

PAPER DETAILS

TITLE: ALMAN HUKUKUNDA MUAYENEHANE ORTAKLIGI VE ORTAK MUAYENEHANE
UYGULAMALARINDAN KAYNAKLANAN HUKUKSAL SORUNLAR

AUTHORS: Erhan TEMEL

PAGES: 209-227

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97591>

ALMAN HUKUKUNDA MUAYENEHANE ORTAKLIĞI VE ORTAK MUAYENEHANE UYGULAMALARINDAN KAYNAKLANAN HUKUKSAL SORUNLAR

Doç. Dr. Erhan Temel*

ÖZET

Alman hukukuna göre, iki veya daha fazla hekim biraraya gelerek mesleklerini icra edebilirler. Birlikte hekimlik mesleğinin icrası amacıyla kurulan organizasyonlardan en yaygın olanları *muayenehane ortaklığı* ve *ortak muayenehanedir*. Bu makalede, ağırlıklı olarak muayene ortaklığı ve ortak muayenehanelerin şirketler hukuku bakımından nasıl bir yapıya sahip oldukları incelenmektedir. Daha sonra muayene ortaklığı ve ortak muayenehane görev yapan hekimlerin, hastalar ve üçüncü kişiler karşısında şirketler ve borçlar hukuku bakımından sorumluluklarına yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Alman sağlık sigortası sistemi, muayenehane ortaklığı, ortak muayenehane, hekimler limited şirketi, adi şirket, hekimin sorumluluğu*

ZUSAMMENFASSUNG

Es ist in Deutschland rechtlich möglich, dass zwei oder mehrere Ärzte ihre Berufe gemeinsam ausüben. Die gängigste Form dieser Berufsausübungsgemeinschaft: *Gemeinschaftspraxis* und *Praxisgemeinschaft*. Dieser Beitrag (Aufsatz) behandelt schwerpunktmäßig zunächst, in welcher Gesellschaftsform sich Gemeinschaftspraxis und Praxisgemeinschaft organisieren zu können. Danach wird die zivilrechtliche Haftung der Ärzte, die die Mitglieder dieser Gesellschaften sind, gegenüber Patienten und Dritten behandelt.

Schlüsselwörter: *Deutsche Krankenversicherungssystem, Gemeinschaftspraxis, Praxisgemeinschaft, Ärzte-GmbH, einfache Gesellschaft, Haftung des Arztes*

ABSTRACT:

It is juridical possible in Germany that two or several doctors practice their professions together. The most common form of this professional association's is group practice and practice sharing. This paper used to focus, first, to organize company in which form the group practice and practice sharing is. Thereafter, the civil liability of physicians who are members of such companies, against treated patients and third parties.

Keywords: *Group practice, practice sharing, German health insurance system, doctors limited, medical liability, company constituted under civil law.*

I. ALMAN ZORUNLU (YASAL) SAĞLIK SİGORTASI SİSTEMİNDE HASTA-HEKİM-SAĞLIK SİGORTASI İLİŞKİSİ

Asıl konumuz olan muayenehane ortaklığı ve ortak muayenehane uygulamalarında hukuksal sorunlara geçmeden önce, Alman Sağlık Sigortası Sisteminin en önemli üç aktörü olan *hasta*, *sağlık sigortası kurumu* ve *anlaşmalı hekim* hakkında özet bilgiler vermek ve bu aktörler arasındaki özel ve kamu hukuku ilişkisine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Alman hukukunda, bir işverene bağımlı olarak çalışanlar dilediği¹ yasal sağlık sigortası kurumlarından birinde² kendisini hastalık, malullük ve bakıma muhtaç olma gibi risklere karşı sigorta ettirmek zorundadır. Bu sigorta kurumları, sosyal sigorta sisteminin en önemli aktörlerinden biridir ve kamu hukuku tüzel kişisi şeklinde örgütlenmişlerdir. Ancak sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak kurulduklarından, kâr amacı gütmeyizler.

Sigorta kurumlarının finansmanı ise devletin sosyal fonlarından ve işveren ile sigortalı işçilerin ödedikleri aylık sigorta primlerinden karşılanmaktadır. Aylık primlerin miktarı özel sigorta kurumlarının aksine, sigortalının taşıdığı risklere göre değil, sosyal dayanışma anlayışının bir gereği olarak, çalışanın aylık kazancına göre belirlenmektedir.

Sağlık sigortası sisteminin ikinci aktörü ise hekimdir: Hekim olarak faaliyet gösterebilmek için en az 6 yıllık bir tıp fakültesinden mezun olmak, yüksek öğrenim esnasında en az 8 ay uygulamalı eğitim almış olmak, hekimlik sınavında başarılı olmak ve ayrıca Alman veya AB üyesi ülkelerinden birinin vatandaşlığına sahip olmak gerekir. Bu şartları taşıyanlara devlet tarafından hekimlik mesleğini icra etme yetkisi veren *hekimlik ruhsatı* ("Approbation") verilir. Hekimlik ruhsatı alan bir kimsenin, fiilen hekim olarak faaliyet gösterebilmesi için ise, serbest meslek erbabı sıfatıyla çalıştıracağı bağımsız bir muayenehane açmış olması gerekir. Muayenehane, vergi ve ticaret hukuku bakımın-

* 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).

¹ İşçi ve sözleşmeli personel gibi, bir işverene bağımlı olarak çalışanların dışında, başka kimlerin sağlık sigortası yaptırmakla yükümlü oldukları Alman V. Sosyal Yasası (SGB V) § 3'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bir işverene bağımlı olmadan çalışanlar da, bu yasal sağlık sigortası kurumlarında sigorta şemsiyesi altına alınabilirler. Özellikle daha önce bir işverene bağımlı olanlarla, daha önce aile sigortasından yararlananlar, yasal sigorta kuruluşlarında, *gönüllü sağlık sigortası* yaptırabilirler (Sosyal Yasa V § 9).

² Sağlık Sigortaları Çatı Örgütü'nün ("Spitzenverband Bund der Krankenkassen") verilerine göre, 2010 yılı itibarıyla, yasal sağlık sigortası hizmeti sunan toplam 169 kuruluş bulunmaktadır. Bkz. http://de.wikipedia.org/wiki/Gesetzliche_Krankenversicherung, erişim: 10.02.2010. 2002 yılı itibarıyla yasal (sosyal) sigorta kuruluşlarının sayısı 357'dir. Aynı yılın verilerine göre sosyal sağlık sigortası şemsiyesi altında 51 milyon kişi bulunmaktaydı. Karş. **Nagel, Eckhard**, Das Gesundheitswesen in Deutschland, s. 73 vd., 4. Aufl. Köln 2007.

dan ticari işletme sayılmamaktadır³ § 1 f. 2 Federal Hekimler Tüzüğü ("Bundesärzte Ordnung" =BÄO). Alman sağlık sisteminde, hekimlerin kendilerini bulundukları eyaletin hekimler odasına kayıt ettirmeleri zorunludur.

Yasal (zorunlu) sağlık sigortaları tarafından sigortalanmış kişilere sağlık hizmeti sunma hakkı sadece anlaşmalı hekimlere tanınmıştır. Hekimlik ruhsatına sahip olan bir kimsenin, *anlaşmalı hekim* ("Vertragsarzt") sıfatını kazanabilmesi için, öncelikle bulunduğu eyaletteki *Anlaşmalı Hekimler Birliği*nce ("Kassenaerztliche Vereinigung") tutulan anlaşmalı hekimler siciline kayıt yaptırması ve ayrıca ilgili *ruhsat komisyonu* tarafından, kendisine anlaşmalı hekim ruhsatı verilmiş olması gerekir. Ruhsat komisyonu, başvuru sahibi hekimin uzmanlığı ve faaliyet göstereceği bölgede, bu uzmanlık dalına duyulan ihtiyacı dikkate alarak, başvuru değerlendirmektedir. Bu nedenle bazı uzmanlık alanlarında, faaliyet gösterilecek bölgedeki ihtiyaca göre, ruhsat sınırlandırması söz konusu olabilmektedir⁴ *Anlaşmalı Hekimler Hakkında Ruhsat Tüzüğü* §12 ("Zulassungsverordnung für Vertragsärzte", "Ärzte-ZV").

Sağlık sigortası sisteminin bir başka aktörü ise Anlaşmalı Hekimler Birliği'dir ("kassenaerztliche Vereinigung"). Kamu hukuku tüzel kişisi şeklinde örgütlenmiş olan bu birlik, her eyalette mevcuttur ve eyalet sağlık bakanlığının denetimine tabidir. Tüm anlaşmalı hekimler, birliğin doğal üyesidir.⁵ Anlaşmalı Hekimler Birliği'nin görevleri Sosyal Yasa V § 77'de hükme bağlanmıştır. Buna göre birliğin en önemli fonksiyonu, anlaşmalı hekimlerin görevlerini yerine getirip getirmediğini denetlemek ve onların sağlık sigortaları karşısında menfaatlerini korumak ve gözetmektir.⁶

Sağlık sigortası sisteminin bir diğer aktörü ise yasal sağlık sigortalarıdır. Bu sigortaların ana görevi ise sigortalılara ve onların ailelerine sağlık hizmeti sunmaktır. Sigorta kuruluşları bu görevi, Türk hukukunda olduğu gibi, kendisi doğrudan hastane işleterek yerine getirmek yerine, anlaşmalı hekimlere bu görevi devretmek suretiyle ifa etmektedir. Buna göre Sağlık Sigortaları Birliği, Anlaşmalı Hekimler Birliği'yle, sunulacak sağlık hizmetinin içerik, kapsam ve tarzını belirleyen kamu hukukuna özgü toplu sözleşmeler imzalamaktadır. Bu sözleşmeye dayanarak, anlaşmalı hekimler yasal sağlık sigortası üyelerine sağlık hizmeti sunmakta ve hizmetin bedeli yine bu anlaşmaya dayanarak Anlaşmalı Hekimler Birliği'nden talep edilmektedir.

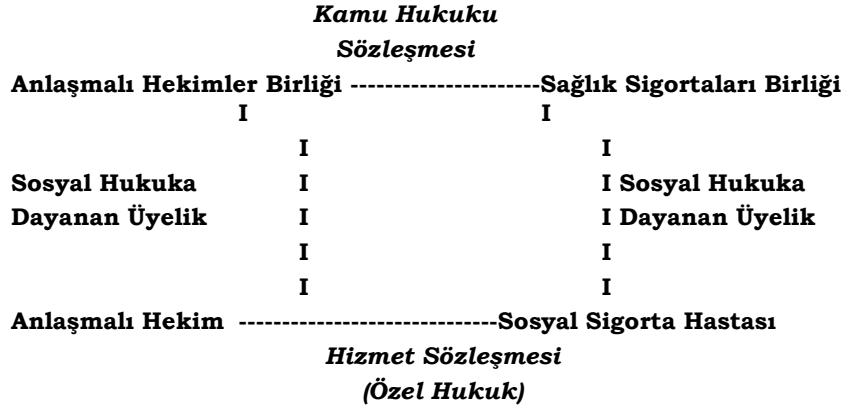
³ BFG, NJW 1981, 2535. Buna karşılık, vefat eden eşinin muayenehanesi kendine miras yoluyla intikal eden ve eşinin yerine başka bir hekimi temsilci sıfatıyla çalıştıran kimsenin faaliyeti ticari sayılır. Bkz. BFG NJW 1989, 567.

⁴ Bu nedenle yeni bir muayenehane açmak, bazı uzmanlık dallarında ve yerleşim yerlerinde artık imkan dahilinde değildir. Türkiye'de noterlik uygulamasında olduğu gibi, Almanya'da da yaygın olan uygulama yeni muayenehane açmak yerine, açılmış bir muayenehaneyi ölüm, yaşlılık veya malüllük ve benzeri sebeplerle devralmak şeklinde gerçekleşmektedir.

⁵ 2004 yılı başında Almanya genelinde 130.563 anlaşmalı hekim bulunmaktaydı. **Nagel**, s. 131.

⁶ Almanya'da her eyalette bir tane Anlaşmalı Hekimler Birliği bulunmaktadır. Ancak Kuzey Ren Vestfalya eyaletinde iki tane olduğundan, Almanya'da toplam 17 adet Anlaşmalı Hekimler Birliği mevcuttur. Bunlar kamu hukuku tüzel kişisi şeklinde örgütlenmiş kamu kuruluşlarıdır.

Yasal sigorta üyesi hasta, dilediği anlaşmalı hekime sağlık hizmeti almak maksadıyla gitmekte serbesttir (Sosyal Yasa V § 76). Hastanın anlaşmalı hekime müracaatı ile birlikte, hekim ile hasta arasında özel hukuka dayanan *nitelikli hizmet sözleşmesi* kurulmaktadır.⁷ Bu sözleşmede, hekimin ediminin karşılığı olan vizite ücreti, hastadan değil, hekimin üyesi bulunduğu Anlaşmalı Hekimler Birliği'nden talep edilebilmektedir. Sağlık Sigortası Sisteminin aktörleri arasındaki ilişki şu şekilde şematize edilebilir:



Alman sağlık sisteminde, sosyal sigortaların yanı sıra, özel sigorta kuruluşları da, hastalık, malüllük ve ölüm risklerine karşı çalışanları sigorta etmektedir.⁸ Özel sağlık sigortalarında sigortalı ile özel sigorta kuruluşu arasındaki ilişki, özel hukuka dayanan sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Özel sağlık sigortalarının, sağlık risklerine karşı sigortalanan bu hastalara terminolojik olarak *özel hasta* ("Privatpatient") adı verilmektedir⁹.

Alman sağlık sisteminde anlaşmalı hekimler siciline kayıtlı olmadan da, hekim olarak sağlık hizmeti sunmak mümkündür. Bu hekimler ancak özel hastalara ve vizite ücretini kendisi karşılamak isteyen hastalara sağlık hizmeti sunabilirler. Buna karşılık anlaşmalı hekimlerin, özel hastalara sağlık hizmeti sunmasına yasal olarak engel bulunmamaktadır. Anlaşmalı hekim tarafından

⁷ **Temel, Erhan.** Alman Hukukunda Estetik Cerrah ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı (7-8 Kasım 2008), Kurultay Kitabı Ankara 2009, s. 230 vd.

⁸ Yasal sağlık sigortalarının kısmen yerine getirdiği sağlık hizmetlerinin (ör. diş protezi, kontakt lens gibi bazı araçlar; bazı burun ameliyatları ve diş dolguları gibi tıbbi müdahaleler) bedelinin eksik kalan kısmı için *ilave özel sigorta* ("Zusatzversicherung") yaptırılabilir.

⁹ Özel sağlık sigortaları, sosyal sigorta kurumunca sağlık sigortası kapsamına alınmamıştır ve herkese açıktır. Buna göre, bir işverene bağımlı olmaksızın çalışanlar, serbest meslek sahipleri, memurlar ve bir işverene bağımlı olarak (işçi sıfatıyla) çalışıp da, kazancı sosyal sağlık sigortaları için öngörülen meblağın üzerinde olanlar, özel sağlık sigortası yaptırabilirler. 2002 verilerine göre Almanya genelinde 8 milyon kişi özel sağlık sigortalarında, sağlık risklerine karşı sigortalı bulunmaktadır. Karş. **Nagel**, s. 115.

tedavi edilen özel hasta, bu hizmetin bedelini hekime kendisi ödedikten sonra, bu meblağı (faturayı ibraz etmek suretiyle) sigortalı olduğu özel sigorta kuruluşundan geri alabilmektedir.

II. AYAKTA TEDAVİ-YATILI TEDAVİ AYIRIMI

Geleneksel ayırımı göre, tıbbi faaliyet, *ayakta tedavi* ("ambulante Behandlung") ve *yatılı tedavi* ("stationäre Behandlung") olmak üzere iki şekilde icra edilmektedir. Ayakta tedavi kapsamında verilen sağlık hizmetlerinde, *anah-tar aktör* anlaşmalı hekimlerdir. Yatılı tedavi ise hastanelerde uygulanmaktadır. Anlaşmalı hekimlerin ayakta tedavi kapsamında sunduğu sağlık hizmetlerini üç sac ayağına oturtmak mümkündür: Hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak, "hastalıklardan koruyucu tıbbi faaliyetler", "hastalığın erken teşhisine yönelik tıbbi faaliyetler" ve "hastalığın tedavisine yönelik tıbbi faaliyetler".¹⁰ Alman uygulamasında herhangi bir uzmanlığı bulunmayan (pratisyen) hekimler ile *genel tıp uzmanları*, aile hekimi olarak sağlık hizmeti sunmaktadır. Ayakta tedavi hizmetinden yararlanmak isteyen sosyal sigortalı hasta, sigorta kartıyla dilediği uzman hekime ya da kendi aile hekimine müracaat edebilir.

Hastanelerde verilen sağlık hizmeti ise, "yatılı tedavi", "yatılı tedavi öncesi" ve "yatılı tedavi sonrası tedavi" ve "ayakta tedavi" olmak üzere dörde ayrılmaktadır (SY V. § 39, § 115a, § 115b). Ayakta tedavi uygulayan anlaşmalı hekim, hastayı muayene ettikten sonra, ayakta tedavinin tek başına yeterli olamayacağı; tedavi hedefine ancak hastanede ulaşılacağı sonucuna varırsa, hastayı (en yakın) ruhsatlı hastaneye sevk etmek durumundadır.¹¹ Kendisine hasta sevk edilen hastane de, yatılı tedavinin gerekli olduğu kanaatine varırsa, hasta hastanede tedavi edilmeye başlanır (SY V § 108).

Hastaneler de istisnai durumlarda ayakta tedavi uygulayabilirler. Hastanede ayakta tedavinin en önemli istisnası *acil durumlardır* (SY V. § 76 f.1). Ayrıca anlaşmalı uzman hekim açığı bulunan bazı dallarda hastanenin de ayakta tedavi yapması mümkündür.¹² Bunun dışında üniversite hastaneleri ve kliniklerinde de ayakta tedavi mümkündür. Bunun için ilgili üniversite hastanesinin Ruhsat Komisyonu tarafından ayakta tedavi konusunda yetkilendirilmiş olması gerekmektedir.¹³ Ayrıca eyaletlere bağlı olan ve kendilerine ayakta tedavi yetkisi verilmiş hastanelerin psikiyatri servislerinde de ayakta tedavi imkanı mevcuttur.¹⁴ Bazı ender rastlanan veya tedavisi çok özel ihtisası gerektiren hastalıklar ya da hastalığın seyri nedeniyle sadece hastanelerde tedavi edilen hastalıklar da, hastanede ayakta tedavi yöntemiyle tedavi edilebilir.¹⁵

¹⁰ Karş. **Nagel**, s. 123.

¹¹ **Wenzel-FAMedizinR/Lutterbeck, Christian**, Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Köln 2007, knr. 460, s. 157.

¹² Bunun için Ruhsat Komisyonunun, ilgili hastanenin talebi üzerine ihtiyaç duyulan uzmanlık alanlarında hastanede görev yapan uzman hekimlere, ayakta tedavi uygulanabilmesi için yetki vermesi gerekir. (SY V. § 116).

¹³ **Wenzel-FAMedizinR/Lutterbeck**, knr. 466, s. 159.

¹⁴ **Wenzel-FAMedizinR/Lutterbeck**, knr. 467, s. 159.

¹⁵ Bu tür tedavileri uygulayan hastaneler ile sosyal sağlık (sigorta) kurumları anlaşma yapmak ve sigortalı hastaların sigorta kartlarıyla, *ihtisas* hastanelerinde tedavisi sağlanmaktadır. **Wenzel-FAMedizinR/Lutterbeck**, knr. 465, s. 158.

III. MUAYENEHANE ORTAKLIĞI VE ORTAK MUAYENEHANE

1. Muayenehane Ortaklığı

a) Genel Olarak Muayenehane Ortaklığı Kavramı

Yukarıda değinildiği gibi, gerekli ruhsat ve izin sürecini tamamlayarak, muayenehane açmış bir hekim, kendi muayenehanesinde anlaşmalı hekim sıfatıyla sigorta hastalarına, ayakta tedavi hizmeti sunabilir. Birden fazla anlaşmalı hekimin, hekimlik mesleğini biraraya gelerek icra edebilmeleri yasal olarak mümkündür: Hekimlerin bu amaç için başvurdukları örgütlenme yöntemlerinden biri de *muayenehane ortaklığı*dır. Almanya’da 1960’dan itibaren ilk defa medya ve meslek kuruluşları bazında (yoğun) tartışmaya açılan bu uygulama¹⁶, günümüzde artık hem “meslek hukuku”, hem de “sosyal hukuk” ve “şirketler hukuku” bakımından meşru temellere dayandırılmış, modern bir meslek icra örgütlenmesidir. 1956 yılında yürürlüğe giren Hekimler Hakkında Örnek Meslek Tüzüğü (“Musterberufsdnung für Ärzte”, “MBO-A”) § 18’e göre muayenehane ortaklığı açabilme, ancak istisnai durumlarda ve hekimler odasının izni ile mümkündür.

Konuyla ilgili detaylara girmeden önce, muayenehane ortaklığı kavramının tanımını yaparak, benzer kavramlardan farklı yönlerini belirtmek, bu kavramın daha iyi anlaşılması bakımından yararlı olacaktır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi¹⁷ tarafından yapılan ve literatürde¹⁸ çoğunluk tarafından kabul gören tanıma göre, muayenehane ortaklığı geleneksel (klasik) olarak şu şekilde tarif edilmektedir:

“Aynı ya da birbirine yakın branştan olan birden fazla hekimin birlikte kullandıkları bir muayenehanede, muayenehanedeki teçhizatı, tıbbi araç-gereç, alet ve aygıtları ortaklaşa kullanarak ve müşterek istihdam ettikleri yardımcı sağlık personelinin desteğinden yararlanmak suretiyle, dosyaları müşterek tutulan hasta kitlesine, ayakta tedavi hizmeti sunma faaliyetidir.” Muayenehane ortaklığı uygulamasında hastaya sunulan bu ortak sağlık hizmetinin bedeli, sağlık sigortasına “ortak bir isim altında” fatura edilmektedir. Klasik anlamda muayenehane ortaklığı kavramının karakteristik diğer bir özelliği,

¹⁶ Muayenehane ortaklığı uygulamalarının Almanya’da 1960’lı yıllarda izlediği süreç için bkz. **Spitzl, Guntram**, Die aertzliche Gemeinschaftspraxis, Dissertation, Göttingen 1965.

¹⁷ BGH, NJW 1986, 2346 vd. Alman Federal Sosyal Yüksek Mahkemesinin (BSG) benzer kararları için bkz. BSGE 23, 170, 171; BGSE 55, 97, 104.

¹⁸ **Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm**, Medizinrecht 3. Aufl. München 2001, § 18, knr. 12; **Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger**, Medizinrecht 2. Aufl. München 2008, § 14 knr. 7; **Martis, Rüdiger, /Winkhart, Martis-Martina**, Arzthaftungsrecht, 2. Aufl. Köln 2007, s. 473; **Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter**, Handbuch des Vertragsarztes, 2. Aufl. München 2006, § 6 knr. 14; **Rupprecht, Rudolf**, Zivilrechtliche Haftung des niedergelassenen Arztes aus Anlass der Heilbehandlung in medizinischen Kooperationsformen, Dissertation, Berlin 2002, s. 131; **Walter, Alexander**, Haftungsverhältnisse in aertzlichen Kooperationsformen nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit von BGB-Gesellschaften, MedR 2002, 169, 170. Karş. **Cramer, Udo**, Praxisgemeinschaft versus Gemeinschaftspraxis-Auf den Gesellschaftszweck kommt es an, MedR 2004, s. 552, 553 vd.

hekimin hastasına karşı hizmet sözleşmesinden kaynaklanan edimi, muayenehane ortaklığının üyesi her hekim tarafından yerine getirilebilir olmasıdır.¹⁹

Başka bir anlatımla; hekimler tedaviyi üstlenme bakımından birbirini ikame edebilirler. Bu nedenle muayenehane ortaklığı kuracak hekimlerin aynı ya da en azından birbirine yakın branşlarda olması gerekir. Ancak Federal Sosyal Yüksek Mahkeme²⁰ ("Bundessozial Gericht"=BSG) 1983 yılında verdiği bir kararla, *hastaların ortak tedavi edilmesi* olgusunun muayenehane ortaklığı için zorunlu unsur olmadığına, zira ortak tedavi kavramının dar anlamda anlaşılması gerektiğine hükmetmiş, farklı branştan hekimlerin muayenehane ortaklığı kurmalarına yeşil ışık yakmıştır.

Federal Sosyal Yüksek Mahkeme daha sonraki bir kararında²¹, bu içtihadını teyit ederek, muayenehane ortaklığı için üç unsurun varlığını yeterli görmüştür:

- (1) Hekimlik faaliyetinin ortak icra edilmesi
- (2) Birlikte çalışan anlaşmalı hekimlerin bulunması²²
- (3) Ruhsat Komisyonu tarafından hekimlik mesleğinin ortak icra edilmesine yönelik ruhsat verilmiş olması.

Sosyal Yüksek Mahkeme'nin bu içtihadından hareketle şu tespiti yapabiliriz: Muayenehane ortaklığı uygulaması çerçevesinde, önemli olan hekimlerin ortak faaliyet göstermesi ve ortaklığa mensup olan herhangi bir hekimin uyguladığı – hatalı - tedaviden dolayı, tüm hekimlerin birlikte sorumlu olmasıdır.²³

Gerçekten de 2004 yılında 107. Alman Hekimler Günü ("107. Deutscher Aertztetag") toplantısında alınan kararlar ışığında değiştirilen Örnek Meslek Tüzüğü (ÖMT), farklı branşlarda veya farklı yerlerde bulunan hekimlerin muayenehane ortaklığı açarak, hekimlik mesleğini icra etmelerine olanak tanımıştır. Adı geçen Tüzük § 18 f. 3'de muayenehane ortaklığı uygulamasına, klasik görüşün dışına taşan oldukça liberal ve üç²⁴ farklı şekilde uygulama alanı olan yeni bir boyut kazandırmıştır²⁵: Buna göre,

¹⁹ MünchHdb.GesRI/Gummert, Hans, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, München 2009, § 25 knr. 34; Cramer, s. 554. Karş. BGH, MedR 2006, 290.

²⁰ BSG, t. 22.04.1983 – Rka 7/81, BSGE. 55. 97.

²¹ BSG, NJW 1993, 1547.

²² Her ne kadar Federal Sosyal Yüksek Mahkemenin içtihadında açıkça belirtilmemiş olsa da, anlaşmalı hekimler ve özel hekimler sadece kendi aralarında bir muayenehane ortaklığı kurabilirler. Anlaşmalı bir hekimin, özel hekimle muayenehane ortaklığı şeklinde organize olarak mesleğini icra etmesi mümkün değildir.

²³ Karş. Reiter, Carsten, Arztlische Berufsausübungsgemeinschaft vs. Organisationsgemeinschaft, GesR 2005, s. 6 vd.

²⁴ Sayılan bu üç çeşit muayenehane ortaklıklarının dışında, aynı mekanda birden fazla anlaşmalı hekimin faaliyet göstermesi, yani klasik muayenehane ortaklığı uygulamada daha yaygındır.

²⁵ Hekimlerin mesleklerini ortak icra etmelerine imkan tanıyan bu mevzuat değişikliğinin temelinde bilişim ve teknoloji sektöründe yaşanan gelişmeler ve ekonomik düşünceler yatmaktadır. Zira bugün artık bilişim teknoojisi fiziksel olarak aynı mekanda bulunmayan kimselerin mesleklerini (ör. gazeteciler, avukatlar, muhasebeciler, mimar ve mühendisler vs.) ortak icra etmelerini mümkün kılmaktadır. Ayrıca muayenehane or-

(1) Bir hekimin birden fazla muayenehane ortaklığına üye (ortak) olması serbesttir (Anlaşmalı Hekimler Hakkında Ruhsat Tüzüğü (AHRT) § 33 f. 2).

(2) Farklı yerlerde hizmet veren muayenehanelerin, müşterek bir kliniğe taşınmadan muayenehane ortaklığı kurmaları mümkündür (birden fazla lokali olan muayenehane ortaklığı). Ancak bunun için her bir muayenehanede, asli görevini orada icra eden sorumlu bir hekimin bulunması gerekir²⁶ (AHRT § 33 f. 2).

(3) Hekimler tıbbi hizmetin sadece belirli (münferit) bir kısmını vermek amacıyla muayenehaneler, muayenehane ortaklığı kurabilirler § 33 f. 2. Bu tür uygulamalara terminolojik olarak *kısmi muayenehane ortaklığı* denilmektedir ("Teilberufsausübungsgemeinschaft"). Kısmi muayenehane ortaklığının, teknik ve tıbbi açıdan birbirlerine hasta sevk etme zorunluluğu bulunan branşlar arasında kurulması yasaktır. Örneğin dahiliye uzmanı ve radyoloji uzmanı hekim ya da kadın doğum uzmanı ve mikrobiyoloji uzmanı hekimin kısmi muayenehane ortaklığı kurması yasal olarak mümkün değildir. Bu yasağın nedeni ise hekimlerin *paslaşarak* ("Kick-back") haksız kazanç elde etmesini engellemektir.

b) Muayenehane Ortaklığının Şirketler Hukuku Açısından Örgütlenmesi

Uygulamada muayenehane ortaklığı açısından hukuksal sorun teşkil eden başka bir konu ise; muayenehane ortaklığının hangi şirketler türünde örgütlenecekleri hususudur. Acaba birden fazla anlaşmalı hekimin bir araya gelerek kurdukları bu muayenehane ortaklığı Alman şirketler hukukunun kabul ettiği herhangi bir şirket şeklinde örgütlenebilir mi? Bu sorunun açık ve net cevabını Örnek Meslek Tüzüğü (MBO-A) § 18 f. 2'de buluyoruz. Buna göre, hekimler hekimlik mesleğinin icrası için "caiz olan" şirket türlerinden birini seçerek, mesleklerini müşterek icra edebilirler. Ancak bunun için üç önemli koşulun yerine getirilmesi gerekir:

(1) Hekimlerin faaliyetini kendi sorumlulukları altında gerçekleştirmesi,

taklıklarına mahsus bazı ekonomik avantajlar sayesinde daha fazla kazanç elde etme imkanı bulunmaktadır: Bu avantajlar üç başlıkta özetlenebilir:

(1) Birbirinden bağımsız işletilen muayenehaneler muayenehane ortaklığı çatısı altında toplandığında, senelik muhasebe, yıllık mali tablo için sarf edilecek masraflarda önemli azalmalar yaşanacaktır.

(2) Fiziki olarak farklı yerlerde bulunan münferit muayenehaneler, muayenehane ortaklığı çatısı altında toplandığında bilişimde kullanılan yazılım ve donanım lisans masrafları azalacaktır.

(3) Muayenehane ortaklığı dışı karşı daha etkin marketing olanağı sağlayacağından, muayenehane ortaklığı çatısı altında toplanan her bir muayenehane için daha fazla müşteri (hasta) potansiyeli sağlanacaktır. Ayrıca her bir münferit muayenehane kolaylıkla diğer muayenehanelerin hastalarına sağlık hizmeti sunabilecektir.

²⁶ Bu hekimin haftada en az 20 saat kendi muayenehanesinde faaliyet göstermesi ve diğer muayenehanede gösterdiği tıbbi faaliyetin kendi muayenehanesinde geçirdiği faaliyetten toplam saat olarak daha az olması gerekir. **Terbille-MünchAnwMed/Hahne, Karin**, Münchener Anwaltsbuch Medizinrecht, München 2009, § 4 knr. 236.

(2) Başkasından bağımsız, yani serbest meslek olarak ifa edilmesi (mesleki açıdan bağımsız olması, hekimlik mesleğini başkasının talimatından bağımsız yapabilmesi) ve

(3) Muayenehanenin ticarethane şeklinde işletilmemesi, başka bir anlamla, hekimlik faaliyetinin ticari nitelikte olmaması gerekir.

Bu son şart, yani ortaklığın ticari şekilde işletilememesi şartının, şirketler hukuku ile nasıl bağdaştığı sorusu haklı olarak akla gelebilir. Alman şirketler hukukunda “şirketin ekonomik bir çıkar sağlamayı hedef tutması” tüm şirketlerde bulunması gereken ortak bir unsur değildir. Zira Türk hukukundan farklı olarak, birincil hedefi kar sağlamak olmayan, “kamuya yararlı” şirketler kurmak mümkündür.

Muayenehane ortaklığının hangi şirket türünde kurulması gerektiği konusunda, açık bir yasal düzenleme yoktur. Ancak *komandit* ve *kollektif* şirketlerin işletme konusu mutlaka “bir ticari faaliyet yapmak” olduğundan, bu şirketler muayenehane ortaklığı için geçerli bir örgütlenme biçimi değildir.²⁷

Buna karşılık muayenehane ortaklığının *limited şirket* şeklinde kurulması teorik olarak mümkündür. Ancak bunun için ilgili eyaletin tabipler odası yasasının buna izin vermesi, en azından açıkça bir yasaklama getirmemiş olması²⁸ gerekir.²⁹ Örnek Meslek Tüzüğü’ne 2004 yılında eklenen § 23a’da hekimlerin özel hukuk tüzel kişisi şeklinde örgütlenerek mesleklerini beraber icra edebilecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu hüküm yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu bir kararında, dış hekimlerinin *limited şirket* şeklinde örgütlenerek, ortak mesleki faaliyette bulunmalarının tamamen yasal olduğuna hükmetmiştir.³⁰

Örnek Meslek Tüzüğü, kurulacak tüzel kişiliğin türü hakkında bir açıklama yapmamakla birlikte, bu tüzel kişiliğin sahip olması gereken bir dizi özelliklerini saymıştır. Literatürdeki baskın görüşe göre, bu özellikleri taşıyan *hekimler limited şirketi*³¹ şeklinde yapılanmış muayenehane ortaklığı kurmak mümkündür.³² Yasanın açık hükmünden hareket ederek hekim *limited şirketi*nde aranan zorunlu unsurları şu şekilde özetleyebiliriz:

²⁷ MünchHdb.GesRI/Gummert, § 25 knr. 38; Schnapp/Wigge, § 6 knr. 10.

²⁸ Saenger, Ingo, Gesellschaftsrechtliche Binnenstruktur der ambulante Heilkundegesellschaft, MedR 2006, s. 138, 141; Rupprecht, Diss., s. 148 vd.

²⁹ Terbille-MünchAnwMed/Hahne, § 4, knr. 233; MünchHdb.GesRI/Gummert, § 25 knr. 39, 40; Reiter, GesR 2005, s. 11.

³⁰ BGH, MedR 1994, s. 152.

³¹ Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, her ne kadar yasal olarak muayenehane ortaklığının *limited şirket* şeklinde kurulması mümkün olsa da, pratikte karşılaşılan bir zorluktan dolayı, bu tür hekim *limited şirketleri* fazla yaygın değildir. Zira özel sağlık sigortaları bu tür şirketlerin tıbbi hizmet karşılığı olarak hazırladıkları fatura bedellerini ödememe eğilimindedir. Karş. MünchHdb.GesRI/Gummert, § 25 knr. 39.

³² Terbille-MünchAnwMed/Hahne, § 4, knr. 233; Saenger, MedR 2006, s. 138 vd.; Blaurock, Claudia, Gestaltungsmöglichkeiten der Zusammenarbeit von Vertrags- und Privatsarzt, MedR 2006, s.643; Rupprecht, s. 148 vd. Farklı görüş için karş. Braun, Susanne, Das Risiko der persönlichen Haftung für Gesellschafter arztlicher Berufsausübungsgesellschaften und Medizinische Versorgungszentren, MedR 2009, s. 272.

(1) Hekim limited şirketinin ortakları sadece ruhsatlı hekimler³³ ya da ruhsatlı hekimlerin yanı sıra kendi sorumluluğu altında mesleğini icra etmeye yetkili ve üniversitelerin tedaviye³⁴ yönelik herhangi bir bölümünden mezun ya da sağlıkla ilgili diğer tabii bilimlerden birinden mezun olması,

(2) Şirketin bir hekim tarafından yönetilmesi veya yönetimde hekimlerin sayıca çoğunlukta olması,

(3) Hem hisse hem de şirket ortaklarının sayısı bakımından çoğunluğun hekimlerde bulunması,

(4) Üçüncü kişilerin şirket kârına katılamaması,

(5) Şirkette faaliyet gösteren tüm hekimler için yeterince mesleki mesuliyet sigortasının yapılmış olması.

2004 senesinde Örnek Meslek Tüzüğü liberal bir yapıya kavuşturulmadan önce, muayenehane ortaklıklarında sağlık hizmeti sunan hekimler arasındaki ilişki, şirketler hukuku bakımından *adi şirket*, yani Alman Medeni Kanunu anlamında şirket ("GbR"="Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Rechts") olarak nitelendiriliyordu³⁵. 25.07.1994 tarihinde³⁶ serbest meslek sahiplerinin şirket şeklinde örgütlenmesinin yasal zeminini oluşturan Partnerlik Ortaklığı Yasasının ("Partnerschaftsgesellschaftsgesetz") yürürlüğe girmesiyle birlikte, muayenehane ortaklığının partnerlik ortaklığı şeklinde kurulması mümkün kılınmıştır.

Bugün, bizim de katıldığımız, öğretilerdeki baskın görüşe³⁷ göre, Örnek Meslek Tüzüğü'nün sistematüğinden (kontekstinden), muayenehane ortaklığı için en uygun ortaklık şeklinin adi ortaklık olduğu çıkmaktadır. Zaten günümüzde uygulamada en sık rastlanılan muayenehane ortaklığı örgütlenmesi adi şirket şeklindedir. Hekimler limited şirketi ise çok küçük bir istisna teşkil etmektedir. Bu yüzden muayenehane ortaklığı konusunda bundan sonra yapacağımız açıklamalar ağırlıklı olarak adi ortaklık konusu etrafında olacaktır.

c) Adi Şirket Şeklinde Kurulmuş Muayenehane Ortaklığı

Alman hukukunda adi şirket, Medeni Kanun § 705 vd.'nda düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklar şirket sözleşmesinde, müşterek amaçlarına ulaşmak için sözleşmede belirlenen şekilde destek sağlamayı ve özellikle kararlaştı-

³³ Hekim Limited Şirketinde, şirket ortağı olan hekimlerin şirkette bizzat yönetici sıfatıyla veya şirketin sözleşmeli personeli sıfatıyla, hekimlik mesleğini icra ediyor olması gerekir. Bu yüzden bir hekimin, şirkete sadece sermaye koyarak ortak olması hukuken mümkün değildir. **Saenger**, MedR 2006, s. 140.

³⁴ Örneğin üniversite mezunu ebeler, logopedler.

³⁵ Karş. **Spitzl**, Diss. s. 74; **Urschbach, Roland**, Die Gemeinschaftspraxis als Zusammenschluss von niedergelassenen Ärzten, Dissertation Mainz 1989, s. 150 vd.; **Rupprecht**, Diss. 133 vd..

³⁶ BGBl. I, s. 1744.

³⁷ **Schnapp/Wigge**, § 6 knr. 15; **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 36, 41; **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10; **Martis/Winkhart**, s. 474; **Walter, Alexander**, Organhaftung in als BGB-Gesellschaft betriebenen aerztlichen Gemeinschaftspraxen, GesR 2005, s. 396.

rılan katkıları yapmayı karşılıklı olarak taahhüt ederler. Bu hükümden hareketle, adi ortaklıkta bulunması zorunlu unsurları;

(1) birden fazla gerçek kişi

(2) ortak bir amaç

(3) ortaklık (şirket) sözleşmesi

(4) ortakların şirket amacına ulaşılması için, kararlaştırılan şekilde şahsi katkı sağlaması olarak belirleyebiliriz. Bu unsurlardan birinin eksik olması durumunda adi ortaklıktan söz edilemez.

Genel anlamda adi ortaklıklar için belirlenen bu unsurlar, muayenehane ortaklığında somut olarak şu şekilde görülmektedir: Daha önce de değinildiği gibi, muayenehane ortaklığından söz edebilmek için, mesleklerini serbest icra eden, yani bağımsız çalışan en az iki özel veya anlaşmalı hekimin ortak meslek icrası amacıyla biraraya gelmesi gerekir.³⁸ O halde bir özel hekimle anlaşmalı hekimin muayenehane ortaklığı kurması yasal olarak mümkün değildir.

Şirket ortaklarının, yani hekimlerin ortak hedefi³⁹ ise, muayenehane ortaklığı çatısı altında⁴⁰, mesleklerini beraber icra etmektir; zira bu sayede hekimler gerek teşhis ve gerekse tedavi bakımından daha iyi tıbbi hizmet sunabilirler. Çünkü hem bazı pahalı tıbbi araç ve aletleri satın almak hem de mesleğinde uzmanlaşmış yardımcı personelin masraflarını karşılamak bazen tek başına bir hekimin üstesinden gelemeyeceği maddi bir külfeti beraberinde getirebilir. Muayenehane ortaklığına katılan hekimlerin ortak hedeflerinden biri de, ortak olarak elde edilen gelirlerden ilgili masraflar çıktıktan sonra arta kalan “safı kâra katılmaktır”. Her ne kadar hekimlik faaliyeti ticari bir iş olmasa bile, hekimlerin, verdikleri hizmetin karşılığı olarak elde ettikleri kazançlarını mesleklerini birlikte icra etmek suretiyle arttırmak⁴¹ istemeleri, hem meslek hukuku hem de ticaret hukuku bakımından meşrudur.⁴²

Hekimin, muayenehane ortaklığının amacına ulaşması için sağladığı şahsi katkı ise, muayene ortaklığının müşterisi olan hastalara verdiği hekimlik hizmetidir. Bu hizmetin mutlaka herbir hastaya müştereken verilmesi gerekli

³⁸ Tüzel kişilerin de ortak olduğu bir tıbbi hizmet sunan organizasyon kurmak da Alman mevzuatına göre mümkündür. Bunun için Sosyal Yasa V § 95 f. cümle 2’de Tıbbi Hizmet Merkezi (“medizinische Versorgungszentrum”) öngörülmüştür.

³⁹ **Spitzl**, Diss. s. 82, 83; **Urschbach**, Diss. s. 152, 153.

⁴⁰ Muayenehane ortaklığının üyeleri olan hekimlerin, bu ortak hedeflerini dışa yansıtmaları gerekir. Ortak tıbbi faaliyetin en yaygın yolu ise, muayenehane tabelasıdır. Federal Yüksek Mahkeme muayenehane levhasında kullanılan “Röntgen ve Nükleer Tıp Enstitüsü” (BGHZ 97, 273, 277), ya da “Jinekoloji ve Doğum Yardımı için Uzman Hekimler” (BGHZ 142, 126, 136 vd) ibarelerinin kullanılmasını muayenehane ortaklığının kabulü için yeterli saymıştır.

⁴¹ Yukarıda dipnot 25’te de değinildiği gibi muayenehane ortaklığı, üyelerine oldukça önemli ekonomik avantajlar sağlamaktadır. Bu ekonomik avantajların dışında, muayenehane ortaklığı çatısı altında birleşmiş hekimler, tıbbi konularda görüş alışverişi yapabilir, kendi aralarında tecrübelerini paylaşabilir, tatillerde birbirlerine vekalet edebilirler ve muayenehanedeki çalışma saatlerini kendileri serbestçe belirleyebilirler. İşte tüm bu avantajlarından dolayı Almanya’da muayenehane ortaklığı kurma eğilimi günden güne artmaktadır. Karş. **Walter**, MedR 2002, s. 169.

⁴² **Spitzl**, Diss. s. 83.

değildir.⁴³ Önemli olan, hekimin muayene ortaklığının toplam faaliyetine kısmi katkı sağlamasıdır. Uygulamada genellikle, hasta muayenehane ortaklığının üyelerinden birini hekim olarak seçmekte ve bu hekim hastanın tedavisine kadarki süreci tek başına yönlendirmektedir. Nadir de olsa, hastanın tedavi sürecinde ortaklık üyelerinden başka hekim veya hekimlerin de tedaviye katkı sağladığı görülmektedir.

Muayenehane ortaklığının şirketler hukuku bazında sahip olması gereken unsurlardan sonuncusu ise, ortaklık sözleşmesidir. Ortaklık sözleşmesinin mutlaka yazılı olmasına gerek yoktur. Hekimler, Muayenehane Ortaklığı kurma yönündeki karşılıklı iradelerini, sözlü açılacakları gibi, muayene ortaklığında beraber çalışmaya başlayarak, fiili hareketle de beyan edebilirler.⁴⁴ Ancak meslek hukuku açısından, yani ortaklığın ruhsat komisyonundan muayenehane ortaklığı ruhsatı alabilmesi⁴⁵ için, ortaklık sözleşmesinin⁴⁶ eyalet hekimler odasına yazılı olarak ibraz edilmesi zorunludur.⁴⁷

Federal Yüksek Mahkeme'nin bir içtihadında⁴⁸ belirttiği gibi, eğer bir muayenehane ortaklığı saydığımız tüm bu unsurlara sahip ise, hasta ile ortaklığına üye olan tüm hekimler arasında sözleşmeye (tedavi sözleşmesine) dayanan bir hukuki ilişki kurulur. Bu sözleşmenin herhangi bir hekim tarafından ihlali durumunda, yani hekimin tedavi veya aydınlatma hatasından dolayı tüm hekimler müteselsil sorumlu olurlar. Bu yüzden, hasta muayene ortaklığının üyeleri olan hekimlerin herbirinden hekimlik (tedavi) sözleşmesinin edimi niteliğinde olan tedaviyi talep edebilir.⁴⁹ Buna karşılık, sözleşme serbestisi prensibi gereği; muayenehane ortaklığı ile hasta arasında akdedilen tedavi sözleşmesinde, tedavinin sadece belirli bir hekim tarafından yapılması, kararlaştırılabilir.⁵⁰ 2001 yılına kadar gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında, tedaviyi uygulayan hekimin, tedavi hatasından dolayı aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunun da bulunduğu, bu hekimin dışındakilerin haksız fiilden sorumlu olmayacağı, zira diğer hekimlerin tedaviyi uygulayan hekime talimat verme yetkilerinin bulunmadığı genel olarak kabul edilmekteydi.⁵¹

2001 yılına kadar gerek öğretide ve gerekse Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarında adi şirketin tüzel kişiliğinin ve hak ehliyetinin bulunmadığı

⁴³ **Spitzl**, Diss. s. 83; **Urschbach**, Diss. s. 153.

⁴⁴ **Spitzl**, Diss. s. 84; **Urschbach**, Diss. s. 166.

⁴⁵ Muayenehane ortaklığının tıbbi hizmet sunabilmesi için Ruhsat Komisyonundan hekimlik mesleğinin ortak icra edilmesine dair izin (ruhsat) alınmış olması gerekir: Anlaşmalı Hekimler Hakkında Ruhsat Tüzüğü § 33 f. 3.

⁴⁶ Uygulamada kullanılabilecek bir ortaklık sözleşmesi örneği için bkz. **Urschbach**, Diss. s. 167, 168.

⁴⁷ Örnek Meslek Tüzüğü § 24. Ancak bazı büyük muayenehane ortaklıklarında, sonradan yaşanması muhtemel bazı sorunları önlemek amacıyla, profesyonelce hazırlanmış ayrıntılı bir ortaklık sözleşmesi kaçınılmazdır. Karş. **Möller, Karl-Heinz**, Aktuelle Probleme bei Gründung und Betrieb von Gemeinschaftspraxen, MedR 2006, s. 621, 622.

⁴⁸ BGH, MedR 1999, s. 561, 565.

⁴⁹ **Walter**, MedR 2002, s. 170.

⁵⁰ **Walter**, MedR 2002, s. 170.

⁵¹ OLG Köln, VersR 1991, 101; **Walter**, MedR 2002, s. 170.

tartışmasız kabul edilmekteydi. Ancak 2001 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi reform niteliği taşıyan bir kararında⁵² adi şirketin hak ehliyetinin bulunduğuna hükmetmiştir. Federal Yüksek Mahkeme ilgili kararın özet kısmında, adi şirketin hak ehliyetine ilişkin ezberbozan *esaslı değişiklikleri* ("Grundsatzentscheidung") şu ifadelerle dile getirmiştir:

(1) Dışa adi şirket olarak yansımış, yani iç şirket niteliği taşımayan ortaklık, hukuk hayatına iştirak ederek hak ve borçların sahibi olabilirler, yani hak ehliyeti vardır.

(2) Bu çerçevede medeni yargılama hukukunda aktif ve pasif taraf ehliyeti mevcuttur.

(3) Şirket ortağının şirketin borçlarından dolayı tüm malvarlığıyla sorumlu olduğu durumlarda, şirket borcu ile ortağın sorumluluğu arasındaki ilişki kollektif şirketteki gibidir. Yani ortağın şirketin borcundan dolayı sorumluluğu ferî niteliktedir.

d) Muayenehane Ortaklığında Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

Federal Yüksek Mahkeme'nin adi şirkete ilişkin bu prensip kararının⁵³ muayene ortaklıklarında da geçerli olduğu konusunda bugün öğreti⁵⁴ ve yerleşik içtihatlar⁵⁵ fikir birliği vardır. Bu Federal Yüksek Mahkeme kararını muayenehane ortaklığına uyguladığımızda şu sonuca varmak mümkündür: Ortaklığın tüzel kişiliği olmamasına rağmen, ortaklık lehine haklar doğabileceği, ortaklık borç altına da girebilir. Örneğin muayenehane ortaklığı adına bir bina satın alınıp, tapuya tescil ettirilebilir⁵⁶ ya da ortaklık başka bir ticaret şirketinin hisselerini devralabilir.⁵⁷ Bu yüzden bundan sonraki bölümde, Federal Yüksek Mahkeme'nin bu kararını muayenehane ortaklıklarında hekimlerin sorumluluğunu nasıl etkileyeceği sorusuna cevap aranacaktır. Alman hukukunda tedavi hatasından dolayı hekimin hem sözleşmenin ihlalden (Alman MK § 280) kaynaklanan hem de haksız fiilden (Alman MK § 831) doğan, maddi ve manevi zararı tazmin borcu söz konusudur. Bu iki sorumluluğun şartları ve hasta açısından sonuçları hemem hemen aynıdır.⁵⁸

⁵² BGH, t. 21.01.2001-II ZR 331/00, MDR 2001, s. 459.

⁵³ Başka bir anlatımla, dışa yansımış bir adi şirketin tüzel kişiliği olmaksızın hak ve taraf ehliyetine sahip olduğu, ortakların şirketin borçlarından ikincil derecede sorumlu olması olgularını muayenehane ortaklığı için de geçerli sayılmaktadır.

⁵⁴ **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10; **Martis/Winkhart**, s. 476 vd.; **Walter**, MedR 2002, s. 172 vd.; **aynı yazar**, GesR 2005, s. 396 vd.; **Möller**, K.-H., Aktuelle Probleme bei Gründung und Betrieb von Gemeinschaftspraxen, MedR 2006, s. 621; **Braun**, MedR 2009, s. 273; **Steffen, Erich**, Formen der Arzthaftung in interdisziplinärer Tätigkeit in Gesundheitseinrichtungen, MedR 2006, s. 75, 77.

⁵⁵ BGH, NJW 2003, 2984; DB 2006, 2114; NJW 2007, 621; OLG Celle, NJW 2006, 2194.

⁵⁶ Bu konuda verilmiş bir yüksek mahkeme kararı henüz bulunmamaktadır.

⁵⁷ **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10.

⁵⁸ **Temel, Erhan**, Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi (8-9 Mayıs 2008), Sempozyum Kitabı, s. 113, 114.

Muayenehane ortaklığına sağlık hizmeti almak üzere gelen hasta ile hak ehliyetine sahip muayenehane ortaklığı arasında bir tedavi sözleşmesi kurulur.⁵⁹ Ancak muayene ortaklığının sunduğu avantajlardan yararlanmak istemeyen hasta, sadece tanıdığı ve güvendiği bir hekim tarafından muayene ve tedavi edilmek istediğini, diğer hekimlerin tedaviye katılmasını arzu etmediğini açıkça bildirdiği takdirde, o zaman sadece tercih edilen hekim ile hasta arasında bir sözleşme kurulmuş olur.⁶⁰ Bu durumun sorumluluk hukukunda yansıması ise, sadece tedavi uygulayan hekimin, kendi tedavi hatasından sorumlu olması, diğer hekimlerin sorumluluk dışında kalması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.⁶¹

Muayenehane ortaklığında hastaya sağlık hizmeti sunan hekimin kendi adına değil, bağlı bulunduğu ortaklık adına ve ortaklığı temsilen (MK § 714, 164) hareket ettiği kabul edilir⁶². Dolayısıyla hekim, tedavi fiili ile, ortaklığın tedavi sözleşmesinden dolayı yerine getirmek zorunda olduğu hizmet edimini ifa etmektedir. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki baskın görüşe⁶³ göre, hekimler tedavi esnasında *ortaklığı temsile yetkili organ* gibi faaliyet gösterdiklerinden, derneklerde organların sorumluluğunu düzenleyen MK § 31⁶⁴ muayenehane ortaklığına da kıyas yoluyla uygulanabilir. MK § 31 ise, yönetim kurulu üyesinin ve derneği temsile yetkili diğer kimselerin kendilerine bırakılan işleri icra esnasında, tazminatı gerektirecek bir fiiliyle üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan derneğin sorumlu olduğunu hükme bağlamaktadır.

Buna göre, muayenehane ortaklığının üyesi hekimin tedavi hatası sonucunda, yani sözleşmenin ihlalinden dolayı hastaya vermiş olduğu zarardan muayenehane ortaklığı sorumlu olur. Federal Mahkeme'nin prensip kararında belirttiği gibi, ortaklığın borçlarından ise tüm ortaklar, kollektif şirkette ortakların ortaklığın borcundan dolayı sorumluluğunu düzenleyen Alman Ticaret Ka-

⁵⁹ **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10; **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 48; **Schnapp/Wigge**, § 6 knr. 26.

⁶⁰ Bu şekilde sadece tedaviyi uygulayacak hekim ile hasta arasında bir sözleşme yapılmışsa, diğer hekimlerin onayı alınmadan bu sözleşme geçerli olmaz. Karş. **Braun**, MedR 2009, s. 273. Buna karşılık tedavi olmak amacıyla muayenehane ortaklığına geldiği ve özel herhangi bir anlaşmanın yapılmadığı ve hastanın özel olarak bir hekim istemediği ve tedaviyi uygulayacak bu hekimin hangisi olacağı yardımcı personel tarafından belirlendiği (uygulamada yaygın olan yöntem) durumlarda sözleşme muayenehane ortaklığı ile hasta arasında kurulmuş olur. Yalnız bunun için ortaklıktaki hekimlerin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan edimleri beraberce yerine getirme iradelerini anlaşılır biçimde dışa karşı, örneğin muayenehanenin levhasına belirtici ibareler kullanmak suretiyle yansıtmaları (belirtmeleri) gerekir. Karş. **Staudinger/Noack, Ulrich**, BGB Kommentar 2005, § 427 knr. 69a.

⁶¹ Aynı görüş için karş. **Steffen**, MedR 2006, s. 77; **Braun**, MedR 2009, s. 273; **Gehrlein, Marcus**, Grundriss der Arztaftplicht, 2. Aufl. München 2006, A15.

⁶² Aynı görüş için karş. **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10.

⁶³ **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 10; **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 48; **Schnapp/Wigge**, § 6 knr. 26; **Martis/Winkhart**, s. 476 vd.; **Walter**, MedR 2002, s. 172; **aynı yazar**, GesR 2005, s. 396; **Möller**, MedR 2006, s. 621; **Steffen**, MedR 2006, s. 77.

⁶⁴ 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 icra esnasında, tazminatı gerektirecek bir hareketiyle üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı sorumludur."

nunu § 128'e göre, yani müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁵. Buna göre muayenehane ortaklığında tedaviyi uygulayan hekimin tedavi hatasından, tedaviye hiç iştirak etmemiş hekimler de müteselsilen sorumlu olacaktır.

Doktrinde azınlıkta kalan bazı yazarlar⁶⁶, tedaviyi uygulayan hekimin tedavi esnasında haksız fiilinden kaynaklanan zarardan, tedavi dışındaki hekimlerin sorumlu olmayacağı görüşünü savunmaktadırlar. Gerekçe olarak ise, tedavi dışında kalan hekimlerin tedaviyi uygulayan hekime "talimat verme yetkisinin"⁶⁷ olmadığını ileri sürmektedirler. Azınlık görüşünün talimat verme konusundaki düşüncesi doğru olmakla birlikte, *nimet-külfet ilişkisi* göz önünde tutulduğu zaman, tedavi dışındakilerin tedaviyi uygulayan hekimin haksız fiilinden sorumlu olmaması görüşü hakkaniyete aykırı düşmektedir. Zira ortak çalışan hekimler, tek başına çalışan bir hekimle karşılaştırılmayacak derecede ekonomik ve mesleki avantaja sahiptir. Muayenehane ortaklığı sayesinde daha fazla hasta kazanılmakta, çalışma saatleri serbestçe belirlenebilmekte ve meslektaşlarla istişare yapılabilir. Hal böyle olunca, bir hekimin meslektaşının haksız fiilinden sorumlu olması hak ve adalet anlayışının zorunlu bir sonucu olmaktadır.⁶⁸ Zira tedavi dışındaki hekimin sadece ortaklığın sağladığı avantajlardan yararlanması, fakat ortaklıktan kaynaklanan külfetlere katlanmaması hakkaniyete uygun bir çözüm olmaz.

Ayrıca Federal Mahkeme'nin atıf yaptığı, kolektif şirketlerde sorumluluğu düzenleyen Ticaret Kanunu hükümlerinde de, haksız fiil veya sözleşme sorumluluğu ayırımı yapılmaksızın, ortakların şirketin tüm borçlarından müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmektedir. Bu nedenle *sorumluluk sisteminin bütünlüğü*⁶⁹ sebebiyle, muayenehane ortaklığında da gerek sözleşmeden ve gerekse haksız fiilden doğan borçlardan bütün hekimlerin müteselsil sorumlu olması gerekir. Nitekim bazı Eyalet Yüksek Mahkemeleri

⁶⁵ Karş. **Gehrlein**, A15.

⁶⁶ **Luafs/Uhlenbruck**, Handbuch des Arztrecht 3. Aufl. 2002, § 18 knr 14; **Martis/Winkhart**, s. 477. Aynı görüşte olan diğer yazarlar için bkz. **Walter**, MedR 2002, s. 397 dipnot 7.

⁶⁷ Bu görüşü savunan yazarlar Alman MK § 831'de düzenlenen adam çalıştırmanın, istihdam ettiği kişinin haksız fiilinden prensip olarak sorumlu olduğunu, ancak bu kişinin seçiminde, ona talimat verilmesinde ve denetlenmesinde gereken özeni gösterdiğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulacağını gözönünde tutmakta ve tedavi dışında kalan hekimlerin tedaviyi uygulayan hekime talimat verme yetkisi olmadığından, bu kimsenin tedavi esnasında işlediği haksız fiilden şahsen kendisinin sorumlu olması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak Alman hukukunda tüzel kişiliği bulunan bütün şirketlerin (kollektif, anonim, limited, komandit şirket) organlarının işlediği haksız fiilden dolayı, derneğin temsilcilerinin (organlarının) görevlerini ifa sırasında işlediği haksız fiilden sorumlu tutan MK § 31 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı doktrin ve yargı kararlarıncı kabul edilmektedir. Karş. **Martis/Winkhart**, s. 477'de anılan yazarlar ve mahkeme kararları. Hal böyleyken muayenehane ortaklığını (adi şirketi) bu uygulamanın dışında tutmak hukuk birliğine ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı olur. Zira tüzel kişiliği bulunan şirket organlarının haksız fiilinden sorumlu olması, adi şirketin ise bundan sorumlu olmaması, sorumluluğun adi şirket lehine azaltılması anlamına gelir. Benzer görüş için karş. **Steffen**, MedR 2006, s. 77.

⁶⁸ Karş. **Steffen**, MedR 2006, s. 77.

⁶⁹ Karş. **Steffen**, MedR 2006, s. 77.

(“OLG”=“Oberlandesgericht”), hekimlerin hem sözleşmeden hem de haksız fiilden dolayı, sebep oldukları zararlardan muayene ortaklığının sorumlu olacağına açıkça hükmetmiştir.⁷⁰

Hekimler arasındaki sorumluluktan kaynaklanan rücu ilişkisi ise, MK § 426 ve devamı hükümlerine göre belirlenir.⁷¹ Buna göre kusurlu davranışıyla (yani tedavi ve/veya aydınlatma hatası) nedeniyle hastanın zararına sebep olan hekime, muayenehane ortaklığının diğer hekimleri rücu edebilir ve tazminat olarak ödedikleri tutarı, kendi kusurları da dikkate alınarak hatalı tedavi uygulayan bu hekimden talep edebilirler. Zararın hesaplanmasında zarar görenin kusuru da dikkate alınır (MK § 254).

Muayenehane ortaklığı aktif ve pasif dava ehliyetine (Alman Medeni Usul Kanunu § 50, “ZPO”) sahip olduğundan, tedavi hatasından dolayı zarara uğrayan hasta, ortaklık aleyhine tazminat davası açabilir. Buna karşılık hasta dilerse, ortaklığın borçlarından sorumlu oldukları için ortaklık üyesi olan diğer hekimlere karşı da dava açabilir.⁷² Aynı şekilde muayenehane ortaklığı, örneğin muayenehanenin kirasıyla ilgili anlaşmazlıklarda kiralayana karşı dava açabilir.⁷³

2. Ortak Muayenehane (“Praxisgemeinschaft”)

a) Genel Olarak Ortak Muayenehane Kavramı

Alman uygulamasında birden fazla hekimin organize şekilde mesleklerini icra etmek için başvurdukları başka bir yöntem ise, ortak muayenehane uygulamasıdır (ÖMT §18 f. 1). Ortak muayenehane uygulamasında, kavramın adından da anlaşılacağı gibi, ortaklık sadece “muayenehaneye” ilişkindir. Burada birden fazla aynı ya da farklı uzmanlık dalındaki hekimin, muayenehanenin bulunduğu mekandan, muayenehanenin içindeki araç, gereç, tıbbi alet ve sair teçhizattan; muayenehanedeki yardımcı tıbbi personelden “ortak yararlanmak amacıyla” kurdukları bir *organizasyon birliği* sözkonusudur.⁷⁴

Ortak muayenehaneye katılan hekimlerin herbiri kendi nam ve hesaplarına çalışmakta ve herbirinin ayrı hasta kitlesi bulunmaktadır⁷⁵. Dolayısıyla burada muayenehane ortaklığından farklı olarak, hekimler mesleklerini sadece aynı mekanda veya aynı teçhizat ve personeli kullanarak icra etmektedir. Ortak muayenehane uygulamasının temelinde, personel, kira ve diğer teçhizat masraflarını azaltma saiki yatmaktadır. Yine muayenehane ortaklığından farklı olarak, her bir hekimin diğerlerinden “bağımsız işlettiği muayenehanesi” bu-

⁷⁰ OLG Celle, VersR. 2002, 1558; OLG Hamm, VersR 2003, 1314; OLG Koblenz VersR 2005, 655.

⁷¹ Karş. BGH, WM 2008, 1873.

⁷² **Möller**, MedR 2006, s. 621.

⁷³ Benzer görüş için bkz. **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 48.

⁷⁴ Benzer tanımlar için karşı. **Schnapp/Wigge**, § 6 knr. 21; **Quaas/Zuck**, § 14 knr. 14; **Martis/Winkhart**, s. 475; **Gehrlein**, A 14; **Urschbach**, Diss. s. 16.

⁷⁵ Muayenehane ortaklığından farklı olarak ortak muayenehanede her muayenehane (her hekim) kendi hastasının dosyasını tutmaktadır. Muayenehane ortaklığında ise hangi hekim tarafından tedavi edildiğine bakılmaksızın her hastanın dosyası ortak tutulmaktadır.

lunmaktadır. Bu yüzden ortak muayenehanede, hasta ile sadece onu bizzat tedavi eden hekim arasında tedavi sözleşmesi kurulmaktadır.

Ortak muayenehanelerin özel bir alt dalı ise *tıbbi cihaz ortaklığı*dir. Bu ortaklıkta birden fazla münferit muayenehane biraraya gelerek tek başına temin edemeyecekleri tıbbi, teknik cihaz ve donanımları satın alarak müşterek kullanırlar (ÖMT § 25 f. 3, § 25 f. 3). Ayrıca cihaz ortaklığı, bir muayenehanenin pahalı bir tıbbi cihazı veya tıbbi sistemi ("medizinische Anlage, Einrichtung") satın alarak, kendisinde bulunmayan hekimlere, ücret karşılığı bu cihazı kullanma imkanı tanınması durumunda da gündeme gelir⁷⁶.

Uygulamada en sık görülen tıbbi cihaz ortaklığı ise *ortak laboratuvarlar*dir⁷⁷. Burada birden fazla hekim⁷⁸ kendi hastalarının laboratuvar tahlillerini yaptırtmak üzere muayenehanenin dışında bir yerde ortak bir laboratuvar açmakta ve bu laboratuvar müşterek istihdam ettikleri personel tarafından ve kendi denetimleri altında işletilmektedir⁷⁹.

Ortak muayenehanenin kurulması için herhangi bir izin veya ruhsata gerek yoktur. Ancak ortak muayenehanenin levhasında açıkça hekimlerin ortak muayenehane şeklinde organize oldukları anlaşılır olmalıdır. Ayrıca ortak muayenehanenin hem hekimler odasına hem de Anlaşmalı Hekimler Birliği'ne bildirilmesi gerekir.⁸⁰ Ortak muayenehane sadece hekimler arasında kurulabilir.⁸¹ Bu yüzden birden fazla anlaşmalı hekimin ya da özel hekimin biraraya gelerek ortak muayenehane kurması mümkündür.⁸²

b) Ortak Muayenehanenin Ortaklıklar Hukuku Açısından Örgütlenmesi

Az önce değinildiği gibi, ortak muayenehaneye iştirak eden hekimlerin herbiri aslında bağımsız bir muayenehane işletmektedir. Ancak müşterek kullandıkları mekan, tıbbi ve teknik araç ve donanım ve ortak yardımcı personel bakımından hekimler arasında adi şirket ortaklığı (MK § 705) kurulduğu kabul edilebilir. Bu bakımdan hekimler birbirlerinin hastalarını muayene ve tedavi edemezler.⁸³ Başka bir anlatımla hekimler tedaviyi üstlenme bakımından birbi-

⁷⁶ **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 154.

⁷⁷ Ortak laboratuvarlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. **Urschbach**, Diss. s. 24 vd.

⁷⁸ Her hekim alınan laboratuvar hizmetinin bedelini kendi hastasına fatura etmektedir.

⁷⁹ **Schnapp/Wigge**, § 6 knr. 24; **MünchHdb.GesRI/Gummert**, § 25 knr. 153; **Schattel, Christel**, Die Gruppempraxis-Eine Alternative ambulator aertzlichen Versorgung für die Bundesrepublik Deutschland, Dissertation 1980, s. 37.

⁸⁰ Örnek Meslek Tüzüğü § 19, § 24.

⁸¹ Anlaşmalı Hekimler Hakkında Ruhsat Tüzüğü § 33 f. 2. Federal Sosyal Yüksek Mahkeme de yerleşik içtihatlarında muayenehane ortaklığı için gerekli unsurlardan biri eksik olduğunda veya sonradan ortadan kalktığında, muayenehane ortaklığının ortadan kalkacağını dile getirmiştir. Karş. BSG, NJW 1993, 1547; MedR 2004, 118.

⁸² Muayenehane ortaklığından farklı olarak bir anlaşmalı hekimin bir özel hekimle ortak muayenehane kurması yasal olarak mümkündür. Aynı şekilde bir sözleşmeli hekimle, özel hekimin tıbbi hizmet merkezi ("medizinische Versorgungszentrum") kurmalarına da yasal olarak olanak tanınmıştır: Sosyal Yasa V § 95 f. 1 cümle 2.

⁸³ **Rupprecht**, Diss. s. 124.

rini ikame edemezler.⁸⁴ Ancak hekimlerin resmi yolla birbirlerine hasta sevk (havale) etmesinde meslek hukuku açısından bir sakınca yoktur.

Kurulan bu adi şirketin amacı ise, müşterek kullanılacak bir muayenehane kiralamak, teknik tıbbi cihaz ve ekipmanları tedarik ederek bunlardan ortak yararlanmak ve ortaklaşa yardımcı personel istihdam etmektir. Bu cihazların satın alınması, kira sözleşmesinin kurulması, personel istihdam edilmesi sırasında tüm hekimler, toplu olarak sözleşmenin diğer tarafını oluşturmaktadır. Tedarik edilen bu cihaz ve ekipmanlar şirketin malvarlığına dahil olmakta, şirket tüzel kişiliğe sahip olmadığından, ortak muayenehaneye katılan tüm hekimler bu malvarlığının müştereken maliki konumundadır.⁸⁵

c) Ortak Muayenehanelerde Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu

Ortak muayenehanenin üyesi olan hekimlerin müteselsil sorumluluğu muayenehane ortaklığından farklı olarak, sadece ortaklığın kuruluş amacıyla ilgili konularla sınırlıdır.⁸⁶ Buna göre tüm hekimler muayenehanenin kiralanmasına, cihazların satın alınmasına, müşterek personelin istihdamına ilişkin sözleşmelerin ifasından kaynaklanan borçlarda, alacaklılara karşı müteselsilen sorumludurlar. Bu bağlamda, örneğin aylık kirasını tam alamayan kiralayana ya da sattığı cihazın bedelini tahsil edemeyen satıcıya karşı tüm hekimler müteselsil sorumludur.

Ortak muayenehanedeki her hekim bağımsız bir muayenehane işlettiğinden, başka bir ifadeyle her hekim diğer hekimlerden bağımsız tıbbi faaliyet gösterdiğinden, her hekimin kendi hastasına karşı sözleşmeden ve haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁸⁷ Farklı bir anlatımla, tedavi dışındaki hekimler hasta ile akdedilen tedavi sözleşmesinin tarafı olmadıklarından, bunların tedavi uygulayan hekimle birlikte müteselsil sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.⁸⁸ Buna karşılık yardımcı personelin hastaya vermiş olduğu zarardan dolayı, hekimin ifa yardımcısı (MK § 278) ve adam çalıştıranın sorumluluğu (MK § 831) hükümleri⁸⁹ gereğince sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak burada hangi hekim ya da hekimlerin personelin fiilinden sorumlu olacağı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Eğer zarara neden olan fiil, ortak personel tarafından, hekimin kendi görev alanına giren

⁸⁴ Buna karşılık hekimlerin izin ve hastalık durumunda, birbirlerinin hastalarını diğer hekimi temsilen (vekaleten) muayene ve tedavi etmesi mümkündür.

⁸⁵ *Rupprecht*, Diss. s. 128.

⁸⁶ *Laufs/Uhlenbruck*, § 18 knr. 10; *Martis/Winkhart*, s. 484; *Rupprecht*, Diss. s. 128.

⁸⁷ Karş. *Quaas/Zuck*, § 20 knr. 14; *Martis/Winkhart*, s. 484.

⁸⁸ Hekimlerin, tedaviyi uygulayan hekimin haksız fiilinden sorumlu olmaması ise, bu hekimlerin tedavi uygulayan hekime talimat verme yetkisinin olmadığı olgusuyla açıklanabilir. Karş. *Rupprecht*, Diss. s. 127.

⁸⁹ Türk hukukunda olduğu gibi, adam çalıştıran sıfatıyla hekimin, yardımcı personelin üçüncü kişilere karşı işlemiş olduğu haksız fiilden kaynaklanan sorumluluktan kurtuluş beyyinesi ile kurtulması mümkündür. Buna göre hekimin, personelin seçiminde, ona talimat verilmesinde ve denetiminde gerekli özeni gösterdiğini ispatlaması gerekir.

bir tali hizmetin ifası esnasında gerçekleşmişse ya da hekimin talimatını yerine getirirken oluşmuşsa bu zarardan sadece ilgili hekim sorumlu olur.⁹⁰

Ortak muayenehane uygulamalarında sorumluluk açısından önemli olan başka bir husus da, hekimin başka bir meslektaşının tatilde ("Urlaubsvertretung") olması ya da hastalanması nedeniyle, onun yerine tıbbi hizmet vermesidir. Meslektaşı yerine sağlık hizmeti veren bu hekim, tatilde olan hekimin ifa yardımcısı konumundadır. Bu yüzden tedavi için gelen hasta ile tatilde olan muayenehanenin asıl sahibi olan hekim arasında bir tedavi sözleşmesi kurulmakta ve vekaleten hizmet veren hekimin tedavi veya aydınlatma hatasından, ifa yardımcısının sözleşmeyi ihlali hükümlerince (MK § 278) doğrudan kendisini temsil ettiren hekim sorumlu olmaktadır.⁹¹ Tatilde vekaleten görev yapan hekim ise, sadece kendi haksız fiilinden dolayı hastaya karşı sorumlu olur.⁹² Zira hasta ile vekil hekim arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmamaktadır. Buna karşılık, hasta vekaleten görev yapan hekimin haksız fiilinden doğan zararların tazmini, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerince muayenehanenin asıl sahibi olan tatildeki hekimden de, talep edilebilir⁹³ (MK § 831).

⁹⁰ Karş. **Rupprecht**, Diss. s. 127.

⁹¹ **Quaas/Zuck**, § 20 knr. 14; **Martis/Winkhart**, s. 484; **Gehrlein**, A16; BGH, NJW 2000, 2737.

⁹² BGH, NJW 1998, 1780.

⁹³ **Martis/Winkhart**, s. 484; **Gehrlein**, A16; *aynı yazar*, Kompaktwissen Arzthaftungsrecht, München 2007, s. 7.