

# ALMAN SAĞLIK SİSTEMİNDE HASTANELER VE HASTANELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Erhan Temel\*

## I. Alman Hukuk ve Sağlık Sisteminde Hastaneler

### 1. Tıp Hukuku-Sağlık Hukuku-Hastane Hukuku Kavramları

Alman hukuk sisteminde hastane hukukunun tüm yönleriyle kapsamlı bir şekilde düzenlendiği yeknesak bir yasa bulunmamaktadır. Aynı şekilde tıp hukuku da çeşitli değişik yasalarda yer alan normatif kuralların oluşturduğu komplike bir hukuk dalıdır. Roma-Cermen hukuk sistemine dahil olan ülkelerde hukuk reformları ve kodifikasyon hareketleri Aydınlanma Çağı'nın hemen arkasından 19. yüzyılın ilk yıllarında başlamış ve 20. yüzyılın başlarında ivme kazanarak hayatın pek çok alanını kapsayan sistematik bir temele oturtulmuştur. Kişilerin devletle ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleme ve adaleti sağlama amacı taşıyan hukukun, hangi alanlarda ne tür pozitif kurallar koyacağı, herşeyden önce birey ve toplumun ihtiyaçları ve zamanın gereklerine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla gerek tıp hukukunun ve gerekse hastane hukukunun, Medeni Kanun, Ticaret Kanunu gibi, ana kodifikasyonlardaki normatif düzenlemelere konu olmayışının en önemli nedeni, tıp hukukunun Kara Avrupası Hukuk Sisteminde özellikle 20. yüzyıl içinde gelişmeye başlamış olmasıdır. Zira tıp hukukunun temelini daha ziyade yüksek yargı kararları oluşturmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Eyalet Yüksek Mahkemeleri içtihat hukuku aracılığıyla, zamanın ihtiyaçları ve bilimsel gelişmelere paralel olarak tıp hukukunun şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır.<sup>1</sup>

---

\*Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Avrupa Hukuk Düzenleri Enstitüsü, Türk Hukuku Araştırma Merkezi Başkanı, Augsburg Hukuk Fakültesi Biyo, Sağlık ve Tıp Hukuku Enstitüsü Üyesi. (e-mail: erhan.temel@jura.uni-augsburg.de).

<sup>1</sup> Bu konuda önemli monografik eserler, tezler, makaleler ve diğer bilimsel çalışmalar ve sempozyumlar ile tıp hukukunun gelişimine katkıda bulunan doktrinin payı inkar edilemez. Bunun dışında hukuk fakültelerinde son yıllarda, klasik ceza, medeni hukuk ve kamu hukuku enstitülerinin yanı sıra, tıp ve/veya sağlık hukuku enstitülerinin kurulması (örneğin Augsburg, Köln, Düsseldorf, Halle, Mannheim Hukuk Fakülteleri), lisans öğretimi esnasında tıp hukukunun ağırlıklı dal olarak seçilebilmesi gibi önemli yenilikler tıp hukukunun doktriner bazda gelişimini desteklemiştir. Ayrıca avukatlıkta, ceza, sigorta, aile, ekonomi ve vergi hukuku gibi alanların yanında, tıp hukukunun da 1.7.2005 tarihinden beri *özel uzmanlık alanı* olarak kabul ediliyor olması ve bunun için

Hastane hukuku kavramının anlam ve sınırlarını belirlemeden önce, tıp hukukunun konusu hakkında bir saptamada bulunmak ve tıp hukuku ile sağlık hukuku arasındaki farkı belirlemek yararlı olacaktır. Tıp hukuku, genel kabul gören görüşe göre, doğrudan veya dolaylı *tıp (tedavi) sanatının icrasına* ilişkin olan tüm kuralların (normların) oluşturduğu bir hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>Tıp hukukunu oluşturan bu normlar, tıpla ilgili mal ve hizmetlerin üretilmesi, geliştirilmesi, kullanılması ve bu alanlardaki araştırmaları da kapsamaktadır.<sup>3</sup> Buna göre tıp hukuku dar anlamda<sup>4</sup> *hekim hukukunun yanı sıra, ilaç hukuku, tıbbi ürünler hukuku, transfüzyon (kan nakli) hukuku* gibi alanları da içine almaktadır.<sup>5</sup>

Buna karşılık sağlık hukuku tıp hukukundan daha geniş bir kavramdır. Bilindiği gibi Dünya Sağlık Örgütü'nün (World Health Organization=WHO) tanımına göre "sağlık, bedensel (fiziki), ruhsal ve sosyal bakımdan tamamen iyi (sıhhat ve afiyette) olma halidir." Her ne kadar doktrinde fikir birliği olmasa da, sağlık hukuku, işte bu tanım anlamında *sağlığı ilgilendiren tüm kuralların* oluşturduğu bir hukuk dalı olarak tarif edilebilir.<sup>6</sup> Dolayısıyla sağlık hukuku kavramının içine, en başta özel ve yasal (sosyal) sağlık sigortasına ilişkin normlar, yani özel ve yasal sağlık sigortası hukuku dahildir.<sup>7</sup> Bunun dışında sağlığı koruma amacıyla çıkarılan salgın hastalık, hijyen ve gıda maddelerine ilişkin normatif düzenlemeler sağlık hukukunun kapsamına dahildir.<sup>8</sup> Ayrıca sağlık sigortası kurumlarının organizasyonu ve finansmanını düzenleyen hukuk kuralları da sağlık hukukunun konularını oluşturmaktadır.<sup>9</sup> Saydığımız alanlara ilave olarak, sağlık sektöründe faaliyet gösteren kişi ve kuruluşların meslek hukukundaki ve sosyal sigorta hukukundaki statülerini ilgilendiren normları da sağlık hukukunun kapsamına sokmak mümkündür.<sup>10</sup>

Bu açıklamalardan anlaşılacağı gibi; temelini birbirinden farklı ve bağımsız kanunların oluşturduğu tıp hukukunu ve sağlık hukukunu *klasik özel*

---

özel eğitim zorunluluğu gibi yenilikler ise, uygulamanın, tıp hukukunun gelişimindeki önemli katkılarından birini oluşturmaktadır. Tıp hukuku uzmanı avukatlar hakkındaki normatif düzenleme için bkz. §1, §5, §14b Uzman Avukatlık Yönetmeliği („Fachanwaltsordnung“).

<sup>2</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Sodan, Helge**, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2. Aufl. Köln 2009 knr. 1, s. 1; **Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas**, Medizinrecht, 6. Auflage Berlin, Heidelberg 2008, knr. 1 s. 4; **Laufs/Uhlenbruck/Laufs**, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. § 5 Anm. 2; **Quaas,Michael/Zuck, Rüdiger**, Medizinrecht 2. Aufl. München 2008, § 1 knr. 11 vd.

<sup>3</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Sodan** knr. 1 s. 4.

<sup>4</sup> Buna karşılık doktrinde önemli bir çoğunluk tarafından geniş anlamda hekim hukuku, tıp hukukuyla eşanlamlı olarak kullanılmaktadır.

<sup>5</sup> **Deutsch/Spickhoff**, knr. 1 s. 4; **Laufs/Uhlenbruck/Laufs**, § 5 Anm. 2. Karş. **Wenzel-FAMedizinR/Sodan** knr. 1 s. 4.

<sup>6</sup> **Deutsch/Spickhoff**, knr. 1 s. 4; **Laufs/Uhlenbruck/Laufs**, § 5 Anm. 2.

<sup>7</sup> **Deutsch/Spickhoff**, knr. 1 s. 4; **Kingreen, Thorsten**, Medizinrecht und Gesundheitsrecht, FS für Deutsch Berlin und Heidelberg 2009, s. 292.

<sup>8</sup> **Deutsch/Spickhoff**, knr. 1 s. 4.

<sup>9</sup> **Kingreen**, FS Deutsch s. 292.

<sup>10</sup> **Kingreen**, FS Deutsch s. 292.

*hukuk-kamu hukuku ayırımı*na göre sınıflandırmak mümkün değildir. Her iki hukuk dalı hem özel hukuk hem de kamu hukuku normlarını (sigorta hukuku, ceza hukuku, idare hukuku ve mali hukuk) bünyesinde barındıran hukuk dalları görünümündedir. Toplumsal, tıbbi ve teknolojik gelişmeler nedeniyle, ihtiyaçların ilerleyen zamanda yeni düzenlemeleri beraberinde getireceğini ve bu yüzden her iki hukuk dalının kapsamının genişleyerek daha da girift, karmaşık ve iç içe geçmiş bir yapıya dönüşeceğini şimdiden öngörmek mümkündür. Zira Alman kanun koyucusu, toplumsal ihtiyaç ve gelişmeleri modern normatif düzenlemeler yapmak suretiyle yeni bir hukuksal zemine oturtma konusunda çok efektif ve reaksiyoner hareket etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, sağlık hukukunu düzenleyen normlara genel olarak bakıldığında bunların daha ziyade sosyal hukuku ilgilendiren kamu hukuku<sup>11</sup> normları olduğu, tıp hukukunun ise sigortalı (hasta) ile sağlık hizmeti sunanlar arasındaki ifa ilişkisine yönelik olan ve genellikle özel hukuk ve ceza hukuku normlarını kapsadığı görülecektir.<sup>12</sup> Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar<sup>13</sup> sağlık hukuku için *kamu tıp hukuku* terimini kullanmaktadır.

Tıp hukuku ve sağlık hukuku kavramlarının içerik ve sınırlarını bu şekilde belirledikten sonra, son olarak “hastane hukuku” kavramının ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Alman hukuk sisteminde hastane hukukunun yasal bir tanımına yer verilmemiştir. Hastane hukukunun kaynağını oluşturan temel kanunları toplu halde (genel anlamda) incelediğimizde, hastane hukukunun aslında ne tam olarak tıp hukukuna ne de sağlık hukukuna dahil bir hukuk dalı olduğunu görürüz.<sup>14</sup> Ancak yukarıdaki tıp hukuku-sağlık hukuku ayırımında kullandığımız kriterleri ölçü alırsak, hastane hukukunun daha ziyade sağlık hukukunun bir alt dalı olduğu sonucuna varılabilir. Özellikle hastanelerin kuruluş ve finansmanı ile hastane-sağlık sigortası kurumu arasındaki ilişkisi hastane hukukunu sağlık hukukuna dahil olduğu sonucunu destekler niteliktedir.

Ancak hastane hukuku, kapsamı dar olmakla birlikte tıp hukukuna dahil olan konuları da bünyesinde barındırmaktadır. Bu konuların başında hasta ile hastane arasındaki tıbbi bakım ile tedavi ilişkisi ve bu ilişkinin hüküm ve sonuçları (örneğin hastanenin hasta karşısındaki ceza ve tazminat sorumluluğu) gelmektedir. Literatürde baskın olarak hastane hukukunun kamu tıp hukukuna dahil bir hukuk dalı olduğu kanısı yaygındır.<sup>15</sup> Görüşümüze göre; hastane hukukunun temelinde yatan normların daha çok sağlık hukukuna ilişkin düzenlemeler olmasına rağmen, bu normlar kısmen de olsa tıp hukuku-

<sup>11</sup> Sağlık hukukunun en önemli kaynaklarından birini Alman Sosyal Yasası V (Sozialgesetzbuch V) teşkil etmektedir.

<sup>12</sup> Karş. **Kingreen**, FS Deutsch s. 294 vd.

<sup>13</sup> **Quaas/Zuck**, § 1 knr. 19; **Kingreen**, FS Deutsch s. 293.

<sup>14</sup> Aynı görüş için karş. **Wenzel-FAMedizinR/Quaas** knr. 1 s. 1240; **Quaas, Michael**, Aktuelle Fragen des Krankenhausrechts, MedR 2002 s. 273; **Huster/Kaltenborn/Stollmann, Frank**, Krankenhausrecht, München 2010, § 4 knr. 1 Fn. 1.

<sup>15</sup> **Quaas/Zuck**, § 24-26; **Wenzel-FAMedizinR/Quaas** knr. 1 s. 1240 dipnot 2’de anılan yazarlar.

kuna ait yasal düzenlemeleri bünyesinde barındırdığından, hastane hukukunu kendine özgü bir norm stürüktürü (yapısı) olan ve her iki disiplinden de tam ayrılmayan *sui generis* bir disiplin olarak tanımlamak doğru olur.

## 2. Alman Sağlık Sisteminde Hastane Hukukuna İlişkin Yasa Çıkarma Yetkisi ve Hastane Hukukunun Normatif Kaynakları

### a) Düzenleme (Yasama) Yetkisi

Alman siyasi sisteminde yasa çıkarma yetkisi (yasama yetkisi) esas itibarıyla (kural olarak) Alman Anayasası ("Grundgesetz") m. 70 f. 1'e göre eyaletlerin yasama organına bırakılmıştır. Ancak Alman Anayasası m. 73'de sayılan konularda sadece Federal Devletin yasa çıkarma yetkisi (*münhasır yasama yetkisi*) vardır. Fakat Federal Yasama Organı (=Federal Meclis="Bundestag") münhasır yetkili olduğu konularda da bir yasayla bu yetkisini eyaletlere devredebilir.

Alman Anayasası (AAY) m. 72'de Federal Devlet ve eyaletler arasında yasa koymaya ilişkin *yarışan yasa koyma yetkisi* ("konkurierende Gesetzgebung") düzenlenmiştir. Buna göre bazı alanlarda eyaletlerin yasa çıkarma yetkisi, ancak Federal Devletin bu yetkisini kullanmadığı konularda ve kullanmadığı sürece söz konusu olabilir. Hangi alanlarda yarışan yasa koyma yetkisi bulunduğu ise AAY m. 74'de tahdidi (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır. Eğer bu alanlardan birinde eyalet yasama organı bir yasa çıkarmış ve bu yasadan sonra Federal Devlet aynı alanda bir yasal düzenleme getirmişse, Federal Devletin çıkardığı yasa eyalet yasasının önüne geçer ve onu geçersiz kılar (AAY m. 31).

Alman siyasi sisteminde yasama yetkisi konusunda bu kısa genel açıklamadan sonra, sağlık ve hastane hukukuyla ilgili konularda yasama yetkisinin hangi yasama organında olduğunu belirlemek gerekir. Alman sisteminde sağlık hukukuna ilişkin yasal düzenleme yapma yetkisi Federal Devlet ve eyaletler arasında paylaşmıştır. Sağlık hizmetleri ve bu hizmetlerin gerekleri konusunda genel olarak *eyaletler* yasama yetkisine sahiptir. Hastanelerin iktisadi güvenceye kavuşturulması ("wirtschaftliche Sicherung der Krankenhaeuser") ve hastane ücretlerine ilişkin düzenleme (AAY m. 74 f. Nr. 19 a), sosyal sigortalar hukuku (AAY m. 74 f. 1 Nr. 12) ve hekimlik ve sağlıkla ilgili diğer mesleklerin<sup>16</sup> ruhsatına ilişkin düzenlemeler ile eczaneler, ilaçlar, tedavi edici maddeler, kuruluşlar, zehirler ve tıbbi ürünler hakkında yasal düzenleme yapma yetkisi ise yarışan yasa koyma yetkisinden dolayı, öncelikle Federal Yasama Organı'nın uhdesindedir (AAY m. 74 f. Nr. 19). Hastane hukuku açısından bakılacak olursa, hastanelerin organizasyonu ve planlanması gibi konular, hastanelerin iktisadi güvenliği ile ilgili olmadığı sürece eyaletlerin yasama yetkisine bırakılmıştır.<sup>17</sup>Zira Federal Devlet yarışan yetki prensibi ge-

<sup>16</sup> Alman Anayasa Mahkemesi ("Bundesverfassungsgericht"=BverfG) sağlıkla ilgili diğer meslekler kavramını ("Heilberufe") geniş yorumlamakta ve bu kavrama hasta bakıcılık, ebelik, diyetisyenlik, logopedlik, psikoterapistlik, masörlük, ortopedistlik, fizik tedavi uygulayıcılığı ... vs gibi meslekleri de dahil etmektedir. Bkz. **Epping/Hillgruber/Seiler**, Grundgesetzkommentar München 2009, Art. 74 knr. 71 vd.

<sup>17</sup> Her eyaletin, kendi bünyesindeki hastanelerin organizasyon ve planlanmasını düzenleyen ayrı bir Hastane Yasası bulunmaktadır. Bkz. **Laufs/Kern/Genzel/Degen-Hencke**, Handbuch des Arztrechts, München 2010, § 80 knr. 29.

reği hastanelerin ekonomik güvenliği konusunda öncelikli yasama yetkisine sahiptir.

### **b) Hastane Hukukunun Pozitif Kaynakları**

Hastane hukukunun normatif (pozitif) üç ana kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ve en önemlisi hastanelerin iktisadi bakımdan güvenliğini sağlamak ve hastane ücretlerini belirlemek amacıyla çıkarılan yasalardır. Bu yasalar *Hastane Finansmanı Yasası* (“Krankenhausfinanzierungsgesetz”=KHG)<sup>18</sup> ve *Hastane Ücret Yasası* (“Krankenhausvergütungsgesetz”=KHEntG).<sup>19</sup> Hastane Ücret Yasasına dayanılarak çıkarılan *Bakıcılık Hizmetleri Federal Ücret Tüzüğü* (“Bundespfllegesatzverordnung”=BpflV)<sup>20</sup> ve *Psikiyatri Elemanları Yasası* da (“Psychiatrie-Personalverordnung”=Psych-PV)<sup>21</sup>yine mali konuları düzenleyen birinci grupta yer alan yasalardandır.

İkinci gruptaki yasalar ise, eyaletler tarafından çıkarılan hastanelerin organizasyonu ve planlanmasına yönelik *Eyalet Hastane Yasası*dır.<sup>22</sup>

Hastane hukukunun üçüncü kaynağını ise sosyal (yasal) sağlık sigortası kapsamında hastane hizmetlerinin de düzenlendiği *Sosyal Yasa V* (SGB V)<sup>23</sup> oluşturmaktadır. O halde sonuç olarak hastane hukukunu düzenleyen normatif kurallar; *hastanelerin finansmanı*, *hastanelerin planlanması* ve nihayet hastanelerde (sosyal sigorta hukuku bağlamında) *hastane hizmetlerinin* verilmesine ilişkin olmak üzere üç grupta toplanmıştır.

### **3. Hastane Kavramı**

Alman hukuk sisteminde hastane hukukunun tüm yönleriyle kapsamlı bir şekilde düzenlendiği yeknesak bir yasa bulunmamaktadır. Alman sağlık mevzuatını yakından incelediğimizde, hastane kavramının çeşitli kanunlarda farklı biçimlerde yasal tanımlarına yer verildiğini görmekteyiz. En kapsamlı hastane tanımı *Hastane Finansmanı Yasası* § 2 Nr. 1’de yer almaktadır. Buna göre hastaneler, “*hastalıkların, acıların, vücut bütünlüğü zararlarının, tıbbi ve bakım hizmetleri sayesinde teşhis edildiği, dindirildiği ve tedavi edildiği, kendilerine hizmet sunulan kimselerin içinde barınabildikleri ve bakılabildikleri kurumlardır.*” O halde bu tanımdan hareket ederek, hastanelerin yaşlıların bakıldıkları ve barındırıldıkları *huzurevleri* (“Altesheim”) ile kronik hastalık, yaşlılık ya da ağır engellilik nedeniyle bakıma muhtaç kimselerin barındırıldığı ve bakıldığı *sosyal bakım kuruluşlarından* (“Pflegeheim”) farklı olduğu söylenebilir. Zira bakım kuruluşları ve huzur evlerinde barınma ve bakım ile birlikte tıbbi hiz-

<sup>18</sup> 10.4.1991 BGBl. I s. 886. Bu yasa en son 15.12.2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır bkz. BGBl. I 3429.

<sup>19</sup> 23.2.2002 BGBl. I s. 1412, 1422. Bu yasa en son 15.12.2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır bkz. BGBl. I 3429, 3432.

<sup>20</sup> 26.9.1994 BGBl. I s. 2950. Bu yasa en son 15.12.2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır bkz. BGBl. I 3429, 3442.

<sup>21</sup> 18.12.1990 BGBl. I s. 2939.

<sup>22</sup> **Epping/Hillgruber/Seiler**, Art. 74 knr. 71 vd.

<sup>23</sup> 20.12.1980 BGBl. s. 2477. Bu yasa en son 15.12.2004 tarihinde değişikliğe uğramıştır bkz. BGBl. I, s. 3429, 3443.

metler verilse de, hastanelerde verilen tıbbi hizmet bu kurumlardan farklı olarak *teşhis* ve *tedaviye* (terapiye) yöneliktir.<sup>24</sup> Yine bu tanıma göre hastanelerin sağlık hizmeti sunan ruhsatlı hekimlik ve sağlıkla ilgili diğer mesleklerden farkı, hastanelerin tıbbi hizmetin yanı sıra hastaların barınma ve yeme içme ihtiyaçlarının da karşılanmasıdır. Bahsettiğimiz bu tanıma göre rehabilitasyon merkezleri ve koruyucu hekimlik kurumları da bu hastane kavramı içine girmektedir. Oysa hastane kavramını tanımlayan SY V § 107 f. 1 Nr. 1-4'e göre hastane kavramına bu kurumlar dahil değildir. Zira SY V § 107 f. 2'de rehabilitasyon merkezleri ve koruyucu hekimlik kurumlarının tanımı ayrıca yapılmaktadır. Buna göre Sosyal Yasa V § 107 anlamında hastane:

- “ 1. hastane tedavi hizmeti veya doğum yardımı hizmeti sunan,
2. ihtisas ve tıbbi bakımdan sürekli olarak tıbbi (hekimsel) idare altında<sup>25</sup> bulunan, kendisine verilen tıbbi hizmet görevine uygun yeterli teşhis ve tedavi imkanına sahip olan ve kabul görmüş bilimsel metodlara göre çalışan,
3. her an hizmete hazır olan ve hekimlerden, bakıcılardan, yardımcı personel<sup>26</sup> ve tıbbi-teknik personelden meydana gelmiş ekip yardımıyla ve özellikle tıbbi (hekimsel) hizmetler ve diğer bakım hizmetleri sayesinde hastaların hastalıklarının tanısını koyan, tedavi eden, daha da kötüleşmesini engelleyen, hastalıktan kaynaklanan şikayetleri dindiren ya da doğum yardımı yapan ve içinde
4. hastaların barındırılabilirdiği ve bakılabildikleri (yedirilip içirilebildikleri)<sup>27</sup> kurumlardır.”

Bu tanımda geçen “hastane tedavi hizmeti” ise § 39 SGB V'da hükme bağlanmıştır. Buna göre hastane tedavi hizmeti *tam yatılı*, *kısmen yatılı*<sup>28</sup>, hastaneye yatmadan önce ve hastaneye yattıktan sonraki tedavi ve *ayakta tedavi* hizmetlerini kapsar. Hastane tedavi hizmeti, sosyal sigorta sistemi kapsamında hastaneye yüklenilen görev çerçevesinde, hastalığının türü ve ağırlığına göre, hastanın tedavisi ve bakımı için hastanede gerekli olan tüm hizmetleri kapsar. Bu hizmetler hastane uygulamalarında özellikle, hastaya uygulanan tıbbi müdahale (hekimlik faaliyeti), hastabakıcılık, hastaya ilaç ve tedavi edici diğer ürünlerin verilmesi, yardımcı araçların tedariki, hastanın barındırılması ve yedirilip, içirilmesi gibi münferit edimler olarak ön plana çıkmaktadır.

<sup>24</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Quaas** knr. 13 s. 1244.

<sup>25</sup> Buna karşılık hastanenin işletme yönetiminin hekim olmayan kişilere bırakılmasında yasal bir engel yoktur. Karş. **Laufs/Uhlenbruck/Genzel, Herbert**, Medizinrecht, 2. Aufl. München 2002, § 83 knr. 14. Uygulamada hastanenin işletme yönetimi ve iş idaresi daha çok işletme ve organizasyon yönetimi konusunda uzmanlaşmış ekonomistlere veya işletmecilere bırakılmaktadır.

<sup>26</sup> Almanca *Funktionspersonal* şeklinde ifade edilen *yardımcı personel*, hastanede teşhis, tedavi ve teknik işlerin icrasında görev yapan kimseleri ifade etmektedir. Bunlar laborantlar, diyetisyenler, ortopedistler, fizik tedavciler ve eczacı yardımcıları gibi elemanlardır.

<sup>27</sup> Parantez içindeki bu ibareler orjinal metinde bulunmayan ve tercümenin anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla yapılan ilavelerdir.

<sup>28</sup> Tam yatılı hastane hizmeti hastanın gece ve gündüz hastanede yatarak belirli bir süre hizmet alması, kısmi yatılı ise, hastanın günün belirli saatlerinde yatarak hizmet alması anlamına gelmektedir.

Bu çalışma kapsamında, hastane kavramı terminolojik olarak yukarıdaki tanımda geçen ve hastane hizmeti sunan kurumlar anlamında kullanılacaktır. Bu yüzden rehabilitasyon merkezleri ve koruyucu hekimlik kurumları makalenin kapsamını genişletmemek için incelenme dışında bırakılacaktır.

#### 4. Hastane Taşıyıcıları Bakımından Hastane Çeşitleri ve İstatistikî Bilgiler

Bu başlık altında hastane taşıyıcılarının hangi kurum ya da kişi olduğuna göre hastane türleri incelenecektir. Hastanenin taşıyıcısı kavramı ise hastane kurup, sağlık hizmeti sunan kimseleri, yani hastane işletmecisini ifade etmektedir. Hastane taşıyıcılarının belirlenmesi, tazminat sorumluluğu bakımından merkezi öneme sahiptir.

Alman sağlık sisteminin belirgin özelliklerinden biri de hastane açıp, çalıştıran kişi ve kurumların<sup>29</sup> (hastane sahiplerinin=taşıyıcılarının) çeşitliliğidir.<sup>30</sup>Kendi aralarında yine değişik kategorilere ayrılan kamu hastaneleri yanında bir de özel hastanelerin varolması ve işler durumunda bulunması, Almanya'da hür ve çoğulcu bir toplum düzeninin varlığının yansımalarıdır.<sup>31</sup> Hastane işletmecisi gerçek kişiler olabileceği gibi bazı merkezi ya da yerel yönetim birimleri veya şirket şeklinde örgütlenmiş tüzel kişiler de olabilir. Bu meydana kamu hukuku tüzel kişisi sıfatıyla Federal Devlet tarafından işletilen, yani taşıyıcısının Federal Devlet olduğu hastanelerin sağlık sisteminde önemli bir fonksiyon icra ettiğini gözlemleyebiliriz. Alman Askeri Hastaneleri ("Bundeswehrkrankenhaeuser") Federal Devlet tarafından işletilmektedir.<sup>32</sup>

Bunun yanında diğer kamu hukuku tüzel kişilerinin de hastane kurup, işletmesi mümkündür: Bunlar *eyaletler* ("Bundeslaender"), *belediyeler* ("Stadt"), *beldeler* ("Gemeinde") ya da çeşitli yerel yönetim birimlerinin<sup>33</sup> bir amaç için bir araya gelecek kurdukları *birlikler* ("Zweckverband") olabilir. Saydığımız bu kamu hastanelerine, kamu hukuku tüzel kişiliğini haiz kamu kuruluşlarının çoğunluk ortaklık hisselerini elinde tuttuğu, *yerel hastane limited şirketleri* ("kommunales Krankenhaus GmbH") de dahildir.<sup>34</sup>

Alman sağlık sisteminde ikinci hastane kategorisini ise kamuya yararlı hayır kurum ve kuruluşlarının kurup, işlettiği *kamuya yararlı bağımsız hastaneler* ("Freigemeinnütziges Krankenhaus") oluşturmaktadır. Bu hastanelerin

<sup>29</sup> Hastane işletmecilerinin bu denli çeşitliliğinin gözetilmesi § 1 KHG'deki düzenlemede açıkça öngörülmektedir.

<sup>30</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Quaas** knr. 31 s. 1249; **Quaas,Michael/Zuck, Rüdiger**, Medizinrecht 2. Aufl. München 2008 § 24 knr. 64.

<sup>31</sup> **Quaas/Zuck**, § 24 knr. 64.

<sup>32</sup> **Gehrlein, Markus**, Grundriss der Arztpflicht, 2. Aufl. München 2006, A22; BGH, NJW 1988, 2298; NJW 1986, 1541.

<sup>33</sup> Örneğin iki belediyenin ya da iki beldenin bir araya gelip, ortak kullanacakları, su, elektrik, kanalizasyon ya da hastane gibi hizmetleri verecek tesisler için yatırım yapmaları ve bu tesisleri ortak işletmeleri bu tür bir birlik sayesinde mümkün olabilir.

<sup>34</sup> Bu tür hastanelere şöyle bir örnek verilebilir: Bir belediyenin, hisselerinin büyük çoğunluğunu elinde tutacağı bir limited şirket kurması ve daha sonra da, bu limited şirketin bir hastane açması ve işletmesi.

taşıyıcısı çoğunlukla dini kuruluşlar ve en başta da kiliselerdir. Bunun dışında diğer hayır ve yardımlaşma kurumları kamuya yararlı bağımsız hastaneler kurup işletebilir.<sup>35</sup> Kiliselere kendilerine tanınan anayasal haklardan dolayı, bu tür kamuya yararlı bağımsız hastaneler diğer hastaneler karşısında özel bir statüye sahiptir.<sup>36</sup> Yukarıda belirtilen kamu sektörünün taşıyıcısı olarak bulunduğu kamu hastanelerinden farklı olarak kamuya yararlı bağımsız hastaneler, adından da anlaşılacağı gibi organizasyon bakımından kamudan (devletten) bağımsızdır. Ayrıca özel hastanelerden farklı olarak vergi hukuku bakımından kâr sağlamayı hedef tutan bir kuruluş değildir.

Bu kategorideki hastanelerin kuruluşu esnasında finansmanı (yatırım finansmanı) taşıyıcı dini kurum veya hayır kurumu tarafından karşılanır. Bağışlar ve belirli şartlarda devletin yatırımlara sağladığı sübvansiyonlar da, bu tür hastanelere yatırım aşamasında sağlanan mali desteklerdendir.<sup>37</sup>Hastane kurulduktan sonraki finansman ise, hastalara sağlanan sağlık hizmetinin karşılığında sosyal sağlık sigortalarının ve özel sigortaların yaptığı ödemelerden ve ayrıca hastaların katkı paylarından sağlanmaktadır. Zira bu tür hastaneler sosyal sigorta sisteminde yer alan anlaşmalı hastaneler içinde yer almaktadır. Taşıyıcı kurumun gerekirse bu aşamada da, yani hastanenin sağlık hizmeti vermeye başlamasından sonra da, hastaneye mali destek vermesi mümkündür.

Alman sağlık sistemindeki üçüncü hastane kategorisini ise, özel hastaneler oluşturmaktadır. Bu hastanelerin taşıyıcısı gerçek kişiler olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişisi, örneğin limited, komandit veya kolektif şirket de olabilir.<sup>38</sup> Ayrıca dernek ve vakıfların hastane kurup işletmesine yasal bir engel yoktur. Alman sağlık sisteminde önemli bir yere sahip olan özel hastaneler de, yasal sigorta hastalarına sağlık hizmeti sunmaktadır. Az önce işaret edildiği gibi, özel hastaneler kamu ve kamuya yararlı bağımsız hastanelerden farklı olarak, kâr amacı güden kurumlardır. Bu nedenle özel hastaneler ticari işletme-ruhsat ("Gewerberecht") ve vergi hukuku bakımından kamu hastanelerinden farklı ticari işletme sayılır.

Üniversite hastaneleri ise genellikle kamu hastanesi kategorisine dahildir. Üniversite hastanesinin taşıyıcısı, eyaletler değil<sup>39</sup> ekseriyetle üniversite

<sup>35</sup> Örneğin katolik bir organizasyon olan Caritas, protestanların hayır kurumu olan Diakoni, Alman Kızılhaçı ("Deutsches Rotes Kreuz"), İşçi Hayır Kurumu ("Arbeiterwohlfahrts"), Yahudi Hayır Kurumu Merkez ("Zentrale der Wohlfahrtstelle der Juden") gibi kuruluşlar Alman sağlık sisteminde hastane taşıyıcısı sıfatıyla fonksiyon icra etmektedir.

<sup>36</sup> Bu statünün detayları hakkında bkz. **Huster/Kaltenborn/Heinig, Hans Michael/Schlütter, Bernd**, § 16B knr. 21 vd.

<sup>37</sup> **Huster/Kaltenborn /Heinig/Schlütter**, § 16B knr. 17.

<sup>38</sup> Her ne kadar kamu hukuku tüzel kişileri limited şirket veya diğer özel hukuk tüzel kişiliği çatısı altında örgütlenmiş bir hastane kurabilmeleri mümkün olsa da, bu hastaneler yine kamu hastaneleri kategorisine dahildir.

<sup>39</sup> Zira Alman hukuk sisteminde de üniversiteler kamu hukuku tüzel kişiliğini haiz, özerk kurumlar niteliğindedir. Bu nedenle üniversite hastaneleri (klinikleri), eyalete (federe devlete) değil, üniversiteye bağlıdır. Üniversitenin özerkliği, yani idari yapılanma bakımından eyalete bağlı olmayışının nedeni Alman AY m. 5 f. 3'de hükme bağlanan *sanat*,



tüzel kişiliğidir.<sup>40</sup>Ancak istisnaen Bochum ve Mannheim Üniversitelerinde olduğu gibi hastanenin taşıyıcısı büyük şehir belediyesi olabilir (yerel hastane limited şirketi). Giessen ve Marburg Üniversitelerinin taşıyıcısı ise, bu hastanelerin özelleştirilmesinden sonra bir anonim şirket olmuştur (% 95 hisse Rhön Klinikum AG'ye, % 5 hisse Hessen Eyaletine ait).

Almanya'da toplam 36 tıp fakültesine bağlı 33 üniversite hastanesi bulunmaktadır. Bu hastanelerin ana görevi eğitim ve araştırmaya katkı sağlamaktır.<sup>41</sup> Bu tür hastaneler sosyal sigorta sistemi içindeki tüm sigortalı hastalara, özel sigortalılara ve ücretini kendisi ödeyen hastalara (ücretli hasta) tıp ve sağlık hizmeti sunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaları özetlemek gerekirse, Alman sağlık sisteminde hastaneler, hastaneleri kurup işleten kimseler (hastanenin taşıyıcısı) bakımından üçe ayrılmaktadır: (1) Kamu hastaneleri (2) Kamuya yararlı bağımsız hastaneler (3) Özel hastaneler. 2007 yılı verilerine göre Almanya'da toplam 2139 hastane ve 520.000 yatak kapasitesi bulunmaktadır.<sup>42</sup> Bunun 818'i kamuya yararlı bağımsız hastane (yaklaşık 180.000 yatak kapasitesi), 751'i kamu hastanesi (270.000 yatak kapasitesi) ve 570'i (65.000 yatak kapasitesi) özel hastanedir.

## 5. Yatarak Tedavi-Ayakta Tedavi Ayırımı

Alman sosyal sağlık sigortası sisteminde, Türkiye'den farklı olarak hastanelerin sistemdeki ana görevi sadece *yatılı tedavi* uygulamalarıdır. Sigortalı hastanın *ayakta tedavisi* ("ambulante Behandlung") kural olarak *anlaşmalı hekimler* ("Vertragsarzt") ve diğer ayakta tedavi hizmeti sunan *tıbbi hizmet merkezi* ("medizinische Versorgungszentrum") veya hekimler tarafından yönetilen diğer sağlık kurumları tarafından yapılmaktadır (SY V § 95). Alman uygulamasında herhangi bir uzmanlığı bulunmayan (pratisyen) hekimler ile *genel tıp uzmanları* ("Allgemeinmediziner"), aile hekimi olarak tıbbi hizmet sunmaktadır. Ayakta tedavi hizmetinden yararlanmak isteyen sosyal sigortalı hasta, sigorta kartıyla dilediği *anlaşmalı*<sup>43</sup> *uzman hekime* ("Facharzt") ya da kendi aile hekimine müracaat edebilmektedir.

---

*bilim, araştırma ve öğretimin serbest olması* prensibinden kaynaklanmaktadır. Karş. **Gehrlein**, A22, 23.

<sup>40</sup> Türkiye'de enflasyon boyutlarına ulaşmakta olan üniversite kurma politikasının aksine Almanya'da toplam üç özel üniversite bulunmaktadır: International Psychoanalytic University Berlin, Universität Witten/Herdecke ve Jacobs Universität Bremen. Bu üniversitelerden sadece Witten/Herdecke Üniversitesinde Tıp Fakültesi mevcuttur.

<sup>41</sup> Bu fakültelerde yüksek öğrenim gören öğrenci sayısı yaklaşık 80.000 olup bu sayının % 60'ını bayan öğrenciler oluşturmaktadır. Bkz. **Huster/Kaltenborn /Möller, Gerhard**, § 16D knr. 4.

<sup>42</sup> **Huster/Kaltenborn/Heinig/Schlütter**, § 16B knr. 3. Bu konuda 2005 yılı verileri için bkz. **Huster/Kaltenborn/Friedrich, Ursula**, § 16A knr. 6.

<sup>43</sup> Anlaşmalı Hekimler Birliği ile Sağlık Sigortaları Birliği arasında kamu hukukuna dayanan bir anlaşma yapılır ve bu anlaşmaya istinaden, sigortalı hasta dilediği anlaşmalı hekime sigorta kartıyla muayene ve tedavi maksadıyla müracaat edebilir. Hekim ise sunduğu hizmetin karşılığını Sağlık Sigortaları Birliğinden alır.

Ayakta tedavi uygulayan hekim, hastayı muayene ettikten sonra, ayakta tedavinin tek başına yeterli olmayacağı; tedavi hedefine ancak hastanede ulaşılabileceği sonucuna varırsa, hastayı en yakın *ruhsatlı hastaneye* (“zugelassenes Krankenhaus”) sevk etmek durumundadır.<sup>44</sup> Kendisine hasta sevk edilen hastane de, yatılı tedavinin gerekli olduğu sonucuna ulaşırsa, hastanın hastanede yatılı tedavisine başlanır (SY V § 108).

Hastaneler ve hastanede görev yapan hekimler ancak istisnaen ve yanında öngörülen hallerde ve özel yetkiye dayanarak ayakta tedavi hizmeti sunulabilir. Hastanede ayakta tedavinin en önemli istisnası *acil durumlardır* (SY V § 76 f.1).

Ayrıca hastanede görev yapan uzman hekimlere, hastane taşıyıcısının izni ve talebi üzerine Ruhsat Komisyonu<sup>45</sup> tarafından ayakta tedavi yetkisi verilebilir. Bu yetkinin verilebilmesi için ise, sigortalılara ilgili hastane hekimlerinin özel bilgisi veya muayene ve tedavi yöntemleri olmaksızın, o bölgede yeterli ayakta tedavi hizmeti verilemiyor olması gerekir (SY V § 116). Söylediğimiz bu özel bilgi veya tedavi yöntemine, “hastanın sağlığına çok az zarar veren ya da yan etkileri minimum olan bir tedavi yönteminin bölgedeki hekimlerce yeterince uygulanamaması durumu” örnek gösterilebilir.<sup>46</sup>

Bunun dışında anlaşmalı uzman hekim açığı bulunan bazı uzmanlık dallarında, ayakta tedavi uygulanabilmesi için Ruhsat Komisyonu tarafından hastaneye izin verilebilir<sup>47</sup> (SY V § 116a).

Sayılanların dışında ayrıca üniversiteye bağlı klinikler ve enstitülerde de ayakta tedavi mümkündür. Üniversite hastanesinde ayakta tedavi için, talep üzerine Ruhsat Komisyonu’nun üniversiteyi yetkilendirmiş olması gerekir<sup>48</sup> (SY V § 117).

Ayrıca eyaletlere bağlı olan ve kendilerine ayakta tedavi yetkisi<sup>49</sup> verilmiş psikiyatri hastanelerinde de ayakta psikiyatrik ve psikoterapik tedavi imkanı vardır (SY V § 118). Bu servislerin ayakta tedavi sunduğu hastalar ise, hastalığın türü, ağırlığı ve süresi veya yakınlarında bu tedaviyi uygulayacak başka hekimin bulunmaması nedeniyle, sadece bu hastanede tedavi edilebilen kişilerdir.

Bazı “ender rastlanan veya hastalığın seyri nedeniyle”<sup>50</sup> sadece hastanelerde teşhis ve tedavi edilen hastalıklar ile tedavisi çok özel ihtisası<sup>51</sup> gerektiren

<sup>44</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Lutterbeck, Christian**, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2007, knr. 460, s. 157 (1. Aufl.).

<sup>45</sup> Ruhsat Komisyonu bir meslek encümeni niteliğini taşıyan ve toplam üye sayısı 6 olan bir yapılandırma. Üç üye, hekimleri, diğer üç üye ise, sağlık sigortalılarını temsilen görev yapar.

<sup>46</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, §79 knr. 65.

<sup>47</sup> Bu izin uzmanlık dalındaki açığın devam ettiği süreyle sınırlıdır.

<sup>48</sup> Buna göre üniversite enstitüleri ve kliniklerinde ayakta tedavi, ağırlıklı olarak araştırma ve öğrenim amacıyla ve araştırmanın gerektirdiği kapsamda uygulanır.

<sup>49</sup> Psikiyatri hastanelerine de yetki Ruhsat Komisyonu tarafından verilmektedir.

<sup>50</sup> Örneğin kanser hastalıklarının, AIDS, Verem, MS, Hemofili, ağır romatizmal hastalıkların teşhis ve tedavisi hastanede ayakta tedavi yöntemiyle gerçekleştirilir. Bkz. SY V § 116b f.3 Nr. 2.

hastalıklar da yine ayakta tedavi yöntemiyle hastanede tedavi edilebilir<sup>52</sup> (SY V § 116b f. 2, f.3).

## II. Hastanelerin Organizasyonu ve Tazminat Sorumluluğu

### 1. Hastanelerin İdari Yapılanmaları

Hastaneler kâr amacı güden alışlagelmiş bir ticari işletmeden farklı bir yapılanmaya sahiptir. Zira hastane faaliyetinin merkezinde, insanın *hukukça korunan değerlerinden* (“Rechtsgüter”) biri ve en önemlisi olan hayatı ve/veya sağlığı bulunmaktadır. Hayatın devamı, sağlığın korunması ya da yeniden kazanılmasına yönelik olan bu sağlık hizmetinin en *optimal* ve *efektif* hale getirilmesi, sağlık sisteminde hastaneye yüklenen görevin gereğidir. Bu nedenle hastanede hastanın teşhis ve/veya tedavisinin hastalığın türü, seyri ve ağırlığı da gözönünde tutularak kısa sürede ve ekonomik bir şekilde, hasta sağlığına ve vücut bütünlüğüne zarar vermeden gerçekleştirilmesine imkan sağlayan bir organizasyon (idari yapı) kurulması ve bunun etkin metotlarla denetlenmesi gerekir. Hastanede hastalara sunulan hizmetlerin çok çeşitli<sup>53</sup>, geniş kapsamlı ve sürekli olması gibi faktörler de hastane organizasyonunun alışılmış ticari işletmelerin organizasyonundan farklı olmasına neden olmaktadır.

Alman sağlık sisteminde hastane yönetimi, hastane faaliyetinin planlanması, organizasyonu, yürütülmesi ve bu faaliyetin denetlenmesine yönelik işleri mevzuat ve hastane taşıyıcısının aldığı kararlar çerçevesinde icra etmekle görevlidir. Hastane yönetimi birbiriyle koordineli çalışan üç direktörlükten oluşmaktadır.<sup>54</sup> Bunlar: (1) Tıbbi direktörlük (“aerztlicher Direktor”) (2) Bakım hizmetleri direktörlüğü (“pflegerischer Direktor”) (3) İdare ve işletme direktörlüğüdür (“Verwaltungs- und Betriebsdirektor”).

#### a) Tıbbi (Hekimsel) Direktörlük ve Personeli

Bu birimin başında *tıbbi direktör* (ärztlicher Direktor) bulunmaktadır. Hastanenin tıbbi direktörü genellikle şef hekim sıfatını taşıyan bir kişidir. Üniversite hastanelerinde tıbbi direktörün profesör ünvanı taşıyan bir hekim olması zorunludur. Hastanede her bölümün (=ünite=“Abteilung”) başında ise,

---

<sup>51</sup> Kanser hastaları için bilgisayarlı tomografi ve MRT destekli ağrı tedavisi veya prostat kanseri olan hastalar için brachyiterapi (özel bir radyo terapisi). Bkz. SY V § 116b f.3 Nr. 1.

<sup>52</sup> Bu tür tedavileri uygulayan hastaneler ile sosyal sigorta kurumları anlaşma yapmakta ve sigortalı hastaların sigorta kartlarıyla, *ihisaslaşmış* hastanelerde tedavisi sağlanmaktadır. Bkz. **Wenzel-FAMDizinR/Lutterbeck**, knr. 465, s. 158 (1. Aufl.).

<sup>53</sup> Hastaneler genel olarak dört alanda hizmet veren kurumlardır: (1) Bakım hizmetleri: Hastanın yatırılması, temel ve tıbbi bakımının yapılması gibi hizmetleri kapsar (2) Tedavi hizmeti: Hastalığın teşhisi, tedavisi hizmetlerini kapsar (3) Sağlayıcı hizmet: Teknik ve lojistik hizmetlerin sağlanması işlevidir (4) İdari alan: İşletmecilik faaliyetini kapsar. **Pflüger, Frank**, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, Berlin, Heidelberg vs. 2002, s. 10.

<sup>54</sup> **Pflüger**, s. 14; **Genzel, Herbert/Siess, Martin A.**, Aerztliche Leitung und Organisationsstrukturen im modernen Krankenhaus, MedR 1999 s. 6 vd.

bölüm şefi olan uzman bir hekim, başka bir ifadeyle şef hekim (“Chefarzt”)<sup>55</sup> bulunmaktadır. Kliniklerde ayrıca bu *şef hekim*in denetim ve gözetiminde çalışan bir veya birden fazla *başhekim*<sup>56</sup> (“Oberarzt”) bulunur. Ancak bu gözetim ve denetim, uzman hekimin asistan hekim karşısındaki denetim ve gözetimi kadar kapsamlı olmayıp, genel nitelikli bir üst gözetimdir. Bu itibarla başhekimler şef hekimden bağımsız teşhis ve tedavi uygularlar.

Yetki bakımından başhekimleri ticaret hukukunda ticarî mümessile benzetmek mümkündür. Zira başhekimler, şef hekimi temsil ederler ve onun sahip olduğu geniş yetkilere sahiptirler. Ancak şef hekimler, hiyerarşik bakımdan başhekimlere göre daha üst pozisyonadadır. Başhekimler kendi sorumlulukları altında hasta teşhis ve tedavisini gerçekleştirirler. Başhekimler bu faaliyetleri, klinisyen hekimler (“Stationsarzt”) ile birlikte yürütürler. Klinisyen hekimler uzman hekimler olabileceği gibi, henüz uzmanlık eğitimi alan asistan hekimler<sup>57</sup>(“Assistenzarzt”) de olabilir. Klinisyen hekimler başhekimin üst sorumluluğuna ve denetimine tabi olarak hasta teşhisi ve tedavisini yaptıklarından, başhekimin klinisyenlere talimat verme yetkisi vardır. Asistan doktorların uzmanlık eğitimi geçirdiği süre, bilgi ve tecrübesi göz önünde tutulmak şartıyla tek başına hastanın teşhis ve tedavisi için görevlendirilebilirler.<sup>58</sup>

#### **b) Bakım (Bakıcılık) Hizmetleri Direktörlüğü ve Personeli**

Bu direktörlükte ise, *bakıcılık hizmetleri yöneticisi* (“Pflegerdienstleiter”) hiyerarşik açıdan en üst pozisyonadadır. Bu direktörlüğün başlıca görevi, hastabakıcılık hizmeti veren personelin görevlerinin planlanması (ör. nöbet ve görev planı hazırlamak), icra edilmesi ve denetimini koordine etmek, hemşire ve hastabakıcıların eğitimi ve mesleki gelişimi sağlamaktır<sup>59</sup> Hemşireler, hastabakıcılar, hastabakıcılık eğitimi alan öğrenciler ve diğer yardımcı personel bu birime bağlı olarak çalışmaktadır.

Bakım hizmetleri direktörü hekimlerin talimatlarının yerine getirilmesinden sorumludur ve kendi personeline talimat verebilir.<sup>60</sup> Tıbbi bakım hizmetlerinin yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan personele devredilmesi durumunda, görev dağılımını koordine eden direktörün sorumluluğu gündeme gelebilir.<sup>61</sup> Son yıllarda bakım hizmetlerinin giderek, yoğun bakım, ameliyat-

<sup>55</sup> Almancada *Chefarzt* olarak ifade edilen “şef hekim” kelimesi aynı zamanda *leitender Abteilungsarzt* olarak ifade edilen “yönetici klinik hekimi” anlamında da kullanılmaktadır.

<sup>56</sup> Burada *başhekim* kavramı Türkiye’dekinden farklı bir anlamda kullanılmaktadır: Alman uygulamasında başhekim kavramı kliniklerde başka bir hekimin talimat ve denetiminden bağımsız olarak teşhis ve tedavi uygulayan, ancak yetkisi ve pozisyonu şef hekiminkinden daha düşük olan ve genellikle uzmanlığını tamamlamış ya da uzmanlık eğitimi ilerlemiş hekimleri ifade etmektedir. Bu itibarla, Türkiye’deki *başhekimlik kurumu* görev ve yetki bakımından, Almanya’daki *tıbbi direktörlük kurumuna* karşılık gelmektedir.

<sup>57</sup> Uzmanlık eğitimi başhekimler tarafından verilir ve denetlenir.

<sup>58</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Hörle/Steinmeister**, knr. 5 s. 1351.

<sup>59</sup> Karş. **Pflüger**, s. 16.

<sup>60</sup> **Pflüger**, s. 19.

<sup>61</sup> **Pflüger**, s. 19.

hane, psikiyatri, onkoloji, pediatri gibi alanlarda uzmanlaşmış hemşire ve hastabakıcılar tarafından yerine getirilmeye başlandığını görmekteyiz.<sup>62</sup> Bunun dışında ebe ve doğum yardımı uygulayan personel de bakım hizmetleri personeli sayılabilir.<sup>63</sup>

### c) İdare ve İşletme Direktörlüğü

İdare ve işletme direktörlüğü ise, hastanenin işletmesel yönetim ve denetimini koordine etmekle görevlidir. Bu bağlamda özellikle hastane için gerekli tıbbi, teknik ve diğer malzeme ve teçhizatın alınımı, işletme içindeki lojistik, personel işlemlerini ve muhasebe işlerini organize ederek, denetimini sağlar.<sup>64</sup>

Yukarıda bahsettiğimiz üç direktörlük içinde tıbbi direktör *primus inter pares* (eşitler arasında birinci) sıfatıyla hastanedeki bütün tıbbi ve bakıcılık hizmetlerinin gözetim ve kontrolünü yapar.<sup>65</sup> Tıbbi (hekimsel) direktör hastanenin bir nevi tıbbi koordinatörüdür.<sup>66</sup> Özellikle tıbbi ve tıbbi-teknik hizmetlerinin ve diğer bakım hizmetlerinin uyum içinde çalışmasını koordine etmek, bu bölümlerin *üst denetimini* yapmak, hasta kabul ve hastaya ilişkin kayıt ve dokümanların düzgün tutulmasını sağlamak, hastanede hijyenin temini, hastane hizmetlerinin kalite kontrolü, sağlık personelinin denetimi gibi işlevler tıbbi direktör tarafından yerine getirilir.<sup>67</sup>

Bu üçlü hastane yönetimi biriminin yasal dayanağını eyalet hastane yasaları oluşturmaktadır. Hastanelerin, bu eyalet yasalarındaki ilgili hükümleri baz almak suretiyle *hastane iç hizmet tüzükleri* çıkarmaları ve bu tüzüklerde idari birimler içerisindeki yetki ve görev dağılımını daha detaylı düzenlemeleri mümkündür. Ayrıca hastane taşıyıcısı ve direktörlüklerin de bu konuda somut düzenlemeler yapabilmesi mümkündür. Tıbbi direktörler hekimlerin veya hekimlerden oluşan bir encümenin teklifi üzerine hastane taşıyıcısı tarafından seçilir.<sup>68</sup>

## 2. Hasta-Hastane ve Sağlık Sigortası İlişkisi

Hastanede hizmet alan hasta, hastane ve sağlık sigortası arasında üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Bu bağlamda hastanenin özel, kamu ya da kamuya yararlı bağımsız bir hastane olması önem arz etmeksizin, hasta ile hastanenin taşıyıcısı arasında özel hukuka dayanan ve konusu teşhis ve/veya tedavi olan bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır (Alman Medeni Kanunu § 611 vd.). Bu ilişkinin hukuksal bakımdan kapsam ve içeriğine aşağıda değinilecektir. Buna karşılık hasta ile sağlık sigortası arasında ise, temelini sosyal hukukun oluşturduğu bir kamu hukuku (sigorta) ilişkisi kurulmaktadır (SY § 2, 11, 27, 39).

<sup>62</sup> Pflüger, s. 19.

<sup>63</sup> Pflüger, s. 19.

<sup>64</sup> Pflüger, s. 16; Genzel/Siess, MedR 1999 s. 6.

<sup>65</sup> Pflüger, s. 15; Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 85 knr. 25; Genzel/Siess, MedR 1999 s. 6.

<sup>66</sup> Genzel/Siess, MedR 1999 s. 7.

<sup>67</sup> Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 85 knr. 25.

<sup>68</sup> Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 85 knr. 26.

Diğer yandan hastane ile sağlık sigortası arasında, hastaya sağlık hizmeti sunulması ve bu hizmetin bedelinin tahsilini konu olan ve kamu hukukuna dayanan bir başka ilişki doğmaktadır. Bu ilişki sağlık sigortası kurumlarının sigorta hastalarının hizmetlerden yararlanması için hastanelerle yaptığı toplu sözleşmeler neticesinde kurulmaktadır.

### 3. Hastane Hizmetlerinin Bölünebilmesi Sorunu

20. yüzyılın başlarına kadar “teşhis ve tedavi için hastaneye müracaat eden hastanın sadece hastaneyle sözleşme ilişkisine girdiği” görüşü yaygın olarak savunulmuştur.<sup>69</sup> Bu sözleşmede hastanenin edimi, hastayı yedirmeyi, ona barınma ile tıbbi bakım hizmetleri sunma ve gerekli tıbbi müdahaleyi yapmaktır. Ancak tarihi süreç içinde Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin (“Reichsgericht”) 1936 senesinde vermiş olduğu bir kararda, “sadece hasta ve hastane arasında bir hastane sözleşmesinin mi (tam hastane sözleşmesi), yoksa ayrıca hasta ile tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekim arasında da ayrı bir sözleşmenin kurulup kurulmadığının (bölünmüş hastane sözleşmesi) her somut olayda belirlenmesi gerektiğine” hükmedilmiştir.<sup>70</sup> Buna göre taraflar sözleşmeyle aksini açıkça kararlaştırmamışlarsa, aralarındaki ilişki tam hastaneye kabul sözleşmesidir.<sup>71</sup> 1973 yılında Bakıcılık Hizmetleri Ücret Yasası’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, hastane ve hekimin hasta karşısında birlikte yükümlü ve sorumlu olacağı görüşü baskınlık kazanmış<sup>72</sup> ve Federal Yüksek Mahkeme<sup>73</sup> de bu görüşü bir kararda açıkça benimsemiştir.

Hastane Ücret Yasası (KHEntG) § 17 f. 1 ve 2’ye göre hasta, tedaviye başlanmadan önce yazılı sözleşmeyle hastane edimlerinin bölünebileceğini ve bu edimlerin hastane çalışanları veya hastane dışından kişiler<sup>74</sup> tarafından ifa edilip, ayrıca faturalandırılacağını kararlaştırabilir. Bu hükümden de açıkça anlaşıldığı gibi, belirli şartlarda hasta, hastane edimlerinin hastane ve diğer sağlık hizmeti sunan kişiler arasında bölünerek ayrı ifa edilebilmesini talep edebilir. Bu seçimlik hak sözleşme serbestisi prensibinin bir gereğidir. Seçimlik hak olarak ilave bir doktorun tıbbi hizmet vermesi arzulanıyorsa ve bu yazılı olarak kararlaştırılmışsa, bu durumda *hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane kabul sözleşmesi* sözkonusu olur.<sup>75</sup> Bu sözleşmede, hastaya standart hastane hizmetlerinin yanı sıra, başka bir hekimin tıbbi hizmet sunması gerekir. Sözkonusu hekim ise genelde *yönetici şef hekimdir* (“leitender Chefarzt”). Sözleşmeyle kararlaştırılan ilave edimin karşılığı olan ücret, uygulamada özel si-

<sup>69</sup> **Bergmann, Karl Otto/Herkenhoff, Michael/Kienzle, Hans-Friedrich/Wever, Carolin Christin**, Krankenhaushaftung, (Herausgeber: Bergmann/Kienzle), 3. Aufl. Düsseldorf 2010, s. 5.

<sup>70</sup> RG, JW 1936, 3182.

<sup>71</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 5.

<sup>72</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 5.

<sup>73</sup> BGH, MedR 1986, 137.

<sup>74</sup> Bu kişilerden anlaşılması gereken hekimler ve diğer sağlık hizmeti sunan kimselerdir.

<sup>75</sup> Karş. **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 88 knr. 2.

gortalı hastadan<sup>76</sup> veya yasal sigortanın yanısıra ek bir sağlık sigortası yapılmışsa, bu sigorta kuruluşundan alınmaktadır.<sup>77</sup>

#### 4. Hastane Sözleşmesinin (Hastaneye Kabul Sözleşmesinin) Türleri

Hasta ile hastane arasında konusu hastanın teşhis ve/veya yatılı tedavisi olan sözleşme ilişkisinin hukuki açıdan niteliği, hastanenin sorumluluğunun türü ve kapsamını belirleme bakımından merkezi öneme sahiptir. Ayrıca tek başına veya hastane ile birlikte, tıbbi uygulamayı gerçekleştiren hekimin veya tıbbi ve teknik personelin, bakım hizmetleri personelinin sorumlu olup olmayacağı, sorumluluğun dayanağı ve mahiyeti gibi soruların cevabı da yine hasta ile hastane arasında kurulan sözleşmenin türü ve kapsamıyla doğrudan ilgilidir. Bu itibarla öncelikle hasta ile hastane arasında kurulan sözleşmenin içeriğini, daha sonrada uygulamada karşılaşılan çeşitli türlerini ve niteliklerini belirlemek faydalı olacaktır.

Hastanenin hasta karşısındaki sorumluluğu, genel olarak hastaya uygulanan tıbbi müdahalenin, hastanın yatarak veya ayakta tedavi esnasında olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir. Bu çalışmada esas itibarıyla, yatarak tedavi hizmeti alan hasta karşısındaki hastanenin tazminat sorumluluğu incelenecektir. Ayrıca hastane hizmetlerinin kimin tarafından verildiği, tazminat sorumluluğu bakımından son derece önemlidir. Aşağıda hastaneye kabul sözleşmesinin türleri ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

##### a) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

###### aa) Genel Olarak

Terminolojik olarak *hastaneye kabul sözleşmesi*<sup>78</sup> ve *hastane sözleşmesi*<sup>79</sup> aynı şeyi ifade etmektedir. Yasal (zorunlu) sağlık sigortası hastaları kural olarak hastaneyle *tam hastane sözleşmesi*<sup>80</sup> yaparlar.<sup>81</sup> Ancak istisnai durumlarda zorunlu sağlık sigortası hastaları da hastane hizmetlerinin bölünecek, hastaneyle beraber başka kişi veya kurumlar tarafından ifa edilmesini talep edebilirler.<sup>82</sup> Tam hastaneye kabul sözleşmesinde sözleşmenin tarafları hastanede yatarak tedavi hizmeti alan hasta ve hastanenin taşıyıcısıdır. Bu çalışma kapsamında hastane ve hastane taşıyıcısı eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla hastane teriminin geçtiği yerlerde, aslında hastanenin arkasındaki taşıyıcının (hastanenin sahibinin=işletmecisinin) anlaşılması gerekir.

<sup>76</sup> Özel sigortalı hasta, ödediği bu meblağı faturayı ibraz etmek suretiyle kendi sigortasından tahsil etmektedir.

<sup>77</sup> Karş. **Quaas/Zuck**, § 13 knr. 11.

<sup>78</sup> Bu terim Almandada *Krankenaufnahmevertrag* şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>79</sup> Bu terim Almandada *Krankenvertrag* ya da *Krankenbehandlungsvertrag* olarak ifade edilmektedir.

<sup>80</sup> Bu terim Almandada *totaler Krankenvertrag* şeklinde ifade edilmektedir.

<sup>81</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 9; **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 714 s. 465; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 6; **Büsken, Reiner/Klüglich, Gabriele**, Die Krankenhausbehandlung: Haftungssystem und innerbetrieblicher Schdensausgleich, VersR 1994, 1141, 1142; **Pflüger**, s. 27.

<sup>82</sup> Bkz. yukarıda 'Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastane Sözleşmesi'.

Tam hastane sözleşmesinde, tıbbi uygulamayı yapan hekim (ve diğer personel) ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi doğmaz.<sup>83</sup> Hasta buna rağmen, hatalı tıbbi uygulama neticesinde doğan zararların tazminini, kusur ve diğer şartların varlığı halinde, haksız fiil hükümlerince, tıbbi uygulamayı tatbik eden hekimden talep edebilir (Alman MK § 823 vd.).

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanın hastalığının türü, ağırlığı ve seyrine göre, yatarak tedavi için gerekli olan tüm tıbbi, tıbbi-teknik hizmetler, bakıcılık hizmetleri ve yardımcı personelin sunduğu hizmetlerin ifası, hastane (=hastanenin taşıyıcısı) tarafından tek bir paket halinde taahhüt edilir<sup>84</sup> ve ilgili personel tarafından yerine getirilir. Hekimler başta olmak üzere sözkonusu edimleri ifa eden bu kimseler, Alman MK § 278 gereğince hastane taşıyıcısının ifa yardımcıları konumundadır.<sup>85</sup> Uygulamada hastanenin sunduğu somut hizmetlere bakıldığında<sup>86</sup> bunların hastanın teşhis ve tedavisine yönelik hekimsel hizmetler, hemşire ve hastabakıcılar tarafından sunulan tıbbi ve bakıcılık hizmetleri, hastanın barındırılması, yedirilip içirilmesi gibi hizmetler olduğunu görmekteyiz. Bu itibarla hasta ile hastane arasındaki sözleşme ilişkisinin *hizmet, satım, kira ve eser sözleşmesinin* unsurlarını bünyesinde barındıran bir karma sözleşme olduğu söylenebilir. Doktrin<sup>87</sup> ve yargısal içtihatlarda<sup>88</sup> savunulan ve kanaatimizce çok isabetli olan görüşe göre, hasta ile hastane arasındaki sözleşme ilişkisinde “hekimsel teşhis ve tedavi” sözleşmenin *en belirleyici edimi* olup, diğer hizmetler bu edimi kolaylaştırıcı ya da destekleyici nitelikte olduğundan, taraflar arasındaki sözleşmenin Alman MK § 611 vd. anlamında *nitelikli hizmet sözleşmesi* olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> Karş. **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 9; **Gaidzik, Peter/Weimer, Tobias**, Krankenhausrecht (Hsgb: Huster/Kaltenborn), §13 knr. 13; **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel, Frank**, knr. 714 s. 465; **Martis, Rüdiger/Winkhart, Martina**, Arzthaftungsrecht, 3. Aufl. Köln 2010, K132; BGH, NJW 1998, 1778; BGH, NJW 2005, 2069, 2071.

<sup>84</sup> Karş. **Martis/Winkhart**, K132; **Gehrlein**, A20, 21; **Quaas/Zuck**, § 13 knr. 10; **Demir, Mehmet**, Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 157; OLG Brandenburg NJW-RR 2003, 1383, 1384.

<sup>85</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 9; **Gehrlein**, A22; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s.7; **Büsken/Klüglich**, VersR 1994, 1141; BGH, NJW 1998, 1778; NJW 1985, 2189.

<sup>86</sup> Alman mevzuatında hastane hizmetleri Hastane Ücret Yasası (KHEntG) § 2 f. 2’de ve Sosyal Yasa V (SGB V) § 39 f. 1’de tanımlanmıştır.

<sup>87</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 9; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s.7; **Martis/Winkhart**, K133; **Gehrlein**, A21, 21a, 22; **Büsken/Klüglich**, VersR 1994, 1141.

<sup>88</sup> BGH, NJW 1980, 1452, 1453; NJW 1989, 1538; NJW 2005 , 2069, 2071; OLG Karlsruhe, VersR 1996, 62.

<sup>89</sup> Doktrinde hastaneye kabul sözleşmesinin hastane ile sağlık sigortası kurumu arasında akdedilen ve hasta lehine (üçüncü kişi lehine) bir sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılmaktadır. Ancak bu tartışmanın pratikte fazla bir önemi yoktur. Zira her iki durumda da; yani hasta ile hastane arasında hastane sözleşmesi ve hasta lehine sözleşme (Alman MK § 328) durumunda, hastanenin hasta karşısında sözleşmenin ihlali hükümlerince tazminat sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Karş. **Wenzel-**



Hastane kabul sözleşmesinin yazılı yapılması zorunluluğu yoktur, bu yüzden hastane sözleşmesi hastanın hastaneye müracaatı ile zımni olarak kurulabilir.<sup>90</sup> Hastane, hastanede yatarak tedavinin tıbbi açıdan gerekli olduğu durumlarda, kendiliğinden veya başka bir hekimin sevkı üzerine gelen hasta ile sözleşme yapmak mecburiyetindedir.<sup>91</sup> Hastanenin özellikle yasal sağlık sigortaları hastalarını kabul mecburiyeti vardır. Bu mecburiyet, sosyal hukukça hastanelere yüklenen teşhis ve tedavi görevinden kaynaklanmaktadır<sup>92</sup> (SY V § 108, 109). Ancak hasta kabul mecburiyetinde bazı istisnalar söz konusu olabilir: Hastanede sunulacak tıbbi, teknik ve bakım hizmetinin niteliği, hijyenik ortam ve hastane kapasitesi gibi objektif kriterlerden dolayı hastane gelen hastayı kabul etmeyebilir. Bu konuda eyaletlerin hastane hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerinde daha somut kriterler öngörülmüştür.<sup>93</sup> Acil durumlar hastaneye alınmada öncelik sağlayan kıstasların başında gelmektedir.

Hastanedeki tıbbi uygulamaya rıza veremeyecek kadar küçük olan hastanın yerine velisi rıza verebilir. Bilinci kapalı durumda hastaneye getirilen hastanın rızası ise sonradan alınabilir. Hastanın bilincinin açılmasının beklenilmesinde zararlı neticelerin ortaya çıkması muhtemel olan durumlarda, örneğin rıza olmadan hastaya müdahale edildiği acil vakalarda ise, hasta ile hastane arasında *vekaletsiz işgörmeye* hükümlerine göre (Alman MK § 677 vd.) bir sözleşme ilişkisi kurulduğu kabul edilir.<sup>94</sup> Vekaletsiz işgörmeye durumunda, işgören vekaletsiz olarak üstlendiği bu işi, işsahibinin karşı karşıya kaldığı zarar tehlikesini gidermek amacıyla yapmışsa, iş sahibine karşı sadece kendi *kasıt ve ağır ihmalden* sorumlu olur. Hekimlik faaliyetinin niteliği gereği, bu hükmün acil vakalarda hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğuna uygulanma imkanı yoktur. Zira sorumluluğun azaltılmasına yönelik hekime tanınan bu ayrıcalık, hekimlik mesleği ile bağdaşmaz.<sup>95</sup> Buna karşılık, acil durumun özelliklerine göre, hekimin özen yükümlülüğünün ölçüsünün, normal bir olaydaki ölçüden daha esnek olabileceği kabul edilebilir.<sup>96</sup> Zira hekim acil vakalarda hızlı düşünüp, çabuk karar vererek tıbbi müdahalede bulunmak zorundadır. Acil vakalarda zamana karşı yarışan hekimden normal vakalardaki özen ölçüsünü beklemek, hayatın olağan akışına ve hakkaniyete aykırıdır. Ayrıca böyle bir durumda, pekçok hastane ve kliniğin acil servis hizmeti sunmaktan imtina etmek isteyeceği de ihtimal dahilindedir.

Hastane kabul sözleşmesinde sosyal sigorta hastasının teşhis ve tedaviyi uygulayacak hekimi belirleme yetkisi olmayıp, bu tamamen hastanenin iç or-

---

**FAMedizinR/Wenzel, Frank** knr. 714 s. 465; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s.7; **Büsken/Klüglich**, VersR 1994, 1141, 1142.

<sup>90</sup> **Quaas/Zuck**, § 13 knr. 11.

<sup>91</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 17; **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel, Frank** knr. 713 s. 465; BGH, NJW 1990, 761, 762 vd.

<sup>92</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 17.

<sup>93</sup> Eyalet bazındaki bu tür düzenlemeler için bkz. **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 17 dipnot 25.

<sup>94</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel, Frank** knr. 713 s. 465; **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 7.

<sup>95</sup> **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 7.

<sup>96</sup> **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 7.

ganizasyonu ile ilgili bir durumdur.<sup>97</sup> Buna karşılık hastane, sunduğu hastane hizmetlerinin karşılığında Hastane Hizmetleri Mevzuatında belirlenen tarifelere göre ücret almaya hak kazanır. Tedaviyi uygulayan hekimin ayrıca bir ücret talep etme hakkı yoktur. Hizmetin karşılığı doğrudan sigorta kurumu tarafından karşılanır. Bunun dışında hasta da hastanede kaldığı her gece için belirli bir katkı payı ödemek durumundadır.<sup>98</sup> Aynı şekilde yasal sağlık sigortası tarafından karşılanmayan bazı hastane hizmetlerinin bedelini, yine hasta kendisi karşılamak zorundadır.

### **bb) Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesinde Sorumluluk**

#### **aaa) Sözleşmeden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu**

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları hastane taşıyıcısı ve hasta olduğundan, hasta hastane hizmetlerinin ifası sırasında herhangi bir zarara uğramışsa hastane taşıyıcısı, *sözleşmenin pozitif ihlali* hükümlerince (“pozitive Vertragsverletzung”), yani hizmet sözleşmesiyle yüklenilen edimlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararı tazminle yükümlüdür<sup>99</sup> (Alman MK § 280 ve § 253 f. 2). Burada yükümlülük ihlali yapan personelin, hekim, tıbbi, teknik, bakıcılık ya da diğer yardımcı personel olması önem arz etmez. Personelin kusurlu davranışı hastaneye isnad edilebildiği müddetçe, hastane ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır.<sup>100</sup> Tıbbi ve teknik personelin faaliyetleri sırasında ortaya çıkan özensiz ya da hatalı davranışlar, teknik veya tıbbi cihazların çalışmaması veya hastane içindeki genel organizasyon ve koordinasyon eksiklikleri gibi durumlar prensip olarak hastanenin sorumluluk alanı içinde yer alır.<sup>101</sup>

Buna karşılık hastanede çalışan ve hastaya sunduğu hizmetin karşılığında fatura düzenleme yetkisi olmayan, yani hastaneye bağımlı olarak çalışan hekimler ve diğer tıbbi, teknik ve bakıcılık hizmeti personeli, tam hastane sözleşmesinde hastanenin ifa yardımcısı sıfatıyla görev yaparlar (Alman MK § 278). Bu itibarla bu kimselerin kusurlu eylem ve davranışlarından dolayı hastanın sağlığında veya vücut bütünlüğünde bir zarar ortaya çıkmışsa, hastane ifa yardımcısı kullananın sorumluluğu hükümlerince bundan sorumlu olacaktır (Alman MK § 278). Tam hastaneye kabul sözleşmesinde sorumluluğun asıl kaynağını, sözleşmenin ana edimini oluşturan ve hastanın teşhis ve/veya tedavisine yönelik tıbbi uygulama (“aerztliche Behandlung”) teşkil etmektedir.

Hastane sözleşmesi çerçevesinde hekimin borcu, hastanın iyileştirilmesi yönünde bir netice değil, tıp biliminin ulaştığı standartlarda ve *tıp sanatının kurallarına* uygun (lex artis) teşhis veya tedaviye yönelik özenli bir tıbbi uygulamayı gerçekleştirmek<sup>102</sup> ve hastaya otonomi ve güvenlik aydınlatması

<sup>97</sup> Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 89 knr. 9; Pflüger, s. 27.

<sup>98</sup> Bunun dışında sağlık sigortası tarafından ödenmeyen bazı hizmetlerin bedeli de bizzat hasta tarafından karşılanmak zorundadır.

<sup>99</sup> Karş. Wenzel-FAMedizinR/Wenzel, Frank knr. 727, s. 468; Gehrlein, A20; Pflüger, s. 21.

<sup>100</sup> Wenzel-FAMedizinR/Wenzel, knr. 727, s. 468. Karş. Gehrlein, A27.

<sup>101</sup> Gehrlein, A27.

<sup>102</sup> Karş. Gaidzik/Weimer, §13 knr. 1.

yapmaktır.<sup>103</sup> Bu standartlar ve kurallara uygun, özenli bir tıbbi uygulamaya rağmen hastanın sağlığında veya vücut bütünlüğünde bir zarar meydana gelmişse, hekim ve dolayısıyla hastane bundan sorumlu olmayacaktır. <sup>104</sup>Zira hastanın vücut bütünlüğü ve sağlığında meydana gelen bu zararlar, onun psikolojik ve fiziksel durumu başta olmak üzere, hekimin ve hastanenin hakimiyet alanı dışındaki pekçok faktöre bağlıdır.

### **bbb) Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu**

Diğer taraftan hastanenin, hastaya karşı kendi kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarından dolayı haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilir (Alman MK § 823 vd.). Özellikle hastanın, organizasyon eksikliklerinden kaynaklanan sağlığında veya vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlar, hastanenin doğrudan haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>105</sup> Aşağıda da değinilecek olan hastanenin organizasyon yükümlülüğünün içine, karakter ve mesleki açıdan yetkin tıbbi, teknik ve yardımcı personelin işe alınması, denetlenmesi, talimat verilmesi ve bunların meslek içi eğitimlerle daha iyi yetişmesini sağlamak gibi çeşitli ödevler girmektedir.<sup>106</sup> Buna karşılık tam hastane sözleşmesinde hastane, personelinin (hekimlerin ve diğer tıbbi, teknik ve bakıcılık hizmetleri personelinin) haksız eylem ve kusurlu davranışları sonucunda hastada meydana gelen maddi ve manevi zarardan dolayı ise adam çalıştırının (istihdam edenin) sorumluluğu gereği (Alman MK § 831) sorumlu olacaktır.<sup>107</sup>

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da, hastanenin personelin seçiminde, denetlemesinde ve talimat verilmesinde gereken özeni gösterdiğini ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulur. Kusurlu davranışıyla hastanın zararına sebep olan hekim, bakıcılık hizmeti icra eden hemşire ve diğer teknik personel<sup>108</sup> ise, hasta karşısında haksız fiil hükümleri gereğince şahsen sorumlu olur<sup>109</sup>(Alman MK § 823 vd.).

Sağlığında, vücut bütünlüğü ve hayat değerlerinde meydana gelen maddi ve manevi zarardan dolayı hasta, Alman hukukuna göre hem sözleşmenin ihlali hükümlerinden hareketle hem de haksız fiil sorumluluğu gereğince, hastane-

<sup>103</sup> **Temel, Erhan**, Alman Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2008), Sempozyum Kitabı Ankara 2009 s. 231 vd.

<sup>104</sup> Hekimin sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Koyuncu, Adem**, Das System der zivilrechtlichen Arzthaftung in Deutschland, Der Medizinische Behandlungsfehler (Hrsg. Henning Rosenau/Hakan Hakeri), Baden Baden 2008, s. 11 vd.

<sup>105</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 20; **Büsken/Klüglich**, VersR 1994, 1141, 1144.

<sup>106</sup> **Büsken/Klüglich**, VersR. 1994, 1141, 1144. Karş. **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 101 knr. 31 vd.

<sup>107</sup> **Laufs/Kern/ Laufs/Kern**, §104 knr. 1; **Martis/Winkhart**, K138; OLG Brandenburg, NJW-RR 2003, 1383, 1384; BGH, NJW 1959, 2302, 2303; NJW 1988, 2298, 2300.

<sup>108</sup> Çalışmanın kapsamını genişletmemek için işbölümü ve görev dağılımı durumunda tıbbi hizmet verenlerin kendi aralarında ve dışı karşı sorumlulukları konularına girilmeyecektir. Zira bu konu bağımsız bir inceleme konusu olacak nitelikte ve genişliktedir.

<sup>109</sup> Karş. **Martis/Winkhart**, K144.

den zararının tazminini talep edebilir. Her iki tazminat talebinin de şartları ve ispat yükü ve zamanaşımı süreleri aynıdır. Burada *taleplerin yarışması* gündeme gelmektedir. Gerek sözleşmeye ve gerekse haksız fiile dayanan tazminat davalarında, zarar gören hasta aşağıdaki şartların somut olayda mevcut olduğunu ispatlamak<sup>110</sup> zorundadır:

(1) Hastanenin (hekimlerin ve diğer hastane personelinin) sözleşmeye veya hukuka aykırı eylem veya davranışı

(2) Hastanın sağlık, vücut bütünlüğü, yaşam gibi hukukça korunun değerlerinde meydana gelen zarar (maddi ve/veya manevi)

(3) Sözleşmeye veya hukuka aykırı eylem/davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı

(4) Hastanenin (hekimin/hastane personelinin) kusuru

(5) Zarar verici eylem ve davranışların hastaneye isnad edilebilir olması ("objektive Zurechenbarkeit").

Alman uygulamasında son yıllarda, hekime yönelik tazminat taleplerinin gün geçtikçe arttığı ve mesleki mesuliyet sigortalarının mahkeme dışı uzlaşma yoluyla bu haklı talepleri kısmen veya tamamen tazmin ettiği görülmektedir.<sup>111</sup>Buna karşılık "tıp teknolojisindeki gelişmelere" kayıtsız şartsız inanan ve beklentisi yüksek olan pekçok hasta ise, komplikasyon sonucunda ortaya çıkan her türlü zararı hekimden talep etme yolunu tutmaktadır. Hekimin tedavi hatası ve kusurunun bulunmadığı durumlarda, hekime karşı dava açan bu kategorideki hastalar, "hukuka aykırılık" ile "talihsizlik" kavramlarını birbirine karıştırmakta, hekimin her başarısız tıbbi müdahaleden sorumlu olacağı düşüncesini taşımaktadır. Her ne kadar bu tür davalar, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin VI. Senatosu tarafından reddedilse de, hekime karşı tazminat davalarının kartopu misali artmasına engel olamamaktadır.<sup>112</sup> Alman yüksek yargı kararları sayesinde doktorun *özen ve aydınlatma yükümlülüğünün* ölçüsü daha da ağırlaştırılmış, ağır tedavi hatalarında ve dokümantasyon eksikliklerinde hasta lehine ispat kolaylıkları getirilmiştir.<sup>113</sup>

### ccc) Organ Sorumluluğu

Alman MK § 31'de<sup>114</sup> derneğin yönetim kurulu üyeleri ile tüzük gereği derneği temsile yetkili diğer temsilcilerin, görevlerini ifa ederken üçüncü kişilere karşı işlediği haksız fiilden ortaya çıkan zarardan dolayı, derneğin sorumlu olduğu öngörülmektedir. Bu hüküm gerek özel hukuk (kollektif, koman-

<sup>110</sup> Hastane aleyhine açılan tazminat davalarında ispat kolaylıkları konusunda bkz. **Anschlag, Marc**, Krankenhaushaftung-Beweiserleichterungen bei Hygienemaengeln, MedR 2009, 513 vd.

<sup>111</sup> **Laufs/Kern/ Laufs/Kern**, §93 knr. 1.

<sup>112</sup> Karş. **Laufs/Kern/ Laufs/Kern**, §93 knr. 3.

<sup>113</sup> Karş. **Laufs/Kern/ Laufs/Kern**, §93 knr. 3.

<sup>114</sup> Alman MK § 31: "Derneğin Organlarından Dolayı Sorumluluğu: Dernek, yönetim kurulunun, yönetim kurulunun bir üyesinin veya tüzük gereği derneği temsil etmeye yetkili temsilcinin, yapmaya yetkili olduğu işleri icrası esnasında, tazminatı gerektirecek bir hareketiyle üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı sorumludur."

dit ve adi şirket dahil) ve gerekse “kamu hukuku tüzel kişilerine”<sup>115</sup> kıyas yoluyla uygulanan genel bir norm niteliğindedir.<sup>116</sup>Bu itibarla hastane organ ve idarecilerinin görevlerini icra ederken hastalar karşısındaki haksız eylem ve davranışlarından hastane sorumlu olmak durumundadır. Zira bu organların görevleriyle ilgili tüm eylem ve işlemleri direkt hastaneyi bağlar.<sup>117</sup>Ancak burada hastanenin sorumluluğunu gerektiren olayda Alman MK § 831’e dayanarak kendi kusurunun bulunmadığı iddiasıyla, sorumluluktan kurtulma imkanı yoktur.<sup>118</sup>

Bu bağlamda öncelikle cevaplandırılması gereken soru, haksız filleriyle hastanenin sorumluluğuna yol açan bu temsilci ve idareciler kavramına kimlerin dahil olduğudur. Alman yüksek yargı kararlarında tüzük gereği tüzel kişiyi temsil eden temsilci kavramı geniş yorumlanmıştır.<sup>119</sup> Burada ölçü; tüzel kişinin, önemli ve çekirdek görevleri<sup>120</sup> bağımsız ve kendi sorumluluğu altında icra edilmek üzere bu kişilere bırakıp bırakmadığıdır.<sup>121</sup> Hastanede görevli tıbbi (hekimsel) direktör (“leitender Arzt=leitender Chefarzt”) de şüphesiz organ sıfatı taşımaktadır.<sup>122</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1987 yılında vermiş olduğu bir kararda hastanelerde herbir bölümün yöneticilerinin (yönetici hekimlerin), yani *şef hekimlerin* bu manada hastane taşıyıcısının tüzük gereği atanmış temsilcisi olduğuna hükmetmiştir.<sup>123</sup>

Başhekimlerin organ niteliğini taşıyıp taşımadığı ise tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bir içtihadında<sup>124</sup> belirttiği ve doktrin<sup>125</sup> tarafından büyük oranda kabul gören - bizim de katıldığımız - görüşe göre, eğer baş-

---

<sup>115</sup> Alman MK § 89’daki atıf gereği bu hüküm kamu hukuku tüzel kişileri için de geçerlidir. Dolayısıyla taşıyıcısı kamu hukuku tüzel kişisi olan hastanelerde görev yapan ve organ sıfatını haiz hekimlerin haksız fiilinden, hastane taşıyıcısı sorumlu olacaktır. Hastanenin olayda kusursuz olduğunu iddia ederek, organ sıfatını taşıyan hekimin haksız fiilinden sorumlu olmama imkanı yoktur. Karş. OLG Brandenburg, NJW-RR 2003, 1383, 1385; BGH, NJW 1987, 2925; NJW-RR 2000, 398, 399.

<sup>116</sup> Karş. **Palandt/Heinrichs, Helmut**, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. München 2007, § 31 knr. 3.

<sup>117</sup> Tüzel kişiler bu organlar vasıtasıyla fiil ehliyetini kullanır ve dış dünyada geçerli olan eylem ve işlemleri gerçekleştirebilirler.

<sup>118</sup> OLG Brandenburg, NJW-RR 2003, 1383, 1385; BGH, NJW 1987, 2925; NJW-RR 2000, 398, 399.

<sup>119</sup> Karş. BGH, BGHZ 49, 19, 21; BGH, NJW 1972, 334; NJW 1980, 1901.

<sup>120</sup> Tüzel kişiler bu görevleri işletme bünyesindeki iç düzenleme ve organizasyonlar sayesinde yapmaktadır.

<sup>121</sup> BGH, NJW 1972, 334. Aynı görüş için bkz. **Martis/Winkhart**, K137.

<sup>122</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 24; **Büsken/Klüglich**, VersR 1994, 1141, 1145. Satır aralarından anlaşılan aynı yöndeki görüş için bkz. BGH, NJW 1980, 1901.

<sup>123</sup> BGH, NJW 1987, 2925. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu karinenin, hastanenin başka türlü bir iç organizasyona sahip olduğunu ispat edinceye kadar geçerli olduğuna da kararında belirtmiştir. Aynı yöndeki görüşler için karş. **Laufs/Kern/Laufs/Kern**, §104 knr. 17; **Martis/Winkhart**, K137; **Gehrlein**, A42; **Pflüger**, s. 56.

<sup>124</sup> BGH, NJW 1987, 2925.

<sup>125</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 24; **Martis/Winkhart**, K137; **Gehrlein**, A42; **Pflüger**, s. 56.

hekim şef hekimin yokluğunda onun temsilcisi sıfatıyla görev yapıyorsa, bu durumda organ sıfatını kazanır. Ancak başhekim sadece şef hekimin altında görev yaptığı ve onu temsil etmediği durumlarda organ sıfatını kazanmaz. Bu durumda, yani başhekimin temsilci sıfatını taşımadığı hallerde hastane başhekimin tedavi hatasından dolayı, adam çalıştırmanın ve ifa yardımcısı kullananın sorumluluğu hükümleri gereği sorumlu olur.

**b) Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastane Sözleşmesi** (“totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztausatzvertrag”)

**aa) Genel Olarak**

Hastaneler üstlendikleri görev çerçevesinde, kapasite ve ihtisas alanı dahilinde, hastalığın türü ve ağırlığına göre hastaya *gerekli, yeterli ve amaca uygun* her türlü hastane hizmetini<sup>126</sup>(edimini) sunmak zorundadır.<sup>127</sup>Hasta hastanede sunulan bu genel nitelikteki standart hastane hizmetinin yanı sıra, belirli şartlarda seçimlik hastane edimlerinin sunulmasını da talep edebilir. Bu seçimlik edimlerin kapsamına hekimsel edimler ve tıbbi olmayan diğer edimler girmektedir. Tek veya iki kişilik odada kalma, standart hastane edimini aşan hekimsel olmayan seçimlik bir edim niteliğindedir.<sup>128</sup>Standart edimlere refakat eden bu seçimlik hastane edimleri hastane sözleşmesinde yazılı olarak düzenlenmek zorundadır. Buna ek olarak, bu edimin karşılığının bizzat hastanın kendisi tarafından karşılanması gerektiği açıkça izah edilmek zorundadır. Böyle bir açıklama olmadan yapılan anlaşmalar geçersizdir.<sup>129</sup>

Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında seçimlik edime ilişkin açıklama yükümlülüğünün kapsam ve içeriğine yönelik önemli esaslar getirmiştir.<sup>130</sup>Buna göre seçimlik edimin karakteristik özelliği kısaca belirtilmeli, bu edimin karşılığının Hekim ve Diş Hekimleri Vizite Ücreti Tüzüğü'ne göre ücretlendirileceği, bu ücretlendirmenin tedaviye iştirak eden seçimlik hekimsel tüm edimler için geçerli olacağı, bu ücret tarifesinin istek üzerine hastaya gösterilebileceği ve seçimlik edimlerin kendisi için önemli bir finansal külfeti beraberinde getirebileceği hastaya bildirilmelidir. Buna karşılık edimlerin ayrıntılı vizite ücretinin listesini içeren bir masraf tahmininin hastaya sunulması mecburiyeti yoktur.<sup>131</sup>

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinde hastaya, standart hastane hizmetlerinin yanında bir de *şef hekim hizmeti* sunulmaktadır. Hastanın teşhis ve tedavisini üstlenen bu şef hekim, hizmetinin karşılığı olan vizite ücretini ayrıca hastaya (§ 22 f. 2 ve § 24 f. 2 Bakıcılık Hizmetleri Federal Ücret Tüzüğü) fatura etmektedir. Şef hekimlere bu hizmet esnasında doğrudan kendisine veya hastaneye bağlı tıbbi, teknik ve bakıcılık hizmetleri personeli yardımcı olmaktadır. Bu personelin hastaneye veya şef hekime bağlı olup olmaması sorumluluk bakımından belirleyicidir.

<sup>126</sup> Karş. Dipnot 84.

<sup>127</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 9.

<sup>128</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 718, s. 466.

<sup>129</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 38; **Gehrlein**, A31.

<sup>130</sup> BHG, Urt. von 8.12.1992, VersR 2007, 950.

<sup>131</sup> **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 38.

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesi sayesinde, hasta belirli hekimsel edimlerin ifası için ilave bir borçluya sahip olmaktadır. Bu kişi ise anlatılanlardan anlaşılacağı üzere bağımsız fatura düzenleme yetkisi olan şef hekimdir. Belirli hekimsel edimlerin ifasıyla yükümlü olan şef hekimin sözleşmede ikinci borçlu olması durumu, hastaneyi şef hekimin hatalı uygulamalarından dolayı sorumluluktan kurtarmaz.<sup>132</sup>Zira hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinde, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe aynı edimin iki borçlusu mevcuttur.<sup>133</sup>Bunlar hastaya yönelik tıbbi uygulama yükümlülüğünün borçluları olan hastane ve ilave hekimdir (şef hekim). Tam hastaneye kabul sözleşmesi ve ilave hekimlik sözleşmesi hukuksal bakımdan bütünlük arzeder. Dolayısıyla tam hastane sözleşmesi herhangi bir nedenle geçersiz ya da yok hükmündeyse, ilave hekimlik sözleşmesi de aynı şekilde geçersiz veya yok sayılır.<sup>134</sup>

### **bb) Hekimlik Sözleşmesi İaveli Tam Hastane Sözleşmesinde Sorumluluk**

Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinde, iki borçlu ve bu borcun ifası sırasında ortaya çıkan zararlardan dolayı da iki sorumlu mevcuttur.<sup>135</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin<sup>136</sup> haklı olarak belirttiği gibi, hastayla ilave bir hekimlik sözleşmesi yapıldığında bu sözleşme, tam hastane sözleşmesine dahil olur.<sup>137</sup> Çünkü hasta normal şartlarda, yani aksine bir anlaşma yoksa, hastanenin sorumluluğunun ilave hekimlik sözleşmesine rağmen, ortadan kalkmadığını, devam ettiğini düşünür.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> BGH, VersR 1988, 1270; BGH, VersR 2006, 791, 792. Aynı yöndeki görüşler için bkz. **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 720, s. 466; **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, §89 knr. 15; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 38.

<sup>133</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, §89 knr. 15; **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 720, s. 466.

<sup>134</sup> **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, §89 knr. 15.

<sup>135</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 720, s. 466; **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, §89 knr. 15; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 39.

<sup>136</sup> BGH, VersR 2006, 791, 792; BGH, NJW 1985, 2189, 2190.

<sup>137</sup> Örneğin hastaneye kalp rahatsızlığı nedeniyle müracaat edip burada tam hastane sözleşmesi akdeden hasta, kalp ameliyatının belirli bir şef hekim tarafından yapılmasını istiyorsa, şef hekimle ilave bir hekimlik sözleşmesi yapması gerekir. Bu durumda hastaya kalp ameliyatı uygulanması, hem hastanenin hem de şef hekimin ortak borcudur. Bu yüzden borca aykırılık durumunda, yani şef hekimin hatalı uygulamalarında hekimle birlikte hastane de müteselsil sorumlu olur. İlave hekimlik sözleşmesinin tarafı olan şef hekimler genellikle emekliye ayrılmış olan ve sunduğu sağlık hizmetinin karşılığını düzenlediği fatura karşılığında hastadan tahsil edebilen hekimlerdir. Uygulamada seçimlik edimler ve özellikle de ilave hekimlik sözleşmesi tam hastane sözleşmesinin alt kısmında yer alan ve çeşitli seçimlik edimlerin bulunduğu şıkları (kutucukları) işaretlemek suretiyle kurulmaktadır. Bu şıklardan bazıları örneğin: Tek kişilik oda, şef hekim tarafından ameliyat, özel anestezi veya laboratuvar hizmetleri vs. Bu hizmetlerin bedelleri zorunlu sağlık sigortası tarafınan karşılanmadığından, varsa hastanın ek sağlık sigortası tarafından, bu da mevcut değilse hasta tarafından karşılanır.

<sup>138</sup> Karş. BGH, NJW 1985, 2189, 2190.

Hastanenin bu tür sözleşmelerde sorumluluğu tam hastaneye kabul sözleşmesinde olduğu gibidir. Yani hastane, hastaya hastanede kaldığı süre içinde tüm (tıbbi, teknik, bakım ve konaklamayla ilgili) hastane hizmetlerini özenli ve kusursuz olarak sunmak zorundadır. Bu hizmetler yerine getirilirken, hastane kendi hekimsel personeli ile sair personelinin sözleşmeye/hukuka aykırı eylem ve davranışlarından dolayı “sözleşmenin ihlali” (Alman MK § 280) ve “haksız fiil” (Alman MK § 823 vd.) hükümleri gereğince sorumlu olur. Buna karşılık ilave hekimlik edimlerinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden (kötü ifa) dolayı yine hastane hekimle birlikte müteselsil sorumlu olur.<sup>139</sup> Zira hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesi yeknesak (tek bir) sözleşmedir.

Hastane, ilave hekimin tıbbi uygulama hatasından (tedavi hatasından=“Behandlungsfehler”) dolayı ifa yardımcısının sorumluluğu hükümlerince sorumlu olur<sup>140</sup>(Alman MK § 278). İlave hekimlik sözleşmesi kapsamında hastaya tıbbi müdahale uygulayacak şef hekim, aynı zamanda hastanenin organı da sayıldığından, hastanenin kendi organının haksız fiilinden dolayı sorumluluğu da gündeme gelebilecektir<sup>141</sup> (Alman MK § 31, 89). İlave hekimlik sözleşmesi kapsamında tedaviye dahil olan şef hekimin eylem ve davranışlardan dolayı, hastanenin sorumluluğu sözleşmede yeralması şartıyla ortadan kaldırılabılır.<sup>142</sup>Bunun için sözleşmeye *sorumsuzluk anlaşması* başlıklı ayrı bir madde konulması ve bu maddede hastanenin ilave hekimin edimlerinden sorumlu olmayacağını açıkça belirtilmesi ispat hukuku açısından kolaylık sağlar.<sup>143</sup>

Tazminat sorumluluğu bağlamında irdelenmesi gereken başka bir konu ise, şef hekime tıbbi uygulama esnasında yardımcı olan ve asistan doktorlar ile diğer teknik ve bakım elemanlarından oluşan ekibin kusurlu eylem ve uygulamalarından dolayı kimin sorumlu olacağı sorusudur. Kendisine bağlı olarak çalışan bu ekibin eylem ve davranışlarından dolayı şef hekimin ifa yardımcısı kullananın (Alman MK § 278)ve adam çalıştırmanın sorumluluğu (Alman MK § 831) hükümlerince sorumlu olur.<sup>144</sup>Şef hekimin talimatı altında çalışan bu ekibin kusuru, doğrudan şef hekime isnad edilir. Dolayısıyla ekipte bulunanların kusurlu davranış ve eylemlerinden de hastanenin müteselsil sorumluluğu devam eder.

### c) Bölünmüş-Kısmi Hastane Sözleşmesi

(Gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag)

#### aa)Genel Olarak

Bölünmüş hastane sözleşmesinde iki ayrı sözleşmesel ilişki söz konusudur. Bu sözleşmelerden birincisi hastanın *yönetici hekimle* (“leitender Arzt”)

<sup>139</sup> Demir, s. 160.

<sup>140</sup> Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 89 knr. 15; Gehrlein, A33; Büsken/Klüglich, VersR. 1994, 1141, 1142 vd.; BGH, NJW 1985, 2189, 2190.

<sup>141</sup> Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke, § 89 knr. 15; BGH, NJW 1985, 2189, 2191.

<sup>142</sup> Gehrlein, A33; BGH, NJW 1985, 2189, 2191.

<sup>143</sup> Karş. OLG Koblenz, NJW 1998, 3425.

<sup>144</sup> Gehrlein, A35; OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 816, 817.



yaptığı teşhis ve/veya tedaviyi konu edinen hekimlik (=tedavi) sözleşmesi ve ikincisi ise hastanın hastaneyle yapmış olduğu *dar anlamdaki hastane sözleşmesidir*.<sup>145</sup> Dar anlamdaki hasta sözleşmesinde hastanenin edimleri genel olarak konaklama, yedirme, içirme; teknik, tıbbi cihaz, ameliyathane gibi fiziksel altyapı, donanım, ekipman ve teçhizatları kullanıma sunma, hastanın tıbbi ve diğer bakım işlerini üstlenme<sup>146</sup>, hastayı müşahade altında tutma gibi hizmetleri kapsamaktadır.<sup>147</sup>

Bölünmüş hastane sözleşmelerinde, hastane ediminin kapsamını kesin çizgilerle belirlemek oldukça güçtür. Zira hastanenin tıbbi bakım hizmeti ile hastaya tedaviyi uygulayan serbest hekimin (hastane personeli olmayan) edimi çoğu zaman içe içe geçebilmektedir.<sup>148</sup> Sınırlamada sorun oluşturan edimler daha ziyade tıbbi hizmetleri kapsamaktadır. Hastanenin tıbbi hizmetlerinin kapsamını belirlerken şu şekilde pratik bir çözüm önerilebilir: Hekimlik (tedavi) sözleşmesi çerçevesinde tedavi uygulayan hekim tarafından sunulmayan (örneğin ameliyatlarda anestezi teçhizatı ve anestezi uzmanı hekim) ve *hastane tarafından mutat olarak* (alışılabilir) *yerine getirilen tıbbi edimlerin* ("aerztliche Leistungen") hastanenin tıbbi hizmet alanına dahil olduğu kabul edilebilir.<sup>149</sup> Daha önce de bahsedildiği gibi bölünmüş hastane sözleşmelerinde iki ayrı sözleşme ve iki ayrı hizmet borçlusu mevcuttur: Hastane ve tedaviyi uygulayan (yönetici/şef). Her iki sözleşmenin hizmet sunmakla yükümlü olan bu borçluları birbirinden bağımsız olduğundan, her iki taraf da verdikleri hizmetin karşılığını hastaya ayrı ayrı fatura eder. Yani hasta her iki sözleşmede borçlu konumundadır.

Bölünmüş hastane sözleşmesi çerçevesinde hastanede teşhis ve tedavi uygulayan hekim iki farklı statüde karşımıza çıkabilir. Hastayla akdettiği tedavi sözleşmesine dayanarak ona tıbbi hizmet (hekimsel edim) sunan hekim, *yönetici konumunda olan bir şef hekim* olabileceği gibi, hastane dışında serbest çalışan bir hekim de olabilir. Bu ikinci durumda *kontenjanlı hekiminden* ("Belegarzt") bahsedilir. O halde bölünmüş hastane sözleşmesinde hekimsel edimleri üstlenen kişinin mutlaka hastane dışından bağımsız bir hekim olmasına gerek yoktur. Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinde seçimlik edim olarak kararlaştırılan şef hekimin tedavi hizmeti, bölünmüş hastane sözleşmesinde hekimsel edim olarak kararlaştırılabilir.<sup>150</sup> Ancak

<sup>145</sup> *Demir*, s. 161.

<sup>146</sup> Burada hastanenin edimi, tedaviyi uygulayan hekimin uzmanlık ya da faaliyet alanı dışında kalan, diğer tıbbi ve hekimsel edimleri de kapsamaktadır. Bu manada tedaviyi uygulayacak hekime yardımcı olması için asistanlar ya da onun sunmadığı tedavi hizmetini üstlenecek diğer hekimler (anestezist) de hastanın teşhis ve tedavisi için hastaneye görevlendirilmelidir. Bu anlamda doğum yapan ya da ameliyat olan hastanın, ameliyattan kaynaklanan veya kaynaklanmayan diğer sağlık sorunları için başka hekimlerin sunduğu hekimlik hizmeti, hastane hizmeti kapsamında değerlendirilmelidir. Aksi takdirde hastanenin organizasyon kusuru gündeme gelebilecektir.

<sup>147</sup> Karş. *Martis/Winkhart*, K177.

<sup>148</sup> *Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke*, § 89 knr. 12.

<sup>149</sup> *Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke*, § 89 knr. 12; *Gaidzik/Weimer*, §13 knr. 16.

<sup>150</sup> Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Geniş bilgi ve literatür için karşı. *Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke*, § 89 knr. 12.

bölünmüş hastane sözleşmesinin, hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinden farkı, hekimsel edimlerin ayrı bir sözleşmeyle, bu sözleşmenin tarafı olan şef hekim (yönetici hekim) tarafından taahhüt edilmesidir. Hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesi uygulamada yaygın olan, başka bir ifadeyle standart bir sözleşme olduğundan, bölünmüş hastane sözleşmesinde, hekimsel edimin borçlusunun hastane olmadığı, bilakis tedaviyi üstlenen hekim olduğu ve ayrıca muhtemel tedavi hatalarından yine bu hekimin sorumlu olacağı *açıkça belirtilmeli* ve şifahi (sözlü) olarak da hastaya mutlaka bildirilmelidir.<sup>151</sup>Aksi takdirde hasta, standart nitelikte olan hekimlik ilaveli tam hastane sözleşmesi imzaladığı konusunda korunmaya layık haklı bir beklenti içine girer.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında haklı olarak belirttiği gibi, karışık ve kapsamlı sözleşmelerin bir köşesinde yer alan ve hastanın dikkatinden kaçabilecek nitelikteki *saklı kayıtlar*, hastanın bilgilendirilmesi bağlamında yeterli olmaz.<sup>152</sup> Hasta hastane sözleşmesinde, tüm edimlerin hastane tarafından yerine getirileceğinden hareket eder ve normal şartlarda hastanenin hekimsel edimlerden dolayı sorumlu olmayacağını düşünemez. Bu yüzden sözleşmenin bir maddesinde hastanenin hekimsel edimlerin borçlusu ve sorumlusu olmadığına dair açık kayıtlar bulunmuyor veya sadece genel işlem şartlarında bu noktaya işaret ediliyorsa, bu kayıt haksız işlem şartı<sup>153</sup> niteliğindedir ve yok hükmündedir.<sup>154</sup>

Yukarıda da işaret edildiği gibi, hastanın taraf olduğu bir sözleşmenin hekimlik ilaveli tam hastane sözleşmesi mi yoksa bölünmüş hastane sözleşmesi mi olduğunu somut olayda kesin olarak belirlemek güç olabilir. Hastane sözleşmesinde, hastanenin hekimin tedavi hizmetinden dolayı sorumlu olmayacağı kesin olarak belirtilmemişse, bu sözleşmeyi bölünmüş hastane sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir.<sup>155</sup> Hastane sözleşmesinin niteliğini belirlemede kuşkululu bir durum sözkonusu olduğunda, sözleşmeyi hasta lehine tam hastane sözleşmesi olarak yorumlamak hakkaniyete daha uygun olur. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında<sup>156</sup> böyle bir yorum ve yaklaşım sayesinde hem hastanenin hem de tedaviyi uygulayan hekimin sorumluluğu devam edeceğinden, sözleşmede daha zayıf tarafı teşkil eden hastanın daha etkin korunmuş olacağı belirtilmektedir.

<sup>151</sup> **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 725, s. 467.

<sup>152</sup> BGH, NJW 1993, 779.

<sup>153</sup> Alman hukukunda haksız işlem şartları için bkz. **Aydtın, Ramazan**, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, (Hrsg.: Erhan Temel/Henning Rosenau) Hamburg 2007.

<sup>154</sup> BGH, NJW 1993, 779. Aynı görüş için bkz. **Büsken/Klücklich**, VersR. 1994, 1141, 1143 vd.

<sup>155</sup> BGH, NJW-RR 2006, 811, 812.

<sup>156</sup> BGH, NJW 1985, 2189; NJW-RR 2006, 811, 812. Karş. OLG München vom 4.3.2010 - 1 U 3696/09 (BeksRS 2010, 28871).

**bb) Kontenjanlı Hekim (“Belegarzt”)**

Bölünmüş hastane sözleşmesinin en yaygın şekli kontenjanlı hekimlik uygulamasıdır. SY V § 121 f. 2’de (ve § 18 f. 1’de Hastane Ücret Yasası=KHEntG) kontenjanlı hekimlerin yasal tanımına yer verilmiştir. Buna göre kontenjanlı hekimler genellikle ayakta tedavi hizmeti veren, “*hastane personeli olmadığı halde, hastanede mevcut olan, hizmetleri, teçhizatları ve araçları kullanarak kendi hastalarına tam veya kısmi yatılı tedavi uygulama hakkına sahip olan ve bunun için de hastaneden herhangi bir ücret almayan hekimlerdir.*” Hastane, daha önceden aralarında yaptıkları anlaşmaya istinaden, ayakta tedavi uygulayan bu hekimlere kendi hastalarını yatılı şekilde tedavi etmeleri için belirli sayıda kontenjan ayırmaktadır. Hastane ile hekim arasında (genellikle yazılı) akdedilen kontenjanlı hekimlik anlaşmasıyla, kontenjanlı hekimler hastanenin personeli sıfatını kazanmazlar, bu yüzden de idari (ve iş hukuku) bakımından hastane yönetimine tabi değildirler. Bu itibarla bağımsız serbest hekim olarak hastanede de mesleklerini icra etmeye devam ederler.<sup>157</sup>

Bu hekimler genellikle doğum ve küçük-orta çaplı ameliyatlar gibi kendi klinik veya muayenehanelerinde gerçekleştirilmesi mümkün olmayan tıbbi uygulamaları, kontenjanlı hekim olarak görev yaptıkları hastanelerde gerçekleştirirler. Bu ameliyatlar genellikle anesteziist dışında başka bir uzmana veya tıbbi ekibe ihtiyaç duyulmayan ve hastanın sürekli hekimsel müşahadesini gerektirmeyen, iyileşme süreci oldukça kısa olan tıbbi uygulamalardır.<sup>158</sup>

Hasta, teşhis ve tedavi için dilediği kontenjanlı hekimi seçmekte serbesttir, ancak hastane seçimi konusunda bu denli bir serbestlik sözkonusu değildir. Hasta sadece kontenjanlı hekimin anlaşmalı olduğu hastanede yatarak tedavi görebilir.<sup>159</sup> Kontenjanlı hekim hastaneye yatan kontenjan hastasına, kendisi bizzat tıbbi uygulama yapabileceği gibi, hastanede veya hastane dışında aynı alanda çalışan hekimlerin tıbbi uygulamalarını organize ve idare de edebilir<sup>160</sup> (§ 18 f. 1’de Hastane Ücret Yasası=KHEntG). Bu bağlamda kontenjanlı hekim, kendi hekimsel personelini tedavide kullanabilir. Ayrıca hastane, kendi hekimlerini ve tıbbi/teknik bakıcılık hizmetleri personelini, kontenjanlı hekimin emrinde ve onun talimatlarına bağlı olarak, kontenjan hastasına teşhis ve tedavi hizmeti sunması için görevlendirebilir. Kontenjanlı hekim kendi hekimsel personelinin ücretini ilgili hekime bizzat ödemek durumundadır. Hastanenin kendisine yardım etmesi için tayin ettiği hekimlerin ücretini ise doğrudan hastaneye ödemek zorundadır.

<sup>157</sup> Buna karşılık kontenjanlı hekimler de hastanenin ilke ve kurallarına uymak durumundadır. Kendi bölümünde tıp sanatının gereklerine uygun ve özenli bir şekilde faaliyetlerini sürdürmek zorundadır. Hernekadar iş hukuku bağlamında hastane yönetiminden doğrudan talimat almasa bile, hastanenin genel organizasyonun içinde yer alır ve bu organizasyonun gereklerini yerine getirmelidir.

<sup>158</sup> **Franzki, Harald**, Belegarzt-Stellung und Haftung im Verhaeltnis zum Krankenhausraeger, NJW 1990, 737, 738.

<sup>159</sup> **Franzki**, NJW 1990, 737, 738.

<sup>160</sup> Aynı alanda çalışan birden fazla kontenjanlı hekimin kendi aralarında ve hastaneyle yapacakları bir anlaşma ile belirli bir işbölümü ve karşılıklı destek ve işbirliğini öngören bir sistem geliştirmeleri mümkündür.

Buna karşılık hastanenin edimi bu tıbbi uygulamalar dışında kalan, konaklama, yedirme, içirme, tıbbi bakım ve genel anlamda hastane organizasyonunu sağlamaktır. Bu bağlamda hastane kontenjanlı hekimin tıbbi uygulamasını destekler nitelikteki, hastanın ateş ve tansiyonunun ölçülmesi, hastanın gözetim altında tutularak acil durumlarda kontenjanlı hekime haber verilmesi, sargılarının değiştirilmesi, dikişlerinin alınması, reçete edilen ilaçların hastaya verilmesi, iğne ve aşılarının yapılması, ışın tedavisi, laboratuvar tetkikleri, rehabilitasyon uygulamaları, fizik tedavi, jimnastik ve masaj gibi *hastaneye özgü tıbbi hizmetleri* sunabilir.<sup>161</sup> Bu hizmetlerin karşılığı ise, hastayla imzalanan dar anlamda hastane sözleşmesinden dolayı hastanın sağlık sigortası tarafından karşılanır.

### cc) Bölünmüş-Kısmi Hastane Sözleşmesinde Sorumluluk

Bölünmüş hastane sözleşmesinde prensip olarak hastane ve tedaviyi uygulayan hekimin herbiri kendi çalışma alanlarından sorumludur: Şef hekim veya kontenjanlı hekim tıbbi uygulamanın kusurlu ifasından dolayı, (örneğin doğumda hatalı uygulamadan dolayı) hastasına karşı sözleşmenin kötü ifası hükümlerince sorumlu olur. Aynı şekilde hastane de, dar anlamda hastane sözleşmesinin kötü ifası sırasında hastada meydana gelen maddi ve manevi zarardan dolayı tazminat borcu altındadır. Kötü ifa bizzat hastane organizasyonundan kaynaklanacağı gibi, hastaneye bağlı personelin sunduğu sağlık, bakıcılık ya da teknik ve yardımcı hizmetlerin hiç ya da gereği gibi ifa edilmesinden kaynaklanabilir.<sup>162</sup> Buna karşılık hem hastanenin hem de tedaviyi uygulayan hekimin bölünmüş hastane sözleşmelerinde haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu, sözleşme sorumluluğuna paralel olarak devam eder (taleplerin yarışması="Anspruchkonkurrenz").

Yukarıda da temas edildiği gibi, hastanenin ve tedaviyi uygulayan şef hekimin sorumluluk alanlarını somut olayda kesin sınırlarla ayırmak çoğunlukla güçlük arzeder. Bu yüzden sözleşmenin hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesi mi yoksa bölünmüş hastane sözleşmesi mi olduğu somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Eğer hastaya tedaviyi uygulayan şef hekimin kendi tıbbi faaliyetlerinden sadece kendisinin sorumlu olacağı, hastanenin bu alanda sorumluluğunun bulunmadığı açıkça bildirilmiş ve yazılı sözleşme ile kayıt altına alınmışsa, o takdirde bölünmüş hastane sözleşmesinin varlığı kabul edilir.<sup>163</sup> Bu durumda hastane sadece klasik (dar anlamda) hastane edimlerinden sorumlu olur.

Sorumluluk alanlarını belirleme güçlüğü kontenjanlı hekim uygulamasında söz konusu olmaz. Zira kontenjanlı hekimlik uygulaması doğası gereği, hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinden farklıdır: Kontenjanlı hekim kendi özel muayenehanesinde ayakta tedavi uygulayan, serbest çalışan bir hekim özelliğini taşımasına karşın, hem bölünmüş hastane sözleşmesinde

<sup>161</sup> Karş. **Franzki**, NJW 1990, 737, 738.

<sup>162</sup> Karş. **Laufs/Kern/Genzel/Degener-Hencke**, § 89 knr. 13; **Wenzel-FAMedizinR/Wenzel**, knr. 726, s. 468; **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 16; **Franzki**, NJW 1990, 737, 739.

<sup>163</sup> Karş. BGH, NJW 1993, 779.

hem de hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastane sözleşmesinde, tedaviyi uygulayan hekim prensip olarak ücretini hastadan talep etme yetkisi olan ve şef hekim (yönetici hekim) konumunda hastanede hekimlik hizmeti veren kişidir.

Gerek genel anlamda bölünmüş hastane sözleşmelerinde ve gerekse bunun bir alt dalı olan kontenjanlı hekimlik sözleşmesinde, hastanenin ve şef hekimin/kontenjanlı hekimin sorumluluğu bazan iç içe geçmiş bir halde olabilir. Özellikle hastada oluşan zarar kontenjanlı hekime yardımcı olan elamanların fiil ve davranışı sonucunda oluşmuşsa, bunun hastaneye mi yoksa kontenjanlı hekime mi isnad edileceği sorusu önemli bir sorun teşkil eder. Eğer kontenjanlı hekime yardımcı olan bu tıbbi/teknik (ve diğer) personel doğrudan bu hekime bağlı ise<sup>164</sup>, örneğin onu temsilen tatillerde hizmet veren bir meslektaş veya kendi ekibinden bir kimse ise, bu kişilerin kusurlu eylem ve davranışlarından kontenjanlı hekim ifa yardımcısı kullananın sorumluluğu hükümlerince (Alman MK § 278) sorumlu olur.<sup>165</sup>

Buna karşılık kontenjanlı hastada meydana gelen zarara, hastane personeli bir hekim veya -kusurlu davranışı nedeniyle- tıbbi personel sebep olmuş ise, bir ayırıma gitmek gerekir: Burada tazminat sorumlusunu saptamada kullanılacak belirleyici ölçü; yardımcı hekimin veya personelin kimin *faaliyet alanı* içinde hizmet verdiğidir. Eğer bu personel, asistan hekim veya ameliyat hemşiresi<sup>166</sup> gibi hastane personeli olmasına karşın, kontenjanlı hekimin faaliyet alanında ve onun talimatlarına bağlı olarak çalışırken bir zarara sebebiyet vermişse, bundan kontenjanlı hekim, ifa yardımcısı kullananın sorumluluğu gereğince (Alman MK § 278) sorumlu olur.<sup>167</sup>

Buna karşılık kontenjanlı hekimin uzmanlığı dışında kalan ve daha ziyade hastanenin faaliyet alanına giren hastane hizmetinin yerine getirilmesi sırasında kusura dayanan zararlardan dolayı ise hastane sorumlu olur. Örneğin kontenjanlı hekimin ameliyatında hastane elemanı sıfatıyla görev yapan bir anestezi hekimin kusurundan hastane sorumlu olur. Aynı şekilde hastanın bakımı ve müşahadesi ile görevli hemşirenin hastaya zamanında ya da doğru dozajda ilaç vermemesinden veya tıbbi-teknik personelin tıbbi araçları yanlış kullanımından dolayı yine hastane sorumlu olur.<sup>168</sup> Bununla birlikte hastanenin faaliyet alanına giren bir hizmetin icrasından dolayı istisnaen kontenjanlı hekim sorumlu olabilir: Örneğin yeni ameliyat olmuş hastanın bakımını gerçekleştiren bakıcı ve hemşirelere, ameliyatlı organa itinalı ve hassas yaklaşılması zorunluluğu konusunda gerekli uyarı ve talimatları vermeyi ihmal eden kontenjanlı hekim ortaya çıkan zarardan dolayı hastaya karşı sorumlu olur.<sup>169</sup>

<sup>164</sup> Kontenjanlı hekimin istihdam ettiği personel bu niteliktedir. Literatür için bkz. **Martis/Winkhart**, K201'de anılan yazarlar ve yüksek yargı kararları.

<sup>165</sup> Karş. **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 16; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 37.

<sup>166</sup> **Martis/Winkhart**, K194. Karşıt görüş için karş. **Gehrlein**, A26.

<sup>167</sup> Karş. **Gaidzik/Weimer**, §13 knr.16; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 37 vd.; Karş. **Martis/Winkhart**, K203; **Gehrlein** A26. Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi de bir olayda bu yönde görüş bildirmiştir. Bkz. OLG München Urteil vom 11.1.2007-1 U 3974/99 in BeckRS 2007, 0075-beckonline.

<sup>168</sup> Karş. **Martis/Winkhart**, K194, 195.

<sup>169</sup> OLG Köln, VersR 1997, 1404; **Martis/Winkhart**, K206; **Gehrlein**, A26.

Gerek yüksek yargı kararlarında<sup>170</sup> ve gerekse literatürde<sup>171</sup>, faaliyet alanlarının kesin olarak belirlenemediği ya da kesiştiği noktalarda, haklı olarak hastanenin ve kontenjanlı hekimin müteselsil sorumlu olması gerektiği, bu şekilde hastanın zararını tazmin için müracaat edeceği bir kimsenin her zaman mevcut olacağı savunulmaktadır.

Hem kontenjanlı hekimin hem de hastanenin hatası nedeniyle hasta zarara uğramışsa, kontenjanlı hekim ve hastane birlikte sorumlu olur. Bir dizi yüksek yargı kararlarında, haklı olarak birlikte sorumluluk kabul edilmiştir. Müşterek kusur ve sorumluluğun kabul edildiği olaylar;

(1) Kontenjanlı hekimin bir dizi hatalı uygulamasına rağmen, hastane olaya müdahale etmemiş ve doğum yapacak olan anneyi başka bir servise sevk etmeyerek, doğumun tamamlanmasına seyirci kalmış ve bu şekilde annenin zarara uğramasına neden olmuşsa<sup>172</sup>,

(2) Hem hastane hem de kontenjanlı hekim hastanın müşahade altında tutulmasına ilişkin ilgililere talimat vermeyi ihmal etmişlerse<sup>173</sup>,

(3) Kontenjanlı hekim, kardiyografi çekimlerini<sup>174</sup> ve bunların değerlendirmesini bakıcı personele yaptıran hastanenin bu yöndeki yerleşik uygulamasına göz yummuşsa.<sup>175</sup> Bu somut olayda kardiyografi işlemi yeterli bilgi donanımı olmayan gece nöbetçisi hemşire tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle hem hastane hem de uygulamaya göz yuman kontenjanlı hekim tazminata mahkum olmuştur.

Bazı durumlarda iki veya daha fazla kontenjanlı hekim biraraya gelerek, bir hastanın yatarak tedavisini anlaşmalı hastanede gerçekleştirebilirler. Bu durumda kontenjanlı hekimler hastaya kusursuz teşhis/televi hizmetini vermek hususunda birlikte sorumlu olur. Kontenjanlı hekimlerden birinin kusurlu davranışından diğer bütün hekimler sözleşmenin pozitif ihlali hükümlerince müteselsil sorumludur.<sup>176</sup> Yargı kararlarına yansımış bir olayda, anne adayı, dört kontenjanlı hekimle tedavi sözleşmesi yapmış ve hekimlerden ikisi birlikte anne adayına doğum yardımı sunmuştur. Hekimlerden birinin tedavi hatası sonucunda bebeğin sağlığında önemli zarar meydana gelmiş ve Zweibrücken Eyalet Yüksek Mahkemesi doğuma katılan ve katılmayan tüm hekimlerin müteselsil sorumluluğuna hükmetmiştir.<sup>177</sup>

<sup>170</sup> OLG Schleswig, Urteil vom 28.3.2008- 4 U 34/07 OLGR Schleswig 2009, 296.

<sup>171</sup> **Gaidzik/Weimer**, §13 knr. 16; **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 36.

<sup>172</sup> BGH, NJW 2005, 888, 890.

<sup>173</sup> BGH, NJW 1986, 2365.

<sup>174</sup> Doğum seyri esnasında fetüs kalp atımlarının ritmi ile uterus kontraksiyonları arasındaki ilişkinin kardiyograf aracılığıyla çizelge halinde gösterilmesi. Bkz. **Kocatürk, Utkan**, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, 10. Baskı Ankara 2005.

<sup>175</sup> BGH, NJW 1996, 2429.

<sup>176</sup> Karş. **Bergmann/Herkenhoff/Kienzle/Wever**, s. 37.

<sup>177</sup> OLG Zweibrücken, Urteil vom 23.11.2004-5 U 11/03, GesR 2005, 121. Aynı karar için bkz. NJOZ 2005, 1215.