

eine primär sozial- oder gesundheitsrechtliche Forderung; sie verpflichtet nicht die Rechtspolitik. Ob die Sozial- und Gesundheitspolitik diese Forderung aufgreift, hat diese zu entscheiden. Angesichts der Tatsache, dass die Forderungen nach einem Fonds vorrangig aus den Ländern und von deren Gesundheitspolitikern kommen, die den Fonds – wie der Bundesratsantrag⁴³ und die Beschlüsse der Gesundheitsministerkonferenz⁴⁴ zeigen – aber offenbar weder selbst schaffen, noch finanzieren möchten, ist dies zweifelhaft. Nicht minder zweifelhaft ist, ob angesichts der aktuellen, von den weltweiten Krisen diktierten finanziellen Prioritäten für ei-

nen solchen Härtefallfonds überhaupt öffentliche oder private Mittel vorhanden wären, deren Verwendung für diesen Fonds zudem auf breite Akzeptanz stoßen würde, wie dies für seine Durchsetzung aber politisch notwendig wäre.

43) BR-Dr. 665/16.

44) Beschluss der 91. Konferenz der Gesundheitsministerinnen und Gesundheitsminister v. 20.–21. 6. 2018, TOP 4.1, abrufbar unter: <https://www.gmkonline.de/Beschluesse.html?id=698&jahr=2018> (Stand: 21. 10. 2022).

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6401-9>

Patientenentschädigungs-/Härtefallfonds*

Entwicklungen seit 2013 und Modellvorschlag

Dieter Hart

I. Chronologie

Robert Francke (†) und der Verfasser haben im August 2013 für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg ein Rechtsgutachten mit dem Titel

„Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag“

vorgelegt¹. Das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) ist am 20. 2. 2013 verkündet worden². In den Anhörungen zum PatRG wurde auch der Vorschlag eines Entschädigungsfonds nach einem Prüfauftrag des Bundesrates vom Mai 2012³ diskutiert und von der Bundesregierung mit den Argumenten eines möglichen Widerspruchs zum deutschen Individualhaftungssystem und wegen der Unklarheit der Finanzierung zwar nicht grundsätzlich, aber mangels konkretem Gesetzesvorschlag zu diesem Zeitpunkt abgelehnt⁴. Die Präventivfunktion der Haftung und ihr Ziel der Fehlervermeidung spielten in der ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung zum Entschädigungsfonds eine zusätzliche Rolle⁵.

Eine Chronologie⁶ ausgewählter wichtiger, einen PatEHF betreffender Ereignisse insbesondere seit dem PatRG hat folgende Stationen:

- 1999 Charta der Patientenrechte⁷
- 2013 Patientenrechtegesetz
- 2013 Gutachten *Hart/Francke* Hamburg: Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und Härtefallfonds für Schäden durch medizinische Behandlungen: Einordnung, Zwecke, Verfahren, Organisation, Finanzierung, Gesetzesvorschlag (PatEHF)
- 2016 Antrag der Länder Bayern, Hamburg zu einem PatEHF (BR-Dr. 665/16 unter Verweis auf das Rechtsgutachten *Hart/Francke*)⁸
- 2017 AG JuMiKo kein PatEHF vorgeschlagen, kein Beschluss⁹

- 2018 Koalitionsvertrag CDU/CSU und SPD¹⁰ Prüfung PatEF in Härtefällen
- 2019 Anfragen von Bündnis 90/Die Grünen¹¹ und Die Linke¹²: Härtefallfonds; Härtefallfonds + „überwiegende Wahrscheinlichkeit“
- 2021 Koalitionsvertrag¹³: Härtefallfonds

*) Schriftliche Fassung des auf dem 7. Kölner Medizinrechtstag „Patientenrechtegesetz 2.0?“ am 21. 10. 2022 gehaltenen Vortrags.

- 1) *Hart/Francke*, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds, <https://www.hamburg.de/contentblob/4096038/1d1a8e6d82ad047053c09e0728e158f0/data/gutachten-patientenentschaedigung.pdf> (im Folgenden *Hart/Francke*, Rechtsgutachten).
- 2) BGBl. I S. 277 ff. v. 25. 2. 2013.
- 3) BR Dr. 312/1/12 v. 26. 6. 2012, S. 39.
- 4) BT-Dr. 17/10488 v. 15. 8. 2012, S. 51.
- 5) BT-Dr. 17/10488 v. 15. 8. 2012, S. 59; das betont insbesondere *Wagner*, MedR 2021, 101.
- 6) S. auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Dokumentation Zur Diskussion eines Patientenentschädigungs- und Härtefallfonds, 2016, WD 9 – 3000 – 043/16.
- 7) *Francke/Hart* unter Mitarbeit von *Becker-Schwarze/Schlacke*, Charta der Patientenrechte, 1999.
- 8) Entschließung des Bundesrates zu einem Patientenentschädigungs- und Härtefallfonds, <https://dserv.bundestag.de/brd/2016/0665-16.pdf>.
- 9) Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Verbesserungen im Arzthaftungsrecht, Nr. 4, https://jm.rlp.de/fileadmin/mjv/Jumiko/I.06_Verbesserungen_im_Arzthaftungsrecht_mit_Ziffer_4_ohne_Abstimmungsergebnis.pdf.
- 10) Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 101 <https://www.bundestag.de/resource/blob/194886/696f36f-795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf>.
- 11) Antrag Opfer von Behandlungsfehlern stärken und Härtefallfonds einführen, BT-Dr. 19/16059 v. 18. 12. 2019.
- 12) Antrag Patientenrechte stärken – Entschädigung bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern erleichtern, BT-Dr. 19/22995 v. 30. 9. 2020.
- 13) Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 86 <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/04221173ee-f9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

- 2021 Sozialverband Deutschland: Rechtsgutachten Gutmann¹⁴, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 12.2021, u. a. Härtefallfonds als Ergänzung zum Haftungsrecht, Kausalität „überwiegende Wahrscheinlichkeit“.

Die politische Diskussion nach der Verabschiedung des PatRG hat sich häufig auf das darauffolgende Gutachten Hart/Francke für Hamburg bezogen und auch in der wissenschaftlichen Literatur ist es in prominenten Stellungnahmen Gegenstand der Debatte gewesen¹⁵. Grund genug, den damaligen Vorschlag neu zu diskutieren.

Im Folgenden wird zunächst der Grund und Ausgangspunkt für die Diskussion um einen PatEHF geschildert (II), das Projekt PatEHF in der Version des Rechtsgutachtens Hart/Francke hinsichtlich des Konzepts, der Zwecke und Leistungskriterien (III) sowie kurz das vorgesehene Verfahren (IV) dargestellt, um dann mit der Diskussion von pro und contra (V) abzuschließen.

II. Begründung für einen PatEHF: Gerechtigkeitslücken?

Verfasser thematisiert drei Befunde, die im Rechtsgutachten und an anderen Stellen als Gerechtigkeitslücken bezeichnet wurden bzw. werden können: Behandlungsfehler- und Kausalitätsnachweis, Diagnostikprobleme und Patientensicherheit mit Organisationshaftung. Der folgende Text orientiert sich in einigen Teilen am Text des Rechtsgutachtens¹⁶.

II.1 Nachweisprobleme für Patienten bei Behandlungsfehler und haftungsbegründender Kausalität

Die Annahme ist empirisch gut begründet, dass die Durchsetzung von arzt haftungsrechtlichen Schadensersatzansprüchen für Patienten unter der *geltenden Arzthaftungsrechtslage* eher und besonders am Kausalitäts-, aber auch am Behandlungsfehler *nachweis* scheitert. Ersteres wird (auch) durch den Parallellauf zweier Kausalketten ausgelöst: Behandlungskausalität und Krankheitskausalität können jede für sich Gesundheitsverletzungen bzw. unerwünschte Ereignisse verursachen und selten ist es einfach, beide voneinander zu trennen. Zusätzlich werden beide Nachweisprobleme durch die diesbezüglichen Anforderungen (Beweismaß und Beweislast) verschärft.

Der Patient trägt gegenwärtig sowohl das *Risiko des non liquet des Fehlers wie beider Kausalitäten*, wobei durch die ständige Rechtsprechung eine gewisse Korrektur dieser „*Waffenungleichheit*“ durch das Institut des „groben Behandlungsfehlers“ hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität vorgenommen wird. Insofern ist der Patient sowohl mit dem Krankheitsrisiko wie dem Behandlungsrisiko belastet und kann es fast nur beim Nachweis des groben Fehlers abwälzen. Pointiert formuliert, haftet der Arzt nicht für einfache Fahrlässigkeit. Der Patient geht also leer aus, auch wenn der Behandlungsfehler und/oder die Behandlungskausalität *überwiegend wahrscheinlich* sind, weil der Arzt nur bei *weit überwiegender Wahrscheinlichkeit* von Fehler und Fehlerkausalität haftet.

Diese Belastung mit dem Behandlungsrisiko trotz wahrscheinlicher Fehlerursache durch die medizinische Behandlung wird als *Gerechtigkeitslücke* definiert. Die Legitimation dazu begründet sich aus der sachlichen Zuordnung von *Risikosphären*, aus *rechtsvergleichenden* sowie aus *gesundheits(rechts)politischen* Überlegungen. Das wahrscheinliche *Behandlungs(fehler)risiko* sollte nicht einseitig dem Patienten auferlegt werden, weil es aus der Sphäre des Behandlungsprozesses resultiert. Auch *andere Rechtsordnungen*¹⁷ verorten dieses Risiko bei neutralen Trägern oder auf der Behandlungsseite (z. B. Österreich¹⁸, Frankreich²⁰, Schweden²¹, England²²). Im Krankenversicherungsrecht

trägt die GKV das Behandlungsrisiko aufgrund einer *gesundheitspolitischen* Entscheidung; die GKV steht auch für die unerwünschten Folgen einer Behandlung durch Deckung der Behandlungsfolgenrisiken ein; das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht sollte sich dieser Entscheidung mindestens partiell anschließen.

II.2 Problem: Diagnosefehler

Die Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen Diagnoseirrtum und Diagnosefehler²³, die von der überwie-

14) Sozialverband Deutschland, Rechtsgutachten Gutmann, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 2021, S. 28, <https://www.sovd.de/Gutachten-Patientenrechte>.

15) Katzenmeier, VersR 2014, 405–412; Wagner, MedR 2021, 101–109; zuletzt Gutmann, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 2021, Rechtsgutachten für den Sozialverband Deutschland, <https://www.sovd.de/Gutachten-Patientenrechte>.

16) Auf Einzelzitate wird in den Teilen I.1, II., III. und IV. verzichtet, weil sich an dem 2013 vorgeschlagenen Konzept und seiner Ausarbeitung nichts geändert hat.

17) S. insgesamt den Überblick zum Arzthaftungsrecht bei Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa – Ausgewählte Rechtsordnungen im Vergleich, 2012.

18) Zum Beispiel der Wiener Patientenentschädigungsfonds (WPatEF) <http://www.wien.gv.at/gesundheits/wppa/patientenfonds-richt.html#rechtsgrundlage>, der neben dem Freiwilligen Wiener Härtefonds <http://www.wien.gv.at/gesundheits/wppa/haerte-fonds.html> etabliert ist. Der Freiwillige Wiener Härtefonds ergänzt den WPatEG insbesondere in sozialen Härtefällen und betrifft nicht nur die Krankenanstalten, sondern auch die Pflegeheime der Stadt Wien. Die Patientenentschädigungsfonds der österreichischen Bundesländer basieren auf §27a Abs. 5, 6 Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), der lautet: „(5) Zusätzlich zum Kostenbeitrag gemäß Abs. 1 und zum Beitrag gemäß Abs. 3 ist von sozialversicherten Pflegehelfern der allgemeinen Gebührenklasse und von Pflegehelfern der Sonderklasse ein Beitrag von 0,73 Euro einzuheben. Dieser Beitrag darf pro Pflegehelfer für höchstens 28 Kalendertage in jedem Kalenderjahr eingehoben werden. ... (6) Der Beitrag gemäß Abs. 5 wird von den Trägern der Krankenanstalten eingehoben und zur Entschädigung nach Schäden, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist, zur Verfügung gestellt. Die Landesgesetzgebung hat eine Entschädigung auch für Fälle vorzusehen, bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht gegeben ist, wenn es sich um eine seltene, schwerwiegende Komplikation handelt, die zu einer erheblichen Schädigung geführt hat.“ Die Umsetzung in Wien erfolgt durch §46a Abs. 7 Wiener Krankenanstaltengesetz.

19) Der Niederösterreichische PatEF ist gesetzlich umfangreich in §§98 ff. NÖ Krankenanstaltengesetz geregelt. Die detaillierteste Regelung findet man im Gesetz über die Leistung von Entschädigungen im Zusammenhang mit medizinischer Behandlung in Salzburger öffentlichen und privaten gemeinnützigen Krankenanstalten (Salzburger Patientinnen- und Patientenentschädigungsgesetz i. d. F. v. 25.7.2012, <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LrSbg&Gesetzesnummer=20000195>).

20) Dazu Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds: Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, 2012; Carval/Sefton-Green, Arzthaftung in Frankreich, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, 139 ff., bes. 146 ff.

21) Mielnicki/Schulz, Arzthaftung in Schweden, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 331 ff., bes. 335 ff., no-fault-Patientenversicherung plus Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“.

22) Rogers, Arzthaftung in England, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 99 ff., bes. 109 ff., Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“.

23) S. insgesamt Hart, Diagnosefehler. Seine Verortung als Behandlungsfehler und die Verpflichtung zur Aufklärung, in: Brüggemeier (Hrsg.), Liber Amicorum Eike Schmidt Zum 65. Geburtstag am 26. 11. 2004, 2005, S. 131–157.

genden Literatur²⁴ geteilt wird, verlagert die Verletzung des Standards guter Diagnose zum Teil auf den Patienten. Verf. nennt das eine potentielle Rechtsverletzung bzw. eine Gerechtigkeitslücke.

Diagnosefehler sind nach dem VI. Senat des BGH nur „grobe Verletzungen“ guten diagnostischen Verhaltens:

„Diagnoseirrtümer, die objektiv auf eine Fehlinterpretation der Befunde zurückzuführen sind, können deshalb nur mit Zurückhaltung als Behandlungsfehler gewertet werden ...“²⁵

„Ein Fehler bei der Interpretation der erhobenen Befunde stellt allerdings nur dann einen schweren Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst und damit einen „groben“ Diagnosefehler dar, wenn es sich um einen fundamentalen Irrtum handelt. Wegen der bei Stellung einer Diagnose nicht seltenen Unsicherheiten muss die Schwelle, von der ab ein Diagnoseirrtum als schwerer Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst zu beurteilen ist, der dann zu einer Belastung der Behandlungsseite mit dem Risiko der Unaufklärbarkeit des weiteren Ursachenverlaufs führen kann, hoch angesetzt werden (vgl. Senat, NJW-RR 2007, 744 = VersR 2007, 541 Rdnr. 10; NJW 2008, 1381, Rdnr. 15, jew. m. w. N.)“²⁶.

Man kann die Frage stellen, ob diese Interpretation des BGH mit § 630a Abs. 2 BGB vereinbar ist, weil Letzterer auch auf das ärztliche Diagnosehandeln anwendbar ist. Wenn es also einen allgemein anerkannten Standard guter Diagnostik gibt, gibt es keinen Diagnoseirrtum, sondern nur einen Diagnosefehler als Standardverletzung. Nur wo ein solcher fehlt, könnte man über einen „Diagnoseirrtum“ sprechen. Die Diagnostik ist standardfähig²⁷. Eine übereinstimmende Definition des Fehlerbegriffs im Vertrags- und Deliktsrecht ist anzumachen.

Bleibt man bei der Unterscheidung, ist es berechtigt, von einer Gerechtigkeitslücke zu sprechen, weil eine unangemessene Risikoverlagerung nicht standardgemäßen Verhaltens auf den Patienten stattfindet; ein Grund für einen PatEHF.

II.3 Problem: Patientensicherheit und Organisationsfehler

Die Orientierung der Organisationshaftung auf die Patientensicherheit ist unzureichend und schafft einen Anlass, von einer weiteren Gerechtigkeitslücke zu sprechen²⁸. Verf. greift das Beispiel never events auf. Never Events sind international durch folgende Merkmale definiert:

1. Schwerwiegende Ereignisse, die im Zusammenhang mit der klinischen Behandlung zu Patientenschädigungen führen,
2. die in der Regel vollständig vermeidbar sind,
3. wenn die entsprechenden präventiven Interventionen eingesetzt werden²⁹.

Die Krankenhausorganisationshaftung kann eine patientenschützende präventive Wirkung erzielen, wenn sie an die vorsorgenden Interventionen anknüpft, die solche never events vermeiden. Es ist ein gravierender Organisationsfehler, wenn diese Interventionen nicht eingerichtet werden; insofern sind die Vermutungswirkungen sowohl des § 630h Abs. 1 BGB: Vermutung der Pflichtverletzung wegen eines voll beherrschbaren Risikos, wie des § 630h Abs. 4 BGB: Vermutung der haftungsbegründenden Kausalität wegen fehlender organisatorischer Befähigung wie auch des § 630h Abs. 5 BGB: Umkehr der Beweislast hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität wegen eines groben Organisationsfehlers einschlägig und erfüllt. Ob hinsichtlich des groben Organisations-/Behandlungsfehlers Gerechtigkeitsüberlegungen, Risiko- und Verantwortungssphären oder Erschwerungen der Aufklärbarkeit des Behandlungsgeschehens zur Begründung herangezogen

werden, im Falle des Beispiels der chirurgischen Checklisten erscheinen alle Argumentationen nicht nur möglich, sondern gut vertretbar. Sie sind bisher weder in der Rechtsprechung noch in der überwiegenden Literatur vertreten.

Zieht man die hier vorgestellte Konsequenz nicht, ist es berechtigt, von einer patientensicherheitsbezogenen Gerechtigkeitslücke zu sprechen, weil eine unangemessene Risikoverlagerung nicht standardgemäßen Verhaltens auf den Patienten stattfindet; ein Grund für einen PatEHF.

II.4 Möglichkeiten

Man kann diese Gerechtigkeitslücken durch Gesetzgebung, Gesetzesänderungen und/oder Gesetzesinterpretationen schließen. Dann erübrigt sich je nach deren Reichweite möglicherweise ein PatEHF.

III. Konzept, Zwecke, Leistungskriterien des PatEHF

Das von Robert Francke und dem Verf. vorgeschlagene Modell eines PatEHF zeichnet sich durch folgende Eigenschaften aus:

1. Haftungsergänzend, nicht ersetzend
2. Entlastung vom Behandlungsrisiko durch solidarischen Ausgleich („Entschädigung“, „Härteausgleich“)
3. Leistungen unabhängig von Leistungen nach SGB
4. Entschädigungshöchstsummen
5. Subsidiär: kein Ausgleich durch andere Verfahren (Haftungsrecht) festgestellt
6. Modellversuch, zeitlich und sachlich begrenzt
7. Begleitevaluation; „unentschiedene Entschädigungsform“
8. Stiftung öffentlichen Rechts
9. Antragsverfahren, Amtsermittlung, Rechtsschutz
10. Finanzierung durch den Bund.

Das Modell grenzt sich unter verschiedenen Aspekten (bes. Finanzierung, Leistungsvoraussetzungen, Subsidiarität) insbesondere vom österreichischen PatEF ab, der prominent die Diskussion vor dem PatRG bestimmt hat³⁰.

III.1 Konzept³¹

Der PatEHF ist ein *Modell sui generis*, das die Aufgabe hat, durch die Individualhaftung gerade nicht gedeckte, legitime Ausgleichserwartungen nicht zu enttäuschen, sondern in einem genau festgelegten zeitlichen und sachlichen Umfang solidarisch zu befrieden. Der PatEHF ersetzt nicht die Arzthaftung, sondern ergänzt sie, tritt neben sie. Insofern wird auch die Fehlervermeidungsfunktion der Arzthaftung, soweit sie denn überhaupt bedeutungsvoll ist, gerade nicht geschwächt.

Der PatEHF soll den Patienten vom Behandlungsrisiko entlasten („Entschädigung“), wenn dieses zu erheblichen Schäden von nachhaltiger Belastung oder zu einer sozialen

24) Z. B. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. XI, Rdnr. 85.

25) BGH, NJW 2003, 2827 = MedR 2004, 107.

26) BGH, Urt. v. 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09 –, (OLG Brandenburg), NJW 2011, 1672, Rdnr. 20.

27) Ebenso Wagner, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 630a, Rdnr. 146.

28) Dazu Hart, MedR 2022, 709–717.

29) Patientensicherheit Schweiz, never events – Empfehlungskatalog Anwendung der CH- V 1.0, Never Event-Liste, Gemeinsame Empfehlung zur Anwendung der CH-Never Event-List in den Akutspitalern der Schweiz, <https://www.patientensicherheit.ch/never-event-liste/>; Entwurf V 2.0 <https://www.fmh.ch/files/pdf25/empfehlungskatalog-anwendung-never-event-liste.pdf> (zuletzt abgerufen am 4. 4. 2022).

30) Hart/Francke, Rechtsgutachten, S. 18 ff.

31) Hart/Francke, Rechtsgutachten, S. 30 ff.

Härte („Härtefall“) führt, die einen *solidarischen Ausgleich* wünschenswert erscheinen lassen. Es handelt sich um einen „prospektiven Entschädigungsfonds“, der zum Ziel hat, vorübergehend eine Lücke im gesamten Entschädigungsrecht zu schließen³².

Es sei hervorgehoben, dass diese Zielsetzung ergänzt wird, im Rahmen des *Modellversuchs* zeitlich und sachlich begrenzt, alle diejenigen Informationen zu gewinnen, die erforderlich sind, um eine spätere, möglicherweise endgültige Entscheidung in Richtung Haftungsrecht, soziales oder privates Versicherungsrecht oder soziales Entschädigungsrecht³³ zu treffen.

Der PatEHF soll in einem gegenüber anderen bestehenden Verfahren *beschleunigten Verfahren* eine *Entschädigung* und einen *Härteausgleich* für Schäden durch medizinische (ärztliche und pflegerische) Behandlungen im Krankenhaus leisten und *wissenschaftliche Erkenntnisse und Erfahrungen* hinsichtlich der existierenden Unsicherheiten sammeln.

III.2 Zwecke

Der PatEHF sollte folgende *Ziele kombinieren*:

- billige *Entschädigung* für *erhebliche Gesundheitsverletzungen*, die *aus einer medizinischen Behandlung resultieren* und
- Ausgleich bei *unzumutbarer Härte* durch eine *nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung der Geschädigten* oder
- *begrenzter Ausgleich* im *sozialen Härtefall* („Bedürftigkeit“).

Der so konzipierte PatEHF kombiniert eine billige *Entschädigung* mit einem *solidarischen Härteausgleich*, dieses in zweifacher Form. Ersterer ist durch die behandlungsinduzierte erhebliche individuelle Beeinträchtigung, Letzterer durch die nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung und dadurch bedingte Lastentragung oder soziale „Bedürftigkeit“ im Einzelfall begründet.

Die „*Gerechtigkeitslücke*“ entsteht bei *behandlungsinduzierten* Schäden, die zwar auf die Behandlung (Behandlungsrisiko), aber nicht mit ausreichender Sicherheit auf einem Behandlungsfehler (oder Pflegefehler) zurückzuführen sind. Der PatEHF sollte allerdings nur dann leisten, wenn es sich um *erhebliche Gesundheitsverletzungen*³⁴ handelt, weil in solchen Fällen der „*Aufopferungscharakter*“ in besonderer Weise in Erscheinung tritt und die Angemessenheit einer billigen Entschädigung aus *sozialer Solidarität* augenscheinlich wird. Der PatEHF sollte nicht für leichte und mittlere Gesundheitsbeeinträchtigungen eintreten.

Die einzelne Entschädigungsleistung sollte *in der Höhe* (100.00/200.000 €) und *sektoral* (Krankenhausbereich), *nicht* aber *disziplinar* begrenzt sein.

III.3 Leistungskriterien³⁵

Aus den genannten Zielsetzungen des PatEF lassen sich die folgenden Leistungskriterien konkretisieren:

- *Behandlungsinduzierte (kausale) erhebliche Gesundheitsverletzung* („Entschädigung“) und eine
- daraus folgende *nachhaltige Belastung* durch *erhebliche Beeinträchtigung der Lebensführung* („Härte“)
- sowie unter der besonderen Voraussetzung sozialer „Bedürftigkeit“ eine *Überbrückungsleistung* (soziale Härte).

Die Präzisierung dieser Kriterien ist nicht alternativlos. Insbesondere das erste Kriterium kann unterschiedlich eng oder weit gefasst werden. *Behandlungsinduziert* („Entschädigung“) kann man eng *fehlerbezogen* oder weit *fehler- und komplikationsbezogen* definieren, also zusätzlich seltene und/oder unbekannte Komplikationen einbeziehen. *Unverzichtbar* ist im Rahmen jeglicher Definition dieses Kriteriums aus unserer Sicht die *Behandlungskausalität*, also die durch

die Behandlung und nicht durch die Erkrankung verursachte Schädigung.

Auch das Kriterium „*erhebliche Verletzung*“ kann eng oder weit beschrieben werden. Man kann entweder eine *hohe Hürde* (z. B. 50 % Behinderung) oder eine *weichere Form der Belastung* (z. B. längerer Krankenhausaufenthalt) definieren. Dasselbe gilt für die besondere Voraussetzung sozialer „Bedürftigkeit“. Die jeweiligen Kriteriendefinitionen beeinflussen direkt oder indirekt die Inanspruchnahme des PatEHF und auch die anfallenden Kosten, ohne dass die eine oder die andere Variante rechtswissenschaftlich besser begründet werden könnte. Es handelt sich um eine entschädigungs- und rechtspolitische Entscheidung.

Eine Gesundheitsverletzung ist dann *behandlungsinduziert* oder steht „im Zusammenhang mit der Behandlung“, wenn sie entweder

- *überwiegend* wahrscheinlich ein *Behandlungs- oder Organisationsfehler* ist
- oder
- *überwiegend* wahrscheinlich ein *Behandlungs- oder Organisationsfehler* ist oder es sich um eine *unbekannte Komplikation* handelt
- und
- *überwiegend* wahrscheinlich *durch die Behandlung* (nicht: den Fehler!) *verursacht* wurde.

Zwischen den Varianten ist zu entscheiden. Entweder bestimmt man behandlungsinduziert als überwiegend wahrscheinlichen Behandlungsfehler oder man definiert zusätzlich komplikationsbezogene Sachverhalte als behandlungsinduziert. Gleichgültig, wie man an dieser Stelle entscheidet, so muss als weiteres Kriterium die Behandlungskausalität *zwingend* hinzukommen, um die Voraussetzung der Behandlungsinduziertheit zu erfüllen.

Die Nachweisanforderungen für die Behandlungsinduziertheit dürfen das Beweismaß „*überwiegende Wahrscheinlichkeit*“ nicht überschreiten.

Zusammengefasst ergibt sich das folgende Prüfungsmodell (Tabelle 1):

III.4 Modellversuch³⁶

Was als Gerechtigkeitslücke genau zu bezeichnen ist, wie ihr Umfang sein kann und mit welchen Instrumenten sie zu schließen sein könnte, darüber herrscht Unsicherheit. Sie könnte mit Hilfe eines *PatEHF als Modellversuch* mit entsprechenden Evaluierungsaufträgen beseitigt oder mindestens begrenzt werden.

Die *zeitliche und sachliche Begrenzung* ist wegen erheblicher *Unsicherheiten* und *Unwägbarkeiten* erforderlich, die durch den PatEHF behoben bzw. planbar gemacht werden sollen. Die Unsicherheiten und Unwägbarkeiten beziehen sich sowohl auf den Umfang der Gerechtigkeitslücke, die Zahl der möglichen zukünftigen Ansprüche und ihren jeweiligen individuellen wie Gesamtumfang, die Bewährung der vorgeschlagenen Leistungsvoraussetzungen, die Verfahren ihrer Abwicklung und der Modellform. Die Informationen, die erforderlich sind, um diese Unsicherheiten zu be-

32) Zu dieser Kategorie von Entschädigungsfonds *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 101 ff.

33) Dazu jüngst *Becker*, Öffentliches Entschädigungsrecht, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2022, S. 369–431, bes. S. 384 ff.

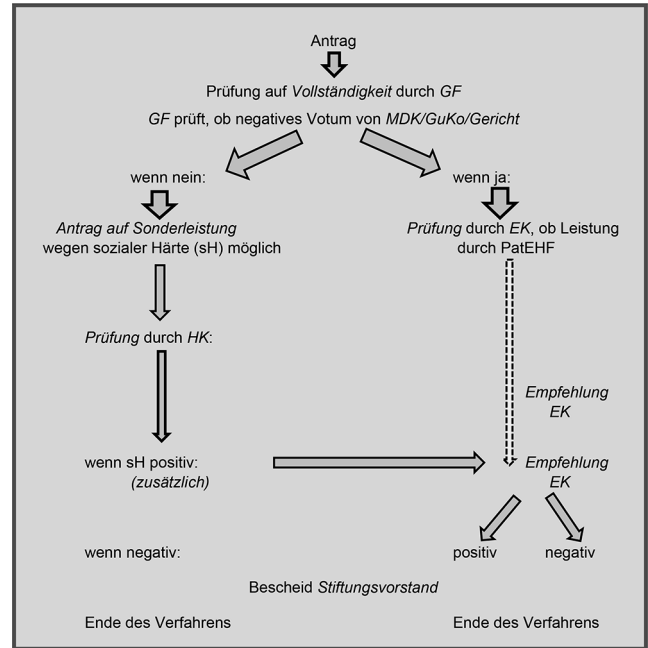
34) Der Begriff Gesundheitsverletzung wird hier stellvertretend sowohl für Verletzungen der Gesundheit, des Körpers und des Lebens verwendet. Die Verletzung kann durch ärztliches und durch pflegerisches Handeln im Rahmen der medizinischen Behandlung ausgelöst werden. Ein Schmerzensgeld ist beim Schaden nicht umfasst.

35) *Hart/Francke*, Rechtsgutachten, S. 33 ff.

36) *Hart/Francke*, Rechtsgutachten, S. 49 ff.

Tatbestand:	
1.	(a) <i>Behandlungs-/Organisationsfehler</i> überwiegend wahrscheinlich oder auch (b) <i>unbekannte Komplikation</i> überwiegend wahrscheinlich
2.	<i>Behandlungskausalität</i> überwiegend wahrscheinlich <i>negativ</i> : nicht durch Krankheit verursacht
3.	<i>erheblicher Gesundheitsschaden</i>
4.	<i>nachhaltige Beeinträchtigung der Lebenssituation</i> („Härtefall“)
Rechtsfolgen:	
1.	<i>Leistungspflicht</i> des PatEHF
2.	Festlegung des <i>Leistungsumfangs</i>
3.	evtl. Verweis auf <i>Haftungsrecht</i> , evtl. <i>Sonderleistungen</i> <i>Kostenübernahme</i> für Prozess, <i>Überbrückung</i> bei sozialer Härte

Tab. 1 Tatbestand und Rechtsfolgen (Prüfungsmodell)



Tab. 2 Verfahrensablauf

seitigen, sind durch die Erprobung eines Modells in der Praxis zu gewinnen.

Die Präferenz für einen PatEHF jenseits des Systems der Arzthaftung und der sozialen Sicherungssysteme wird durch den *Modellversuch* begründet. Der Vorschlag bedeutet, dass die Tätigkeit des PatEHF als Versuch *wissenschaftlich begleitet* und *zeitlich und sachlich begrenzt* wird. Dies ist einerseits notwendig, um die umrissene Gerechtigkeitslücke schnell zu schließen und das System sozialer Entschädigung vorläufig zu vervollständigen, andererseits um die Informationen zu gewinnen, die erforderlich sind, um die Frage nach einer endgültigen Perspektive zu beantworten.

Zur wissenschaftlichen Begleitung gehört die *Analyse der Schadensfälle* und der *Schadenspotentiale*, die sich daraus erkennen lassen. Eine Verbindung zur *Patientensicherheit*, also zur Schadensvermeidung sollte durch die wissenschaftliche Begleitung unbedingt hergestellt werden, damit die Erkenntnisse des PatEHF für diesen Bereich genutzt werden können. Eine *Vernetzung* der Patientensicherheitssysteme bzw. der Berichtssysteme (von GKV bis Haftpflichtversicherung, von Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bis UPD, von regionalen bis nationalen Berichtssystemen) mit dem PatEHF ist in diesem Rahmen anzustreben. Auf diese Art und Weise könnte der PatEHF auch *präventive Wirkungen* erzielen.

IV. Organisation und Verfahren³⁷

Aus unserer Sicht ist ein *selbständiges personifiziertes öffentlich-rechtliches Sondervermögen in der Form einer öffentlich-rechtlichen Stiftung des Bundes* anderen möglichen Organisationsformen vorzuziehen. Sämtliche der genannten Entscheidungskriterien sprechen für eine solche Organisationsform des PatEHF:

- Die Seriosität eines *Errichtungsaktes Gesetz* ist wegen der *Komplexität* der Regelungsmaterie unbedingt anzuraten.
- Das Gesetz schafft dem PatEHF einen *Vertrauensvorschuss* bei seinen Adressaten.
- Leistungskriterien des PatEHF, sein Entscheidungsverfahren und seine Verwaltung sollten gesetzlich geregelt werden, um öffentliche *Transparenz* und *Regelungsverlässlichkeit* zu gewährleisten.
- Der PatEHF soll als eigenständige Rechtsperson einerseits ein *Stiftungsvermögen* haben, andererseits *Bei-*

träge erhalten und eigene Mittel in Form von *Spenden* einwerben dürfen.

- Die „Beiträge“ für den PatEHF kommen von *verschiedenen öffentlichen Trägern*, aber möglicherweise auch von Privaten.
- Die *öffentlich-rechtliche* ist der privatrechtlichen *Stiftung vorzuziehen*.
- Der Ermittlungsgrundsatz ist nur in dieser Variante zu gewährleisten.
- Der PatEHF soll über eigene *Regressmöglichkeiten* verfügen.
- Die *innere Flexibilität* der Stiftungsform korrespondiert mit ihrer *äußeren Stabilität*.
- Auch bei dieser Form können *Synergieeffekte* durch „*Ansiedlung*“ bei einschlägigen Institutionen (z. B. gemeinsame Verwaltung) mobilisiert werden.

Die Argumente für diese Form gelten auch trotz der Vorläufigkeit eines Modellversuchs. Sie gewährleistet die Seriosität des Erkenntnis- und Erfahrungsgewinns ebenso wie die wissenschaftliche Begleitung und die Evaluation. Die vorgeschlagene Form der Stiftung macht den PatEHF zu einem auch formal ernstzunehmenden Kommunikationspartner.

Finanzierung und Verwaltung des Fonds sollten durch den Bund erfolgen.

Der mögliche Verfahrensablauf³⁸ ist oben (Tabelle 2) dargestellt:

Dem vorgelegten Vorschlag eines PatEHF ist ein Entwurf angefügt³⁹.

V. Diskussion

Die politische Diskussion vor und zum PatRG soll hier nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie überholt ist. Der hier vorgelegte Vorschlag eines PatEHF grenzt sich deutlich (engere Leistungsvoraussetzungen, doppelte Sub-

37) Hart/Francke, Rechtsgutachten, S. 44 ff.
 38) Die in Tabelle 2 genutzten Abkürzungen haben folgende Bedeutungen: GF = Geschäftsführender Ausschuss; EK = Entschädigungskommission; HK = Härtefallkommission.
 39) Hart/Francke, Rechtsgutachten, S. 69 ff.

sidarität, Finanzierung durch Bund) von dem damals in der Diskussion befindlichen Vorschlag nach der Form des österreichischen PatEF ab. Die Diskussion in der Rechtswissenschaft wird insbesondere mit den Beiträgen von *Katzenmeier*⁴⁰, *Wagner*⁴¹ und *Gutmann*⁴² geführt.

Alle Argumente, die die Beeinträchtigung oder Schwächung der *Präventionsfunktion* des Haftungsrechts betreffen, sind für haftungsergänzende PatEHF gegenstandslos. Prävention ist eine Funktion des Haftungsrechts; diese Funktion könnte nur betroffen sein, wenn die Haftung durch einen PatEHF ersetzt würde⁴³. Das wird hier gerade nicht vorgeschlagen. Im Gegenteil: der PatEHF soll gerade auch im Rahmen seiner Evaluationsaufgaben präventiv Patientensicherheit und -schutz verstärken.

Auch das *Wagnersche* Argument von der Verlagerung der Anspruchstellung von Haftung auf den PatEHF (am Beispiel Österreich)⁴⁴ trifft für den hier gemachten Vorschlag nicht zu, der sich hinsichtlich seiner Leistungskriterien gerade von Österreich abgrenzt: dort „nicht eindeutig gegeben“, hier „externe Prüfung, ob Haftung gegeben“, also vollständige Subsidiarität⁴⁵. Im Übrigen ist der PatEHF so konzipiert, dass er ein Eigeninteresse hat, nicht überlastet zu werden. Die Interpretation des *Wagnerschen* PatEHF („Kosten der Haftung werden sozialisiert; Anreiz zur Schadensvermeidung beseitigt“) trägt als Gegenargument gegen den hier vorgeschlagenen PatEHF nicht. Völlig außer Acht bleibt der Ansatz „Modellversuch“, der gerade auch zur Klärung von Unsicherheiten dienen soll.

Wer als Alternative zum PatEHF „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ oder Proportionalhaftung vorschlägt, muss sich über Gerechtigkeitslücken keine Gedanken machen. Bei Abgrenzungsentscheidungen z. B. zwischen „überwiegend“ und „hoher Wahrscheinlichkeit“ gibt es häufig einen Unsicherheitsbereich oder einen dezisionistischen Entscheidungsrest⁴⁶ und auch den könnte man als „Gerechtigkeitslücke“ bezeichnen: wer soll ihn tragen?

Katzenmeier lehnt die gegen den PatEHF gerichteten Argumente einer Systemunverträglichkeit und Präventionsbeeinträchtigung als unzutreffend ab, zweifelt aber an der Legitimation der Sonderregelung eines „sozialen Entschädigungsrechts“ und auch an einer „Gerechtigkeitslücke“⁴⁷. *Katzenmeier* hält rechtspolitisch zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Haftungs- und Versicherungssystems einen prospektiven Ergänzungsfonds zur Deckung von Schadensspitzen nach summenmäßigen Haftungsbegrenzungen für überlegenswert⁴⁸. Damit knüpft *Katzenmeier* systematisch an einer Grundsatzdiskussion über eine Überforderung des Arzthaftungsrechts und der ärztlichen Schadensversicherung an, die m. E. für die Konzipierung eines zeitlich und sachlich begrenzten Modellversuchs PatEHF mit wissenschaftlicher Begleitung nicht ausschlaggebend sein sollte, zumal dadurch ein empirischer Gewinn möglich erscheint.

Gutmanns Vorschlag, für die haftungsbegründende Kausalität eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichen zu lassen und dies durch einen (alleine) Härtefallfonds zu ergänzen, und weitere darüberhinausgehende Vorschläge, sind geeignet, hier angemahnte „Gerechtigkeitslücken“ auf andere Art und Weise anzugehen und partiell zu beseitigen. Insofern existieren sachliche Überschneidungen bei instrumentellen Differenzen.

Der PatEHF ist als Modellversuch begrenzter Laufzeit ein Projekt, wünschenswerte Informationen über „Gerechtigkeitslücken“ zu gewinnen, Bedarfe für soziale Entschädigungsdeckung und Lücken im Haftungs- und Entschädigungssystem zu erkennen, begründete Entschädigungen zu leisten und unververtretbare Härten auszugleichen und den Übergangszeitraum mit einem rechtspolitischen Vorschlag für eine tragfähige Lösung von Problemen an den Gesetz-

geber abzuschließen. Es handelt sich (auch) um ein empirisches rechtspolitisches Projekt.

VI. Resümee

„*Gerechtigkeitslücke*“ ist die Umschreibung eines Unsicherheitstatbestandes hinsichtlich Empirie und Normativität von Schadenstragung; *PatEHF* ist die Umschreibung für ein Verfahren der Problembearbeitung und Entscheidungsfindung hinsichtlich der Frage der Verteilung von Risiken medizinischer Behandlungen zwischen Staat, Gesellschaft und Individuen.

Wir schlagen vor, einen PatEHF als zeitlich und sachlich begrenzten *Modellversuch* in der Form einer bundesunmittelbaren Stiftung des öffentlichen Rechts einzurichten. Die Bezeichnung PatEHF steht als Kürzel für die Konzipierung eines zukünftigen sozialpolitischen Projektes.

Ob nach den gewonnenen Informationen sich endgültige *Lösungen* im Haftungsrecht, im privaten oder sozialen (Ver-)Sicherungsrecht, im sozialen Entschädigungsrecht oder in einer Form sui generis entwickeln werden und ob sie auf den niedergelassenen Bereich ausgedehnt werden sollen, ist nicht abzusehen, aber das Modellprojekt verspricht einen Gewinn an Entscheidungssicherheit.

Der Modellversuch eines PatEHF hat möglicherweise einen (rechts)politischen *Kompromissvorteil*.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

40) *Katzenmeier*, VersR 2014, 405–412.

41) *Wagner*, MedR 2021, 101–109.

42) *Gutmann*, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 2021, Gutachten für den Sozialverband Deutschland, <https://www.sovd.de/Gutachten-Patientenrechte>.

43) Korrekt *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. X, Rdnr. 155; *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 408; so auch *Wagner*, MedR 2021, 101, 104f., wobei allerdings die Unterscheidung zwischen ergänzend und ersetzend für praxisuntauglich erklärt wird (105f.), um auf diese Weise das Argument der Beschädigung der Präventionsfunktion partiell zu erhalten. Wer den ergänzenden PatEHF durch eine durchsichtige Prognose „unter der Hand“ (106) zu einem ersetzenden PatEHF macht, schafft sich ein wichtiges Gegenargument, verfehlt aber den gemachten Vorschlag.

44) *Wagner*, MedR 2021, 101, 106f.

45) *Hart/Francke*, Gutachten, S. 38ff. (Vorschlag lautet: Variante III, S. 40).

46) S. allgemeiner zur gerichtlichen Praxis und auftretenden Entscheidungsschwierigkeiten *Steiner*, MedR 2021, 957–964.

47) *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 409ff.

48) *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 412.