass der Geschädigte durch das schädigende Ereignis nicht besser gestellt werden soll als ohne dieses Ereignis. In der Türkei wird hier – wie in Deutschland – von Schadensausgleichung (*denkleştirme*) gesprochen.<sup>76</sup> Dabei kann der Schaden sowohl in einer tatsächlichen und konkreten Minderung vorhandener Vermögenswerte bestehen (Verlust von Sachen, Forderungen; Schadensersatzforderungen Dritter und Vertragsstrafen infolge von nichterfüllbaren Verträgen<sup>77</sup>) als auch in der Minderung konkreter Aussichten der Vermögensmehrung (entgangener Gewinn<sup>78</sup>, Einkommensnachteile). Der Geschädigte hat sich dabei allerdings auch Vorteile anrechnen zu lassen, die auf seiner Seite infolge des schädigenden Ereignisses anwachsen (z. B. ersparte Aufwendungen). Mit anderen Worten: es erfolgt eine

---

<sup>71</sup> Eren S. 691 („aynen“); Reisoglu S. 168 f.; Karahasan S. 97.

<sup>72</sup> Karahasan S. 98: In der Praxis ist das bislang allerdings nicht vorgekommen.

<sup>73</sup> Reisoglu S. 166; Karahasan S. 98.

<sup>74</sup> Eren S. 1012.

<sup>75</sup> Eren S. 1012.

<sup>76</sup> Eren S. 697 ff.; Karahasan S. 97; Uygur II S. 1285.

<sup>77</sup> Eren S. 1014.

<sup>78</sup> Uygur II S. 1285; Eren S. 1010; Karahasan 179 ff.

umfassende Betrachtung der Veränderung der Vermögensverhältnisse infolge des schädigenden Ereignisses.<sup>79</sup>

Absolute Obergrenze des Schadensersatzes ist derjenige Wert, um welchen das Vermögen des Geschädigten infolge des Schadensereignisses gemindert worden ist.<sup>80</sup>

Für die Bemessung des Schadens kommt es auch darauf an, wo er letztendlich eintritt. Wird bei einem Autounfall in der Türkei ein in Deutschland zugelassenes Kfz beschädigt, darf der Geschädigte auch dasjenige verlangen, was er in Deutschland aufwenden müsste, um den Schaden zu beheben.<sup>81</sup> Er wird also nicht darauf verwiesen, sein Fahrzeug in der Türkei reparieren zu lassen.

Auch Dritten entstandene Schäden können zu ersetzen sein, etwa wenn die Vertragsverletzung dazu führt, dass der geschädigte Vertragspartner seinen Unterhaltspflichten nicht mehr nachkommen kann.<sup>82</sup>

Beim Zeitpunkt der Schadensberechnung hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem Zeitpunkt, zu welchem der Schuldner hätte erfüllen müssen bzw. die Pflichtverletzung begangen hat und dem Zeitpunkt der Verurteilung. In letzterem Fall kommen insbesondere die Zinsen noch als Schadensposten zum Tragen.<sup>83</sup>

## *(2) Immaterieller Schaden*

Wie bei unerlaubter Handlung kommt auch Schmerzensgeld (*manevî tazminat*) in Betracht, wenn die Vertragsverletzung tatsächlich zu einer Verletzung eines Persönlichkeitsrechts (Art. 49 OGB) oder der körperlichen Integrität (Art. 47 OGB) geführt hat.<sup>84</sup>

Da es sich beim Schmerzensgeld letztlich nur um eine Variante des Schadensersatzanspruchs handelt, gelten hier dieselben tatbestandlichen Voraussetzungen.<sup>85</sup> In einer Leitentscheidung des *Plenums des Kassationshofs* aus dem Jahre 1966 finden sich einige wesentliche Grundsätze.<sup>86</sup> In dieser Entscheidung, die nach türkischem Recht gesetzesähnlichen Charakter hat und daher nur durch

---

<sup>79</sup> Kassationshof (4. ZS.), 11.3.1981, E. 1981/1247, K. 1981/3013 bei Uygur II 2144 f. Güleç-Uçakhan bietet verschiedene Berechnungsbeispiele (zur Arbeitsunfähigkeit etwa S. 306 ff.).

<sup>80</sup> Kassationshof (4. ZS.), 9.12.1975, E. 1975/77, K. 1975/12375 bei Uygur II S. 2024.

<sup>81</sup> Kassationshof, (17. ZS.), 26.12.2005, E. 2005/11596, K. 2005/11797.

<sup>82</sup> Eren S. 1010.

<sup>83</sup> Eren S. 1010 f.

<sup>84</sup> Eren S. 1011 ff.

<sup>85</sup> Uygur II S. 2179; Kassationshof (3. ZS.), 9.6.1997, E. 1997/5127, K. 1997/5664, bei Uygur II S. 2185 f.

<sup>86</sup> Kassationshof (GrZS), 22.6.1966, E. 1966/7, K. 1966/7.

den Gesetzgeber oder eine neue Plenarentscheidung ausgehebelt werden kann, betont der Kassationshof den selbstständigen Charakter des Schmerzensgeldanspruchs und sagt – der bis heute geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung und Literatur in der Schweiz folgend –, dass es sich um einen Tatbestand handle, der sowohl bei der verschuldensabhängigen als auch bei der verschuldensunabhängigen Haftung zum Tragen komme. Der Kassationshof sieht Art. 47 also nicht als bloßen Annex zur Haftung nach den Art. 41 ff. OGB, sondern als Teil des deliktischen Haftungssystems; damit kann also ein Schmerzensgeldanspruch (Schweizer Terminologie: Genugtuung) auch bei Gefährdungshaftungstatbeständen (Tierhalterhaftung, Fahrzeughalterhaftung, Gebäudehaftung etc.) in Betracht kommen. Daher sieht das Gericht auch Veranlassung, noch einmal die allgemeinen Tatbestandsmerkmale aufzuführen, die erfüllt sein müssen, nämlich: Tathandlung, die auch in einem Unterlassen bestehen kann, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Tathandlung und Schaden, und Rechtswidrigkeit. Die besonderen Tatbestandsmerkmale sind die „Körperverletzung“ oder der „Tod“, bei Tod des Geschädigten hat den Anspruch nur der „Verwandte“, und es müssen „Umstände im Einzelfall“ gegeben sein. Es sind also Besonderheiten im Einzelfall, die hier eine rechtsfolgenauslösende Tatbestandsfunktion haben, was die Beurteilung eines Falles durch das Gericht sicherlich nicht einfach macht.

Soweit der Kassationshof einen Schmerzensgeldanspruch auch bei verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen erkennt, reguliert er das unter Umständen für den Schädiger unbillige Ergebnis über das Zumessungsermessen.<sup>87</sup> Bei verschuldensunabhängigen Haftungstatbeständen könne das Gericht dann unter dasjenige gehen, was es „gewöhnlich bei einer verschuldensabhängigen Haftung zusprechen könnte“.

Die Rechtsprechung stützt sich auch heute noch auf das genannte Plenarurteil.<sup>88</sup>

Nach Rechtsprechung und Lehre sollen enge Verwandte aber im Falle der Verletzung des Geschädigten Schmerzensgeld verlangen können, wenn sie tatsächlich in ihrer Befindlichkeit getroffen sind und ein adäquater Kausalzusammenhang und ein Rechtswidrigkeits-zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis besteht.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Eren S. 1021.

<sup>88</sup> Kassationshof, (17. ZS.), 24.5.2010, E. 2010/1488, K. 2010/4651; Kassationshof, (17. ZS.), 3.5.2010, E. 2010/551, K. 2010/4080; Kassationshof, (17. ZS.), 18.5.2011, E. 2012/8880, K. 2011/4964.

<sup>89</sup> Uygur II S. 2179. Z.B. Schmerzensgeld für Eltern bei Amputation des Unterschenkels beim Kind nach Unfall: Kassationshof (4. ZS.), 2.9.1999, E. 1999/5418, K. 1999/7476, bei Uygur II S. 218.

### **c) Rechtswidrige Handlung (*hukuka aykırı fiil*)**

Rechtswidrig ist eine Handlung, wenn sie gegen eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Bestimmung verstößt oder wenn unter Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) Rechtsmissbrauch betrieben wird.<sup>90</sup> Eine rechtswidrige Handlung kann auch durch *Unterlassung* (*kaçınma*) begangen werden. Dies ist der Fall, wenn den Unterlassenden eine Handlungspflicht trifft.<sup>91</sup> Auch der Vertragsverstoß stellt letztlich eine rechtswidrige Handlung dar, so dass im Vertragsrecht keine anderen Regeln als bei den unerlaubten Handlungen gelten.<sup>92</sup>

Rechtswidrigkeit ist ausgeschlossen<sup>93</sup>, wenn der Handelnde durch öffentlich-rechtliche Anordnung (z. B. Polizeibeamter bei Festnahme) oder privatrechtliche Befugnis (angemessene Abwehr von Beeinträchtigungen des Eigentums, maßvoller Eingriff des Erziehungsberechtigten in die Rechte des Kindes) *gerechtfertigt* ist oder der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt hat (medizinische Behandlung).<sup>94</sup> Im Falle der Einwilligung können die Umstände aber auch ergeben, dass die Einwilligung entweder unwirksam ist (Willensmängel des Einwilligenden) oder der Einwilligende nicht berechtigt ist, über das zu schützende Rechtsgut zu verfügen (z.B. sein Leben). Die spätere Genehmigung des Geschädigten ist nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit einer Handlung zu rechtfertigen. Sie kann allenfalls als Verzicht auf den Schadensersatzanspruch ausgelegt werden.<sup>95</sup>

Auf Einzelheiten zur Notwehr und zum rechtfertigenden Notstand (Art. 52 OGB) braucht hier nicht eingegangen zu werden.<sup>96</sup>

### **d) Kausalität**

Zwischen Schaden und Vertragsverletzungshandlung muss ein Kausalzusammenhang<sup>97</sup> bestehen, wobei jede einzelne Schadensposition kausal auf das schädigende Ereignis zurückzuführen sein muss.<sup>98</sup> Das türkische Recht wendet hier dieselben Grundsätze wie bei der unerlaubten Handlung an.<sup>99</sup> So wie mehrere

---

<sup>90</sup> Karahasan S. 105 ff., 118; Kassationshof (4. ZS.), 29.5.2003, E. 2003/938, K. 2003/7141.

<sup>91</sup> Karahasan S. 103; Eren S. 470.

<sup>92</sup> Eren S. 1009.

<sup>93</sup> Karahasan S. 127 ff.; Eren S. 563 ff.

<sup>94</sup> Eren S. 564; Reisoğlu S. 129; Karahasan S. 134 ff.

<sup>95</sup> Eren S. 566; Reisoğlu S. 127; Karahasan S. 137 f.

<sup>96</sup> Rumpf Einführung § 25 Rdn. 5 ff.; Karahasan S. 138 ff.

<sup>97</sup> Eren S. 487 ff.; Karahasan S. 185 ff.; Uygur II S. 1287.

<sup>98</sup> Kassationshof (4. ZS.), 23.5.1989, E. 1989/1798, K. 1989/4789 bei Uygur II S. 2033; Eren S. 1016.

<sup>99</sup> Eren S. 1016.

Ursachen nebeneinander, alternativ oder gemeinsam zu einem Schaden führen können<sup>100</sup>, kann aus einem komplexen Ursachenzusammenhang auch nur eine Teilursache zu dem Schaden geführt haben.<sup>101</sup> Wie im deutschen Recht wird aber auch im türkischen Recht anerkannt, dass zwischen dem kausalen Ereignis und dem Schaden eine gewisse Nähe vorliegen muss. Die Verantwortlichkeit des Schädigers scheidet aus, wenn weitere Ereignisse eingetreten sind, die nicht mehr im Kontrollbereich des Schädigers liegen und ohne die der Schaden nicht eingetreten wäre. Im Kontrollbereich des Schädigers liegt ein Ereignis, wenn es selbst nach allgemeiner Lebenserfahrung eine typische Folge desjenigen Ereignisses darstellt, für das der Schädiger unmittelbar verantwortlich ist.<sup>102</sup> Es muss also ein *adäquater Kausalzusammenhang (uygun illiyet bağı)* bestehen.<sup>103</sup>

Unschädlich für die Ersatzpflicht des Schädigers ist, wenn neben seine Handlung weitere kausale Ursachen hinzutreten: es genügt, wenn nachweisbar ist, dass ohne die schädigende Handlung der Schaden nicht eingetreten wäre und dass diese „Nebenursachen“ im Bereich eines nach der Lebenserfahrung typischen Ablaufs liegen.

Die Lehre ergänzt, ohne gegenüber der Rechtsprechung grundsätzlich andere Ergebnisse zu erzielen, die Adäquanztheorie teilweise durch die Lehre vom Rechtswidrigkeits-zusammenhang.<sup>104</sup> Der Schutzzweck der Norm definiert den Kreis derjenigen, die als Geschädigte geschützt werden sollen.<sup>105</sup> Die Bedeutung dieser Kombination wird vor allem bei Unterlassung deutlich: es genügt nicht nur der Nachweis eines adäquaten Zusammenhangs zwischen Unterlassen und Schadenserfolg, sondern es ist auch der Nachweis erforderlich, dass der Schädiger pflichtwidrig gehandelt hat, also gegenüber dem Geschädigten zu einem aktiven Tun rechtlich verpflichtet gewesen wäre.<sup>106</sup>

Bei Gewinnausfällen ist allerdings noch ein Korrektiv zu berücksichtigen: ausgefallene Einnahmen, die illegal oder sittenwidrig zu erzielen gewesen wären, braucht der Schädiger nicht zu ersetzen.<sup>107</sup>

---

<sup>100</sup> Eren S. 505 ff.

<sup>101</sup> Eren S. 510 ff.

<sup>102</sup> Reisoğlu S. 137.

<sup>103</sup> Eren S. 492 ff., 1016; Karahasan S. 186.

<sup>104</sup> Karahasan S. 200 ff.: dagegen die Rechtsprechung, dafür nur ein Teil der Lehre (Tandoğan, Eren u.a.).

<sup>105</sup> Eren S. 556; Reisoğlu S. 139 mwN, insbesondere dort Fn. 21.

<sup>106</sup> Reisoğlu S. 140; Karahasan S. 103; Eren S. 470.

<sup>107</sup> Kassationshof (11. ZS.), 9.3.1999, E. 1998/10131, K. 1999/1996 unter Zugrundelegung von Art. 142 OGB (vertragsrechtliche Begründung); Reisoğlu S. 141 Fn. 25.

Einen Sonderfall stellt die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung dar, bei der keiner der Beteiligten für sich allein in der Lage gewesen wäre, den Schadenserfolg herbeizuführen. Der Zurechnungszusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Ereignis weist auf die Schädiger gemeinschaftlich, die dann gemäß Art. 50 OGB gesamtschuldnerisch haften (*gemeinschaftliche Kausalität – ortak illiyet*).<sup>108</sup> Im Straßenverkehrsrecht gilt hier die Sonderregelung des Art. 88 StVG, der diesen Grundsatz übernimmt.<sup>109</sup> Hier entsteht etwa eine gesamtschuldnerische Haftung im Verhältnis des Unfallverursachers zum Fahrzeugbetreiber aus Gefährdungshaftung.<sup>110</sup> Der Geschädigte kann sich einen beteiligten Schädiger aussuchen, der dann vom anderen Ausgleich verlangen kann. Anders ist es, wenn jeder Beteiligte unabhängig voneinander eine Ursache gesetzt hat, die für sich allein ausgereicht hätte, den Schaden herbeizuführen (*kumulative Kausalität – birlikte illiyet*). Auch hier kann sich der Schädiger den Beteiligten aussuchen, dieser kann jedoch keinen Rückgriff auf den oder die anderen Beteiligten nehmen. „Pech“ hat der Geschädigte, wenn nur einer der unabhängig voneinander handelnden Beteiligten die Ursache gesetzt hat, die konkret zum Schaden geführt hat, er jedoch die Ursache nicht einem konkreten Beteiligten zuordnen kann. Der Geschädigte geht leer aus, weil er den Schaden nicht im Sinne eines Kausalzusammenhangs einem bestimmten Schädiger zuordnen kann.

#### 4. Verschulden

##### a) Allgemein

Abgesehen von einigen Sonderfällen der Gefährdungs- oder Verursacherhaftung (Kausalhaftung)<sup>111</sup> gilt im Recht der unerlaubten Handlungen das Verschuldensprinzip: ohne Verschulden keine Haftung.<sup>112</sup> Verschulden ist ein von der Rechtsordnung nicht gebilligtes Willensdefizit. Unterschieden werden Vorsatz (*kast*) und Fahrlässigkeit (*ihmal*). Bei Vertragsverletzungen gilt etwas anderes, hier stellt Art. 96 OGB die Vermutung auf, dass der Verstoß schuldhaft sei, die Vertragsverletzung indiziert also das Verschulden. Der Verletzer kann sich aber exkulpieren, indem er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft. Letztlich ist aber auch dies dem Schadensrecht nicht unbekannt: Die *Beweislast* für das Verschulden liegt zwar grundsätzlich beim Geschädigten, doch führt auch im Recht der

---

<sup>108</sup> Reisoğlu S. 142.

<sup>109</sup> Uygur II S. 1926 ff.

<sup>110</sup> Kassatioshof (19. ZS.), 2.4.1993, E. 1992/8796, K. 1993/2410, bei Uygur II S. 1929.

<sup>111</sup> Eren S. 573 ff.

<sup>112</sup> Eren S. 529 ff.; Reisoğlu S. 132; Karahasan S. 159 ff.

unerlaubten Handlungen eine objektive Pflichtverletzung des Schädigers zur Beweislastumkehr.<sup>113</sup>

Der *Vorsatz* kann sich in Varianten äußern, die vom *dolus directus* zum *dolus eventualis* gehen.

Für das Verschulden reichen im Deliktsrecht *grobe (ağır ihmal)* oder *leichte (hafif ihmal) Fahrlässigkeit* aus. Maßstab ist die gebotene Sorgfalt bei der Verrichtung der eigenen Angelegenheiten. Hierzu gehört auch, dass der Mensch seine Möglichkeiten richtig einschätzt.

Für die *Verschuldensfähigkeit* reicht die Urteilsfähigkeit (*temyiz kudreti, ayırt gücü*, Art. 13, 16 ZGB) aus, Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Wer nicht verschuldensfähig ist, haftet nicht, auch wenn der Zustand im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nur vorübergehend war. Allerdings hat das Gericht die Möglichkeit, gemäß Art. 54 OGB dennoch nach „billigem Ermessen“ zu Schadensersatz zu verurteilen; als Maßstab dienen hier insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten. Auch der Umstand, dass der Schädiger über eine Haftpflichtversicherung verfügt, beeinflusst die Zubilligung von Schadensersatz.<sup>114</sup>

## **b) Vertragsrechtliches Verschulden**

Zu beachten ist im Falle der Vertragsverletzung, dass sich das Verschulden auf die Vertragsverletzung richten muss. Indiziert ist es durch eine „durch die Rechtsgemeinschaft nicht gebilligtes Verhalten“, nämlich die Verletzung vertraglicher Pflichten.<sup>115</sup> Denklogisch ist die Verletzung einer Pflicht zunächst einmal durch ein vom Schädiger selbst gesteuertes Verhalten bestimmt. Dass das, was objektiv als „Verhalten“ erkennbar ist, eben nicht durch den Verletzer selbst gesteuert wurde, sondern durch von ihm nicht vertretbare Umstände, muss er dann beweisen. Der Beweis ist geführt, wenn entweder äußere Umstände oder in der Person des Geschädigten liegende Umstände zu dem Anschein geführt haben, er hätte seine Pflichten verletzt, wie etwa ein Riss der Aorta im Zuge einer Operation, die auf eine nicht erkennbare Disposition zurückzuführen ist.

---

<sup>113</sup> Karahasan S. 174.

<sup>114</sup> Reisoğlu S. 135.

<sup>115</sup> Eren S. 1017.

Die Bewertung der Schwere wiederum hat auf das Verdikt „Verschulden – ja oder nein“ keinen Einfluss, sondern kommt dann erst im Zuge der Bemessung der Entschädigung zum Tragen.<sup>116</sup>

## 5. Schadensersatz

### a) Umfang des Schadensersatzes

Das türkische Recht geht zunächst einmal davon aus, dass der Schadensersatz jedenfalls nicht die Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens überschreiten darf. Ferner gibt es auch keine „Totalreparation“ bzw. gilt auch nicht das Prinzip „alles oder nichts“, vielmehr haben verschiedene Umstände, die sich aus den Personen, deren Verhalten, Umfeld u.a. ergeben können, Einfluss auf die Schadensbemessung. D.h., die „Schadensberechnung“ führt zur Definition eines Höchstbetrages, der nicht unbedingt identisch mit dem Ergebnis der „Schadensbemessung“ sein muss – hier muss das Gericht eine Einzelfallbewertung vornehmen.<sup>117</sup> Hinzu kommen dann noch Fragen des Haftungsumfanges. Denn Haftungsanteile des Geschädigten wirken sich gemäß Art. 44 OGB auf den Haftungsumfang beim Schädiger mindernd aus (Mitverschulden – *müteferrik kusur*). Auch der Grad des Verschuldens kann sich mindernd auf die Schadenshöhe auswirken, wie schon die ausdrückliche Formulierung des Art. 43 I OGB („nach den Umständen und der Schwere der Pflichtverletzung“) nahe legt. Leichte Fahrlässigkeit wird daher durch das Gericht deutlich anders zu berücksichtigen sein als Vorsatz.<sup>118</sup> Schließlich beeinflussen auch Vorteile, die der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses hat, den Umfang des Schadensersatzes.

Im Sinne dieser Rechtsprechung wäre also die Anrechnung von Einnahmen des Geschädigten nur dann möglich, wenn nachgewiesen wird, dass der Geschädigte diese Einnahmen ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses nicht erzielt hätte. Es fließen also Einnahmen, die nicht in diesem Sinne adäquat kausal zum Schadensereignis erzielt werden, nicht in die Schadensberechnung mit ein. Ist hiernach die Anrechnung anderweitiger Einnahmen möglich, so wird der volle Betrag in Betracht gezogen mit der Folge, dass es ggf. vollständig an einem Schaden fehlen kann.<sup>119</sup> Darauf, wie diese Einnahmen konkret erzielt werden, kommt es nicht

---

<sup>116</sup> Eren S. 1021.

<sup>117</sup> Eren S. 728 ff.

<sup>118</sup> Reisoğlu S. 171. Kassationshof (4. ZS), 3.5.1994, E. 1994/1251, K. 1994/4252, zit. bei Karahasan S. 437.

<sup>119</sup> Kassationshof (4. ZS), 19. 4. 1982, E. 1982/3824, K. 1982/3922, bei Karahasan S. 300 (Auflage 1989): Hier war ein durch das schädigende Ereignis zu Tode gekommenes Rind mit 100.000 TL bewertet worden. Aus einem Dokument in der Akte, das die erste Instanz unbeachtet gelassen hatte, ging offenbar hervor, dass der Geschädigte

an, dazu können auch Versicherungsleistungen<sup>120</sup>, Steuerrückzahlungen oder -ersparnisse<sup>121</sup> gehören. Es ist darauf abzustellen, welchen Veränderungen das Vermögen des Geschädigten infolge der schädigenden Handlung ausgesetzt war. Hier kommt das bereits genannte Prinzip der Schadensausgleichung (*denkleştirme*) zur Anwendung. Jede adäquat kausal auf die schädigende Handlung erfolgte Änderung des Vermögensstandes – Nachteile wie Vorteile – hat in die Schadensberechnung mit einzufließen.<sup>122</sup> Bei Arbeitnehmern etwa gehört in die Berechnung gewissermaßen die Fortschreibung des Lohnzettels, unter Einschluss tarifvertraglicher Bestimmungen zur Höhe des Lohnes, der Zusatzleistungen, mit Abzug von Lohnsteuer und Sozialabgaben.

Art. 43 OGB wird auch auf Gefälligkeitsfahrten angewendet<sup>123</sup> oder auf Fälle der nachbarlichen Gefälligkeiten;<sup>124</sup> hier wird die hinter dieser Haftungsbegrenzung steckende Wertung deutlich: wer aus Uneigennutz handelt, soll im Falle einer Schadensverursachung privilegiert werden können. Schließlich spielt auch die Vermögenssituation des Schädigers eine Rolle bei der Bemessung des Schadensersatzes. Wer vermögenslos ist, muss zwar zahlen, darf aber, wenn sein Verschulden nicht zu schwer wiegt, mit einer entsprechenden Ermessensausübung durch das Gericht rechnen.<sup>125</sup> Umgekehrt darf das Gericht auch die schlechte Vermögenssituation oder aber eine besonders gute Vermögenssituation des Geschädigten zulasten bzw. zugunsten des Schädigers in sein Ermessen einfließen lassen.<sup>126</sup>

---

das Rind hat zu weit mehr als 100.000 TL verwerten können. Ihm war daher kein Schaden entstanden, so dass auch kein Schadensersatz zugesprochen werden durfte.

<sup>120</sup> Kassationshof (4. ZS.), 10.4.2000, E. 2000/1115, K. 2000/3259 bei Uygur II S. 2142; Kassationshof (9. ZS.), 22.3.1991, E. 1991/6272, K. 1991/6421 bei Uygur II S. 2159; Kassationshof (GrZS), 22.2.1995, E. 1994/19-481, K. 97, bei Uygur II S. 2167, weitere Rechtsprechungsbeispiele ebenda. Siehe auch Güleç-Uçakhan S. 297.

<sup>121</sup> Kassationshof (4. ZS.), 26.2.1981, E. 1980/12934, K. 1981/2013 bei Uygur II S. 2166. Güleç-Uçakhan S. 306 ff. mit Berechnungsbeispielen.

<sup>122</sup> 4. ZS a.a.O.; umfassend insgesamt Karahasan S. 97; Uygur II S. 2017 ff.; Eren S. 697 ff.;

<sup>123</sup> Kassationshof (4. ZS.), 3.10.1989, E. 1989/3132, K. 1989/7358 bei Uygur II S. 2030; Kassationshof (4. ZS.), 6.4.2000, E. 2000/894, K. 2000/3168 bei Uygur II S. 2035. Die Einordnung der Gefälligkeitsfahrt als „vertragliche Beziehung sui generis“, die zur direkten Anwendung von Art. 98 I 3 führen würde, hat bisher offenbar nicht die Zustimmung der Rechtsprechung gefunden. Der 4. ZS etwa wendet Art. 43 OGB deshalb an, weil es bei Gefälligkeitsfahrten am Rechtsgeschäftswillen fehle. Der Nachlass gemäß Art. 43 gilt für alle gesamtschuldnerisch Haftenden, also auch für den Betreiber, der den Unfall nicht verursacht hat (Kassationshof [4. ZS.], 25.4.1983, E. 1983/3642, K. 1983/4480 bei Uygur II S. 2030); Eren S. 739 f.

<sup>124</sup> Kassationshof (4. ZS.), 16. 5. 1977, E. 1976/9856, K. 1977/5867.

<sup>125</sup> Eren S. 734. „Eine Katastrophe soll nicht einfach durch eine andere Katastrophe ersetzt werden“.

<sup>126</sup> Reisoğlu S. 168; Eren S. 739.

Als Mitverschulden im Sinne von Art. 44 OGB<sup>127</sup> wird jede Form der eigenverantwortlichen Einwirkung durch den Geschädigten, sei es direkt auf die Person des Schädigers<sup>128</sup>, sei es auf den Kausalverlauf angesehen. Auch ein anderer objektiver Umstand auf Seiten des Geschädigten kann sich auf den Umfang des Schadensersatzes auswirken, wenn durch diesen Umstand der Schaden höher ausgefallen ist, als es sonst der Fall wäre.<sup>129</sup>

Zu ersetzen wäre hier derjenige Schaden, der voraussichtlich ohne den objektiven Anteil des Geschädigten eingetreten wäre. Das Ermessen des Gerichts erlaubt in einem solchen Fall allerdings auch eine höhere wie auch noch niedrigere Bemessung. Im Einzelfall kann auch überhaupt schon die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zwischen schädigendem Ereignis und Schaden fehlen.

Für *körperliche Schäden* und den *Todesfall* halten Art. 45 ff. OGB besondere Bestimmungen bereit, die insbesondere den Gegenstand des Schadensersatzes betreffen. So sind im Todesfall die Beerdigungskosten nebst allen Nebenkosten (auch Todesanzeigen, Überführungskosten etc.)<sup>130</sup> zu tragen, bei vorangehender Arbeitsunfähigkeit noch der Einkommensausfall sowie die Behandlungskosten (Art. 45 OGB). Angehörige können eine „angemessene Entschädigung“ als Schmerzensgeld (Genugtuung) verlangen (Art. 47 OGB). Auf den Schadensersatz wegen körperlicher Schäden wird nachgehend ausführlicher eingegangen.

Als *Berechnungsgrundlagen* für den Schadensersatz gelten zunächst einmal die vor dem Schadenseintritt bestehenden Einkünfte, wobei das zugrunde zu legen ist, was etwa zur Zeit des Urteils erzielt worden wäre.<sup>131</sup> Ist der Geschädigte arbeitsunfähig, ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit oder Behinderung festzustellen. Bei vorübergehender Arbeitsunfähigkeit ist exakt die Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu bestimmen. Gesetzliche Ruhezeiten wie im Bergbau sind dann ggf. fiktiv als Arbeitszeit zu sehen, indem geprüft wird, ob – wäre der Arbeitnehmer unverletzt geblieben – er während dieser Zeit eine andere Arbeit hätte annehmen können.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> Uygur II S. 2041 ff. mit zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen.

<sup>128</sup> Der verletzte Arzt hat den Geschädigten zuvor provoziert: Kassationshof (4. ZS.), 29.1.2002, E. 2001/9970, K. 2002/1015.

<sup>129</sup> Etwa wenn der Geschädigte selbst eine Pflichtwidrigkeit begangen hat: Kassationshof (4. ZS.), 13.1.1976, K. 1975/4853, K. 1976/333 bei Uygur S. 2044: Wer eine Wiese mit Insektiziden behandelt, muss für den Tod von Weidevieh aufkommen. Der Schäfer haftet mit, wenn er sein Vieh ohne Aufsicht und ungenehmigt auf die Wiese gelassen hat; so auch Kassationshof (4. ZS.), 13.3.1985, E. 1984/9973, K. 1985/2112 = GrZS, 12.12.1986, E. 1986/4-783, K. 1986/1071, zit. bei Karahasan S. 1080 ff.).

<sup>130</sup> Reisoğlu S. 174; Eren S. 745 ff.

<sup>131</sup> Kassationshof (4. ZS.), 29.3.1984, E. 1984/2698, K. 1984/3213; 25.3.1996, E. 1996/1631, K. 1996/1704, bei Uygur II S. 2152;

<sup>132</sup> Kassationshof (21. ZS.), 22.9.1998, E. 1998/5697, K. 1998/5753 bei Uygur II S. 2161.

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen können dabei herangezogen werden. Als Schadensersatz kann der Geschädigte bei Behinderung dann die vorgenannten Einkünfte in der Höhe des festgestellten Grades verlangen, und zwar für die Zeit, für welche die Arbeitsunfähigkeit festgestellt ist.<sup>133</sup> Ist die Zeit nach hinten offen, werden die üblichen Verrentungszeiten zugrunde gelegt<sup>134</sup>, wobei dann allerdings auch noch eventuell zu erwartende Rentenverluste zu beachten sind. Bei dieser in die Zukunft gerichteten Betrachtung muss das Gericht eine Prognose für eventuelle Lohnsteigerungen und Kostensteigerungen abgeben, die die für den Berechnungszeitraum vorgenannte Verrentungszeit berücksichtigt.<sup>135</sup> Wird der Schadensersatz in einer Summe berechnet und ausgezahlt, wird ein Abschlag von 10% vorgenommen.<sup>136</sup> Bei den Heilbehandlungskosten sind die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen, soweit diese tatsächlich angefallen und erforderlich sind (s.o.).

Werden Hilfspersonen benötigt, sind deren Kosten soweit zu ersetzen, wie die Hilfsperson tatsächlich benötigt wird.<sup>137</sup>

## **b) Art des Schadensersatzes**

Wie bereits gesagt, kommt nach türkischem Recht, wie auch nach BGB, zunächst einmal die Naturalrestitution in Betracht.<sup>138</sup> Die Reparatur eines bei einem Unfall beschädigten Kfz gehört in diese Kategorie. In aller Regel wird es jedoch darum gehen, Schäden durch einen finanziellen Ausgleich zu ersetzen, dies gilt insbesondere bei körperlichen und seelischen Schäden. Hier zeigt sich eine Mischung beider Grundsätze, auch wenn es am Ende immer einen Ersatz in Geld geben wird: die Bemühungen um die Wiederherstellung der Gesundheit sind kostenintensiv und vom Schädiger zu tragen. Darüber hinaus hat er weiter gehende Schäden zu tragen, die als Folge der körperlichen oder seelischen Verletzung entstanden sind.

Das Gericht hat bei der Wahl der Art des Schadensersatzes ein weites Spektrum an Möglichkeiten und, wie gesagt, alle Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> Kassationshof (GrZS), 25.10.1995, E. 1995/10-582, K. 1995/896 bei Uygur II S. 2156 ff. In diesem Urteil wird zu dieser Frage sehr ausführlich Stellung genommen, wobei hier noch parallele Kausalitäten infolge zweier Arbeitsunfälle hintereinander zu prüfen waren.

<sup>134</sup> Kassationshof (4. ZS.), 5.10.1987, E. 1987/8052, K. 1987/7145 bei Uygur II S. 2086.

<sup>135</sup> Güleç-Uçakhan S. 314 mwN.

<sup>136</sup> Güleç-Uçakhan S. 315. Die Ausführungen von Güleç-Uçakhan bestehen hier in der wörtlichen Wiedergabe eines umfangreichen Schadensbemessungsgutachtens für das 2. Arbeitsgericht Istanbul (Az. 1989/523), welches dieses Gutachten dann auch seine Entscheidung zugrundegelegt hat.

<sup>137</sup> Kassationshof (4. ZS.), 12.7.1993, E. 1993/2495, K. 1993/5195 bei Uygur II S. 2155.

<sup>138</sup> Reisoğlu S. 168 f.; Karahasan S. 97; Eren S. 740.

<sup>139</sup> Reisoğlu S. 169 ff., 173 ff.; Uygur II S. 2139 ff.

Beim Ersatz körperlicher Schäden (Art. 46 OGB) ist Ausgangspunkt die Integrität des Körpers und der Seele.<sup>140</sup> Hiernach hat der Verletzte im Falle der Körperverletzung Anspruch auf Ersatz sämtlicher Kosten sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit, unter Berücksichtigung der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Sind im Zeitpunkt des Urteils die Folgen der Verletzung nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, so kann das Gericht bis auf zwei Jahre, vom Tage des Urteils an gerechnet, dessen Abänderung vorbehalten.

Die Vorschrift gibt dem Gericht zusammen mit den Ermessensvorschriften des Art. 43 OGB viele Möglichkeiten in die Hand, für angemessene Entschädigung (nie aber über den tatsächlich erlittenen Schaden hinaus!) Sorge zu tragen. Dabei geht der türkische Kassationshof von einer „sehr umfassenden Entschädigungspflicht“ aus.<sup>141</sup>

So kann das Gericht bei körperlichen Schäden den Schädiger zum Ersatz der Heilbehandlungskosten verurteilen, von der Diagnose über die Operation bis zu den Rehabilitationsmaßnahmen, wobei dem Arzt das Ermessen zu überlassen ist<sup>142</sup> und die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen sind, nicht etwa abstrakte Kostentarife öffentlicher Einrichtungen.<sup>143</sup> Dabei hat der Geschädigte darauf zu achten, dass er bei diesen Maßnahmen auch mitwirkt und sie nicht behindert oder verzögert, denn das kann zu einer betragsmäßigen Reduktion seines Anspruchs aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens führen.<sup>144</sup> Der Geschädigte darf auch nicht beliebig Kosten verursachen. Ist die Heilbehandlung in der Türkei effektiv möglich, wird dem Geschädigten die Differenz versagt, die eine Heilbehandlung im Ausland, die er selbstverständlich wahrnehmen darf, mehr kostet.<sup>145</sup> Auch die Schönheitsoperation muss vom Schädiger übernommen werden, wenn diese der Wiederherstellung der körperlichen und seelischen Integrität dient.<sup>146</sup>

Bei kurzfristiger Arbeitsunfähigkeit – der Geschädigte kann zum Beispiel die Arbeit schon vor Erlass des Urteils wieder aufnehmen – wird der tatsächliche Lohnausfall berechnet. Kann der Betreffende beschränkt anderwärts arbeiten, muss er sich

---

<sup>140</sup> Uygur II S. 2139.

<sup>141</sup> Kassationshof (4. ZS.), 11.3.1981, E. 1981/1247, K. 1981/3013 bei Uygur II 2144 f.

<sup>142</sup> Uygur II S. 2139.

<sup>143</sup> Kassationshof (4. ZS.), 30.3.1985, E. 1985/604, K. 1985/2504 bei Uygur II 2142 f.

<sup>144</sup> Kassationshof (4. ZS.), 10.6.1988, E. 1988/5012, K. 1988/5802 bei Uygur II S. 2044 f.

<sup>145</sup> Kassationshof (4. ZS.), 26.5.1986, E. 1986/3535, K. 1986/4223 bei Uygur II 2143 f. Ob die Heilbehandlung in der Türkei effektiv möglich oder etwa im Ausland mit größeren Aussichten auf Erfolg stattfinden kann, entscheidet der türkische Arzt: Kassationshof (4. ZS.), 11.3.1981, E. 1981/1247, K. 1981/3013 bei Uygur II 2144 f.

<sup>146</sup> Fall eines Schneiders: Kassationshof (4. ZS.), 27.3.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 bei Uygur II 2150 ff.

solche Einkünfte, auch wenn er diese Möglichkeit nicht wahrnimmt, anrechnen lassen. Währt die Behinderung fort, ist die langfristige Perspektive zu prüfen. Dabei darf das Gericht nicht Feststellungen des Strafgerichts zur Dauer der Berufsunfähigkeit zugrunde legen, sondern muss eigene Feststellungen treffen.<sup>147</sup> Es kommt dann darauf an, welche realistischen Erwerbchancen der Geschädigte hatte, die ihm nun entfallen. Aber selbst wenn der Geschädigte faktisch am selben Arbeitsplatz verbleibt und sein Einkommen erhalten kann, so kann er möglicherweise beweisen, dass ihn dies messbar höhere Anstrengungen kostet als vor dem schädigenden Ereignis. Gelingt ihm dieser Beweis, kann das Gericht ebenfalls auf angemessenen Schadensersatz erkennen.<sup>148</sup>

Auch eine Minderung der Erwerbchancen ist schadensersatzfähig.<sup>149</sup> Für die Erwerbchancen sind die tatsächlichen Möglichkeiten und Fähigkeiten des Betroffenen als Maßstab anzulegen. Das Fotomodell am Anfang seiner Karriere kann u.U. hohe Ersatzansprüche stellen, wenn sein Gesicht verletzt und daher die Fortsetzung der Karriere unmöglich wird; selbst einem Schneider kann die Minderung seiner Erwerbchancen zugestanden werden, wenn infolge der schädigenden Handlung sein Gesicht entstellt ist und nicht vollständig durch eine Schönheitsoperation wiederhergestellt werden kann<sup>150</sup>; der Profifußballer wird bei einer nachhaltigen Verletzung eines Beins einen höheren Schadensersatz erwarten können als ein Verwaltungsangestellter, der trotz einiger Beeinträchtigung weiter seiner Arbeit nachgehen kann oder lediglich eine zumutbare Umschulung durchführen muss. In solchen Fällen der Arbeitsunfähigkeit könnte das Gericht auf eine Geldrente erkennen.

Die Geldrente wird durch Art. 43 II OGB ermöglicht, der allerdings auch zur Bedingung macht, dass der Schädiger Sicherheit leistet, um die regelmäßige Zahlung der Rente sicherzustellen. Aus diesem Grunde kommt die Geldrente in der Praxis selten vor; in der vorliegenden Rechtsprechung fanden sich hierfür auch keine Beispiele.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> Kassationshof (4. ZS.), 14.11.1985, E. 1985/8125, K. 1985/9368 bei Uygur II 2145 f. Das bedeutet natürlich nicht, dass das Zivilgericht nicht die Feststellungen des Strafgerichts zum Tathergang zu berücksichtigen hätte: Kassationshof (4. ZS.), 15.6.1989, K. 1989/2317, K. 1989/5424 bei Uygur II S. 2047 (Strafmilderung, weil der Geschädigte den Schädiger gereizt hatte).

<sup>148</sup> Uygur II S. 2140; Güleç-Uçakhan S. 293 mwN.

<sup>149</sup> Uygur II S. 2140.

<sup>150</sup> Kassationshof (4. ZS.), 27.3.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 bei Uygur II 2150 ff.

<sup>151</sup> Güleç-Uçakhan S. 386. Sie weist aber auch ausdrücklich auf das Risiko hin, dass die Geldrente sich infolge von Inflationsverlusten als unzureichend herausstellen kann. Ähnlich auch Uygur II S. 2018.

### **c) Schadensminderungspflicht**

Dem Mitverschulden gleichgesetzt wird das Unterlassen von zumutbaren Maßnahmen seitens des Geschädigten, die zur Minderung des Schadens beitragen könnten. Hergeleitet wird die Schadensminderungspflicht aus dem Grundsatz „Treu und Glauben“ (Art. 2 ZGB), der Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht wird als Mitverschulden im Sinne des Art. 44 OGB gewertet.<sup>152</sup>

### **6. Haftung für den Erfüllungsgehilfen**

Wie in Deutschland haftet der Geschäftsführer auch für den Erfüllungsgehilfen (Art. 100 OGB).<sup>153</sup> Der Erfüllungsgehilfe kann bereits bei den Vertragsverhandlungen eingesetzt sein, eine typische Situation im Handelsverkehr, aber auch bei Abschluss eines Krankenhausvertrages. Hier entsteht die Haftung für den Erfüllungsgehilfen dann bereits unter dem Aspekt der culpa in contrahendo.<sup>154</sup>

Die wichtigste Voraussetzung, die zu den obigen Voraussetzungen hinzukommt, ist, dass der Geschäftsführer den Erfüllungsgehilfen mit der Erfüllung betraut und der Geschäftsherr dem zugestimmt hat. Letzteres kann ohne weiteres angenommen werden, wenn die Vertragsverhandlungen bereits mit dem Erfüllungsgehilfen geführt wurden und dieser den Geschäftsherrn darüber aufgeklärt hat, dass er die Erfüllungshandlungen vornehmen wird. Gehört der Erfüllungsgehilfe zum Betrieb, so ist eine ausdrückliche Zustimmung nicht erforderlich. Im Krankenhaus kann die Zustimmung darin gesehen werden, dass der Patient sich nach Abschluss des Vertrages ungerügt auf die Behandlung einlässt. Kommt der Erfüllungsgehilfe nicht aus dem eigenen Betrieb, sind die Anforderungen an die Zustimmung des Patienten höher.<sup>155</sup>

Der Erfüllungsgehilfe muss im Hinblick auf die Erfüllung gehandelt haben.

## **G. Schlussfolgerungen**

### **I. Frage 1**

Voraussetzung für die Entstehung eines Vergütungsanspruchs ist das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Arzt und Patient. Ist über die Vergütung keine Vereinbarung getroffen, ist die „übliche“ Vergütung zu bezahlen. Ist nicht mit dem Arzt direkt

---

<sup>152</sup> Uygur II S. 2041.

<sup>153</sup> Eren S. 1028 ff.

<sup>154</sup> Eren S. 1029.

<sup>155</sup> Eren S. 1030 f.

abgeschlossen, sondern mit dem Krankenhaus, ist insoweit der Arzt Erfüllungsgehilfe.

Ob die Patientin Selbstzahler ist, ist hier unerheblich. Eine Privatklinik rechnet ausschließlich privat ab. Lediglich „arme“ Patienten werden gegenüber der örtlichen Gemeinde abgerechnet.

## **II. Frage 2**

Der Behandlungsfehler hat keine Auswirkung auf den Vergütungsanspruch. Der Patient bleibt für seine Schadensersatzansprüche auf die Aufrechnung verwiesen.

## **III. Frage 3**

Stützt sich der Patient für seinen Schadensersatzanspruch auf „unerlaubte Handlung“, so muss er das Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen beweisen. Im Hinblick auf den – für den Patienten – weiteren Nachteil der kürzeren Verjährungsfrist werden Arzthaftungs-ansprüche in der Regel auf Art. 96 OGB gestützt, also auf „positive Vertragsverletzung“. In diesem Fall erzeugt die Pflichtverletzung (Vertragsverletzung, durch den Patienten zu beweisen) die Vermutung des Verschuldens des Arztes. Dieser kann sich exkulpieren, wenn er beweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Beweislastumkehr).

Diese Stellungnahme ergeht nach bestem Wissen und ohne Gewähr. Das Urheberrecht verbleibt beim Gutachter, die Verwendung über dieses Verfahren hinaus bedarf daher der vorherigen Zustimmung des Gutachters.

Prof. Dr. Christian Rumpf