

Prof. Dr. Dieter Hart  
Prof. Dr. Robert Francke

**Der Modellversuch eines Patienten-  
entschädigungs- und -härte-  
fallfonds (PatEHF) für Schäden  
durch medizinische Behandlungen:  
Einordnung, Zwecke, Verfahren,  
Organisation, Finanzierung, Geset-  
zesvorschlag**

---

Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit  
und Verbraucherschutz der Freien und Hanse-  
stadt Hamburg

August 2013

## Inhalt

I.	Auftrag und Einführung.....	7
II.	Ausgangspunkt: Gerechtigkeitslücke und Experiment.....	8
1.	Gerechtigkeitslücke.....	8
2.	Experiment: Modellversuch.....	10
III.	Ansätze zur Bearbeitung der Gerechtigkeitslücke .....	11
1.	Haftungsrechtliche Lösungen .....	11
1.1	Beweislastverlagerungen auf die Behandlungsseite .....	11
1.2	Beweismaßsenkungen .....	13
1.3	Wahrscheinlichkeitshaftung und Proportionalhaftung .....	14
2.	Versicherungsrechtliche Lösungen.....	15
2.1	No fault-Versicherung.....	16
2.2	Integration in gesetzliche Unfallversicherung .....	16
3.	Entschädigungsfonds.....	17
3.1	Medizinschadenfonds: Österreich, Frankreich, Deutschland .....	18
3.2	Sonstige Fonds .....	21
3.2.1	Fonds Heimerziehung in der DDR in den Jahren 1949 bis 1990.....	22
3.2.2	Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 bis 1975 .....	22
3.2.3	Fonds Verkehrsoferhilfe.....	23
3.3	Rechtsformenvielfalt; Unterschiede im Leistungsgrund.....	24
3.4	Entscheidung für eine Fondslösung .....	25
3.4.1	Ausgleich von Arzthaftungssystemdefiziten.....	25
3.4.2	Teil des sozialen Versorgungssystems.....	26
3.4.3	Allgemeiner, solidarischer und billiger Ausgleich für „Aufopferung“ ...	27
3.4.4	PatEHF als Zweckkombination .....	27
3.4.5	PatEF und Individualhaftung.....	28
IV.	Zwecke des PatEHF .....	30

1. Beschleunigung .....	30
2. Erkenntnis- und Erfahrungssammlung.....	30
3. Entschädigung und Härteausgleich .....	30
3.1 Entschädigung für erhebliche Gesundheitsverletzungen .....	31
3.2 Ausgleich unzumutbarer Belastung („solidarische Hilfe“).....	31
3.3 Ausgleich sozialer Härte („Bedürftigkeit“).....	32
4. Finanzielle, sektorale und diszipliniäre Begrenzung der Entschädigungsleistung? .....	32
V. Leistungsvoraussetzungen.....	33
1. Behandlungsinduzierte erhebliche Gesundheitsverletzung („Entschädigung“) 34	
1.1 Behandlungsinduziert.....	34
1.1.1 Behandlungs- oder Organisationsfehler (Variante 1).....	34
1.1.2 Unbekannte Komplikation (Variante 2) .....	35
1.1.3 Behandlungskausalität.....	36
1.2 Erhebliche Gesundheitsverletzung.....	36
2. Nachhaltige Belastung der Lebenssituation.....	37
3. Besondere Leistungen bei „Bedürftigkeit“ (soziale Härte).....	37
4. Doppelte Subsidiarität.....	38
4.1 Haftungsrecht zuerst .....	38
4.1.1 Varianten der Durchsetzung .....	39
4.1.2 Weitere Durchsetzungsvoraussetzungen .....	40
4.2 Begrenzung des Ersatzes: Umfang und Höhe .....	41
4.3 Güteversuch.....	42
5. Tatbestand und Rechtsfolgen als Prüfungsmodell.....	43
VI. Verfahrensgrundsätze, Verfahrensmodell und Rechtsschutz .....	44
1. Verfahrensgrundsätze.....	44
2. Entschädigungskommission .....	44

3.	Härtefallkommission.....	45
4.	Modell des Verfahrensablaufs vor PatEHF .....	46
5.	Rechtsschutz .....	47
5.1	Rechtsschutzgewährleistung.....	47
5.2	Limitierte und unlimitierte Finanzausstattung und Rechtsfolgen .....	47
5.3	Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite .....	48
VII.	Wissenschaftliche Begleitung und zeitliche Begrenzung des Experiments: Modellversuch .....	49
1.	Experiment, Erkenntnis- und Erfahrungsgewinn.....	49
2.	Zeitliche Begrenzung .....	49
3.	Evaluation .....	49
VIII.	Organisation: Alternativen und Vorschlag.....	51
1.	Vielfalt und Alternativen .....	51
2.	Vorschlag.....	51
IX.	Finanzierung .....	55
1.	Annahmen zu erforderlichen PatEHF-Mitteln.....	55
1.1	Hochrechnungen aufgrund von Zahlen der BÄK.....	55
1.2	Hochrechnung aufgrund von Zahlen des MDK .....	56
1.3	Hochrechnungen aufgrund von Zahlen aus der Versicherungswirtschaft	56
1.4	Hochrechnungen aufgrund von Angaben zu unerwünschten Ereignissen bei medizinischen Behandlungen.....	58
1.5	Zur Plausibilität der Hochrechnungen .....	58
1.6	Annahmen zur Entwicklung der Antragszahlen .....	59
2.	Einzahler.....	59
X.	Der Rechtsrahmen für die Organisation und Finanzierung.....	60
1.	Gesetzgebungskompetenz .....	60
2.	Verwaltungskompetenz.....	61
3.	Finanzierungsrechtliche Fragen.....	61

3.1	Limitierte oder unlimitierte Finanzausstattung („Deckelung“)	61
3.2	Private Mitfinanzierung?	62
3.3	Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Beitragsleistungen	62
3.4	Finanzierung und Verwaltung durch den Bund	62
XI.	Anbindung der Geschäftsführung: Alternativen und Vorschlag	65
XII.	Zusammenfassung	66
XIII.	Gesetzentwurf nebst Begründungsverweisen	69
§ 1	Zweck des Gesetzes	69
§ 2	Mittel für die finanzielle Hilfe	69
§ 3	Errichtung und Sitz	70
§ 4	Stiftungszweck	70
§ 5	Stifter, Stiftungsvermögen	70
§ 6	Satzung	70
§ 7	Organe	71
§ 8	Stiftungsrat	71
§ 9	Stiftungsvorstand	71
§ 10	Entschädigungskommission	72
§ 11	Härtefallkommission	72
§ 12	Verwendung der Stiftungsmittel	73
§ 13	Verwaltungskosten	73
§ 13 a	Aufsicht, Haushalt, Rechnungsprüfung	73
§ 13 b	Datenschutz	73
§ 13 c	Verschwiegenheitspflicht	73
§ 14	Auflösung der Stiftung	74
§ 15	Anspruchsberechtigte Personen	74
§ 16	Leistungen	74
§ 17	Steuerfreiheit, Anrechnung auf andere Leistungen	75
§ 18	Verfahren	75

§ 19	Rechtsweg .....	75
§ 20	Rückforderung von Leistungen .....	76
§ 21	Wissenschaftliche Auswertung .....	76
§ 22	In Kraft treten .....	76
§ 23	Zeitlicher Anwendungsbereich des Gesetzes .....	76
	Literaturverzeichnis .....	77

## I. Auftrag und Einführung

Die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg befürwortet die Einrichtung eines Härtefallfonds für Patientinnen und Patienten in Deutschland. Sie ist der Auffassung, dass ein ausgereifter Gesetzesentwurf die Zustimmung zum Projekt eines Fonds erhöht. Gleichzeitig kann die gutachterliche Bewertung verschiedener Handlungsoptionen der Idee eines Patientenentschädigungs- und Härtefallfonds weitere Konturen geben und einer erneuten, dieses Mal noch breiter unterstützten Länderinitiative den Weg bereiten.

Gegenstand des Auftrags an die Verfasser ist die Entwicklung des Konzepts und rechtswissenschaftliche Begründung eines Gesetzesentwurfs für einen Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) in Deutschland. Neben der kurzen Analyse von existierenden Fondsvarianten sind schwerpunktmäßig seine Begründung und möglichen Zwecke, seine Leistungsvoraussetzungen, das Verfahren seiner Entscheidungen und deren Überprüfbarkeit, seine Organisationsalternativen, seine Finanzierung, seine Anbindung und sein Modellversuchscharakter zu behandeln. Teilweise werden Alternativen und Vorschläge zu entwickeln sein. Ein Gesetzentwurf nebst kurzer Begründung wird erstellt.

In der Diskussion um das Patientenrechtegesetz (PatRG) hat Prof. Dr. Dieter Hart in in einer Stellungnahme als Einzelsachverständiger<sup>1</sup> für die Anhörung beim Gesundheitsausschuss und beim Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 22. Oktober 2012 den möglichen Rahmen für einen solchen PatEHF entwickelt. Diese Stellungnahme geht in das Gutachten ein. Sie ist dem Auftraggeber bekannt und wird nicht zitiert.

---

1

[http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z\\_Patientenrechte/Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z_Patientenrechte/Stellungnahmen/index.html).

## II. Ausgangspunkt: Gerechtigkeitslücke und Experiment

### 1. Gerechtigkeitslücke

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 scheidet. Ersteres wird (auch) durch den Parallellauf zweier Kausal Ketten 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*<sup>2</sup> verorten dieses Risiko bei neutralen Trägern oder auf der Behandlungsseite (z. B. Österreich<sup>3,4</sup>, Frankreich<sup>5</sup>, Schweden<sup>6</sup>, England<sup>7</sup>). Im Kran-

---

<sup>2</sup> Siehe insgesamt den Überblick zum Arzthaftungsrecht bei B. A. Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa – Ausgewählte Rechtsordnungen im Vergleich, 2012.

<sup>3</sup> Zum Beispiel der *Wiener Patientenentschädigungsfonds* (WPatEF) <http://www.wien.gv.at/gesundheit/wppa/patientenfonds-richt.html#rechtsgrundlage>, der neben dem *Freiwilligen Wiener Härtefonds* <http://www.wien.gv.at/gesundheit/wppa/haertefonds.html> etabliert ist. Der Freiwillige Wiener Härtefonds ergänzt den WPatEF 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 Pfleglingen der allgemeinen Gebührenklasse und von Pfleglingen der Sonderklasse ein Beitrag von 0,73 Euro einzuheben. Dieser Beitrag darf pro Pflegling 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,



kenversicherungsrecht 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 Gesundheitsrecht sollte sich dieser Entscheidung mindestens partiell anschließen.

Wenn man das System der judikativ entwickelten Arzthaftung, das jetzt seinen Eingang in das Patientenrechtegesetz (PatRG) gefunden hat<sup>8</sup>, gesetzgeberisch nicht weiter tangieren will, kann man für die gerade beschriebene „*Gerechtigkeitslücke*“ einen Ausgleich durch *arzthaftungssystemferne Konstruktionen* in den Blick nehmen, wobei ein *solidarischer Härtefallausgleich und/oder eine Entschädigung durch eine Fondslösung* in Anlehnung an das sog. österreichische Modell<sup>9</sup>, also eine *Billigkeitsorientierung* vorrangig diskutiert wurden und werden<sup>10</sup>. Zusätzlich sollen anschließend knapp Alternativen zum Haftungsrecht, haftungsrechtsimmanente Alternativen und Fondsbeispiele beschrieben werden.<sup>11</sup>

Allerdings darf bei den weiteren konzeptionellen Überlegungen zu einem solidarischen Härtefallausgleich oder zusätzlichen sozialstaatlichen leistungsrechtlichen Lösungen nicht außer Acht gelassen werden, dass Menschen, die in Deutschland Schaden durch medizinische oder pflegerische Behandlung erleiden, durch die *sozi-*

---

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.

<sup>4</sup> 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,

<sup>5</sup> <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=LrSbg&Gesetzesnummer=20000195>. Dazu Jonas 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.

<sup>6</sup> Mielnicki/Schulz, Arzthaftung in Schweden, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 331 ff, bes. 335 ff, no-fault-Patientenversicherung plus Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“).

<sup>7</sup> Rogers, Arzthaftung in England, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 99 ff, bes. 109 ff, Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“.

<sup>8</sup> Dazu Hart, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, 159-165; ders., Kommentar zum neuen Patientenrechtegesetz, in: Singer, MDK Bayern (Hrsg.), Der Medizinische Behandlungsfehler, (erscheint demnächst).

<sup>9</sup> Insgesamt die informativste Arbeit zu den öPatEF und ihrer Entwicklung *Belinda Jahn, Außergerichtliche Konfliktlösung im Gesundheitswesen, Wien 2009, S. 133-194*, Schriftenreihe Recht der Medizin Bd. 28, Manz. Siehe ansonsten.

<sup>10</sup> Siehe den Überblick bei Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2012, 201 ff, bes. 206-210; Stellungnahme des BR zum PatEF, BT-Drs. 17/10488 v. 15.8.2012, S. 51 und Gegenäußerung der BReg S. 59; Antrag der SPD, Patientenrechte wirksam verbessern, BT-Drs. 17/11008 v. 16.10.2012, S. 2; Antrag von Bündnis 90/Die Grünen, Rechte von Patientinnen und Patienten durchsetzen, BT-Drs. 17/6348 v. 29.6.2011, S. 5; Antrag Linke, Mehr Rechte für Patientinnen und Patienten, BT-Drs. 17/6489 v. 6.7.2011, S. 6; Eckpunkte-Papier einiger Länder „Patientenrechte in Deutschland“ v. 16.11.2011, S. 10 f; Stellungnahme Hart für die Anhörung des Gesundheits- und Rechtsausschusses am 22.10.2012 zu einem Entschädigungs- und Härtefallfonds, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z\\_Patientenrechte/Stellungnahmen/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z_Patientenrechte/Stellungnahmen/index.html), S. 4 ff.

<sup>11</sup> Wiederum in jüngerer Zeit Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise, MedR 2012, 201 ff, bes. 206 ff.

*alstaatlichen Leistungssysteme* der sozialen Versicherung und der sozialen Hilfen geschützt werden. Es leisten die gesetzliche Krankenversicherung, die soziale Pflegeversicherung, die gesetzliche Rentenversicherung, die gesetzliche Unfallversicherung und das System der sozialen Hilfe. Es bedarf keiner Diskussion, auf die systematisch und im Einzelfall bestehenden Grenzen dieser Leistungssysteme hinzuweisen. Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass diese Leistungen bereits gewährt werden. Die Gerechtigkeitslücke entsteht also in den Fällen, in denen zwar gute Gründe für eine Entschädigung des Medizinschadens bestehen, aber ein haftungsrechtlicher Schutz fehlt, sie also entsteht, obwohl ein sozialstaatlicher Schutz gewährt wird.

## 2. Experiment: Modellversuch

Der Griff zu einer solchen Lösung ist allerdings durch ganz erhebliche *Unsicherheiten* belastet, weshalb es erforderlich erscheint, einen *Modellversuch* mit zeitlicher Begrenzung und mit *Experimentcharakter* gesetzlich zu begründen, dem jenseits des sachlichen Anliegens die zusätzliche Aufgabe zukommt, durch wissenschaftliche Begleitung und Evaluation die zu sammelnden Erkenntnisse und Erfahrungen sowohl fachlich im Hinblick auf die Leistungskriterien des Fonds wie institutionell-organisatorisch im Hinblick auf eine möglicherweise endgültige Form auszuwerten und Vorschläge für eine endgültige förmliche und sachliche Ausrichtung zu entwickeln.

Die genannten *Unsicherheiten* 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, der Verfahren ihrer Abwicklung und der Modellform. Die Informationen, die erforderlich sind, um diese Unsicherheiten zu beseitigen, sind nur durch die Erprobung eines Modells in der Praxis zu gewinnen.

### III. Ansätze zur Bearbeitung der Gerechtigkeitslücke

Man kann folgende Ansätze differenzieren:

1. Haftungsrechtliche Lösungen:
  1. Beweislastverlagerungen auf die Behandlungsseite
  2. Beweismaßsenkungen
  3. Wahrscheinlichkeitshaftung
  4. Proportionalhaftung
2. Versicherungsrechtliche Lösungen:
  1. No-fault-Patientenversicherung
  2. Integration in die gesetzliche Unfallversicherung
3. Fondslösungen:
  1. Patientenentschädigungsfonds
  2. Härtefallfonds
  3. Bereichsbezogene Fonds.

Alle diese Ansätze haben ihre pro- und contra-Argumente; keiner kann für sich eine allgemeine Überzeugungskraft beanspruchen oder einen Absolutheitsanspruch stellen. Insofern handelt es sich bei der Entscheidung zwischen den verschiedenen Ansätzen um gesundheits- und/oder rechtspolitische Präferenzen, die ihre Legitimation aus den Verträglichkeiten mit den Prinzipien und Orientierungen des jeweiligen Rechts- und Gesundheitssystems, aus diesbezüglichen Konvergenzen oder Dissonanzen, aus ökonomischen Überlegungen und aus der Reformbereitschaft und dem Problemdruck, die in einer Gesellschaft hinsichtlich des Ausgleichs von Gesundheitsschäden aus medizinischen Behandlungsprozessen bestehen.

#### 1. Haftungsrechtliche Lösungen

Alle haftungsrechtlichen Lösungen hätten mindestens eine Änderung der §§ 630a ff BGB/PatRG zur Voraussetzung. Das gilt von beweislastbezogenen bis zu Lösungen in die Richtung einer Wahrscheinlichkeitshaftung, als deren Unterfall die Proportionalhaftung teilweise qualifiziert wird.<sup>12</sup>

##### 1.1 Beweislastverlagerungen auf die Behandlungsseite

In der politischen Diskussion um das PatRG wurde von mehreren Seiten eine Verlagerung des Beweises für die haftungsbegründende Kausalität auf die Behandlungsseite durch ihre widerlegliche Vermutung beim Nachweis eines einfachen Behandlungsfehlers gefordert.<sup>13</sup> Teilweise wurde eine solche Vermutung auf bestimmte Fehlerkonstellationen beschränkt, etwa wenn Qualitätsberichte eines Krankenhauses

---

<sup>12</sup> R. Seifert, Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf zur haftungsrechtlichen Bewältigung eines Kausalitätsdilemmas, 2008, S. 72 ff, bes. 76 ff.

<sup>13</sup> Bündnis 90/Die Grünen, Die Linke, GKV-SV, siehe im Einzelnen unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z\\_Patientenrechte/index.jsp](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a14/anhoerungen/z_Patientenrechte/index.jsp); siehe zu früheren Überlegungen in der Literatur die Erörterungen bei J. Sträter, Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung – Beweislastumkehr ohne medizinwissenschaftliche Basis?, 2006, S. 128 ff.

vergleichsweise hohe Komplikationsraten bei bestimmten Eingriffen belegen.<sup>14</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass z. B. in Italien erhebliche Beweiserleichterungen hinsichtlich der Kausalität durch eine vertragliche Erfüllungshaftung gewährt werden, die Deliktshaftung dagegen in den Hintergrund rückt.<sup>15</sup>

Solche Lösungen verlagern das Kausalitätsrisiko auf die Behandelndenseite in der Regel dann, „wenn der Behandlungsfehler grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung der eingetretenen Art zu verursachen“ (vgl. § 630h Abs. 5 BGB/PatRG). An den möglichen Gegenbeweis werden die üblichen Anforderungen („weit überwiegende Nicht-Kausalität“, Kausalität ganz unwahrscheinlich bzw. weit überwiegend wahrscheinlicher anderer Kausalverlauf).<sup>16</sup>

*Gegen eine generelle Beweislastumkehr* wird eingewandt, sie führe zu einer Zufallshaftung und sie komme einer Erfolgseinstandspflicht des Arztes gleich. Grundsätzlich sei, wo die Ermittlung des Geschehens dem Gericht nicht gelingt, diese Erkenntnislücke der Krankheit des Patienten zuzuschreiben.<sup>17</sup> Dieses allgemeine Argument kann gegenüber den auf *bestimmte Fehlerkonstellationen beschränkten Kausalitätsvermutungen* nicht ins Feld geführt werden. Die Anknüpfung an Fehlerkonstellationen, die z. B. mit hoher Wahrscheinlichkeit die Patientensicherheit beeinträchtigen, schließt gerade die Zuweisung von Behandlungsrisiken an die Patientenkrankheit aus.<sup>18</sup> Solche Zuweisungen stehen in einer Linie mit Beweiserleichterungen bei voll beherrschbaren Risiken, die die Rechtsprechung entwickelt hat und die nunmehr in das PatRG (§ 630h Abs. 1 BGB/PatRG) eingegangen sind.<sup>19</sup>

Insofern wäre ein Anknüpfung von Beweiserleichterungen, wie etwa eine Kausalitätsvermutung, an hochwahrscheinliche Risikokonstellationen durchaus ein *hilfreicher rechtspolitischer Weg*, um typische und spezifische Behandlungsrisiken im Bereich von Qualität und Sicherheit der Behandlungsseite zuzuweisen.<sup>20</sup> Wenn es sich dabei um Organisationsrisiken handelt, ist die Konzentration der Haftung auf die or-

---

<sup>14</sup> SPD, BT-Drs. 17/11008 v. 16.10.2012, S. 3.

<sup>15</sup> Patti, Der Beweis des Kausalzusammenhangs: Beweislastumkehr und Vermutung im italienischen Recht, in: Colombi Chiacchi/Godt/Rott/Smith (Hrsg.), Haftungsrecht im dritten Millennium – Liability in the Third Millennium – Liber Amicorum Gert Brüggemeier, 2009, S. 181 ff, bes. 183 ff; ein solcher Weg scheint durch das neue PatRG wegen der Übernahme der deliktischen Beweislastregeln durch die Rechtsprechung in § 630h BGB/PatRG ausgeschlossen.

<sup>16</sup> Siehe insgesamt Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, S. 389 ff; NK-BGB/Katzenmeier, 2. Aufl. 2012, § 823 Rn. 425 ff; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 629 ff.

<sup>17</sup> Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise, MedR 2012, 201, 206.

<sup>18</sup> So schon Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 374 ff (Beweislastverteilung nach Risikobereichen); siehe auch Hart, Organisationsfehler, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, Stand: Juni 2012, KZA 3948, bes. Rn. 32 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu Hart, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 3/2013 (erscheint demnächst).

<sup>20</sup> Insgesamt Hart, Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen, MedR 2012, 1-15, bes. 12 f; BGH MedR 2012, 450 – Leitlinien und grober Behandlungsfehler mit Anm. Hart; ders., Patientenrechte – Belastung der Arzt-Patient-Beziehung? Ein Plädoyer für gute Organisation und Gesetzesregelung, in: H.-W. Hoefert / C. Klotter (Hrsg.), Wandel der Patientenrolle – Neue Interaktionsformen im Gesundheitswesen (Schriftenreihe „Organisation und Medizin“) Göttingen 2011, S. 117-131.

ganisationsverantwortliche Institution (Krankenhaus[träger], Gemeinschaftspraxis, Praxisnetz) empfehlenswert, weil dort die Individualhaftung dysfunktional erscheint.

### **Empfehlung:**

*Beweiserleichterungen bei hochwahrscheinlichen und typischen Behandlungsrisiken insbesondere im Bereich der Organisation von Behandlungsprozessen sind rechtspolitisch empfehlenswerte Instrumente, die Gerechtigkeitslücke partiell zu schließen.*

## **1.2 Beweismaßsenkungen**

Der Beweis von Tatsachen, die die Bewertung Behandlungsfehler und seine Kausalität für die Gesundheitsverletzung bzw. den Schaden begründen, ist nach herrschender Meinung und Rechtsprechung geführt, wenn ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit besteht, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (§ 286 ZPO).<sup>21</sup> Man kann auch von einer geforderten weit überwiegenderen Wahrscheinlichkeit sprechen. Demgegenüber argumentieren einige Autoren und jüngst insbesondere E. Schmidt für eine *Senkung des Beweismaßes* im Arzthaftungsrecht in Anlehnung an § 287 ZPO jedenfalls hinsichtlich der Kausalität des Behandlungsfehlers für die Verletzung bzw. den Schaden auf *überwiegende Wahrscheinlichkeit*.<sup>22</sup> Wagner führt aus:<sup>23</sup>

„Vorzugswürdig wäre demgegenüber eine allgemeine *Reduktion des Beweismaßes* auf überwiegende Wahrscheinlichkeit für die haftungsbegründende Kausalität bei Behandlungsfehlern jedweden Schweregrades. Dadurch würde sich zwar nichts am Alles-oder-Nichts-Prinzip ändern, doch angesichts der Beschränkungen des menschlichen Erkenntnisvermögens ließen sich die richtigen Ergebnisse wenigstens näherungsweise erzielen: Der Arzt hätte diejenigen Schäden auszugleichen, die er *mit überwiegender Wahrscheinlichkeit* durch einen Behandlungsfehler verursacht hat, unabhängig davon, ob ihm ein leichter oder schwerer Fehler unterlaufen ist. Im Gegenzug wäre die Haftung zu verneinen, wenn die Kausalität des Fehlers für den Schaden nicht überwiegend wahrscheinlich ist.“

Wohlgermerkt, diese Interpretationen gelten *de lege lata*, sind allerdings von der überwiegenden Zahl der Autoren und der Rechtsprechung abgelehnt worden.<sup>24</sup> Die Ablehnung gilt gleichermaßen einem Vorschlag *de lege ferenda*. Eingewandt werden insbesondere ein Verstoß gegen geltendes Recht bzw. Praktikabilitätsbedenken, der Gerechtigkeitswert des geltenden Beweisrechts und die Gefahr einer Haftungserweiterung und Haftungsverlagerung auf die Behandelndenseite.<sup>25</sup> Wagner und ihm fol-

<sup>21</sup> So die Formel der Rechtsprechung, Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, Rn. 593 mit Rechtsprechungshinweisen; Katzenmeier, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2010, § 823 BGB Anhang II Rn. 94; Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 2011, §§ 823 ff Rn. 122.

<sup>22</sup> E. Schmidt, Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung – zu den unerlässlichen rechtsdogmatischen Vorgaben für eine verlässliche Konfliktbearbeitung, MedR 2007, 693-702, bes. 698 f, 702; Kritik und Replik Gödicke, Aufgabe der Deliktshaftung für Behandlungsfehler?, MedR 2008, 405 ff und E. Schmidt, Replik auf Gödicke, MedR 2008, 408 ff.

<sup>23</sup> Wagner, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 814.

<sup>24</sup> Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise, MedR 2012, 201, 206 f; ders., in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2010, § 823 BGB Anhang II Rn. 92 ff; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 513.

<sup>25</sup> Katzenmeier, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2010, § 823 BGB Anhang II Rn. 97 ff m. w. Angaben.

gend E. Schmidt hat im Vergleich zwischen der vorgeschlagenen Beweismaßsenkung und der Kausalitätsvermutung des groben Behandlungsfehlers auf Folgendes aufmerksam gemacht:

„Bei leichten Behandlungsfehlern scheitert der Kausalitätsbeweis regelmäßig und der Patient geht leer aus, obwohl sicher ist, dass auch solche Fehler häufig zu Schäden führen, während grobe Behandlungsfehler über die Beweislastumkehr die volle Haftung begründen, obwohl sicher ist, dass grobe Fehler nicht immer zu Gesundheitsschäden führen und in manchen Einzelfällen sogar feststeht, dass die Kausalität nachgerade unwahrscheinlich ist. ...“

Dem Nachteil des Patienten bei dem gegenwärtig praktizierten Beweismaß steht ein Nachteil des Behandelnden bei der gegenwärtigen Verteilung der Beweislast durch die Figur des groben Behandlungsfehlers gegenüber. Insofern relativieren sich die Argumente zugunsten der überwiegenden Meinung gegenüber der Kritik insbesondere hinsichtlich des Gerechtigkeitswertes des beweisrechtlichen Status quo. Was das Argument einer möglichen Haftungserweiterung und -verlagerung betrifft, so ist entgegenzuhalten, dass ersteres angemessen wäre, weil es das Behandlungsrisiko der Behandelndenseite entsprechend deren *Verantwortungssphäre* zuordnet. Wer fehlerhaft handelt, muss das Risiko der „schlechten“, also nicht standardgemäßen Behandlung tragen. Von einer Haftungsverlagerung kann man deshalb nur sprechen, wenn man unzulässiger Weise die herrschende Position zum Bewertungsmaßstab für Reformvorschläge erhebt.

Einen Überblick über die Handhabung des Beweismaßes in verschiedenen europäischen Ländern gibt Koch. Sie reicht von „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich“ über hohe Wahrscheinlichkeit bis zur an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit.<sup>26</sup>

Die Beweismaßdiskussion wird häufig im Zusammenhang mit einer Wahrscheinlichkeits- und/oder Proportionalhaftung diskutiert.<sup>27</sup> Das wird im Folgenden kurz aufgenommen.

### 1.3 Wahrscheinlichkeitshaftung und Proportionalhaftung

Ein Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ führt ebenso wie das einer „weit überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ – und nichts anderes beinhaltet die herrschende Meinung – auch zu einer Haftung für wahrscheinliche und nicht nur für „wahre“ Ereignisse.<sup>28</sup> Der Kern einer Wahrscheinlichkeitshaftung – die Terminologie ist nicht einheitlich – ist auf der Tatbestandsseite und auf der Rechtsfolgenseite eine Verteilung des Behandlungsrisikos nach der Wahrscheinlichkeit der Verursachung des Schadens und damit seine proportionale Verteilung nach den erkannten Wahrscheinlichkeiten.<sup>29</sup> Man spricht von einer epidemiologischen Verteilung der Risiken.<sup>30</sup> Es handelt sich um eine Schadensverteilung nach fachwissenschaftlichen Erkenntnis-

<sup>26</sup> B. A. Koch, Arzthaftung in Europa: Vergleichende Analyse, in: B. A. Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 573 ff, 595 f.

<sup>27</sup> R. Seifert, Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf zur haftungsrechtlichen Bewältigung eines Kausalitätsdilemmas, 2008, S. 68 ff, 138 ff.

<sup>28</sup> „Jeder Beweis (ist) ein Wahrscheinlichkeitsbeweis.“ Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, S.118.

<sup>29</sup> Seifert, Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf, S. 138 ff.

<sup>30</sup> Siehe Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, 2006, S. 621 ff.

sen über die Wahrscheinlichkeit der Verursachung. Bei beispielsweise 20% Wahrscheinlichkeit der Verursachung erhält der Patient auch nur 20% Schadensersatz und muss 80% selbst tragen. Die Wahrscheinlichkeitshaftung orientiert sich nicht notwendig, aber doch weit überwiegend an einer Fehlervoraussetzung und verteilt das Risiko der Doppelkausalität von Behandlung und Krankheit, von Fehler und schicksalhafter Verlauf nach der Verursachungswahrscheinlichkeit des Schadens.<sup>31</sup> Insofern ist die Wahrscheinlichkeitshaftung auf der Rechtsfolgenseite in der Regel Proportionalhaftung.<sup>32</sup>

In seiner Bewertung der Proportionalhaftung im Verhältnis zur Beweismaßsenkung schreibt Wagner:<sup>33</sup>

„Noch besser als eine generelle Beweismaßreduktion wäre allerdings eine Proportionalhaftung, bei der der Arzt für jeden Behandlungsfehler einzustehen hätte, allerdings immer nur in Höhe einer Quote des eingetretenen Schadens, die derjenigen Wahrscheinlichkeit entspricht, mit der der Patient im Falle sorgfaltsgemäßer Behandlung gesund geworden wäre. Diese Variante der Proportionalhaftung, führt zwar zu einer maßvollen Privilegierung des Patienten, doch sie lässt sich denkbar einfach handhaben und wird im Ausland mit Erfolg praktiziert. Die auf ihrer Grundlage zu erzielenden Ergebnisse befriedigen mehr als die gegenwärtig praktizierte Haftung für Gesundheitsschäden, die der Arzt wahrscheinlich nicht verursacht hat, die ihm aber gleichwohl zugerechnet werden, weil er einen schweren Behandlungsfehler begangen hat.“

Der letzte Satz bezieht sich auf die Beweislastverteilung beim groben Behandlungsfehler; dort kann der Arzt in der Regel nicht beweisen, dass der Behandlungsfehler nicht kausal geworden ist, so dass er auch dann haftet, wenn eine haftungsbegründende Kausalität nicht vorläge. Eine solche Proportionalhaftung wird beispielsweise in Frankreich, Italien und den Niederlanden unter bestimmten Bedingungen (Verlust einer Chance) praktiziert.<sup>34</sup>

Eine Wahrscheinlichkeitshaftung/Proportionalhaftung einzuführen, wäre ein erheblicher Eingriff ins Arzthaftungsrecht und eine Sonderstellung gegenüber anderen Bereichen der Berufshaftung wäre nicht leicht zu legitimieren.

## 2. Versicherungsrechtliche Lösungen

Im europäischen Ausland werden und wurden versicherungsrechtliche Lösungen zum Ausgleich der Gerechtigkeitslücke diskutiert. Wenn man diese Modelle auf ihre Geeignetheit für Deutschland durchsieht, dann liegt es nahe zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Formen der Versicherung zu unterscheiden. Die nachfolgend zuerst dargestellte Lösung würde zu den privatrechtlichen, die sodann dargestellte zu den öffentlich-rechtlichen Versicherungslösungen gehören.

---

<sup>31</sup> Siehe auch zur ökonomischen Überlegungen Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 270 ff.

<sup>32</sup> Seifert, *Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf*, S. 140 f.

<sup>33</sup> Wagner, in: *MünchKomm-BGB* § 823 Rn. 815.

<sup>34</sup> Carval/Sefton-Green, *Arzthaftung in Frankreich*, in: B. A. Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa*, S. 139 ff, 144; Scarso/Foglia, *Arzthaftung in Italien*, ebenda, S. 163 ff, 172; Giesen/Engelhard, *Arzthaftung in den Niederlanden*, in: ebenda, S. 193 ff, 211 ff; siehe insgesamt den vergleichenden Überblick bei B. A. Koch, *Arzthaftung in Europa: Vergleichende Analyse*, in: B. A. Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa*, S. 573 ff, 597 ff.

## 2.1 No fault-Versicherung

Als Beispiel für eine versicherungsrechtliche Lösung wird regelmäßig Schweden angeführt. Dort existiert ein verschuldensunabhängiges Versicherungsmodell (neben Vertrag und Delikt).<sup>35</sup> Versicherungslösungen wurden in Österreich diskutiert.<sup>36</sup> Katzenmeier diskutiert eine Heilbehandlungsrisikoversicherung als Alternative zum Haftungsrecht.<sup>37</sup>

Jede Versicherungslösung hat z. T. sehr grundsätzliche Fragen zu beantworten, weil es sich mindestens um einen partiellen Systemwechsel handelte, der das versicherte Risiko festzulegen sowie das Verhältnis der Versicherung zum Haftungsrecht, zum gesetzlichen Krankenversicherungsrecht und zum Berufsrecht zu bestimmen hätte. Diese Diskussion soll hier vereinbarungsgemäß nicht geführt werden. Allerdings könnte der hier vorgeschlagene *Modellversuch* aufgrund der zu gewinnenden Erkenntnisse durchaus zu einer auch empirisch besser begründeten Diskussion über solche Lösungen führen.

## 2.2 Integration in gesetzliche Unfallversicherung

Es wurde der Vorschlag in die politische Diskussion eingebracht, durch eine Integration der gesamten Arzthaftung in die gesetzliche Unfallversicherung auch die hier beschriebene Gerechtigkeitslücke des haftungsrechtlichen System zu schließen<sup>38</sup>. Das bürgerlich-rechtliche Haftungsrecht bei ärztlichen Fehlern könnte danach in den Haftungs- und Leistungsbereich des SGB VII übernommen werden. Die Begründung verweist darauf, dass schon bestimmte Risiken des Krankenaufenthaltes, die nicht aus der Behandlung erfolgen, durch die unechte Unfallversicherung erfasst werden. Vorteile dieser Lösung werden darin gesehen, dass die Anspruchsvoraussetzungen und der Anspruchsumfang sowie die durch Amtsermittlung geprägte Verfahrensgestaltung wesentliche Vorteile für geschädigte Patienten mit sich bringen. Darüber hinaus verfüge das System nach dem SGB VII über gesicherte Erfahrungen in der Abwicklung von Unfallfolgeschäden, Kenntnisse in der Regress-Abwicklung gegenüber anderen Kostenträgern (Haftplichtversicherern, GKV), ein ausgebautes Gutachtersystem, eine differenzierte und belastbare bundesweite Organisationsstruktur sowie ein ausgebautes Qualitätssicherungssystem.

Dieser Vorschlag hat weitreichende Folgen und entfernt sich sehr weit vom geltenden Haftungsrecht. Ob und inwieweit die Leistungsvoraussetzungen einer Regelung nach dem Modell der gesetzlichen Unfallversicherung des SGB VII die hier beschrie-

---

<sup>35</sup> Mielnicki/Schulz, Arzthaftung in Schweden, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 331 ff, 335; B. A. Koch, Arzthaftung in Europa: Vergleichende Analyse, in: B. A. Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, S. 573 ff, 584.

<sup>36</sup> Barta, Überlegungen für eine neue Medizinhaftung, in Köhler/v. Maydell (Hrsg.), Arzthaftung - "Patientenversicherung" - Versicherungsschutz im Gesundheitssektor 1997 S. 249, 265 ff.

<sup>37</sup> Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 214 ff; ders., „Heilbehandlungsrisikoversicherung“ - Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz, VersR 2007, 137 ff; jüngst ders., Arzthaftpflicht in der Krise, MedR 2011, 201 ff, 207 ff.

<sup>38</sup> Vorschlag / Antrag der Arbeitsgemeinschaft der Sozialdemokratinnen und Sozialdemokraten im Gesundheitswesen (ASG) im SPD Bezirk Hannover zum Patientenschutz v. 09. 04. 2011.



bene Gerechtigkeitslücke schließen und dem haftungsrechtlichen System des bürgerlichen Rechts im Übrigen äquivalent wären, bedürfte eines ins Einzelne gehenden systematischen Vergleichs der Leistungsvoraussetzungen und des Anspruchsumfanges. Die Überführung dieses Gefahrenbereichs in ein öffentlich-rechtliches Versicherungssystem hat auch auf der Finanzierungs- und Leistungsseite weitreichende Folgen, so dass darüber erst im Rahmen einer grundlegenden und auf Dauer angelegten Ordnung befunden werden könnte. Die aber ist erst möglich, wenn hinreichendes Wissen über Anzahl, Art, und Schadensumfang der hier unter dem Begriff einer „Gerechtigkeitslücke“ zusammengefassten Sachverhalte verfügbar ist. Deswegen wird ein solches Modell hier – jedenfalls derzeit – nicht weiter verfolgt.

### 3. Entschädigungsfonds

Im Vordergrund der jüngsten Diskussion anlässlich des PatRG standen die Entschädigungs- und Härtefallfonds in **Österreich**.<sup>39</sup> In **Frankreich** ist insbesondere der ONI-AM-Fonds (Office national d'Indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales) insofern vorbildhaft, als er dort die bedeutendste Entschädigungseinrichtung auf dem Gebiet von Medizinschäden ist.<sup>40</sup> Einen Überblick über **deutsche Entschädigungsfonds** gibt Knetsch.<sup>41</sup> Von Interesse sind hier insbesondere die Solidarfonds zum Ausgleich von Medizinschäden: Contergan-Stiftung<sup>42</sup>, HIV-Hilfe-Stiftung<sup>43</sup>, Anti-D-Hilfe-Gesetz<sup>44</sup> und der inzwischen aufgelöste Hilfsfonds für Dopingopfer der DDR<sup>45</sup>. Zusätzlich werden jenseits von Medizinschäden der Fonds Heimerziehung und die Verkehrsofferhilfe kurz dargestellt.

Systematisch handelt es sich bei diesen Fonds um sehr vielfältige Gestaltungen, die in ihrer Grundidee meist dadurch gekennzeichnet sind, dass eine bestimmte, teilweise nur in einem begrenzten Zeitraum geschädigte Personengruppe, für erlittene Schäden Ausgleich erhalten soll, der durch unterschiedliche Akteure aufgebracht werden soll. Es handelt sich also nicht um einen rein privaten und auch meist nicht um einen rein öffentlichen Ausgleich billiger Art für übermäßige Lasten einer Gruppe von Personen. Ein PatEHF, der auf begrenzte Zeit zur Sammlung von Erfahrungen mit einem solidarischen Ausgleich angelegt ist, würde nach deutschem Recht in diese Systematik passen. Für eine auf Dauer angelegte Lösung indessen muss der Gesetzgeber entscheiden, ob eine Modifizierung des bürgerlich-rechtlichen Haftungssystems erfolgen soll. Als Alternative stände – dem Grundmodell nach – eine öffent-

<sup>39</sup> Siehe oben Fn. 3 und 4.

<sup>40</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 53 ff.

<sup>41</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 6 ff.

<sup>42</sup> Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz) v. 25.6.2009, BGBl I 2009, 1537.

<sup>43</sup> Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen (HIV-Hilfegesetz - HIVHG) v. 24.7.1995, BGBl. I S. 972; 1995 I S. 979, zuletzt geändert durch Artikel 79 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407); die Stiftung trägt den Namen „Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen“.

<sup>44</sup> Gesetz über die Hilfe für durch Anti-D-Immunprophylaxe mit dem Hepatitis-C-Virus infizierte Personen (Anti-D-Hilfe-Gesetz) vom 2. August 2000 (BGBl. I S. 1270), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 13. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2904).

<sup>45</sup> Gesetz über eine finanzielle Hilfe für Doping-Opfer der DDR (Dopingopfer-Hilfegesetz - DOHG) v. 24.08.2002, BGBl. I S. 3410; zuletzt geändert durch Artikel 5 Abs. 18 G. v. 15.12.2004, BGBl. I S. 3396; Geltung ab 31.08.2002 bis 31.12.2007.

lich-rechtliche Versicherungs- oder Entschädigungsleistung zur Diskussion. Diese schlösse entweder an die Sozialversicherung (gesetzliche Unfallversicherung, gesetzliche Krankenversicherung) oder an öffentlich-rechtliche Entschädigungs- und Aufopferungsleistungen an.

### 3.1 Medizinschadenfonds: Österreich, Frankreich, Deutschland

Die PatEF<sup>46</sup> der **österreichischen** Bundesländer greifen ein, wenn „durch die Behandlung ... ein Schaden entstanden ist, für den eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist.“

„Eine Haftung des Rechtsträgers ist insbesondere dann nicht eindeutig gegeben, wenn der sichere Nachweis der Schadensursache oder eines Verschuldens erheblichen Schwierigkeiten begegnet.

Eine Entschädigung kann auch erfolgen, wenn sich eine bislang unbekannte oder seltene, zugleich aber auch schwerwiegende Komplikation ereignet und zu einer erheblichen Schädigung geführt hat, und zwar auch dann, wenn die Patientin/der Patient hinreichend über die Komplikation aufgeklärt worden ist. ...

Schadensfälle mit eindeutiger Beweislage sind keinesfalls aus Mitteln des Fonds abzugelten.

Ein Rechtsanspruch auf Entschädigung besteht nicht. ...“ (Richtlinien Wiener PatEF 2009)

Eine regelmäßig in der Höhe begrenzte Leistung der öPatEF wird also nur gewährt, wenn die medizinrechtliche Arzthaftung nicht greift. Umgekehrt muss eine Entschädigungsleistung aus dem Fonds zurückgezahlt werden, wenn aufgrund eines Haftungsprozesses (Urteil oder Vergleich) wegen desselben Sachverhalts (später) geleistet wird. Eine soziale Härte ist nicht Leistungsvoraussetzung.<sup>47</sup> Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass der Schaden durch die Behandlung entstanden („eingeschränkte“ haftungsbegründende Kausalität = *Behandlungskausalität*, nicht *Fehlerkausalität*) ist.<sup>48</sup> Die PatEF werden durch eine Umlage der Versicherten finanziert.<sup>49</sup>

ONIAM in **Frankreich** ersetzt Schäden, die zufällige Behandlungsschäden (*aléas thérapeutiques*), nicht auf die Erkrankung zurückzuführen sind und grundsätzlich durch das Haftungsrecht nicht erfasst werden. Es werden nur Schäden eines bestimmten Schweregrades (mindestens 24%) ersetzt. Zu den Schäden gehören auch

---

<sup>46</sup> Wiederum als Beispiel der *WPatEF* <http://www.wien.gv.at/gesundheit/wppa/patientenfonds-richt.html#rechtsgrundlage>. Die Umsetzung der bundesgesetzlichen Regelung erfolgt durch § 46a Abs. 7 Wiener Krankenanstaltengesetz mit folgendem Wortlaut:

„(7) Der Betrag gemäß Abs. 6 ist von den Trägern der Krankenanstalten einzuheben und der Wiener Pflege-, Patientinnen- und Patienten-anwaltschaft für Entschädigungen nach Schäden zur Verfügung zu stellen, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist. Eine Entschädigung ist auch für Schäden zu gewähren, die durch die Behandlung in der Krankenanstalt entstanden sind und 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 *Vergaberichtlinien* sind unter der obigen Internetadresse nachzulesen.

<sup>47</sup> Siehe dazu den *Freiwilligen Wiener Härtefonds* (Fn. 3). Die Rückzahlungsverpflichtung beim *WPatEF* kann aber aus *sozialen Gründen* entfallen.

<sup>48</sup> Dazu im Einzelnen Jahn, *Außergerichtliche Konfliktlösung*, S. 169 ff.

<sup>49</sup> Siehe Fn. 3.

solche aus HIV, aus nosokomialen Infektionen, aus klinischen Prüfungen, aus Transfusionen (Hepatitis C), aus bestimmten Arzneimitteltherapien.<sup>50</sup> Es werden also ganz unterschiedliche Tatbestände aus dem Bereich von Medizinschäden in diesem Fonds zusammengeführt. Insgesamt ist ONIAM ein zwischen öffentlichem und zivilem Recht angesiedeltes Schadenstragungssystem auf der Basis des Solidaritätsprinzips („solidarité national“<sup>51</sup>), das erstmals durch die loi Kouchner eingeführt wurde.<sup>52</sup> Die Finanzierung erfolgt im Wesentlichen durch die gesetzliche Krankenversicherung.

Die **deutschen medizinbezogenen Entschädigungsfonds** sind gegenüber ONIAM spezialisiert und auf jeweils bestimmte Konstellationen begrenzt. Die *Conterganstiftung*<sup>53</sup>, eine öffentlich-rechtliche Stiftung des Bundes, hat gemäß § 2 ContStifG<sup>54</sup> zum Ziel,

„behinderten Menschen, deren Fehlbildungen mit der Einnahme thalidomidhaltiger Präparate der Grünenthal GmbH, Aachen (früher Chemie Grünenthal GmbH in Stolberg), durch die Mutter während der Schwangerschaft in Verbindung gebracht werden können,“

durch Leistungen und sonstige Unterstützung zu helfen. Leistungen werden

„behinderten Menschen, deren Fehlbildungen mit der Einnahme thalidomidhaltiger Präparate der Grünenthal GmbH, Aachen ..., durch die Mutter während der Schwangerschaft in Verbindung gebracht werden können, ...“

gewährt. Die Formulierung „in Verbindung gebracht werden können“ ist bewusst weich gehalten, um Kausalitätsanforderungen nicht zu überdehnen. Eine Kommission aus medizinischen Sachverständigen entscheidet nach § 16 Abs. 2, 3 i. V. m. § 2 ContStifG über die Zuerkennung von Leistungen nach einem Punktesystem.<sup>55</sup> Es gilt das VwVerfG, der Ermittlungsgrundsatz und der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten (§ 23 ContStifG).

Unter dem Namen "*Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen*" wurde eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts durch § 3 Abs. 1 HIV-Hilfegesetz (HIVHG)<sup>56</sup> errichtet. § 1 HIVHG lautet:

„Zweck des Gesetzes ist es, aus humanitären und sozialen Gründen und unabhängig von bisher erbrachten Entschädigungs- und sozialen Leistungen an Personen, die durch Blutprodukte unmittelbar oder mittelbar mit dem Human Immundeficiency Virus

---

<sup>50</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 53 ff.

<sup>51</sup> Dazu Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 61 ff; es wird eine Entwicklung beschrieben, die vom normativen Charakter, also einer Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Einzelnen und ihrer staatsrechtlichen Verankerung, bis zum politischen Schlagwort führt.

<sup>52</sup> Nitschmann, Entwicklungen des Gesundheits- und Medizinrechts in Frankreich, MedR 2008, 133, 138.

<sup>53</sup> Überblick bei Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 10 ff.

<sup>54</sup> Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz - ContStifG), in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juni 2009, BGBl. I S. 1537.

<sup>55</sup> Siehe insgesamt Meßling, ContStifG, in: Knickrehm (Hrsg.), Gesamtes soziales Entschädigungsrecht, 2012, S. 588 ff; Breuer/Louis, Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz – ContStifG), MedR 2007, 223 ff.

<sup>56</sup> Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen (HIV-Hilfegesetz - HIVHG) vom 24. Juli 1995, BGBl. I S. 972, zuletzt geändert durch Art. 79 Neunte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 31. 10. 2006, BGBl. I S. 2407, ber. 2007 S. 2149.

(HIV) oder infolge davon an AIDS erkrankt sind, und an deren unterhaltsberechtigten Angehörigen finanzielle Hilfe zu leisten.“

Die grundsätzlichen Leistungsvoraussetzungen sind in § 15 Abs. 1 HIVHG geregelt:

„Einen Anspruch auf Leistungen der Stiftung haben Personen, die in dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland durch in diesem Gebiet in Verkehr gebrachte Blutprodukte vor dem 1. Januar 1988 unmittelbar

1. mit dem HIV infiziert worden sind oder
2. mit dem HIV infiziert worden und als Folge davon an AIDS erkrankt sind.

Eine AIDS-Erkrankung ist anzunehmen, wenn entweder eine CD4-Helferzahl von weniger als 200 oder eine CD4-Helferzahl von regelmäßig weniger als 400, verbunden mit einer opportunistischen Infektion, nachgewiesen wird.“

Der Kreis der Anspruchsberechtigten wird anschließend weiter ausgedehnt. Bei Anspruchsunklarheiten berät eine Kommission.

„Sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung zweifelhaft, so werden die Antragsunterlagen einer aus drei Mitgliedern bestehenden Kommission, die beim Stiftungsvorstand einzurichten ist, zur Stellungnahme vorgelegt. Der Stiftungsvorstand entscheidet auf der Grundlage der Stellungnahme der Kommission.“ (§ 18 Abs. 2 HIVHG)

Das vorsitzende Mitglied der Kommission muss die Befähigung zum Richteramt haben; zusätzlich besteht die Kommission aus zwei Personen mit ärztlicher Approbation (§ 18 Abs. 3 HIVHG). Es gilt das VwVerfG, der Ermittlungsgrundsatz und der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten (§§ 18 Abs. 5, 19 HIVHG). Den Anspruchsberechtigten kommt eine doppelte gesetzliche Vermutung zugute (§ 15 Abs. 5 HIVHG).<sup>57</sup> Die Stiftung wird finanziert durch den Bund, pharmazeutische Unternehmen, die Blutspendedienste des DRK und die Länder.

Das *Anti-D-Hilfegesetz* (AntiDHG)<sup>58</sup> betrifft einen Arzneimittelschaden, der auf das Gebiet der DDR beschränkt war. § 1 Abs. 1 AntiDHG lautet:

„Frauen, die in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet infolge einer in den Jahren 1978 und 1979 durchgeführten Anti-D-Immunprophylaxe mit den Chargen des Bezirksinstituts für Blutspende- und Transfusionswesen des Bezirkes Halle Nrn. 080578, 090578, 100678, 110678, 120778, 130778, 140778, 150878, 160978, 171078, 181078, 191078, 201178, 211178 und 221278 mit dem Hepatitis-C-Virus infiziert wurden, sowie Kontaktpersonen, die von ihnen mit großer Wahrscheinlichkeit mit dem Hepatitis-C-Virus infiziert wurden, erhalten aus humanitären und sozialen Gründen Krankenbehandlung und eine finanzielle Hilfe.“

Das Gesetz orientiert sich an den beiden zuvor dargestellten Fonds. Es handelt sich allerdings um eine versorgungsrechtliche Lösung ohne eine Stiftungseinrichtung.<sup>59</sup> Finanzielle Hilfen werden nach dem Grad der Schädigung differenziert. Die Zuständigkeit zur Prüfung von Anträgen „obliegt den für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden des Landes, zu dessen heutigem Gebiet

<sup>57</sup> Auch dazu der Überblick bei Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 13 ff.

<sup>58</sup> Gesetz über die Hilfe für durch Anti-D-Immunprophylaxe mit dem Hepatitis-C-Virus infizierte Personen (Anti-D-Hilfegesetz - AntiDHG) vom 2. August 2000, BGBl. I S. 1270, zuletzt geändert durch Art. 3 G zur Änd. d. Bundesversorgungsgesetz und anderer Vorschriften des Sozialen Entschädigungsrechts vom 13. 12. 2007, BGBl. I S. 2904.

<sup>59</sup> Auch dazu der Überblick bei Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 18 ff.

der Ort gehört, an dem die Anti-D-Immunprophylaxe durchgeführt wurde.“ (§ 11 Abs. 1 AntiDHG) Auf das Verfahren sind das VerwVG, das SGB I und X sowie das SGG hinsichtlich des Vorverfahrens anzuwenden (§ 11 Abs. 2 AntiDHG). Der Rechtsweg führt zur Sozialgerichtsbarkeit (§ 12 AntiDHG). Die Finanzierung erfolgt durch den Bund und die Länder (§ 10 AntiDHG).

Der frühere *Hilfsfonds für Dopingopfer*<sup>60</sup>, der hier nicht detailliert beschrieben werden soll, wurde als Sondervermögen beim Bundesverwaltungsamt eingerichtet (§ 1 Abs. 1 DOHG):<sup>61</sup>

„Beim Bundesverwaltungsamt wird aus humanitären und sozialen Gründen ein Fonds in Höhe von 2 Millionen Euro eingerichtet, aus dem nach Maßgabe der folgenden Vorschriften finanzielle Hilfe an Doping-Opfer der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik gewährt wird.“

Eine interessante Regelung bestand hinsichtlich der Kausalität in § 6 Abs. 2 DOHG:

„Zur Anerkennung eines erheblichen Gesundheitsschadens genügt die Wahrscheinlichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs mit der Verabreichung von Dopingsubstanzen.“

Das DOHG ist gemäß § 9 DOHG mit Ablauf des Jahres 2007 außer Kraft getreten.

Jenseits dieser staatlich initiierten Fonds soll noch auf eine [gemeinnützige privatrechtliche Stiftung](#) hingewiesen werden: die „*Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte*“.<sup>62</sup> Ihre Aufgabe umschreibt sie wie folgt:

„Die Alexandra-Lang-Stiftung für Patientenrechte ist eine gemeinnützige Stiftung für Menschen, die an den Folgen schwerwiegender medizinischer Behandlungsfehler leiden.

Die Stiftung setzt sich für die Interessen geschädigter Patientinnen und Patienten ein. Sie hilft dabei, die verfügbaren Möglichkeiten auszuschöpfen, um den Geschädigten zu ihrem Recht zu verhelfen. Dabei hält sie Kontakte zu anderen Institutionen, die sich die Unterstützung von Patienten zur Aufgabe gemacht haben.“

Die Stiftung wird in erster Linie beratend und prüfend tätig und setzt sich politisch für eine Verbesserung der Patientenrechte ein.

### 3.2 Sonstige Fonds

Als weitere Fondsbeispiele sollen die beiden Heimerziehungsfonds (3.2.1 und 3.2.2) und der Fonds Verkehrsofferhilfe (3.2.3) herausgegriffen werden.

Es existieren in Deutschland zwei Fonds Heimerziehung:

1. *Hilfensfonds für Opfer aus DDR-Heimen*
2. *Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 bis 1975*

Ersterer soll erlittene(n) Zwang, Gewalt und Missbrauch in DDR-Heimen entschädigen, letzterer Unrecht und Leid ausgleichen, das heute noch zu Beeinträchtigungen führt. Beide Fonds basieren auf einer gemeinsamen Entschließung der Fraktionen des BT (mit Ausnahme Die Linke) v. 8.6.2011, in der die Rechtsform der Fonds offen

<sup>60</sup> Gesetz über finanzielle Hilfe für Dopingopfer der DDR (Dopingopfer-Hilfegesetz - DOHG) vom 24. August 2002, BGBl. I S. 3410,

<sup>61</sup> Auch dazu der Überblick bei Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 19 ff.

<sup>62</sup> [www.alexandra-lang-stiftung.de](http://www.alexandra-lang-stiftung.de).

bleibt.<sup>63</sup> Das Hilfesystem der Fonds soll bestehende sozialrechtliche Versorgungssysteme ergänzen, sie jedoch nicht ersetzen. Die *Rechtsform* beider Fonds ist die einer *nicht-rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts*.

### **3.2.1 Fonds Heimerziehung in der DDR in den Jahren 1949 bis 1990**

§ 1 Abs. 1 der Satzung des Fonds lautet:

„Der nichtrechtsfähige Fonds trägt den Namen „Heimerziehung in der DDR in den Jahren 1949 bis 1990“ und steht in der Verwaltung des Bundesamtes für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben, Köln, nachfolgend Fondsverwaltung genannt.“

Der Fonds ist am 1.7.2012 durch den Bund und die ostdeutschen Länder errichtet worden. Ein Rechtsanspruch der ehemaligen Heimkinder auf Leistungen aus dem Fonds besteht nicht (§ 2 Abs. 3 Satzung). Die Fondsverwaltung vertritt den Fonds im Geschäftsverkehr. Ein Lenkungsausschuss wird eingerichtet. § 6 Abs. 1 Satzung beschreibt seine wichtigsten Aufgaben:

„Der Ausschuss beschließt die Richtlinien, nach denen Leistungen an die Betroffenen gewährt werden (Leistungsrichtlinien). Der Lenkungsausschuss soll sich bei der Erarbeitung von Richtlinien mit dem Lenkungsausschuss des Fonds „Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland von 1949 – 1975“ abstimmen. Des Weiteren nimmt er die Aufgabe der Kontrolle und Steuerung des Fonds wahr.“

Gemäß § 10 Satzung endet der Fonds automatisch, wenn die eingezahlten Mittel vollständig durch die bestimmungsgemäße Verwendung aufgebraucht sind, spätestens jedoch zum 30. Juni 2017. Im Übrigen entsprechen die Regelungen denen des ehemaligen Fonds „Heimerziehung West“, die anschließend dargestellt sind.

### **3.2.2 Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 bis 1975**

Dieser Fonds ist aus einer Übereinkunft von Bund, westdeutschen Bundesländern und Kirchen (Errichter des Fonds "Heimerziehung West") hervorgegangen. Der Fonds ist am 1.1.2012 errichtet worden. Er wird gemeinsam von Bund, westdeutschen Bundesländern, den beiden großen christlichen Kirchen und ihren Wohlfahrtsverbänden sowie den Orden getragen. § 1 Abs. 1 der Satzung des Fonds lautet:

„Der nichtrechtsfähige Fonds trägt den Namen „Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 bis 1975“ und steht in der Verwaltung des Bundesamtes für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben, Köln, nachfolgend Fondsverwaltung genannt.“

Zweck des Fonds ist gemäß § 2 Abs. 1 Satzung:

„Der Zweck des Fonds ist die Förderung der Hilfe für ehemalige Heimkinder.“

Ein Rechtsanspruch der ehemaligen Heimkinder auf Leistungen aus dem Fonds besteht nicht (§ 2 Abs. 3 Satzung). Die Fondsverwaltung vertritt den Fonds im Geschäftsverkehr. Sein Lenkungsausschuss (§ 6) beschließt die Richtlinien, nach denen Leistungen an die Betroffenen gewährt werden (Leistungsrichtlinien). Des Weiteren nimmt er die Aufgabe der Kontrolle und Steuerung des Fonds wahr. Der Lenkungsausschuss

---

<sup>63</sup> BT-Drs. 17/6143 v. 8.6.2011.

beruft auch eine (vor Entscheidungen anzuhörende und mitberatende) Person zur Wahrnehmung der Interessen der Heimkinder (Ombudsperson). Über die Leistungen des Fonds an die antragstellenden ehemaligen Heimkinder entscheidet die Geschäftsstelle nach Maßgabe der Richtlinien des Lenkungsausschusses. Der Fonds endet automatisch, wenn die einzahlten Mittel vollständig durch die bestimmungsge-  
mäßige Verwendung aufgebraucht sind, spätestens jedoch zum 31.12.2016 (§ 10 Abs. 1 Satzung).

Erstmals Ende 2012 haben die Lenkungsausschüsse beider Fonds gemeinsam getagt und vereinheitlichende Beschlüsse gefasst.<sup>64</sup>

### 3.2.3 Fonds Verkehrsofferhilfe

Der Garantie- oder Entschädigungsfonds Verkehrsofferhilfe e. V. wurde 1963 als eingetragener Verein durch alle Autohaftpflichtversicherer des damaligen HUK-Verbandes gegründet und 2007 im Pflichtversicherungsgesetz (PflVG) geregelt.<sup>65</sup> Der Verein übernimmt die Aufgaben nach § 12 und § 12a PflVG. § 12 Abs. 1 PflVG lautet auszugsweise:

„(1) Wird durch den Gebrauch eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers im Geltungsbereich dieses Gesetzes ein Personen- oder Sachschaden verursacht, so kann derjenige, dem wegen dieser Schäden Ersatzansprüche gegen den Halter, den Eigentümer oder den Fahrer des Fahrzeugs zustehen, diese Ersatzansprüche auch gegen den "Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen" (Entschädigungsfonds) geltend machen,

1. wenn das Fahrzeug, durch dessen Gebrauch der Schaden verursacht worden ist, nicht ermittelt werden kann,

2. wenn die auf Grund eines Gesetzes erforderliche Haftpflichtversicherung zugunsten des Halters, des Eigentümers und des Fahrers des Fahrzeugs nicht besteht,

2a. wenn der Halter des Fahrzeugs nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 oder nach einer in Umsetzung des Artikels 4 Buchstabe b der Richtlinie 72/166/EWG erlassenen Bestimmung eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union von der Versicherungspflicht befreit ist,

3. wenn für den Schaden, der durch den Gebrauch des ermittelten oder nicht ermittelten Fahrzeugs verursacht worden ist, eine Haftpflichtversicherung deswegen keine Deckung gewährt oder gewähren würde, weil der Ersatzpflichtige den Eintritt der Tatsache, für die er dem Ersatzberechtigten verantwortlich ist, vorsätzlich und widerrechtlich herbeigeführt hat,

4. wenn die Versicherungsaufsichtsbehörde den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des leistungspflichtigen Versicherers stellt oder, sofern der Versicherer seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum hat, von der zuständigen Aufsichtsbehörde eine vergleichbare Maßnahme ergriffen wird.“

Die Übertragung dieser Aufgaben an den Verein ist in § 13 PflVG geregelt:

„(1) Zur Wahrnehmung der Aufgaben des Entschädigungsfonds wird eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet, die mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes als entstanden gilt. Organe der Anstalt sind der Vorstand und der Verwaltungsrat. Die Anstalt untersteht der Aufsicht des Bundesministeriums der Justiz. Das Nähere über die Anstalt bestimmt die Satzung, die von der Bundesregierung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates aufgestellt wird. Die im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Betrieb der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung befugten Versicherungsunternehmen und die Haftpflichtschadenausgleiche im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie die nach § 2 Nrn. 1 bis 4 von der Versicherungspflicht befreiten Halter nichtversicherter Fahrzeuge sind verpflichtet, unter Berücksichtigung ihres Anteils am Gesamtbestand der Fahrzeuge und der Art dieser Fahrzeuge an die Anstalt Beiträge zur Deckung der Entschädigungsleistungen

<sup>64</sup> [http://www.fonds-heimerzie-hung.de/fileadmin/user\\_upload/bilder/121029\\_wesentliche\\_Beschl%C3%BCsse\\_des\\_LA\\_West\\_und\\_DDR\\_121029.pdf](http://www.fonds-heimerzie-hung.de/fileadmin/user_upload/bilder/121029_wesentliche_Beschl%C3%BCsse_des_LA_West_und_DDR_121029.pdf).

<sup>65</sup> Bekanntmachung über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen (Neufassung der Satzung des Vereins Verkehrsofferhilfe e. V.) v. 17.2.2011, BAnz 2011, 1028 v. 15.3.2011.

und der Verwaltungskosten zu leisten. Das Nähere über die Beitragspflicht bestimmt das Bundesministerium der Justiz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und dem Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates.

(2) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und dem Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die Stellung des Entschädigungsfonds einer anderen bestehenden juristischen Person zuzuweisen, wenn diese bereit ist, die Aufgaben des Entschädigungsfonds zu übernehmen, und wenn sie hinreichende Gewähr für die Erfüllung der Ansprüche der Ersatzberechtigten bietet. Durch die Rechtsverordnung kann sich das Bundesministerium der Justiz die Genehmigung der Satzung dieser juristischen Person vorbehalten und die Aufsicht über die juristische Person regeln.“

Der Verein wird durch seine Mitglieder (Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer; keine Pflichtmitgliedschaft) nach festgelegten Anteilen finanziert (§ 4 Abs. 1 Satzung<sup>66</sup>). Schadensfälle werden grundsätzlich im Auftrag des Vereins durch Kfz-Erstversicherer durchgeführt. Eine Regulierungskommission wird in Problemfällen tätig bzw. kann angerufen werden. Der Klageweg kann erst beschritten werden, wenn ein Vorverfahren bei einer Schiedsstelle (§§ 5-8 VO<sup>67</sup>) durchgeführt wurde oder diese nicht innerhalb von 3 Monaten tätig geworden ist (§ 9 VO).

### 3.3 Rechtsformenvielfalt; Unterschiede im Leistungsgrund

Zusammenfassend ist die vorherrschende *Rechtsform* der Fonds im Bereich der Medizinschadensfälle die rechtsfähige *Stiftung* öffentlichen Rechts. Daneben stehen eine *versorgungsrechtliche* oder eine *Sondervermögensform*. Jenseits des Bereichs Medizinschäden sind mannigfaltige Formen anzutreffen: die *nicht-rechtsfähige Stiftung* des privaten Rechts, der *eingetragene Verein*, dem kraft Gesetzes Aufgaben übertragen werden, *nicht-rechtsfähige Sondervermögen*<sup>68</sup> und *nicht-rechtsfähige Sondervermögen des Bundes*<sup>69</sup> mit der Möglichkeit, die Aufgabe an juristische Personen des Privatrechts zu übertragen.

Der *Leistungsgrund* ist im Allgemeinen in einer öffentlich-rechtlichen Entschädigungs- und Aufopferungsleistung zu sehen. Unter den Heimerziehungsfonds kann namentlich der Heimerziehungsfond West stärker als die Medizinschadensfonds als ein solcher gesehen werden, der in Sonderformen auch private Haftpflicht realisieren will.

Aus der Empirie der Fonds lässt sich keine Struktur einer Verbindung von Rechtsform und Aufgabe erkennen. Die *Rechtsformenwahl* scheint eher *umständeabhängig*, auch wenn im Medizinschadensbereich die Stiftungsform prominent vertreten ist.

---

<sup>66</sup> Wie vorangegangene Fn.

<sup>67</sup> Verordnung über den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen Vom 14. Dezember 1965, BGBl. I S. 2093, zuletzt geändert durch Erste ÄndVO vom 17. 12. 1994, BGBl. I S. 3845.

<sup>68</sup> Z. B. Notarversicherungsfonds der Notarkammern (§ 17 Abs. 3 Ziff. 3 BNotO); siehe Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 31 ff.

<sup>69</sup> Einlagensicherungsfonds (Entschädigungseinrichtungen als nicht rechtsfähige Sondervermögen des Bundes bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau) mit Zuweisungsbefugnis des BMFi an juristische Personen des Privatrechts; §§ 6, 7 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) vom 16. Juli 1998, BGBl. I S. 1842, zuletzt geändert durch Art. 13 RestrukturierungsG vom 9. 12. 2010, BGBl. I S. 1900.



Die Rechtsformenvielfalt geht einher mit ganz unterschiedlichen Beziehungen der Fonds zum *Haftungsrecht*. Teilweise wird Haftungsrecht ersetzt, teilweise ergänzt, teilweise gibt es einen Parallellauf, teilweise eine Regresslösung, aber keineswegs wird eine Unvereinbarkeit oder eine Systemwidrigkeit der Fondslösungen gegenüber dem Haftungsrecht eingewendet.<sup>70</sup>

### 3.4 Entscheidung für eine Fondslösung

Im Hinblick auf die zeitlich und sachlich eingegrenzten gegenwärtigen Reformmöglichkeiten im Bereich Haftungsrecht, sozialer und sonstiger Versicherung, im Hinblick auf die Unsicherheiten des Umfangs der Gerechtigkeitslücke, die Zahl der möglichen zukünftigen Ansprüche und ihr jeweiliger individueller wie Gesamtumfang, die Bewährung der vorgeschlagenen Leistungsvoraussetzungen, der Verfahren ihrer Abwicklung und der Form scheint es geboten, einen Modellversuch als Experiment auf den Weg zu bringen, der in zeitlicher Begrenzung die Informationen, die erforderlich sind, um diese Unsicherheiten zu beseitigen, durch die Erprobung eines Modells in der Praxis zu gewinnen. Insofern erscheint uns ein PatEHF, sozusagen als Vorstufe zu einer späteren endgültigen Entscheidung besonders geeignet, gleichsam als „*unentschiedene Entschädigungsform*“ die wünschenswerten Informationen zu sammeln und gleichzeitig der Verminderung der Gerechtigkeitslücke zu dienen.

Ein solcher PatEHF als Modellversuch kann, wenn man die Begründungsschwerpunkte für einen solchen Kompensationsmechanismus analysiert, zum *Ausgleich* von (unzureichenden) Regelungen des *Haftungssystems* (3.4.1), zur *Erfüllung* von *allgemeinen Aufgaben* der sozialen Sicherungssysteme [GKV, PKV] (3.4.2) oder auch als eine Art „*allgemeiner sozialer Aufopferungsausgleich*“ [„Staatsaufgabe“] (3.4.3) konzipiert werden. In allen drei Varianten ginge es um die *billige Lösung* der angesprochenen „*Gerechtigkeitslücke*“, die durch die *Unsicherheiten bei der Bewertung von behandlungsinduzierten Schäden entsteht*. Die drei Begründungsvarianten führten allerdings zu unterschiedlichen Verortungen, Strukturen und Entscheidungsverfahren eines PatEHF.

#### 3.4.1 Ausgleich von Arzthaftungssystemdefiziten

Die gegenwärtige Diskussion um den PatEHF ist durch eine starke Bezugnahme auf Defizite des Haftungssystems gekennzeichnet, wenn es beispielsweise heißt:

„Schutzlücken im Schadensfall müssen mit unbürokratischer, schneller Hilfe geschlossen werden. Schutzlücken entstehen vor allem durch schicksalhafte Verläufe und lange zivilgerichtliche Verfahren.“<sup>71</sup>

Eine ähnliche Formulierung findet sich im Entwurf für eine Positionierung der AG Gesundheit der CDU-CSU-Bundestagsfraktion zum Referentenentwurf eines Patientenrechtegesetz, wobei ergänzend auf besonders schwere Fälle und wahrscheinliches Verschulden Bezug genommen wird.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Zur Systematisierung Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 69 ff, 101 ff.

<sup>71</sup> BR Drs. 312/1/12 v. 26.6.2012 Empfehlungen der Ausschüsse Nr. 46.

<sup>72</sup> Vom 5.4.2012 der Abgeordneten Singhammer/Spahn/Rüddel/Zöller für den Ausschuss Gesundheit der CDU/CSU.

Die verfahrensbezogenen Argumente wollen indirekt, die materiellen (schicksalhafte Verläufe, wahrscheinliches Verschulden) direkt das Haftungssystem korrigieren, *ohne grundlegende* (schicksalhafte Verläufe) *oder weniger eingreifende* (wahrscheinliches Verschulden) *Änderungen am Arzthaftungssystem vorzunehmen*. Ersteres entfernt sich ganz von einer Haftung für Behandlungsfehler, letzteres ändert der Sache nach das Beweismaß für den Fehlernachweis.

Wenn die Einrichtung eines PatEHF *mittelbar* auf die Änderung des Systems der Arzthaftung zielt, dann wäre rechtspolitisch und rechtssystematisch selbstverständlich die Änderung der Arzthaftung vorzuziehen und wünschenswert. Aber die durch den PatEHF zu schließende Gerechtigkeitslücke ist eben nicht nur arzthaftungsrechtsinduziert. Der PatEHF ist ein begrenztes eigenständiges *Ergänzungsmodell*.

### 3.4.2 Teil des sozialen Versorgungssystems

Man könnte Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen auch als Teil des *Systems sozialer Sicherung* konzipieren. Dabei bieten sich versicherungsrechtliche Lösungen oder Lösungen in Form sozialer Hilfe und Entschädigung an. Es wäre möglich, die *soziale Krankenversicherung* um Leistungen erweitern, die im Ganzen oder in Teilen Schäden ausgleichen, die bei medizinischer Behandlung entstanden sind (Patientenentschädigungsleistungen unterschiedlicher Breite). Die Leistung ginge also über die – wie immer entstandene und nach dem Finalprinzip zu gewährende – Krankenbehandlung hinaus und umfasste einen darüber hinausgehenden Schadensausgleich. Eine solche Aufgabenerweiterung der GKV liegt nicht unbedingt nahe. Die durch § 27 Abs. 1 SGB V bestimmte Leistungsvoraussetzung der sowie die Zielsetzung von Behandlung, Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern werden durch einen wie breit auch immer gefassten Ausgleich von medizinischen Behandlungsschäden systematisch überschritten. Auch die in der Diskussion genannten Anknüpfungen an die bestehenden Regelungen nach §§ 65b und 66 SGB V überzeugen daher nicht. Die *Behandlung von Gesundheitsschäden* ist Leistungsumfang der GKV, gekoppelt mit dem Übergang möglicher Regressansprüche gem. § 116 SGB X. Eine ebenfalls versicherungsrechtliche Lösung läge in der Eingliederung der Medizinschadenshaftung in die *gesetzliche Unfallversicherung*.<sup>73</sup> Als Form *sozialer Entschädigung* wäre eine Ausgestaltung der Patientenentschädigungsleistung anzusehen, die sich in Voraussetzungen und Umfang an Regelungen wie dem *Opferentschädigungsrecht* nach dem OEG<sup>74</sup> oder dem *Impfschadenrecht* nach §§ 60 ff IfSG<sup>75</sup> orientierte.

Es liegt insgesamt also zwar nicht so fern, den PatEHF in die GKV oder andere soziale Sicherungssysteme zu integrieren, aber es gibt gewichtige Gegenargumente. Die Gewährung eines *finanziellen* Ausgleichs für *Schäden* gehört nach der geltenden deutschen Aufgabenverteilung ins Haftungssystem und nicht ins System der sozialen Sicherung. Man müsste deshalb die Aufgabenstellung der GKV in § 1 SGB V um

<sup>73</sup> Siehe dazu oben, Abschnitt III.2.2).

<sup>74</sup> Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten (Opferentschädigungsgesetz - OEG) v. 11.05.1976, zuletzt geändert durch G v. 20.6.2011, BGBl. I S. 1114

<sup>75</sup> Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch v. 28.7.2011 I 162

diesen Gegenstand und damit grundlegend erweitern, weil das Solidarprinzip sie nicht deckt. Das wäre zwar möglich, aber unter den geschilderten Unsicherheitsbedingungen *gegenwärtig* nicht wünschenswert, aber vielleicht zukünftig nach Auswertung der zu gewinnenden Informationen eine angemessene Form.

### 3.4.3 *Allgemeiner, solidarischer und billiger Ausgleich für „Aufopferung“*

Wenn man den PatEHF als *allgemeinen, solidarischen und billigen Ausgleich für „soziale Aufopferung“* konzipierte, also als eine eigenständige öffentliche Aufgabe wie beim französischen ONIAM („solidarité national“), könnte man sowohl eine „Verfremdung“ des Haftungs- wie des sozialen Sicherungssystems vermeiden. Eine *bundesunmittelbare Stiftung des öffentlichen Rechts*, wie etwa die Contergan-Stiftung oder die früher geplante Stiftung Prävention und Gesundheitsförderung, könnte einerseits die *sachliche Distanz* zum Haftungs- und sozialen Sicherungssystem, andererseits in besonderer Weise die *Zielsetzung* verdeutlichen, solche erheblichen behandlungsinduzierten Schäden mit Aufopferungscharakter bei sozialer Legitimation billigerweise als solidarische Gemeinschaftsaufgabe auszugleichen – wohlgemerkt zunächst in der Form eines Modellversuchs.

Der *erste Begründungsschwerpunkt* für einen solchen PatEHF läge als zunächst *eigenständiges Institut* zum Ausgleich der existierenden „*Gerechtigkeitslücke*“ bei der *Unzumutbarkeit einer individuell zu verantwortenden Behandlungsfolge* auch wegen *nachhaltiger Überbelastung* und deren Transferierung auf ein begrenztes überindividuelles oder kollektives Lastentragungssystem. Der *zweite Begründungsschwerpunkt* für den PatEHF als Modellversuch liegt in der Sammlung von Informationen durch wissenschaftliche Begleitung und Evaluation, um die jetzt bestehenden Unsicherheiten danach in eine endgültige Perspektive zu überführen.

### 3.4.4 *PatEHF als Zweckkombination*

Eingedenk der Tatsache, dass es nicht um eine Korrektur des Systems der Arzthaftung, sondern um ein allgemeineres Gerechtigkeitsproblem geht, das auf unterschiedlichen Gründen beruht und deshalb verschiedenen Zielen Rechnung tragen sollte, empfiehlt sich ein *haftungssystemfernes Zweckkombinationsmodell*. Es sollte einerseits den *Patienten vom Behandlungsrisiko entlasten*, andererseits diese *Entlastung aufgrund einer nachhaltigen Belastung der Lebenssituation solidarisch begründen* sowie begrenzt *soziale Härten* („Bedürftigkeit“) *ausgleichen* und so mehrere Aspekte miteinander kombinieren. Wenn das Behandlungsrisiko durch einen Solidarfonds, also kollektiv getragen werden soll („Entschädigung“), dann liegt die Begründung für die Inanspruchnahme der „Gemeinschaft“ in der unzumutbaren Überbelastung (nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung) des einzelnen Geschädigten oder einer besonderen sozialen Härte („Härtefall“).

*Haftungssystemfern* bedeutet, dass der PatEHF zunächst zeitlich begrenzt („Modellversuch“) neben das System der Arzthaftung gestellt wird und die Aufgabe hat es zu *ergänzen*, keinesfalls es zu ersetzen. Die Arzthaftung bleibt in ihrer gegenwärtigen Verfassung bestehen. Die Schadenskompensation durch die Arzthaftung wird nicht ausgeschlossen; die Haftungsansprüche werden weder beschränkt noch gedeckelt.

Ein *Zurechnungszusammenhang* zwischen Schaden und Ersatzpflichtigem wird beim Fonds gerade *nicht* postuliert.<sup>76</sup> Die oben dargestellten Fonds haben allesamt eine haftungsergänzende, keine haftungsersetzende Funktion. Wollte man das Haftungssystem verändern, müsste man die *Fehlerhaftung* umbauen, z. B. durch Beweisvermutungen, durch Beweismaßsenkungen u. ä.. Der PatEHF entschädigt aber gerade nicht nur für Fehler und er knüpft nicht am Fehler oder gar individuellem Verschulden an. Der PatEHF ist nicht Individualausgleich sondern solidarischer und kollektiver Ausgleich für übermäßige und unzumutbare Belastung des Geschädigten.

Es geht auch in der Terminologie von Knetsch nicht um Ergänzungs- oder Garantiefonds, weil der PatEHF weder den Ausgleich von Schäden jenseits von Begrenzungen (Haftungshöchstgrenzen; Beispiel partiell ONIAM) oder bei Ausfall des Haftungsschuldners zu übernehmen hat. Man kann terminologisch von einem *Kompensationsfonds* (Beispiel partiell ONIAM) sprechen, weil es um eine Ergänzung des traditionellen Haftungsrechts um einen Ersatztatbestand geht, der dort nicht ausgeglichen wird.<sup>77</sup> Deshalb ist mit Kompensationsfonds regelmäßig eine doppelte *Subsidiaritätsregel* verbunden: Es wird nur Ersatz geleistet, wenn dieser nicht auf anderem Wege erreicht werden kann und die Ersatzleistung wird in der Regel der Höhe nach begrenzt. Insofern ist der PatEHF, genauer die Entschädigungs- und -härtefallleistung durch eine gewisse Nähe zum *sozialen Entschädigungsrecht* charakterisiert.<sup>78</sup>

Der PatEHF soll den Patienten *vom Behandlungsrisiko entlasten* („Entschädigung“), wenn dieses zu erheblichen Schäden von *nachhaltiger Belastung* oder zu einer sozialen 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 schließen.<sup>79</sup> Die Einzelheiten dieser Zweckkombination werden anschließend unter IV ausgeführt.

Es sei nochmals 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 Entschädigungsrecht zu treffen.

### 3.4.5 PatEF und Individualhaftung

Nach der Stellungnahme der BReg zum Votum des BR zum PatRG – entgegen der BR-Stellungnahme um Überprüfung seiner Einführung<sup>80</sup> – widerspricht ein PatEHF nach österreichischem Vorbild der Individualhaftung und schwächt deren Fehlervermeidungsfunktion (Gegenäußerung der BReg).<sup>81</sup> Dies wäre auch für Deutschland nur

<sup>76</sup> Siehe zu dieser Entgegensetzung Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 69 ff.

<sup>77</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 102 ff, 108 ff, 116 ff.

<sup>78</sup> Auch dazu Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 144 ff, bes. 148 ff.

<sup>79</sup> Zu dieser Kategorie von Entschädigungsfonds Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 101 ff.

<sup>80</sup> BR-Drs. 312/12 v. 6.7.2012 Nr. 42.

<sup>81</sup> BT-Drs. 17/10488 v. 15.8.2012 Nr. 42, Gegenäußerung der BReg; Unklarheiten der Finanzierung sind durch politische Entscheidung zu klären.

dann der Fall, wenn der PatEHF eine arzthaftungsersetzende *Funktion* hätte. Weder der öPatEF noch ein deutscher PatEHF tritt an die Stelle der Individualhaftung oder begrenzt ihre Wirksamkeit. 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*. Insofern wird auch die Fehlervermeidungsfunktion der Arzthaftung gerade nicht geschwächt, weil die Relevanz der Arzthaftung im Bereich der Patientensicherheit insbesondere durch die Organisationshaftung gewährleistet wird und deren Betonung sowohl im PatRG (Stichwort „voll beherrschbare Risiken“, § 630h Abs. 1, 4 BGB PatRG) wie in der Literatur zunehmend betont wird.<sup>82</sup>

*Patientensicherheit* ist durch die Vermeidung bzw. Verringerung von unerwünschten Ereignissen in Behandlungsprozessen von Patienten definiert („Fehlervermeidung“). Risikomanagement ist eine Methode der vorsorgenden Risikoverminderung und Risikovermeidung. Fehlererkennung ist die Voraussetzung für Fehlerabschätzung, Fehlerbewertung und Fehlerverringerung bzw. -vermeidung. Klinisches Risikomanagement zielt auf die Steigerung von Patientensicherheit (auch und insbesondere) durch gute Organisation. Insofern besteht ein enger Zusammenhang zwischen Patientensicherheit und Organisationshaftung.<sup>83</sup> Hier ist die Fehlervermeidungsfunktion gut aufgehoben und der PatEHF konterkariert sie gerade nicht. Es wäre allerdings sehr empfehlenswert, die *Fehlervermeidungsfunktion des Haftungsrechts durch eine Betonung und Ausweitung der Organisationshaftung* für die Qualität der Behandlungsprozesse zu stärken. Zusätzlich wären *gezielte Beweiserleichterungen* ein hilfreiches Instrument, die Fehlervermeidungsfunktion des Haftungsrechts zu erhöhen.

Dass der PatEHF das Haftungsrecht nicht beeinträchtigt und die Fehlervermeidungsfunktion nicht schwächt, wird auch dadurch sichergestellt, dass der Fonds einen Antragsteller *auf das Haftungsrecht verweist*, wenn die medizinische Behandlung als *haftungsrechtsrelevant* bewertet wird (dazu unten V. 4; VI).

Da der PatEHF als *Experiment* und Modellversuch konzipiert wird, ist die Schwächung der genannten haftungsrechtlichen Funktionen erst Recht *nicht zu gewärtigen*.

---

<sup>82</sup> Hart, Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzt Haftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen, MedR 2012, 1-15; ders., Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, 159-164.

<sup>83</sup> Die Thematik und den Zusammenhang mit der Organisationshaftung hat Hart, Organisationsfehler, in: Rieger/Dahm/Steinilper (Hrsg.), Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, Stand: Juni 2012, KZA 3948 und ders., Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzt Haftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen, MedR 2012, 1 ff behandelt.

## IV. Zwecke des PatEHF

Mögliche Zwecke bzw. Zweckkombinationen des PatEHF sind:

- *Beschleunigung,*
- *Erkenntnis- und Erfahrungssammlung (Modellversuch),*
  
- *Entschädigung* wegen erheblicher behandlungsinduzierter Schäden,
- *sozialer Härteausgleich,*
- *reine Billigkeit.*

Man kann sich eine *Prozeduralisierung* der Zwecke bzw. ihrer Kombination auch dergestalt vorstellen, dass über sie endgültig erst nach dem zeitlich und sachlich festgelegten Erfahrungsprozess und seiner wissenschaftlichen Begleitung und Evaluation entschieden wird („Modellversuch“; unten VII).

### 1. Beschleunigung

Es erscheint selbstverständlich, dass das Verfahren des PatEHF als *schnelles* und *unbürokratisches konzipiert* wird, aber man sollte sich auch keine Illusionen machen: Es sind mindestens teilweise schwierige *Abwägungsentscheidungen* zu treffen, die Zeit und Überlegung nach Fallanalyse (Aktenanalyse) in Anspruch nehmen. Unbürokratische Schnelligkeit ist ein selbstverständliches Postulat – deshalb ist dieses Ziel außer Konkurrenz zu verfolgen.

### 2. Erkenntnis- und Erfahrungssammlung

Wegen der schon dargestellten Unsicherheiten fachlich im Hinblick auf die Leistungskriterien des Fonds, finanziell im Hinblick auf die erforderlichen Mittel wie institutionell-organisatorisch im Hinblick auf eine möglicherweise endgültige Form ist es erforderlich, den PatEHF so auszugestalten, dass die zu sammelnden Erkenntnisse und Erfahrungen ausgewertet und Vorschläge für eine endgültige förmliche und sachliche Ausrichtung entwickelt werden können. Gleichgültig wie der PatEHF ausgestaltet wird, muss er diese Aufgabe erfüllen.

### 3. Entschädigung und Härteausgleich

Man sollte sich darauf verständigen, dass es sich bei den Entscheidungen über Entschädigungsleistungen um sowohl verfahrens- wie rechtsfolgenbezogene *Billigkeitsentscheidungen* handelt und um eine *Leistung*, die Rechtsanspruch und „solidarische Wohltat“<sup>84</sup> kombiniert. Eine Rechtskontrolle wird in einem teilweise begrenzten Rahmen (Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite, Ermessen auf der Rechtsfolgeenseite; siehe unten VI.5) stattfinden. Wie dies allerdings je nach Rechtsform des PatEHF auszugestalten ist, wird unten VI genauer behandelt.<sup>85</sup> Es sollte umgekehrt möglichst vermieden werden, dass das Verfahren des PatEHF *faktisch* zu einem

---

<sup>84</sup> Der Begriff „Wohltat“ wird hier verwendet, weil nach der gegenwärtigen Rechtslage eine Entschädigungsleistung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gewährt werden könnte.

<sup>85</sup> Siehe auch die Hinweise unten VI.1 (S. 11).

„Vorverfahren“ vor dem Verfahren der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen oder/und vor einem Gerichtsverfahren wird. Deshalb ist eine klare *Abgrenzung* zu diesen Verfahren und eine *doppelte Subsidiarität* des Verfahrens PatEHF wünschenswert.

Der PatEHF sollte folgende *Ziele kombinieren*:

- billige *Entschädigung* für *erhebliche Gesundheitsverletzungen*, die *aus einer medizinischen Behandlung resultieren* und die [1.] und
- Ausgleich bei *unzumutbarer Härte* durch eine *nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung der Geschädigten* [2.] oder
- *begrenzter Ausgleich im sozialen Härtefall* („Bedürftigkeit“<sup>86</sup>) [3].

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.

Eine Lösung als *reine Billigkeit* ohne Berücksichtigung dieser genannten Kriterien ist u. E. *nicht angebracht*, weil die Vergabeunsicherheit bei solchen Entscheidungen und die Uferlosigkeit möglicher Inanspruchnahme den Fonds zu einem Entschädigungsinstrument nach Willkür machte.

### 3.1 Entschädigung für erhebliche Gesundheitsverletzungen

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*<sup>87</sup> 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.

### 3.2 Ausgleich unzumutbarer Belastung („solidarische Hilfe“)

Wir wissen aus Erfahrung, dass das „*Gerechtigkeitsproblem*“ sich zusätzlich verschärft, wenn der erhebliche Schaden sich zu einer *unzumutbaren bzw. nachhaltigen Lastentragung* auswächst, weil die behandlungsinduzierte Härte die Lebensverhältnisse des oder der individuell oder gemeinsam Betroffenen nachhaltig „zerrüttet“. Insofern leistet der PatEHF nur einen *Härteausgleich*. Die nachhaltige bzw. unzumutbare Belastung der Lebenssituation ist eine hinzukommende Legitimation für eine

---

<sup>86</sup> Der Begriff wird in Anführungszeichen gesetzt, um vorschnelle Bezugnahmen auf einen bestimmten gesetzlichen Regelungszusammenhang zu vermeiden.

<sup>87</sup> 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.

Leistung aus dem PatEHF. Der PatEHF tritt nicht bei leichten oder mittleren Belastungen ein („Bagatellschäden“).

### 3.3 Ausgleich sozialer Härte („Bedürftigkeit“)

Unter besonderen Bedingungen sollte zusätzlich, wenn die erhebliche Gesundheitsverletzung und die unzumutbare Belastung der Lebenssituation vorliegen, eine soziale Härte ausgeglichen werden, wenn der Geschädigte sozial „bedürftig“ ist. Ein solcher Härtefallausgleich im engeren Sinne sollte als eine *Überbrückungsleistung* gewährt werden, wenn für eine Übergangszeit soziale Hilfe unumgänglich erscheint.

Alle diese Zielsetzungen des PatEHF bedürfen einerseits der *Präzisierung*, aber andererseits ist auch klar, dass solche Präzisierungen, erfolgen sie über Beispielfälle oder Handlungsanleitungen durch Leitlinien, nur begrenzt helfen. Es kommt deshalb für die Präzisierung entscheidend auch auf die *Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens* an, in dem die Auswahl und Bescheidung der Ausgleichfälle erfolgt. Je überzeugender dieses ausgestaltet ist, desto eher ist eine gewisse Kriterienunschärfe bei der Beurteilung, wie sie unbestimmten Rechtsbegriffen üblicherweise anhaftet, vertretbar.

## 4. Finanzielle, sektorale und diszipliniäre Begrenzung der Entschädigungsleistung?

Die einzelne Entschädigungsleistung sollte *in der Höhe und sektoral, nicht aber diszipliniär begrenzt* sein.

*Sektoral* sollte der PatEHF zunächst auf den (gesamten, also auch ambulante Behandlungen dort) *Krankenhausbereich* beschränkt werden (Behandlung durch nach § 108 SGB V zugelassene Krankenhäuser). Dies wird deshalb vorgeschlagen, weil erfahrungsgemäß die medizinischen Behandlungen im Krankenhaus risikoträchtiger sind als im niedergelassenen Bereich. Der Eintritt des Fonds sollte auf die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser beschränkt werden, wodurch Krankenhäuser der Akutversorgung eingeschlossen, verschiedene andere Formen, u.a. Privatkrankeinstalten aber ausgeschlossen wären.

Eine *diszipliniäre Begrenzung* wird teilweise empfohlen. Katzenmeier hat in mehreren Stellungnahmen<sup>88</sup>, obwohl er Fondslösungen grundsätzlich ablehnt, einen Fonds oder eine Heilbehandlungsrisikoversicherung für den Bereich Geburtsschäden vorgeschlagen. Die Idee eines solchen Fonds fußt sowohl auf dem Ziel, dem geschädigten Kind („Kind als Schaden“) einen eigenen und abgesicherten Anspruch zu verschaffen als auch – teilweise – auf der besorgniserregenden Entwicklung des Versicherungsschutzes in der Gynäkologie mit Geburtsschäden („Großschadenproblema-

---

<sup>88</sup> Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise, MedR 2011, 201 ff, 209 f; ders., Heilbehandlungsrisikoversicherung - Ersetzen der Arzthaftung durch Versicherungsschutz?, VersR 2007, 137-143; ders./Knetsch, Ersatzleistungen bei angeborenen Schäden statt Haftung für neues Leben. Rechtsentwicklung in Frankreich - Anregungen für das deutsche Recht, in: Ahrens/von Bar/Fischer/Taupitz/Spickhoff (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 247-282, bes. 278 ff.



tik“). Wir halten eine solche disziplinäre Begrenzung gegenwärtig nicht für geboten. Gerade dann, wenn man den PatEHF als *Modellversuch* anlegt, sollte eine zu rigide Begrenzung vermeiden werden, damit man in allen Bereichen von Medizinschäden eine ausreichende Erfahrung sammeln kann, um die Frage nach der Fortsetzung oder dem Abbruch des Versuchs beantworten zu können. Es ist auch zu beachten, dass die Auswahlentscheidung für den einen Fondssektor zudem erhebliche praktische Begründungsprobleme aufwerfen wird, weil der Ausschluss anderer schadensrelevanter Bereiche kaum überzeugend begründbar erscheint.

Eine Begrenzung in der Höhe der Ersatzleistung („*Deckelung*“) sollte dagegen erfolgen. Die österreichischen PatEF ersetzen Schäden bis zu einer Höchstsumme von 100.000.-- €. Wir schlagen eine Höchstsumme von 100.000 € vor, die in extremen Ausnahmefällen auf 200.000.-- € ansteigen kann (z. B. Geburtsschäden; siehe unten V.4.2). Für eine Leistung aufgrund „Bedürftigkeit“ schlagen wir eine Überbrückungssumme von 20.000 € vor. Darüber hinaus ist für die Zeit der Modellphase ein variabler „*Gesamtdeckel*“ zu überlegen, also eine jährlich zu leistende Gesamtsumme, deren Höhe aufgrund eines im zweiten Drittel des laufenden Jahres zu erstellenden Wirtschaftsplanes für das darauffolgende Jahr festgelegt wird. Es wird auf die Ausführungen unter IX verwiesen.

## V. Leistungsvoraussetzungen

Aus den beiden vorstehend entwickelten Zielsetzungen des PatEF lassen sich die folgenden Leistungskriterien konkretisieren:

- *Behandlungsinduzierte erhebliche Gesundheitsverletzung* („Entschädigung“; 1.) und eine
- daraus folgende *nachhaltige Belastung durch erhebliche Beeinträchtigung der Lebensführung* („Härte“; 2.)
- sowie unter der besonderen Voraussetzung sozialer „Bedürftigkeit“ eine Überbrückungsleistung (soziale Härte; 3.).

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. Eine „soziale Zurechnung“ zum PatEHF ist nur für diese beiden Fallgruppen vertretbar; die Erkrankung selbst ist ein „*Lebensrisiko*“, das dem Patienten zuzurechnen ist. 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.

Im Folgenden werden deshalb *Alternativenangebote* gemacht und eine *Vorzugsbewertung der Gutachter* gegeben.

## 1. **Behandlungsinduzierte erhebliche Gesundheitsverletzung („Entschädigung“)**

Das Entscheidungskriterium „behandlungsinduzierte erhebliche Gesundheitsverletzung“ lässt sich folgendermaßen ausdifferenzieren:

### 1.1 **Behandlungsinduziert**

Wie im Beginn von V. schon erläutert, stehen sich fehlerinduzierte oder auch komplikationsinduzierte Schäden als Definition von behandlungsinduziert gegenüber. Das Kausalitätskriterium erscheint uns allerdings nicht „verhandelbar“, nur dass es sich um eine *Behandlungskausalität* und nicht um eine *Behandlungsfehlerkausalität* handelt. Deshalb kann folgendermaßen unterschieden werden:

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

- *überwiegend* wahrscheinlich ein *Behandlungs- oder Organisationsfehler* ist (aa), (Variante 1)

oder

- *überwiegend* wahrscheinlich ein *Behandlungs- oder Organisationsfehler* ist *oder* es sich um eine *unbekannte Komplikation* handelt (bb), (Variante 2)

und

- *überwiegend* wahrscheinlich *durch die Behandlung* (nicht: den Fehler!) *verursacht* (cc),

wurde. Zwischen Variante 1 (aa) und Variante 2 (bb) 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.

#### 1.1.1 *Behandlungs- oder Organisationsfehler (Variante 1)*

Diese Variante ist nicht die haftungsrechtlich *enge* (weit überwiegend) sondern die *weitere* (überwiegend) *Definition* des vorauszusetzenden *Behandlungsbezuges* (= Bezug zur Behandlung oder/und ihrer Organisation<sup>89</sup>). Sie grenzt sich vom Haftungsrecht durch eine *Lockerung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen* ab, die dort „einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“<sup>90</sup> voraussetzt, so dass sich –

<sup>89</sup> Im Folgenden beinhaltet der Begriff des Behandlungsbezugs oder der Behandlungsinduziertheit sowohl den Behandlungs- wie den Organisationsfehler.

<sup>90</sup> Siehe Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, Rn. 593 m. w. N. d. Rspr.; insgesamt zum Beweismaß und unterschiedlichen Wahrscheinlichkeiten R. Seifert, Ärztlicher Behandlungsfehler und

salopp formuliert – „eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ ergibt. Die „*weit überwiegende Wahrscheinlichkeit*“ entspricht etwa dem, was die *Rechtsprechung* als Nachweisanforderung für den Fehler oder/und die haftungsbegründende Kausalität fordert. Würde man also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit des Behandlungsfehlers und seiner Kausalität im Rahmen der Behandlungsinduziertheit als Voraussetzung der Entschädigungsleistung des PatEHF fordern, würde das dem Haftungsrecht entsprechen. Das „*Gerechtigkeitsproblem*“ wäre nicht zugunsten des geschädigten Patienten gelöst. Der PatEHF würde praktisch dem Arzthaftungsrecht entsprechen – es käme zu einer „*Verdoppelung*“ der Systeme, was überhaupt nicht wünschenswert ist.

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

Betrachtet man die Formulierungen bei den öPatEF, so ist dort sogar dann zu leisten, wenn der

„sichere Nachweis der Schadensursache oder eines Verschuldens erheblichen Schwierigkeiten begegnet“.

Das ist weniger als „überwiegende Wahrscheinlichkeit“, weil die Schwierigkeit des Nachweises ausreicht, um den Nachweis zu „ersetzen“.<sup>91</sup>

Die Feststellung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ eines Behandlungsfehlers kann z. B. durch die *Bezugnahme auf existierende Leitlinien standardisiert* werden: Die *Abweichung* von einer hochwertigen Leitlinie könnte *als überwiegend wahrscheinlicher Fehler* gewertet werden, was die ansonsten nicht einfache Bewertung erheblich erleichterte.

### **1.1.2 Unbekannte Komplikation (Variante 2)**

Ob man *neben dem Behandlungsfehler zusätzlich* den *iatrogenen Schaden*, nämlich eine *seltene*, unvermeidbare, aber bekannte und eine *unbekannte Komplikation* der medizinischen oder pflegerischen Behandlung als möglichen leistungsbegründenden Tatbestand aufnehmen soll, ist nicht unzweifelhaft, wird hier nur hinsichtlich der unbekanntem Komplikation empfohlen. Die Einbeziehung letzterer Komplikationen in den Ausgleichsanspruch legitimiert sich aufgrund des „schicksalhaften Behandlungsverlaufs“, der sich als nicht fehlerhaft darstellt. Bei den unbekanntem Komplikationen liegt das deshalb nahe, weil sie behandlungsimmanent und unvermeidbar sind. Bei den seltenen, aber bekannten Komplikationen, wäre die Begründung nicht ebenso selbstverständlich, weil sie aufgrund ihrer prinzipiellen Aufklärungspflichtigkeit durch die Einwilligung des Patienten gedeckt sind. Insofern erscheint die Einbeziehung dieses Behandlungsrisikos „seltene Komplikationen“ in den Berechtigungsbereich kaum vertretbar.

---

schicksalhafter Verlauf zur haftungsrechtlichen Bewältigung eines Kausalitätsdilemmas, 2008, S. 72 ff, bes. 76 ff.

<sup>91</sup> Auch dazu Jahn, Außergerichtliche Konfliktlösung, S. 171 ff; wobei allerdings gesagt werden muss, dass durchaus Unklarheiten hinsichtlich der einzubeziehenden Fälle in einigen Bundesländern bestehen. Teilweise wird die Unklarheit durch die Einbeziehung von „aufgeklärten Komplikationen“ in den Entschädigungsbereich verursacht.

Bei den öPatEF ist dieser Tatbestand in Form der Formulierung „unbekannte oder seltene, zugleich aber auch schwerwiegende Komplikation“ der Sache nach aufgenommen, weil das österreichische Arzthaftungsrecht in diesen Fällen nicht oder nur ausnahmsweise eintritt. Der öPatEF leistet insofern auch dann, wenn die Haftung der Krankenanstalt eindeutig *nicht* gegeben ist. Dieses Kriterium ist *offener* und hebt neben dem Fehlerschaden den beschriebenen komplikationsbezogenen Schaden, der „in Verbindung zu“ einer Behandlung gebracht werden kann, in den möglichen Leistungsumfang des PatEHF.

*Es erscheint gut begründet, solche unbekanntem „kompliationsbezogenen Schäden“ in den Leistungsumfang des PatEHF einzubeziehen. Das wird im Hinblick auf die besondere und außergewöhnliche, schicksalhafte Schadenssituation empfohlen.*

### **1.1.3 Behandlungskausalität**

Hinsichtlich des Kriteriums Kausalität sollte ebenfalls „überwiegend wahrscheinlich“ gewählt werden. Es muss aber klar sein, dass es um die *Behandlungskausalität* und *nicht* um eine *Fehlerkausalität* geht. Eine Fehlerkausalität könnte nur gefordert werden, wenn man sich für Variante 1, also für Behandlungsfehler und nicht Variante 2, also auch komplikationsbezogene Schäden als Kriterium für Behandlungsinduziertheit entscheidet. Erforderlich ist deshalb nicht, dass ein Behandlungsfehler für die Gesundheitsverletzung kausal geworden ist, sondern es reicht aus, dass die Behandlung überwiegend wahrscheinlich Ursache der Verletzung geworden ist, diese also *nicht auf die Erkrankung zurückgeführt* werden kann.

Die Begründung hier entspricht der Begründung beim Behandlungsfehler. „Weit überwiegend wahrscheinlich“ wäre identisch mit oder zu nahe am Haftungsrecht und nicht wünschenswert, weil damit die Zwecke des PatEHF verfehlt würden.

*Die Nachweisanforderungen für die Behandlungskausalität dürfen das Beweismaß „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ keinesfalls überschreiten. Der Schaden darf nicht durch die Erkrankung verursacht sein.*

## **1.2 Erhebliche Gesundheitsverletzung**

Die behandlungsinduzierte Gesundheitsverletzung sollte *erheblich* sein. Es geht um gewichtige und nicht nur leichte Beeinträchtigungen von einiger Intensität und Dauer. Das Kriterium nimmt auch Bezug auf die Zwecksetzung „Aufopferungscharakter“ der Schädigung.

Man kann daran denken, die *Erheblichkeit* zu *quantifizieren*, um die Entscheidungen über die Ersatzleistung zu erleichtern. Eine Quantifizierung wäre etwa nach dem *Grad der Behinderung bzw. Grad der Schädigungsfolgen* möglich (z. B. 40 oder 50%). Dies hätte den Vorteil, dass die Frage der Erheblichkeit bei der Entscheidung über die Schädigung leichter zu beantworten wäre. Empfohlen wird, die Entschädigungskommission in Analogie zu den Regelungen des § 2 SGB IX und § 30 BVG mit einer *Richtlinie* durch den Stiftungsrat des PatEHF (siehe unten VI.3) zu versorgen, damit der PatEHF eine eigenständige Entscheidung treffen kann, ohne das Verfah-

ren durch die Befassung einer anderen Institution (Unfallversicherungsträger, Versorgungsämter) zu verzögern.

## 2. Nachhaltige Belastung der Lebenssituation

Die *Lebensführung* bzw. *-situation* des Geschädigten muss durch die Gesundheitsverletzung *nachhaltig beeinträchtigt sein* (schwerwiegende Folgen für die Lebensführung). Mit diesem Kriterium soll die PatEHF-Leistung auf schwere Beeinträchtigungen der Lebenssituation der Patienten *konzentriert* und einer uferlosen Ausdehnung der Leistungen des PatEHF *vorgebeugt* werden. Die Beeinträchtigung muss zu einer *nachhaltigen Belastung* führen. Nachhaltig ist die Belastung dann, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung zu erheblichen individuellen oder familiären Lastentragungen psychischer oder physischer, immaterieller oder materieller Art führt.

Ob die unzumutbare *soziale Härte* (i. S. v. „Bedürftigkeit“, „Existenzbedrohung“, soziale Not, Abhängigkeit von Sozialhilfe) eine *zusätzliche Leistungsvoraussetzung* oder ob dieses Tatbestandsmerkmal nur in der Form einer *Voraussetzung im Falle von begrenzten Vorleistungen* des PatEHF erfüllt sein sollte, ist zu entscheiden, wird hier nur im letzteren Sinne vorgeschlagen.

## 3. Besondere Leistungen bei „Bedürftigkeit“ (soziale Härte)

Die *soziale Härte im Sinne von „Bedürftigkeit“ als Anspruchsvoraussetzung* würde eine Reihe von erheblichen und komplexen Abgrenzungs- und Ausgleichsproblemen zwischen dem PatEHF und anderen sozialen Leistungsträgern hervorrufen, die zusätzlichen auch bürokratischen Aufwand verursachten. Unser Vorschlag geht deshalb in die Richtung, soziale Härtemerkmale nur dann zu berücksichtigen, wenn es sich um die Frage handelt, ob der PatEHF einen *Vorschuss* bzw. eine *Überbrückung auf eine Leistung des Haftungssystems* zur Verfügung stellt, weil *soziale Gründe dies erfordern*, also beispielsweise weil eine solche Leistung die *Bedürftigkeitssituation* aufgrund von Behandlungsfolgen (vorübergehend und bis zu einer möglichen späteren Leistung des Haftungssystems) ausgleichen könnte und dies anderweitig nicht gesichert ist („soziale Härte“).

Voraussetzung für eine solche Leistung wäre die (pauschale) positive Prüfung der Leistungsvoraussetzungen<sup>92</sup> und die soziale „Bedürftigkeit“ der „Überbrückung“<sup>93</sup> durch eine (Teil-)Leistung, die auch in einem Prozesskostenvorschuss zur Durchsetzung eines haftungsrechtlichen Anspruch bestehen kann, wenn eine Prozesskostenhilfe erfolglos beantragt wurde.

Die *Solidarität der Gemeinschaft* sollte also für eine *Überbrückungsleistung* nur dann in Anspruch genommen werden können, wenn die Last des Schadens zu einer unzumutbaren sozialen Last für den Geschädigten wird, es sich also um eine Sonderleistung handelt. Solche Leistungen sollten der Höhe nach begrenzt (maximal 20.000 €) in einer einmaligen Auszahlung bestehen (siehe unten V.4.2).

---

<sup>92</sup> Durch die Entschädigungskommission.

<sup>93</sup> Durch die Härtefallkommission.

Das Maß für die Bestimmung der Bedürftigkeit als Voraussetzung der Inanspruchnahme einer Leistung sollte ein Betrag gewählt werden, der oberhalb der Bedürftigkeit bei Grundsicherungsleistungen liegt, jedoch eine Obergrenze bestimmt. Es könnte sich anbieten, an die Einkommensgrenzen nach dem Wohngeldgesetz anzuknüpfen.<sup>94</sup> Grundsicherungsempfänger sind dabei in jedem Fall umfasst, die Gruppe der Geringverdiener ist aber etwas weiter gefasst. Einkommensbezieher bis zu dieser Höhe wären stets für den Härtefall antragsberechtigt. Einkommensbezieher bis zum Doppelten dieses Betrages könnte in Sonderfällen eine Härtefall-Leistung gewährt werden. Darüber liegende Einkommensbezieher sind von Härtefallanträgen ausgeschlossen.

*Der Behandlungsbezug und die nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung sowie ausnahmsweise eine soziale Überbrückungssituation („Bedürftigkeit“) legitimieren das außergewöhnliche Institut PatEHF neben einem System Arzthaftung und dem System sozialer Gesundheitssicherung.*

#### **4. Doppelte Subsidiarität**

Als prospektiver Fonds sollte der PatEHF einer doppelten Subsidiaritätsregel unterliegen. Der PatEHF sollte nur dann eintreten, wenn das *Haftungsrecht keinen Anspruch auf Schadensausgleich* gewährt. Und der *Umfang und die Höhe* der Ausgleichszahlung werden *begrenzt*.

##### **4.1 Haftungsrecht zuerst**

Der PatEHF will das Haftungsrecht nicht ersetzen, sondern ergänzen. Daraus folgt, dass der PatEHF grundsätzlich nicht leistet, wenn es einen haftungsrechtlichen Ersatzanspruch gibt (Ausnahme Sonderleistung bei Bedürftigkeit). Die Durchsetzung dieses Prinzips kann durch *verschiedene Instrumente* gewährleistet werden.

---

<sup>94</sup> Etwa in der Weise, dass zur Verwaltungsvereinfachung in der einfachen und tabellarischen Form nach <http://www.wohngeld.org/ratgeber/einkommen.html> für das Brutto-Einkommen vor pauschalem 30%-Abzug in der höchsten Mietstufe (also z.B. 2.043 Euro bei einem 3-Personen-Haushalt) angelknüpft wird.

#### 4.1.1 Varianten der Durchsetzung

Folgende *Varianten* kommen in Betracht:

- I. Der PatEHF prüft die *Voraussetzungen eines haftungsrechtlichen Ersatzanspruchs* (Behandlungsfehler, Fehlerkausalität) und die *Leistungsvoraussetzungen des PatEHF-Anspruchs*:

1. Kommt er *aufgrund sachverständiger Prüfung* zu dem Ergebnis, ein solcher *Anspruch sei mit großer Wahrscheinlichkeit gegeben*, verweist er den Anspruchsteller an die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, die gesetzliche Krankenkasse (MDK) oder direkt auf das *Gerichtsverfahren* und das Verfahren vor dem PatEHF ruht;

oder

2. Kommt er *aufgrund sachverständiger Prüfung* zu dem Ergebnis, ein solcher *Anspruch sei zweifelhaft*, verweist er den Anspruchsteller an die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, die gesetzliche Krankenkasse (MDK) oder direkt auf das *Gerichtsverfahren* und das Verfahren vor dem PatEHF ruht;

oder

3. kommt er *aufgrund sachverständiger Prüfung* zu dem Ergebnis, ein solcher *Anspruch sei nicht gegeben*, aber die *Voraussetzungen für die eigene Leistung* sind *erfüllt*, leistet der PatEHF.

oder

- II. Der PatEHF überprüft *nur* die *Leistungsvoraussetzungen des Fonds*:

1. Im *positiven Fall Leistung* unter dem *Vorbehalt* der Durchsetzung eines haftungsrechtlichen Ersatzanspruchs, d.h. im Falle der Durchsetzung eines solchen (Versicherungsleistung; Gerichtsurteil), *Rückzahlung* der Leistung des PatEHF oder

2. im negativen Fall *Abweisung*.

oder

- III. Der PatEHF wird überhaupt *erst nach einem „Vorverfahren“* vor einer Gutachterkommission- oder Schlichtungsstelle, bei der gesetzlichen Krankenkasse (MDK) oder bei den Gerichten mit negativem Ausgang tätig (negative Tatbestandsvoraussetzung). Er überprüft *dann* die *Leistungsvoraussetzungen des Fonds*.

In den engeren Auswahlbereich ziehen wir nur **Variante I** oder **Variante III**.

**Variante III** entlastet den PatEHF von jeglicher Vorprüfung haftungsrechtlicher Art und stellt sicher, dass er nur „secunda ratio“ angerufen wird. Diese Variante ist eine *vollständige Subsidiaritätsgarantie*. Der PatEHF wird nachrangig tätig und legitimiert so zusätzlich die Bedeutungsseriosität der anderen Verfahren (insbesondere Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen; MDK). Der Fonds setzt sich keinesfalls in Konkurrenz zu anderen Verfahren der Geltendmachung von Ansprüchen auf Entschädigung. Der Nachteil gegenüber der Variante I ist die *Insgesamt-Verlängerung* der Verfahrenszeit, weil die genannten Vorverfahren mindestens eine Laufzeit von einem halben oder ganzen Jahr haben. Diese Zeit könnte in Variante I durch eine zügige Prüfung beim PatEHF „eingespart“ oder jedenfalls reduziert werden.

Auf der anderen Seite zieht **Variante I** alle Geltendmachungen von Ansprüchen gleich welcher Art zunächst auf den PatEHF. *Das gilt auch dann, wenn man die sachverständige durch eine pauschale Prüfung ersetzt.* Der PatEHF würde mit großer Wahrscheinlichkeit zum „Nadelöhr“, *durch das alle Ansprüche hindurchgehen.* Hätte der PatEHF diese Funktion, käme der Fonds mit Sicherheit nicht mit *einer* Entschädigungskommission aus; der Fonds müsste verwaltungsmäßig erheblich aufgestockt und mit mehreren Kommissionen ausgestattet werden.

Dennoch *kann man* (auch) für die **Variante I** plädieren, also auch die sachverständige Prüfung durch den PatEHF (Entschädigungskommission), ob ein haftungsrechtlicher Anspruch gegeben sein könnte. Damit ergäbe sich wahrscheinlich eine größere Schnelligkeit und eine gewisse Sicherheit der sachverständigen Beurteilung der haftungsrechtlichen Fragen durch eine fachlich kompetente Institution. Zusätzlich würde aufgrund der Verweisung auf die anderen Verfahren gewährleistet, dass der PatEHF nur in solchen Fällen in Anspruch genommen wird, wenn ein haftungsrechtlicher Anspruch endgültig scheitert. Und es wird als Nebeneffekt gewährleistet, dass die GKV, ihre möglichen Regressansprüche tatsächlich geltend machen kann.

*Man sollte dem PatEHF in den Fällen, in denen an eine Gutachterkommission oder Schlichtungsstelle oder den MDK verwiesen wird, die Möglichkeit einräumen, einen Vorschuss zur Linderung sozialer Belastung („Überbrückung aus Gründen sozialer Erforderlichkeit“) zu gewähren.*

Wählte man die **Variante II** führte das nach unserer Einschätzung dazu, den PatEHF als *Vorverfahren* und *Hauptadressaten* für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu nutzen. Geschädigte würden sich immer zuerst an den PatEHF wenden. Da nicht mit Sicherheit überprüft würde, ob die (schärferen) haftungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben sein könnten, die (weicheren) Leistungsvoraussetzungen des PatEHF aber auch in jenen Fällen erfüllt wären, wäre jedenfalls die Voraussetzung Behandlungsinduziertheit immer erfüllt und es könnte nicht sichergestellt werden, dass der PatEHF nur subsidiär in Anspruch genommen wird bzw. der Fonds Regress nehmen kann. Diese Variante ist keinesfalls zu empfehlen.

Sowohl in **Variante I** wie **Variante III** bleibt die ausnahmsweise Möglichkeit, eine *Sonderleistung* zur „Überbrückung aus Gründen sozialer Härte“ (soziale Härtefälle) zu beantragen und zu gewähren (oben V.3).

*Wir empfehlen Variante III.*

#### **4.1.2 Weitere Durchsetzungsvoraussetzungen**

Der PatEHF wird *nicht tätig*, wenn und solange ein *Haftpflchtprozess geführt* wird (es ist zu berücksichtigen, welche der gerade vorgestellten Varianten gewählt wird). Während dieser Zeit darf *kein Antrag beim PatEF* gestellt werden bzw. ein gestellter Antrag *ruht* bis zum Ende des haftungsrechtlichen Verfahrens. Dasselbe gilt im Falle schwebender Verfahren vor den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen sowie beim MDK. Diese Regel müsste *eingeschränkt* werden, wenn man dem PatEHF die Möglichkeit eines *Vorschusses* einräumt.



Der PatEHF *leistet nicht*, wenn Haftungsansprüche *verjährt* wären. Die Verjährungsfrage wird nach Haftungsrecht beurteilt. Man sollte überlegen, ob der PatEHF nur für *Ereignisse* eintritt, die *nach Inkrafttreten des Gesetzes* stattgefunden haben.

Im Falle eines Gerichtsverfahrens mit endgültiger *Klageabweisung* muss ein (bis zu diesem Zeitpunkt nicht gestellter) *Antrag* an den PatEHF spätestens im *Jahr nach dessen Abschluss* gestellt werden.

Diese Bedingungen stellen sicher, dass der PatEHF in der gebotenen Distanz zum Haftungssystem arbeitet, nur *subsidiär* beansprucht und darüber hinaus sichergestellt wird, dass er sich nicht als ein „Vorverfahren“ zum Haftpflichtprozess entwickelt. Auf diese Begrenzung der Inanspruchnahme des eigenständigen Systems PatEHF sollte deutlich in der Öffentlichkeit hingewiesen werden.

## 4.2 Begrenzung des Ersatzes: Umfang und Höhe

Wir schlagen eine Begrenzung des Umfangs des Ersatzes *auf den materiellen Schaden* (Vermögensschaden) der Gesundheitsverletzung vor; ein *Schmerzensgeld* (Nichtvermögensschäden) wird *nicht gewährt*. Das Argument für eine solidarische Verlagerung des Schadens vom Geschädigten auf den prospektiven Kompensationsfonds trägt bei den materiellen Schäden, die sich durch eine nachhaltige Belastung der Lebenssituation des Geschädigten und seines familiären Umfelds auszeichnen, eher als beim Geldersatz für immaterielle Schäden (Schmerzensgeld). Wählt man entgegen unserem Vorschlag die Anknüpfung der Leistungsverpflichtung alleine an den *Behandlungsfehler*, wird diese sachliche Begrenzung des Ersatzanspruchs allerdings zweifelhaft.

Eine Begrenzung in der Höhe der einzelnen *Entschädigungsleistung* („*Deckelung*“) haben wir bereits vorgeschlagen. Die österreichischen PatEF ersetzen Schäden bis zu einer Höchstsumme von 100.000.-- €. Wir schlagen eine Regelhöchstsumme von 100.000.-- € vor, erhöhen diese aber auf 200.000 € im Ausnahmefall (z. B. Geburtschäden). Im Hinblick auf die Steigerung der Schadenssummen in den letzten Jahren erscheint uns diese ausnahmsweise Erhöhung geboten, um insbesondere den Sektor der materiellen und insbesondere der Unterhaltsschäden im Bereich der Geburtschäden wenigstens teilweise abdecken zu können.<sup>95</sup> Es entsteht auf diese Art und Weise ein im Ausnahmefall größerer Spielraum der Schadensabdeckung für den PatEHF. Der Ausnahmefall muss durch Richtlinien spezifiziert werden.

Der Stiftungsrat sollte der Entschädigungskommission für typische Fallkonstellationen eine *Richtlinie* an die Hand geben (siehe unten VI.2).

Für die *Sonderleistung* wegen sozialer Härte („*Bedürftigkeit*“) wird ebenfalls eine Deckelung auf maximal 20.000 € vorgeschlagen. Die Sonderleistung ist eine einmalige Leistung. Die doppelte Begrenzung, soziale Härte und Deckel, erscheint erforderlich, um ein Ausweichen in Sonderleistungen als Ersatz für Regelleistungen des PatEHF (Entschädigung) zu vermeiden.

---

<sup>95</sup> Petry, Wer zahlt die Rechnung? – Haftpflichtversicherung für Krankenhäuser, Monitor – Informationen für Krankenhäuser, 3/4 – 2012.

Der Stiftungsrat sollte der Härtefallkommission für typische Fallkonstellationen der „Bedürftigkeit“ (Härtefallkonstellationen) eine *Richtlinie* an die Hand geben (siehe unten VI.3).

Zusätzlich ist für das erste Jahr des Modellversuchs eine *Gesamtdeckelung* der Schadenssumme auf einen Betrag 100 Mio € zu überlegen. Diese Summe sollte für das jeweils folgende Jahr aufgrund eines im zweiten Drittel des Jahres zu erstellenden und den Bedarf hochrechnenden Wirtschaftsplanes angepasst werden. Wählt man diese Form einer Gesamtdeckelung sind *gesetzliche Regelungen erforderlich*, die die Folgen im Falle der *Mittlerschöpfung* normieren (z. B. Beschränkung, Verschiebung, stufenweise Gewährung des Anspruchs).

Ein *Mitverschulden* sollte bei der Festsetzung der Ersatzhöhe nicht berücksichtigt werden. Nach den vorgeschlagenen engen Leistungsvoraussetzungen wäre dies mit den verfolgten Zwecken des PatEHF nicht verträglich.

### 4.3 Güteversuch

Kommt es in der Variante I oder III zu einer positiven Beurteilung des MDK oder der Gutachterkommission und Schlichtungsstelle (= Haftungsanspruch wahrscheinlich gegeben), sollte auf jeden Fall ein *Güteversuch* vor dem PatEHF durchgeführt werden.

## 5. Tatbestand und Rechtsfolgen als Prüfungsmodell

### Tatbestand:

1. (a) *Behandlungs-/Organisationsfehler*  
überwiegend wahrscheinlich  
oder  
(b) *unbekannte Komplikation*  
überwiegend wahrscheinlich
2. *Behandlungskausalität*  
überwiegend wahrscheinlich  
*negativ*: nicht durch Krankheit verursacht
3. *erheblicher Gesundheitsschaden*
4. *nachhaltige Beeinträchtigung der Lebenssituation* („Härtefall“)

### Rechtsfolgen:

1. *Leistungspflicht* des PatEHF
2. Festlegung des *Leistungsumfangs*
3. evtl. Verweis auf *Haftungsrecht*,  
evtl. Sonderleistungen  
*Kostenübernahme* für Prozess,  
*Überbrückung* bei sozialer Härte

## VI. Verfahrensgrundsätze, Verfahrensmodell und Rechtsschutz

Das Verfahren des PatEHF führt insgesamt zu einer gebundenen *Billigkeitsentscheidung*, die nach der hier vorgestellten Konzeption auf der Tatbestandsseite einen eingeschränkten Beurteilungsspielraum und auf der Rechtsfolgenseite einen Ermessensspielraum (angemessene Entschädigung) gewährt. Es muss im Hinblick auf die zu wählende Rechtsform überlegt werden, ob *ein Rechtsanspruch* auf diese Entschädigung besteht und ob es *einen Rechtsweg gegen die Entscheidungen des PatEHF* und gegebenenfalls in welchem Umfang geben sollte. Wir bejahen beide Fragen.

### 1. Verfahrensgrundsätze

Das Entscheidungsverfahren des PatEHF wird durch einen *Antrag* eingeleitet, der eine Sachverhaltsschilderung enthält, dem Entscheidungsorgan (Stiftung) den Zugang zu den Patientenakten gewährt und die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Die Anträge müssen *innerhalb* einer zu bestimmenden *Frist bearbeitet* werden (Anregung: 3 Monate, abhängig von der Wahl der Variante).

Es gilt der *Ermittlungsgrundsatz* (Amtsermittlung). Die *Entschädigungskommission* (EK) entscheidet über eine *Anhörung* des/r Geschädigten und der Behandlungsinstitution und darüber, ob Sachverständige beigezogen werden müssen.

Bei den *öPatEF* ist eine Art *Vorverfahren* vorgesehen, das entweder als außergerichtlicher Einigungsversuch oder Vorprüfung durch die jeweilige österreichische PatientInnenvertretung ausgestaltet ist.<sup>96</sup> Dieses vorgeschaltete „Clearingverfahren“ soll die Fälle ausschließen, in denen entweder keine Anhaltspunkte für eine Haftung oder eindeutig eine Haftung gegeben ist. Man kann die *EK* des PatEHF mit dieser Prüfung betrauen, ob also der Antragsteller (nach seiner Wahl) auf die *Befassung* einer Gutachterkommission/Schlichtungsstelle oder des *MDK* oder auf das gerichtliche Verfahren verwiesen wird (siehe oben V.4.1; Variante I<sup>97</sup>), wenn man nicht, wie hier empfohlen Variante III wählt. Die Geschäftsführung hat die Aufgabe, die Unterlagen für die EK zu sichten, auf Vollständigkeit zu überprüfen und vorzubereiten.

### 2. Entschädigungskommission

Das *Zentrum* des PatEHF bildet – jenseits von Geschäftsführung und sonstigen Organen der gewählten Organisationsform – die *Entschädigungskommission*, die von den *Trägern des PatEHF (Stiftungsrat)* berufen wird, aber ebenso wie der Stiftungsrat im Hinblick auf die Aufgabe und die Entscheidungsqualität mit bestimmtem *professionellen Kompetenzen* ausgestattet sein muss.

Die *EK* entscheidet (*Empfehlung* an den Stiftungsvorstand) über das Ob und den Umfang der Entschädigung sowie etwaige Regresse, Rückzahlungen und ihren Umfang im Wege der *Amtsermittlung*. Die Entscheidung ist zu *begründen*. Der Stiftungsrat unterstützt die Entscheidungsfindung der EK durch eine die Kriterien präzisieren-

<sup>96</sup> Jahn, Außergerichtliche Konfliktlösung, S. 165 ff.

<sup>97</sup> Entscheidet man sich für Variante III, ist die Voraussetzung für einen Antrag an den PatEHF die Vorbefassung einer dieser Institutionen.

de Richtlinie. Die Mitglieder der EK sind bei der Ausübung ihrer Mitgliedschaft in der EK *nicht an Weisungen gebunden*. Die EK ist *beschlussfähig*, wenn mindestens 5 Mitglieder anwesend sind. Bei *Stimmengleichheit* entscheidet die Stimme der/des Vorsitzenden. Der *Vorsitz* sollte dem Bereich Rechtswissenschaft/Rechtspraxis (Befähigung zum Richteramt) übertragen werden.

Folgende *Kompetenzen bzw. Professionen* sollten in der EK (9 Mitglieder) vertreten sein:

- Medizin, aus dem Krankenhausbereich, davon eine Person aus dem Qualitätsmanagement [4],
- Rechtswissenschaft (Hochschullehrer)/Rechtspraxis (Richterin/Rechtsanwalt) [1],
- Pflege [1],
- Medizinischer Dienst der Krankenkassen [1] und
- Patientenvertreter [2].

Mindestens vier Mitglieder der EK müssen Krankenhausärzte sein. Man sollte darauf achten, dass die fehlerhäufigsten Fachgebiete<sup>98</sup> berücksichtigt sind. Alle Mitglieder sollen Erfahrungen bei der Bewertung von Medizinschäden haben, also sachkundig sein. Auch wenn man die Zusammensetzung ändert oder die Zahl der Mitglieder verkleinert, sollte jedenfalls eine *ungerade Zahl von Mitgliedern* angestrebt werden. Für jedes Mitglied wird ein *Vertreter* bestellt.

Die EK soll in ihr nicht vertretene *spezialmedizinische Kompetenz zur sachverständigen Beratung beiziehen*. In Orientierung an §§ 20, 21 SGB X, §§ 24, 26 VwVfG hat sich die EK zur Aufklärung des Sachverhalts der Beweismittel zu bedienen, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält.

Die Berücksichtigung der angegebenen Kompetenzen/Professionen gewährleistet u. E. am ehesten, dass die Ziele des PatEHF in der Entschädigungsentscheidung zum Tragen kommen.

### 3. Härtefallkommission

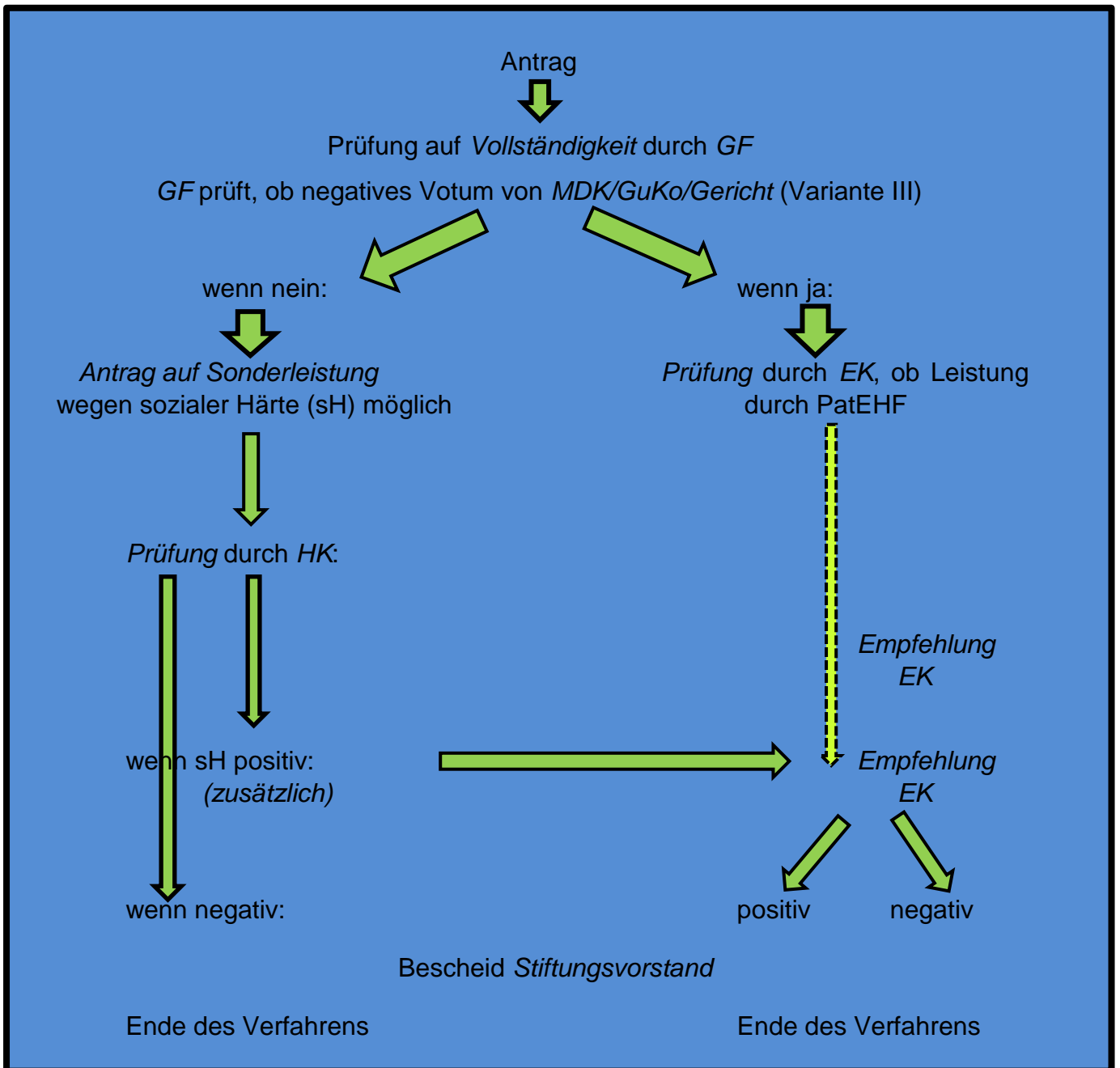
Für die Entscheidung über die Gewährung von Sonderleistungen wegen sozialer Härte wird eine Härtefallkommission (HK) gebildet, die aus drei Mitgliedern besteht und die Bereiche Medizin, Recht und Sozialverwaltung abdeckt. Die HK wird ebenso wie die EK vom Stiftungsrat berufen.

Die HK entscheidet (Empfehlung an den Stiftungsvorstand) über das Vorliegen eines Härtefalls und den Umfang der Sonderleistung. Der Stiftungsrat unterstützt die Entscheidungsfindung der HK durch eine die Kriterien präzisierende Richtlinie. Im Übrigen gelten die Ausführungen zur EK analog. Der Stiftungsrat legt in Richtlinien für die Härtefallkommission die Maßstäbe der „Bedürftigkeit“ fest.

<sup>98</sup>

Siehe Behandlungsfehlerstatistik der Bundesärztekammer 2011, VersMed 2012, 215

#### 4. Modell des Verfahrensablaufs vor PatEHF



## 5. Rechtsschutz

### 5.1 Rechtsschutzgewährleistung

Die Einrichtung eines PatEHF als Stiftung öffentlichen Rechts<sup>99</sup> durch Bundesgesetz, gespeist aus Beiträgen des Bundes-, der Länder und von Institutionen des Gesundheitswesens, wäre dem Bereich des „Gewährleistungsverwaltungsrechts“ (Voßkuhle) zuzurechnen, in dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG zu einem „ausgewogenen Rechtsschutz“ verpflichten.<sup>100</sup>

Es werden in der rechtspolitischen Debatte auch Vorstellungen geäußert, die die Gewährung von Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen als gut gemeinte, schnell bewilligte und dadurch wirksam helfende Leistung, also gewissermaßen als „Wohltat“<sup>101</sup> verstehen und konzipieren möchten. Die Leistungsvoraussetzungen sollen allgemein beschrieben, die Rechtsfolge grob umrissen und die Entscheidung rasch gefunden sein. Dieses Verständnis allerdings, das vor allem den Rechtsschutz begrenzen möchte, entspricht der nach Art. 19 Abs. 4 GG auch für die Gewährung von Leistungen durch die öffentliche Gewalt maßgeblichen Rechtsschutzgewährleistung des Grundgesetzes nicht.<sup>102</sup> Gegenstand der Gewährleistung ist die Tätigkeit der – materiell zu verstehenden – öffentlichen Gewalt. Maßstab der justiziellen Kontrolle sind die durch den Gesetzgeber selbst bestimmten Kriterien von Tatbestand und Rechtsfolge. *Insofern* besteht ein Zusammenhang zwischen justizieller Kontrolle und legislatorischer Regelungsdichte.

### 5.2 Limitierte und unlimitierte Finanzausstattung und Rechtsfolgen

Wollte der Gesetzgeber den Rechtsträger (Fonds), der die Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen gewährt, mit limitierten Finanzmitteln ausstatten<sup>103</sup>, so wäre dem Fonds im Rahmen eines ihm durch Gesetz eingeräumten Auswahlermessens Entscheidungsfreiheit über den Umfang der zu gewährenden Leistung einzuräumen. Diese Entscheidungsfreiheit könnte rechtlich nur auf die Einhaltung der Grenzen des Ermessens gerichtlich überprüft werden. *Insofern hängt die justizielle Kontrolldichte von der gesetzlichen Regelung über die Leistungstatbestände selbst und der Finanzausstattung des Verwaltungsträgers sowie der Entscheidung des Gesetzgebers über den Umgang mit den knappen Mitteln ab.* Auch in der beschriebenen Konstellation bestände ein Anspruch auf die rechtsfehlerfreie Entscheidung über einen Leis-

<sup>99</sup> Dass die Ausführungen für eine private Stiftung ebenso gelten, ist wahrscheinlich, weil ebenso öffentliche Mittel verteilt würden.

<sup>100</sup> Maunz-Dürig-Schmidt-Assmann, Grundgesetz Kommentar, 64. ErgLief. 2012, Art. 19 Abs. 4 Rn. 4.

<sup>101</sup> Siehe oben IV.3.

<sup>102</sup> „Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht, die Gerichte gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Verhalten der öffentlichen Gewalt anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes.“ Z. B. BVerfGE 93, 1 <13>. „Das Grundgesetz garantiert im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs ebenso wie nach Art. 19 Abs. 4 GG nur das Offenstehen des Rechtswegs, also die Öffnung des Zugangs zum Gericht. Insofern reicht es grundsätzlich aus, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet (vgl. BVerfGE 54, 277 <291>; 107, 395 <402>; 112, 185 <207>).“ BVerfG NJW-RR 2010, 1063-1064.

<sup>103</sup> Siehe unten Abschnitt X. 3.

tungsanspruch. Die Finanzausstattung kann deshalb Entscheidungsfreiräume erfordern, die die justizielle Kontrolle begrenzen, nicht aber ausschließen.

### 5.3 Beurteilungsspielraum auf der Tatbestandsseite

Es wird auch der Gedanke geäußert, dass auf der Tatbestandsseite der Entschädigungsvoraussetzungen ein erheblicher *Beurteilungsspielraum* bestehen könne oder müsse und dass auf der Rechtsfolgenseite ein *Entscheidungsermessen* bestehe, so dass sich eine nur sehr begrenzte Überprüfung der billigen Entschädigungsentscheidung des PatEHF ergebe. Dem ist entgegen zu halten, dass gerade über die Tatbestandsseite der hier diskutierten Sachverhalte typischerweise die Zivilgerichte mit der Unterstützung von Sachverständigen in der Regel ohne Anerkennung eines Beurteilungsspielraums urteilen. Einen auf die Tatbestandsseite bezogenen Beurteilungsspielraum werden die Gerichte vermutlich nur dann erwägen, wenn bereits das Verfahren der administrativen Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch einen sehr hohen Standard fachlich-sachverständiger Prüfung und Entscheidung gewährleisten würde.<sup>104</sup> Nicht denkbar ist es, dass der Gesetzgeber für Fälle dieser Art in wirksamer Weise eine administrative Beurteilungs- und Standardisierungsermächtigung einräumt, wie sie etwa im technischen Sicherheitsrecht anerkannt wird.<sup>105</sup>

In der Konsequenz dieser Überlegungen bietet sich in erster Linie eine *gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes in der Parallele zum HIVHG* an. Im Falle einer *Gesamtdeckung* der Fondssumme müssten zusätzliche Regelungen getroffen werden.

---

<sup>104</sup> H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2010, Bd. 1, Art. 19 IV, Rdn. 87 ff.

<sup>105</sup> H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2010, Bd. 1, Art. 19 IV, Rdn. 101.



## VII. Wissenschaftliche Begleitung und zeitliche Begrenzung des Experiments: Modellversuch

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 begrenzt* wird. Dies ist einerseits notwendig, um die Gerechtigkeitslücke schnell zu schließen und das System sozialer Entschädigung zu vervollständigen, andererseits um die Informationen zu gewinnen, die erforderlich sind, um die Frage nach einer endgültigen Perspektive zu beantworten.

### 1. Experiment, Erkenntnis- und Erfahrungsgewinn

Der Modellversuch erscheint vor allem notwendig, um zu analysieren, welche Fallkonstellationen, in welchem Umfang und in welcher Zeitspanne auf einen solchen krankenhausbezogenen PatEHF zukommen, weil alle Prognosen über Inanspruchnahme und Bedarf von großer Unsicherheit geprägt sind. Weder trägt eine Hochrechnung zum öPatEF, zu den Fällen vor Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, noch zu den Zahlen der Versicherungswirtschaft, zu den Fallzahlen der Gerichtsprozesse oder der Bearbeitungen durch den MDK nach § 66 SGB V (siehe unten IX.1). Der Modellversuch ist ein zeitlich begrenztes Experiment, um die für ein anschließend weiteres Vorgehen notwendigen Informationen zu gewinnen.

### 2. Zeitliche Begrenzung

Es ist deshalb dringend zu raten, einerseits eine *zeitliche Begrenzung* auf etwa *zehn Jahre* vorzusehen, um anschließend zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie und in welcher Form der PatEHF fortgeführt werden sollte. Spätestens nach *acht Jahren* sollte eine *Evaluation* der Arbeit des PatEHF auf der Basis der gesammelten Erkenntnisse und Erfahrungen stattfinden, um zu erkennen, ob und gegebenenfalls wie eine Fortsetzung des Projektes wünschenswert ist.

### 3. Evaluation

Diese Evaluation ist eigene Aufgabe des PatEHF und nur sinnvoll, wenn die Arbeit des PatEHF *von Beginn an wissenschaftlich begleitet* wird, auch um Erkenntnisse über die Stärken und Schwächen des PatEHF, seines Verfahrens und anderer Ausgleichssysteme zu gewinnen. Durch eine ins Auge gefasste Kooperation mit dem MDK und mit den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen (BÄK) kann die bestehende Erkenntnisbasis erheblich erweitert werden. Welche Konsequenzen und in welchem System zu ziehen sein werden, wird nach der Evaluation zu entscheiden sein.

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 Be-

gleitung 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.

Die *Kombinationslösung* von *Einrichtung* eines PatEHF als Modellversuch und dessen *wissenschaftliche Begleitung*, *zeitliche Begrenzung* und *Evaluation* erleichtert den Schritt in eine deutsche terra inkognita. *Folgenkontrolle* ist die Voraussetzung für einen Reformschritt, der als notwendig erachtet wird, aber gleichzeitig mit Unsicherheiten verbunden ist.

## VIII. Organisation: Alternativen und Vorschlag

### 1. Vielfalt und Alternativen

Aus den obigen Darstellungen ist eine *Vielfalt von organisatorischen Formen der Fondsverfassung* deutlich geworden. Sie reicht von unselbständigen, nicht-rechtsfähigen Sondervermögen bis zu juristischen Personen entweder des privaten oder des öffentlichen Rechts.<sup>106</sup> Die Wahl der Organisationsform für den PatEHF wird jenseits von *rechtlichen Rahmenbedingungen* (dazu unten X.) im Wesentlichen durch *Zweckmäßigkeitserwägungen*, aber je nach Finanzierungsmodell auch durch finanzierungsrechtliche Erwägungen (ebenfalls unten X.) beeinflusst.

Knetsch<sup>107</sup> folgend kann man diese *Zweckmäßigkeitskriterien* aufstellen:

- für *unselbständige Sondervermögen* privat- oder öffentlich-rechtlich sprechen
  - unkompliziertere Einrichtung,
  - höhere Flexibilität und Reagibilität,
  - besonders geeignet, wenn ausschließlich öffentliche Mittel in den Fonds fließen sollen;
- für *selbständige personifizierte Sondervermögen* privat- oder öffentlich-rechtlich sprechen
  - Seriosität des rechtlichen Errichtungsaktes (Gründungsakt; Gesetz)
  - komplexe Entschädigungssituationen,
  - nicht nur Beiträge, sondern auch Zinserträge,
  - Regresse sind vorgesehen,
  - besonders geeignet, wenn öffentliche Mittel mehrerer Beitragspflichtiger in den Fonds fließen sollen.

Diese Kriterien sind zusätzlich deshalb zu differenzieren, weil der Fonds als Sondervermögen auch *an bestehende Institutionen angegliedert* oder angebunden werden kann (dazu unten XI.). Die *Neutralität* bzw. Unabhängigkeit der Entscheidung über die Vergabe von Fondsmitteln ist dagegen in allen Organisations- oder Anbindungsformen gleichermaßen zu gewährleisten und durch keine der bezeichneten Formen gefährdet.

### 2. Vorschlag

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.

---

<sup>106</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 151 ff.

<sup>107</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 156 f.

- 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 *Beiträge* 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 (siehe unten XI.).

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.

## DIE STIFTUNG PATEHF

### Geschäftsführung

(Ansiedlung)

### Stiftungsvorstand

(3 Personen, gewählt durch und aus dem Stiftungsrat)  
*Bescheidorgan* (Entscheidung nach Variante III)

### Stiftungsrat

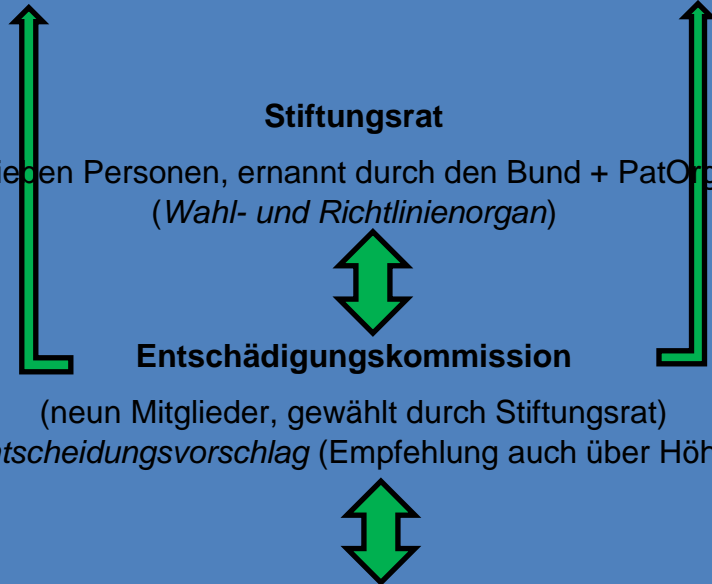
(sieben Personen, ernannt durch den Bund + PatOrg.)  
*(Wahl- und Richtlinienorgan)*

### Entschädigungskommission

(neun Mitglieder, gewählt durch Stiftungsrat)  
*Entscheidungsvorschlag* (Empfehlung auch über Höhe)

### Härtefallkommission

(drei Mitglieder, gewählt durch Stiftungsrat)  
*Entscheidungsvorschlag* (Empfehlung auch über die Höhe)



Der *Stiftungsrat* sollte durch die den PatEHF finanzierenden Institutionen, also durch den Bund – sofern nicht weitere Stifter beteiligt werden – ausgewählt werden. Es ist unbedingt darauf zu achten, dass seine *Mitglieder* über die für die Aufgaben des Rates (z. B. Richtlinien für die EK und HK) gebotene *fachliche Kompetenz* verfügen, so dass die Disziplinen und Professionen der Medizin, der Pflege, des Rechts und der Krankenversicherung vertreten sein sollten.

Der Stiftungsrat sollte *eher klein* gehalten werden und höchstens sieben Mitglieder haben, für die jeweils Stellvertreter zu benennen sind.

## IX. Finanzierung

In diesem Abschnitt versuchen wir zunächst die Frage zu beantworten, wie hoch etwa die *erforderlichen Mittel* sein müssen, um die begründeten Anträge an den PatEHF zu befriedigen (1). Es wird aufgrund unzureichender Datenlage bei Schätzungen bleiben müssen. Der Modellversuch soll diese Defizite beseitigen, mindestens vermindern. Anschließend wird vorgeschlagen, wer als *Beitragszahler* diese Mittel aufbringen soll (2).

### 1. Annahmen zu erforderlichen PatEHF-Mitteln

Die bisher vorliegenden Hochrechnungen über erforderliche Fondsmittel sind unzuverlässig und schwanken erheblich. Das Eckpunktepapier der Länder geht bei einer Deckelung der Leistungen des Fonds bei 100.000 € von 35.000 Anträgen im Jahr (nur zugelassene Krankenhäuser) und einer Leistungssumme von 300 Mio € aus.<sup>108</sup> Bezugsgrößen der Hochrechnung sind die Fondsausgaben in Österreich und die Zahl der Krankenhausfälle.

#### 1.1 Hochrechnungen aufgrund von Zahlen der BÄK

Die Antragszahlen der *Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen* der letzten Jahre lauten:

Antragsentwicklung bei den Gutachterkommissionen					
10.280	10.432	10.967	10.972	11.016	11007
2006	2007	2008	2009	2010	2011

Die obigen Zahlen betreffen die Anträge an die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen. Etwa 25% der Ansprüche bei 7.355 Entscheidungen im Jahre 2010 waren begründet, etwa 75% unbegründet; die Zahlen im Jahr 2011 entsprechen dem in etwa: 7.452 Entscheidungen, davon 1.901 begründet (Fehler + Kausalität), bei 2.287 lag ein Behandlungsfehler oder ein Aufklärungsmangel vor.<sup>109</sup> Die prozentualen Anteile begründet/unbegründet verändern sich über die Jahre kaum, so dass man von jährlich ungefähr 2.000 begründeten Anträgen ausgehen kann. Die Zahl der Anträge steigt innerhalb von 5 Jahren um weniger als 10%. *Die BÄK geht davon aus, dass etwa ein Viertel aller vermuteten Arzthaftungsfälle bei den Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen bearbeitet wird.* Es ist aus der vorliegenden Literatur nicht ersichtlich, wie die BÄK diese Vermutung begründet. Wir halten das für eine *sehr konservative Schätzung*.

*Legt man diese Schätzung zugrunde, wäre von etwa 44.000 Arzthaftungsfällen auszugehen. Rechnet man aufgrund der gegenüber dem Haftungsrecht weiteren Leis-*

<sup>108</sup> Eckpunktepapier Patientenrechte in Deutschland der A-Länder, 2011, Anhang 1.

<sup>109</sup> Behandlungsfehlerstatistik der Bundesärztekammer 2011, VersMed 2012, 215.

tungskriterien mit etwa 50% positiven Entscheidungen des PatEHF, so ergäbe sich bei einer durchschnittlichen Leistung pro Fall von 10.000 € eine *höchste Leistungssumme von 220 Mio €*, bei einer durchschnittlichen Leistung auf 20.000 € eine *höchste Leistungssumme von 440 Mio €*.

Allerdings müsste man davon wiederum die Hälfte des Betrages wegen einer Regressmöglichkeit bzw. wegen der Herausrechnung von begründeten Haftungsansprüchen abziehen, wobei allerdings unklar ist, ob diese vollständig realisiert werden können.

## 1.2 Hochrechnung aufgrund von Zahlen des MDK

Dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) wurden 2011 insgesamt 12.686 Behandlungsfehlervorwürfe bearbeitet. Davon wurden 4068 (32,1%) bestätigt. Von diesen wiederum waren 75,1% ursächlich für einen gesundheitlichen Schaden des Patienten. Der Großteil der Beschwerden richtete sich gegen Ärzte, die ihre Patienten in der *Klinik* behandelt haben. Von den 12.686 Gutachten des MDK wurden 8509 (67%) im stationären Bereich erstellt, 4177 (33%) für *ambulante Behandlungen*. In den Kliniken waren 30% der Beschwerden tatsächlich Behandlungsfehler, in den Arztpraxen waren 36,1% der Vorwürfe begründet.<sup>110</sup>

Die durch Versicherte bei den gesetzlichen Krankenversicherungen gemeldeten vermuteten Behandlungsfehlervorwürfe sind zahlenmäßig nicht weit entfernt von denen der BÄK. Niemand kann sagen, ob es sich um Doppelmeldungen/-anträge oder um unterschiedliche Fälle handelt. Geht man auch hier von der unsicheren Schätzung aus, dass etwa 25% der Medizinschadenfälle erfasst werden, wäre mit insgesamt etwa 50.000 Fällen zu rechnen. Rechnet man aufgrund der gegenüber dem Haftungsrecht weiteren Leistungskriterien wiederum mit etwa 50% positiven Entscheidungen des PatEHF, so ergäbe sich bei einer durchschnittlichen Entschädigungsleistung von 10.000 € eine *höchste Leistungssumme von 250 Mio €*, bei einer durchschnittlichen Leistung von 20.000 € eine *höchste Leistungssumme von 500 Mio €*.

Allerdings müsste man davon wiederum die Hälfte des Betrages wegen einer Regressmöglichkeit bzw. wegen der Herausrechnung von begründeten Haftungsansprüchen abziehen (= 125 Mio bis 250 Mio €), wobei allerdings unklar ist, ob diese vollständig realisiert werden können.

## 1.3 Hochrechnungen aufgrund von Zahlen aus der Versicherungswirtschaft

Die Krankenhaushaftpflichtfälle bei den *Versicherern* haben sich nach einer Hochrechnung der Ecclesia-Versicherungsgruppe folgendermaßen entwickelt:<sup>111</sup>

<sup>110</sup> Spiegel online v. 5.9.2012; MDS [www.mds-ev.org/3971.htm](http://www.mds-ev.org/3971.htm).

<sup>111</sup> Die Daten beruhen auf einem Vortrag von M. Klocke, Ecclesia Gruppe, Detmold am 11.10.2012 auf dem Symposium „Arzthaftung in Europa“ in Berlin; ders., Wie schlimm geht es



1997	Ecclesia	Bund
<i>Behandlungsfälle:</i>		
	1.967.033	16.429.031
<i>Ansprüche:</i>		
1997	1.898	15.772
<i>Berechtigt:</i>		
	1.057	8.707
<b>2006</b>		
<i>Behandlungsfälle:</i>		
	2.128.619	16.832.883
<i>Ansprüche:</i>		
	3.202	25.249
<i>Berechtigt:</i>		
	1.271	10.099

Die Zahl der Behandlungsfälle Bund stimmt in etwa überein mit den Zahlen der Deutschen Krankenhausgesellschaft.<sup>112</sup>

Nicht die Fallzahlen sind so stark gestiegen, sondern die Schadenssummen, die innerhalb von 10 Jahren nahezu eine Verdoppelung erfahren haben.<sup>113</sup> Das gilt insbesondere für den Bereich Gynäkologie/Geburtshilfe.

Rechnet man aufgrund der gegenüber dem Haftungsrecht weiteren Leistungskriterien wiederum mit etwa 50% positiven Entscheidungen des PatEHF, so ergäbe sich bei der Annahme von 25.000<sup>114</sup> berechtigten Ansprüchen und einer durchschnittlichen Entschädigungsleistung von 10.000 € eine *höchste Leistungssumme von 250 Mio.* Allerdings müsste man davon wiederum die Hälfte des Betrages wegen einer Regressmöglichkeit bzw. wegen der Herausrechnung von begründeten Haftungsansprüchen abziehen (= 125 Mio €), wobei allerdings unklar ist, ob diese vollständig realisiert werden können.

---

in deutschen Krankenhäusern zu?, *Arzt und Krankenhaus* 12/2005, 1 ff. Wir danken sehr, dass wir sie verwenden dürfen.

<sup>112</sup> Eckdaten der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG):

[http://www.dkgev.de/media/file/13108.Foliensatz\\_Krankenhausstatistik\\_20130123.pdf](http://www.dkgev.de/media/file/13108.Foliensatz_Krankenhausstatistik_20130123.pdf).

<sup>113</sup> Petry, *Wer zahlt die Rechnung? – Haftpflichtversicherung für Krankenhäuser*, *Monitor – Informationen für Krankenhäuser*, 3/4 – 2012; Helberg/Lonsing, *Komposit: Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen*, *Versicherungswirtschaft* 2010, 421 ff; dies., *Personenschäden verteuern sich dramatisch*, *Versicherungswirtschaft* 2012, 962 ff.

<sup>114</sup> Eigene Schätzung für 2011/2.

## 1.4 Hochrechnungen aufgrund von Angaben zu unerwünschten Ereignissen bei medizinischen Behandlungen

Das Aktionsbündnis Patientensicherheit (APS) hat in seinen Agenden seit 2006 eine Metaanalyse zu Studien über unerwünschte Ereignisse (UE) durchgeführt. Die Angaben über die Häufigkeit des Auftretens von UE variieren in diesen zur Hälfte aus dem anglo-amerikanischen Bereich stammenden Analysen.

„Streuung und Höhe der Messergebnisse nahmen ab einer Stichprobengröße von 1000 Patienten für UE und VUE berichtet als Prozentsatz und Rate deutlich ab. Für Fehler berichtet als Rate traf dies ebenfalls zu. Diese Verteilung lässt indirekt auf eine gute Reliabilität und Validität der Studien schließen, wodurch die Ergebnisse der Agenda 2006 gestützt werden. Die Häufigkeiten unerwünschter Ereignisse lagen ab einer Stichproben von 1000 Patienten zwischen 0,1% und 20% bzw. zwischen 0,1 und 20 Ereignissen pro 100 Patienten. Für VUE lagen die Häufigkeiten zwischen 0,1% und 10% bzw. zwischen 0,1 und 10 Ereignissen pro 100 Patienten. Fehlerhäufigkeiten lagen zwischen 0,2 und 25 Fehlern pro 100 Patienten.“ (Agenda 2008)

Geht man von der (unsicheren) Annahme 1% Häufigkeit aus – das entspricht etwa den Annahmen der Ecclesia – und bezieht dies auf die jährliche Anzahl von Krankenhausbehandlungen, die nach Fallzahlen etwa 18 Mio betragen<sup>115</sup>, so wäre von etwa 180.000 UE auszugehen. Geht man weiter davon aus, dass nur schwere UE bzw. etwa 20% geltend gemacht würden, wäre mit etwa 30.000 – 40.000 Geltendmachungen/Anträgen zu rechnen. Auch bei diesen Annahmen käme eine Hochrechnung etwa zu den Ergebnissen, die sich bei den BÄK-Zahlen zeigten.

Allerdings müsste man davon wiederum die Hälfte des Betrages wegen einer Regressmöglichkeit bzw. wegen der Herausrechnung von begründeten Haftungsansprüchen abziehen, wobei allerdings unklar ist, ob diese vollständig realisiert werden können.

## 1.5 Zur Plausibilität der Hochrechnungen

Alle Hochrechnungen sind unsicher, weil sie auf unvollständigen Angaben beruhen, die Annahmen und die Relationen unsicher sind und es zweifelhaft ist, ob auf der Basis solcher Zahlen überhaupt eine vernünftige Kalkulation möglich ist. Der Modellversuch soll und kann durch die wissenschaftliche Begleitung und Evaluation diese Defizite beseitigen, mindestens vermindern. Dies sei vorangeschickt.

Die Hochrechnungen schwanken zwischen 125 Mio und 250 Mio €, wenn man die Realisierung der Regresse unterstellt bzw. begründete Haftungsansprüche herausrechnet. Wählt man die Variante I oder III, den MDK, die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen mit einer Vorprüfung einzuschalten und den Geschädigten auf einen Haftpflichtprozess zu verweisen, liegt die wahrscheinliche Summe von Inanspruchnahmen eher im Bereich der zuerst errechneten Zahlen.

Allerdings ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Annahme 50% berechtigter Ansprüche wegen der gegenüber dem Haftungsrecht weniger strengen Leistungskrite-

<sup>115</sup>

Eckdaten der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG):  
[http://www.dkgev.de/media/file/13108.Foliensatz\\_Krankenhausstatistik\\_20130123.pdf](http://www.dkgev.de/media/file/13108.Foliensatz_Krankenhausstatistik_20130123.pdf).

rien bewusst sehr hoch gegriffen wurde, obwohl zwei einschränkende Korrektive, nämlich die Erheblichkeit des Schadens wie die nachhaltige Beeinträchtigung der Lebensführung den Leistungsumfang des PatEHF begrenzen. Ginge man von nur 25% berechtigter Ansprüche – ceteris paribus – aus, so bewegte man sich bei erheblich niedrigeren Summen, nämlich bei 62,5 Mio – 125 Mio €.

*Alle Rechnungen leiden unter gravierenden Unsicherheiten. Es fehlt an Daten darüber, wie häufig und wie sich die Gesundheitssituation von Patienten durch die medizinische Behandlung iatrogen oder aufgrund von Fehlern verschlechtert, ob und wie häufig sich Patienten gerade jenseits strafrechtlicher oder haftungsrechtlicher Verfolgung „beschweren“ und welche Fallkonstellationen und in welcher Schwere einem Entschädigungsfonds vorgelegt und wie sie summenmäßig bewertet werden. Diese Daten kann nur die Praxis des PatEHF selbst liefern. Auch deshalb ist es wichtig, den PatEHF als experimentellen Modellversuch zu konzipieren.*

## 1.6 Annahmen zur Entwicklung der Antragszahlen

Die Entwicklung der Antragszahlen an den PatEHF wird anfangs sehr stark von seiner *Bekanntheit* abhängen. Je breiter und gezielter die *Öffentlichkeit und Meinungsbildner (Ärzte, Krankenkassen, Fachanwälte für Medizinrecht, Patientenberatungen)* informiert werden, desto schneller wird das Interesse von Geschädigten ansteigen. Dennoch kann man in den ersten beiden Jahren der Existenz des PatEHF davon ausgehen, dass nicht die errechnete Leistungssumme ausgeschöpft werden wird, sondern dass das erst in den folgenden Jahren geschehen wird.

Deshalb könnte das Stiftungskapital *sukzessive* eingezahlt werden und die jährlichen Beiträge könnten sukzessive ansteigen. Allerdings sind auch diese Annahmen unsicher.

## 2. Einzahler

Die Finanzierung des PatEHF sollte durch den *Bund* erfolgen. Eine Mitfinanzierung durch die Länder, die *GKV* und *PKV* sowie durch die Organisationen der Leistungserbringer ist darauf zu prüfen, ob sie rechtlich realisierbar ist (siehe unten X.3). Eine Mitfinanzierung durch Private (Leistungserbringer und Versicherungswirtschaft) auf vertraglicher Basis („Zuzahlung“) erscheint erwägenswert bzw. wünschenswert.

Ob auch die *Versicherungswirtschaft* an der Finanzierung beteiligt werden sollte, ist – wie insgesamt die Frage der Finanzierungsbeteiligung – eine politische Entscheidung. Die Versicherungswirtschaft ist sowohl gegen einen Fonds wie gegen die Beteiligung daran. Auffällig ist, dass die Zahl der Versicherer im Bereich der Gesundheitswirtschaft in den letzten Jahren gesunken ist (z. B. Zürich, Provinzial Münster).<sup>116</sup> Aus der Versicherungswirtschaft kommen Stimmen, die in der langen Dauer der Verfahren (Versicherer, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen und

---

<sup>116</sup> Vortrag von M. Klocke, Ecclesia Gruppe, Detmold am 11.10.2012 auf dem Symposium „Arzt-haftung in Europa“ in Berlin.

Gerichte) das größere Problem sehen und einen Fonds für überflüssig halten, wenn es gelingt, die Laufzeit der Verfahren erheblich zu verkürzen.

Möglicherweise wird wegen § 66 SGB V (neu<sup>117</sup>) die Zahl der Regresse der GKV (gegenwärtig etwa 25% der Zahlungen der Haftpflichtversicherer) ebenso steigen wie die Schadenssummen (Großschäden), so dass evtl. folgenreiche Prämien erhöhungen anstehen. Eine Beteiligung der Versicherungswirtschaft an der Fondsfinanzierung würde möglicherweise diesen Trend noch verstärken oder ein Argument für seine Verstärkung liefern. Die Versicherungswirtschaft bringt zusätzlich auch eine Senkung der Versicherungssteuer im Bereich der Medizinschadenversicherung in die Diskussion.

Allerdings ist für die Versicherungswirtschaft die Entwicklung der Schadenssummen in Verbindung mit der möglichen Steigerung der GKV-Regresse ein weit größeres Problem als die eher kleinen und mittleren Schäden, die nach eigener Aussage relativ unkompliziert durch die Haftpflichtversicherer abgewickelt werden. Das wird durch die Dauer der Schadensabwicklungen bestätigt: Die Abwicklung der „Großschäden“ zieht sich teilweise über viele Jahre hin.<sup>118</sup>

## X. Der Rechtsrahmen für die Organisation und Finanzierung

Im Folgenden wird der öffentlich-rechtliche Rahmen für die vorgeschlagene Form des PatEHF und seine Finanzierung entwickelt. Es ist in den beiden vorangehenden Abschnitten deutlich geworden, dass de lege lata für die verschiedenen Fonds, mit denen bestimmte Personengruppen besonders entschädigt werden, eine *Vielfalt von Finanzierungsmodellen, Voraussetzungen, Verfahren und organisatorischen Formen der Fondsverfassung* besteht. Die Organisationsform reicht von unselbständigen, nicht-rechts-fähigen Sondervermögen bis zu juristischen Personen entweder des privaten oder des öffentlichen Rechts.<sup>119</sup>

Die Rahmenbedingungen des Finanzierungsmodells und der Organisationsform für den hier vorgeschlagenen PatEHF zur Gewährung von Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen werden in erster Linie durch die *verfassungsrechtlichen Determinanten der öffentlichen Finanzierung von staatlichen Aufgaben und der Organisation von Verwaltungsträgern im kooperativen Bundesstaat* bestimmt.

### 1. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz für den hier entwickelten PatEHF liegt gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG beim Bund. Je nach Ausgestaltung kommt auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 (Sozialversicherung) ergänzend in Betracht. Das gemäß Art. 72 Abs. 2 GG erforderliche Bedürfnis einer bundeseinheitlichen Regelung ergibt sich daraus, dass für die Generierung des für eine dauerhafte Regelung erforderlichen Wissens durch Gewährung der hier skizzierten Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen es

<sup>117</sup> PatRG Art. 2 § 66 SGB V, PatRG v. 20.2.2013, BGBl v. 25.2.2013, Teil I, S. 277.

<sup>118</sup> Wie vorangehende Fn..

<sup>119</sup> Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, S. 151 ff.

einer rechtseinheitlichen, sachlichen, das heißt materiell- und verfahrensrechtlichen, Regelung im Bundesgebiet bedarf.

## 2. Verwaltungskompetenz

Im Regelfall werden gemäß Art. 83 bis 85 GG die Bundesgesetze durch die Länder vollzogen, soweit die Verfassung nicht anderes bestimmt oder zulässt. Das Konzept eines PatEHF zur Gewährung von Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen als Modellversuch allerdings legt es nahe, ja gebietet es, dass in der Modellphase die Leistungsgewährung, die die Grundlage der Erfahrungssammlung bildet, aus einer Hand erfolgt und nicht durch die Vielgestaltigkeit von Verwaltungsbehörden und Verwaltungsvollzug der Länder beeinflusst wird. Gem. Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG kann der Bund für Angelegenheiten, für die ihm die Gesetzgebungskompetenz zusteht, selbständige Bundesoberbehörden oder bundesunmittelbare selbständige Rechtsträger errichten. Als Form bundesunmittelbarer selbständiger Rechtsträger nach Art. 87. Abs. 3 Satz 1 2. Alt. GG kommt auch die Stiftung des öffentlichen Rechts in Betracht.<sup>120</sup> Die Stiftungsform bietet sich an, wenn die Finanzierung der Aufgabe durch unterschiedliche Finanzierungsquellen, namentlich durch private Mitfinanzierung erfolgt. Andernfalls wäre auch eine anstaltliche Rechtsform möglich und ausreichend.

*Die Wahl der Ausführung des Gesetzes nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG führt dazu, dass es sich um eine Verwaltungsaufgabe des Bundes handelt. Dies hat Auswirkungen auf die der Beteiligung der Länder an der Finanzierung und Erfüllung der Aufgabe.*

## 3. Finanzierungsrechtliche Fragen

### 3.1 Limitierte oder unlimitierte Finanzausstattung („Deckelung“)

Die Finanzausstattung des PatEHF kann in der Weise erfolgen, dass die für die Aufgabenerfüllung erforderlichen Mittel ohne Begrenzung (Deckelung) durch die Träger der Finanzlast zur Verfügung gestellt werden. Sie kann aber auch in der Weise erfolgen, dass ein bestimmtes Mittelvolumen – absolut oder pro Zeiteinheit (Haushaltsjahr(e)) – bereit gestellt wird (s.o.IV.4.). Die Art der insoweit gewählten Finanzausstattung bleibt nicht ohne Auswirkung auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen der zu begründenden Ansprüche auf Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen. Werden die Mittel in der Zeit der Höhe nach begrenzt zur Verfügung gestellt, etwa durch einen *Deckel*, so muss eine *Tatbestand-Rechtsfolge-Verknüpfung* erfolgen, die dem PatEHF die Möglichkeit einräumt, die Höhe der zu gewährenden Leistungen im Einzelfall in Abhängigkeit von den geltend gemachten Ansprüchen zu quotieren oder sie nach dem Zeitpunkt der Beantragung in voller Höhe zu gewähren, bis sie erschöpft sind, oder die Bedienung von Ansprüchen in das nächste Jahr verschieben. Die insoweit maßgebliche Art des Ermessens bei der Leistungsgewährung bedarf der Regelung durch Gesetz. Im Falle der Limitierung ist der Anspruch durch die Stif-

<sup>120</sup> G. Hermes, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2010, Bd. 3, Art. 87 Rdn. 79; BT-Drs. 13/1298 vom 09.05.1995 – HIVHG.

tungsmittel zu begrenzen, der Stiftungsrat entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen.

### 3.2 Private Mitfinanzierung?

Die zuerst bei der Finanzierung zu beantwortende Frage betrifft die *Beteiligung Privater* an der Mittelaufbringung. Insoweit kommen die privaten Leistungserbringer und die Versicherungswirtschaft in Betracht. Der Gesetzgeber wird zu klären haben, ob Private an der Finanzierung zu beteiligen sind. Eine Mitfinanzierung Privater kann und sollte, wenn sie erreichbar ist, auf *vertraglicher Grundlage* erfolgen.

Die *Verpflichtung* von Privaten, Versicherungsunternehmen oder medizinischen Leistungserbringern zu einer Mitfinanzierung kann *nur durch Gesetz* erfolgen. Es erscheint allerdings fraglich, ob die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer solchen Geldleistungspflicht gegeben sind. Es müssten, sofern der Gesetzgeber diesen Weg erwägt, die abgabenrechtlichen und berufsgrundrechtlichen Voraussetzungen im Einzelnen geprüft werden. Insofern ist klärungsbedürftig, ob die *Erbringer* stationärer medizinischer Versorgungsleistungen oder die *Versicherungswirtschaft* als Gruppen eine besondere Verantwortung für Patientenentschädigungs- und -härtefallleistungen, die durch das Haftungsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gedeckt sind, tragen und ob sie als solche Gruppe(n) hinreichend die erforderliche spezifische Sachnähe, Verantwortung und Homogenität aufweisen. Mit Rücksicht auf die geltenden Regelungen des Bürgerlichen Rechts ist es jedenfalls nicht unzweifelhaft, dass medizinisch-stationäre Leistungserbringer und/oder die Versicherungswirtschaft insoweit für die Finanzierung eines PatEHF eine besondere Gruppenverantwortung trifft.<sup>121</sup>

### 3.3 Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Beitragsleistungen

Eine Beteiligung der Krankenkassen der GKV oder anderer Sozialversicherungsträger an der Finanzierung eines PatEHF wirft weitere Rechtsfragen auf. Diese ergeben sich daraus, dass de lege lata diese Aufgabe nicht zu den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V und der anderen Sozialversicherungszweige gehört und demzufolge Beitragsmittel für diesen Zweck grundsätzlich nicht eingesetzt werden dürfen. Diese Voraussetzung müsste daher geschaffen werden, ehe *Beitragsmittel der Sozialversicherung für die Finanzierung des PatEHF* eingesetzt werden können. Es müsste eine entsprechende *gesetzliche Regelung* die Einzahlung ermöglichen bzw. zu ihr verpflichten.

### 3.4 Finanzierung und Verwaltung durch den Bund

Grundsätzlich tragen gem. Art. 104a Abs. 1 GG der Bund oder die Länder die Ausgaben gesondert, die sich aus der Wahrnehmung der Aufgaben ergeben, soweit die Verfassung nichts anderes bestimmt. Nach den Regelungen der Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG i. V. m. Art. 104a Abs. 1 GG trägt der Bund die Ausgaben, die sich aus

<sup>121</sup> BVerfGE 93, 319, BVerfGE 122, 316; BVerfG 1. Senat 2. Kammer, B. v. 16.07.2012 - 1 BvR 2983/10, NVwZ 2012, 1535-1541.

der Wahrnehmung eines bundesunmittelbar organisierten PatEHF ergeben, denn es handelt sich um eine Aufgabe des Bundes. Eine *Gemeinschaftsfinanzierung* von Bund und Ländern kommt danach nicht in Betracht und erweist sich auch aufgrund der neueren verfassungspolitischen und verfassungsrechtlichen Entwicklung nicht als angezeigt. Zwar hat der Bund bei einigen Medizinschadenfonds die Länder an der Finanzierung beteiligt. Das ist etwa bei dem im Jahre 1995 geschaffenen Fond der humanitären Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen der Fall.<sup>122</sup>

So wenig eine Beteiligung der Länder an der Finanzierung des Fonds erfolgen sollte, so wenig sind die Länder auch an der Verwaltung zu beteiligen. Dem Grundgedanken einer Kompetenznorm (wie auch der finanziellen Lastenaufteilung zwischen Bund und Ländern) widerspräche es, wenn in weitem Umfang Einrichtungen der Landesverwaltung für Zwecke der Bundesverwaltung herangezogen würden.<sup>123</sup> Allerdings hat auch hier der Bund noch 1995 bei Erlass des *HIVHG* die aufgrund der Finanzbeteiligung der Länder erforderliche Mitwirkung der Länder an der Verwaltung des Fonds auf folgende Weise gerechtfertigt: Die von den Ländern bereitgestellten Mittel für den Fond werden durch den Fond als bundesunmittelbaren Rechtsträger für die Länder im Wege der *Organleihe* verausgabt.<sup>124</sup> Es erscheint diskussionsbedürftig, ob nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.12.2007<sup>125</sup> betreffend die Verwaltungsorganisation der Gewährung von Leistungen der Grundversicherung für Arbeitssuchende und nach der darauf folgenden Grundgesetzänderung des Abschnitts VIII<sup>o</sup>a Gemeinschaftsaufgaben eine solche Argumentation noch als tragfähig angesehen werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hat durch das Urteil vom 20.12.2007 die kompetenzielle Trennung akzentuiert und in der Zwischenzeit entstandenen Formen von Mischverwaltung enge Grenzen gesetzt. Das Gericht spricht diese Grenzen an, wenn es darauf hinweist, dass die Aufgabe der Grundversicherung für Arbeitssuchende von erheblicher Bedeutung sei und daher eine Abweichung von dem Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung durch Bund oder Länder nicht zulasse. Gleichzeitig führt das Gericht jedoch auch aus: „Von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, darf nur wegen eines besonderen sachlichen Grundes abgewichen werden.“<sup>126</sup> Man könnte demgemäß erwägen, wegen des Ziels breit angelegter Erfahrungssammlung sowie wegen der zeitlich und sachlich begrenzten Aufgabe eines PatEHF es als gerechtfertigt anzusehen, hier eine Organisationsform zu wählen, wie sie Bund und Länder beispielsweise bei dem *HIVHG* im Jahre 1995 gewählt haben. Allerdings ist es eher fraglich, ob eine solche Konstruktion noch heute rechtspolitische Anerkennung und verfassungsrechtliche Zustimmung finden würde.

---

<sup>122</sup> § 2 Nr. 4 *HIVHG*

<sup>123</sup> BVerfGE 63, 1 <41>, BVerfG U. v. 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04 u. - 2 BvR 2434/04, Tz. 151, BVerfGE 119, 331.

<sup>124</sup> BT-Drs. 13/1298 - Entwurf eines Gesetzes über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV- infizierte Personen (*HIV-Hilfegesetz – HIVHG*) v. 09.05.1995; BT-Drs. 13/1831 - Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 28.06.1995.

<sup>125</sup> BVerfG U. v. 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04 u. - 2 BvR 2434/04, BVerfGE 119, 331.

<sup>126</sup> BVerfG U. v. 20. Dezember 2007 - 2 BvR 2433/04 u. - 2 BvR 2434/04, Tz. 151; BVerfGE 119, 331.

*Im Ergebnis ergibt sich, dass Finanzierung und Verwaltung des Fonds durch den Bund erfolgen sollten. Fakultative Zuwendungen durch Private bleiben davon unberührt.*



## XI. Anbindung der Geschäftsführung: Alternativen und Vorschlag

Wenn man dem hiesigen Vorschlag folgt, den PatEHF als bundesunmittelbare öffentlich-rechtliche Stiftung zu konzipieren, so bleibt die Frage, ob und wie man den organisatorischen, finanziellen und verwaltungsmäßige Aufwand möglichst gering halten kann. Verwaltungsmäßige Anbindung wäre eine Übertragung von Geschäftsführungsaufgaben (Annahme der Anträge, Vollständigkeitsprüfung, Entscheidungsvorbereitung je nach gewählter Variante) auf eine existierende, themenvertraute und sachkompetente Institution. Auch hier sind *Alternativen* denkbar:

- Verwaltungsmäßige *Anbindung* beim Bundesministerium für Gesundheit (BMG),
- verwaltungsmäßige *Anbindung* bei einer bestehenden *Bundesbehörde* (als Bundesoberbehörde wenn überhaupt: Bundesversicherungsamt, evtl. noch Bundesversorgungsamt; als Bundesbehörde z. B. der Beauftragte der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten), die sachkompetent ist,
- verwaltungsmäßige *Anbindung* bei einer Institution der GKV,
- verwaltungsmäßige *Anbindung* bei den Versorgungsämtern der Länder,
- verwaltungsmäßige *Anbindung* an einen bestehenden *Entschädigungsfonds* (HIV-Stiftung, Contergan-Stiftung),
- *Zusammenführung* mit bestehenden Entschädigungsfonds zu einem *Gesamtfonds*.

Die aus unserer Sicht optimale Lösung wäre eine *Zusammenführung der verwaltungsmäßigen Aufgaben aller bestehenden Entschädigungsfonds zu einer gemeinsamen Geschäftsführung*. Das bedeutete eine Bürokratteeinsparung, eine Vereinheitlichung von Vorgehensweisen und eine Kompetenzansammlung in einer Hand. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob eine solche Zusammenführung schnell und friktionslos zu realisieren wäre.

Eine *Länderanbindung* erscheint uns nicht wünschenswert, weil die damit entstehende Vielstimmigkeit dem Ziel einheitlicher Entscheidungsvorbereitung möglicherweise entgegenliefe. Eine Anbindung bei der *GKV* könnte diesem Ziel entsprechen, evtl. aber „Ausgewogenheitsbefürchtungen“ auslösen, ebenso wie etwa eine Anbindung bei der *BÄK*.

Eine Anbindung beim *Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten* würde solche Befürchtungen nicht auslösen und die Institution stärken. Es müsste aber dort ein Unterbau für die Geschäftsführung des PatEHF geschaffen werden, die bisher weder verwaltungsmäßig noch fachlich vorhanden ist. Dennoch könnte die Verortung dort die Annahme des PatEHF durch die Patienten erleichtern.

Eine Anbindung der Geschäftsführung beim *BMG* (Abteilung 3) wäre ebenfalls nicht ausgeschlossen.

Über die Anbindung entscheidet der Bund durch Gesetz.

## XII. Zusammenfassung

1. Das Arzthaftungsrecht greift unter den Voraussetzungen weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines für die Verletzung ursächlichen Behandlungsfehlers. Im Falle einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit hat der Patient das medizinische Behandlungsrisiko zu tragen. Wir definieren dies als eine zu schließende *Gerechtigkeitslücke* und schlagen vor, einen *PatEHF* (Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds) 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 guten sozialpolitischen Projektes.
2. Die *Leistungen* des *PatEHF* werden unabhängig von den bestehenden Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch gewährt.
3. 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 beseitigen, sind nur durch die Erprobung eines Modells in der Praxis zu gewinnen.
4. Ein *PatEHF* erscheint uns – sozusagen als *Vorstufe* zu einer späteren endgültigen Entscheidung – besonders geeignet, gleichsam als „unentschiedene Entschädigungsform“ durch wissenschaftliche Begleitung und Evaluation die *wünschenswerten Informationen zu sammeln* und gleichzeitig der *Verminderung der Gerechtigkeitslücke zu dienen*. Im Medizinschadensbereich ist die Stiftungsform prominent vertreten. 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.
5. 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.
6. Ein *Leistungsanspruch* gegen den *PatEHF* ist unter folgenden (kumulativen) Voraussetzungen gegeben:
  - a. *überwiegend wahrscheinlicher Behandlungs- oder Organisationsfehler* oder *unbekannte Komplikation*,
  - b. *überwiegend wahrscheinlich durch die Behandlung (nicht: den Fehler!) verursacht*,
  - c. *erhebliche Verletzung* der Rechtsgüter (Schaden),
  - d. *nachhaltige Belastung der Lebensführung* oder -situation des Geschädigten bzw. seiner Angehörigen (im Falle des Todes);

- e. sind diese Voraussetzungen erfüllt und besteht wahrscheinlich ein haftungsrechtlicher Anspruch, kann die Leistung des PatEHF ausnahmsweise auch in einer Leistung zum Ausgleich sozialer Härte, z. B. einem *Vorschuss* auf die *Prozesskosten* oder einer *Überbrückungsleistung* (Sonderleistung) bestehen.
7. Der PatEHF tritt nur *subsidiär* ein. Besteht wahrscheinlich ein haftungsrechtlicher Anspruch wird die/der Antragsteller/in auf seine Krankenkasse, die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstelle oder ein Gerichtsverfahren verwiesen. *Der PatEHF wird erst tätig, wenn diese Verfahren zu einem negativen Ergebnis führen.*
8. Der PatEHF *leistet nicht*, wenn Haftungsansprüche *verjährt* wären. Die Verjährungsfrage wird nach Haftungsrecht beurteilt. Man sollte überlegen, ob der PatEHF nur für Ereignisse eintritt, die nach Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden haben.
9. Es wird eine *Entschädigungsregelhöchstsumme* von 100.000.-- € vorgeschlagen, die sich im *Ausnahmefall* (z. B. Geburtsschäden) auf 200.000 € erhöhen kann. Zusätzlich ist im ersten Jahr nach Errichtung des PatEHF eine *Gesamtdeckelung* der Schadenssumme auf 100 Mio € zu überlegen, die nach einem jährlich zu erstellenden Wirtschaftsplan für das jeweilige Folgejahr nach Bedarf angepasst wird. Die Höchstsumme der *Sonderleistung* beträgt 20.000 €.
10. Der PatEHF soll in der Form einer *bundesunmittelbaren Stiftung des öffentlichen Rechts* organisiert werden und über die Organe *Stiftungsrat* und *Stiftungsvorstand* verfügen. Beim Stiftungsvorstand werden eine *Entschädigungskommission* (EK) und eine *Härtefallkommission* (HK) angesiedelt. Die Geschäftsführung der Stiftung liegt beim Bund.
11. Das *Entscheidungsverfahren* des PatEHF wird durch einen *Antrag* eingeleitet, der eine Sachverhaltsschilderung enthält, dem Entscheidungsorgan (Stiftung) den Zugang zu den Patientenakten gewährt und die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Die Anträge müssen *innerhalb* einer zu bestimmenden *Frist* bearbeitet werden. Es gilt das *Amtsermittlungsprinzip*.
12. Das *Entscheidungszentrum* des PatEHF ist die *EK*, die die Voraussetzungen der Leistung überprüft und eine *Empfehlung* über die Höhe der Entschädigungssumme an den Stiftungsvorstand abgibt. Der Stiftungsvorstand erteilt den Entschädigungsbescheid. Ein möglicher Widerspruch wird nach erneuter Befassung der EK durch den Stiftungsvorstand beschieden. Dasselbe gilt analog für die *HK*.
13. Gegen Entscheidungen des PatEHF findet *verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz* statt.
14. Durch den *Gesetzgeber* muss eine *Regelung für den Fall der Erschöpfung der jährlichen Finanzmittel* getroffen werden, durch die typischerweise dem Fonds *Verwaltungsersparnisse* hinsichtlich einer Beschränkung, Verschiebung oder stufenweisen Gewährung der Leistung eingeräumt wird. Für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums des Fonds bei Entscheidungen über die Leistungsvoraussetzungen und damit eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle solcher Entscheidungen bestehen im Grundsatz nur geringe Chancen, die aber ausgeschöpft werden können und sollten.
15. Die Tätigkeit des PatEHF wird als *Modellversuch* auf *10 Jahre* zeitlich begrenzt, *wissenschaftlich begleitet* und *evaluiert*. Dies ist einerseits notwendig,

um die Gerechtigkeitslücke präziser zu erkennen, gleichzeitig schnell zu vermindern und das System sozialer Entschädigung *vorübergehend* zu vervollständigen. Die Evaluation soll einen *Vorschlag* für eine *endgültige Problemlösung* im Bereich des Haftungsrechts, des Sozialversicherungsrechts oder sozialen Entschädigungsrechts oder einer Form sui generis erarbeiten. Die Evaluation ist eigenständige Aufgabe des PatEHF.

16. *Existierende Vorschläge* für haftungsrechtliche und versicherungsrechtliche Alternativen sowie praktizierte Fondslösungen in Frankreich, Österreich und Deutschland werden am Beginn des Gutachtens dargestellt.
17. Die *Hochrechnungen* bezüglich der erforderlichen jährlichen *Finanzierungssumme* schwanken zwischen 125 Mio und 500 Mio € und sind mit *großen Unsicherheiten* behaftet. Eine wohl vertretbare Schätzung der jährlichen Summe liegt nach genügender Bekanntheit des PatEHF bei 125 Mio bis 250 Mio € mit einer Tendenz nach unten.
18. Der *Gesetzgeber* muss entscheiden, ob dem Fonds *limitierte oder unlimitierte Finanzmittel* zur Verfügung gestellt werden. Die Limitierung hat Auswirkungen auf die Struktur der Bewilligungsentscheidungen. Auch darüber müsste dann eine Entscheidung getroffen werden.
19. Die *Finanzierung* des PatEHF sollte durch den *Bund* erfolgen. Eine *Beteiligung der Länder und der PKV* sowie der *Leistungserbringer* an der Finanzierung sollte primär auf *vertraglicher* Grundlage erreicht werden. Ob die *PKV, die GKV und die medizinisch-stationären Leistungserbringer verpflichtend* an der Finanzierung beteiligt werden sollen, ist zunächst eine politische Frage. Wollte man dies, so wären verfassungsrechtliche bzw. sozialrechtliche Fragen zu klären bzw. zu entscheiden, die hinsichtlich der PKV und der privaten Leistungserbringer offen und hinsichtlich der GKV durch Gesetz lösbar erscheinen.
20. Die *Gesetzgebungskompetenz* des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, Art. 72 Abs. 2 GG, die Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG. Ein Zusammenwirken von Bund und Ländern, wie der Gesetzgeber sie bei dem HIVHG aus dem Jahre 1995 für die Finanzierung und Abwicklung (Verwaltung) der Aufgaben des Fonds noch gewählt hat, erscheint durch die Akzentuierung der Trennung der Finanzierung und der Aufgabenerledigung von Bund und Ländern durch die Föderalismusreform und die jüngste Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 119, 331) nicht mehr sachgerecht. *Finanzierung und Verwaltung des Fonds sollten durch den Bund erfolgen.*

### **XIII. Gesetzentwurf nebst Begründungsverweisen**

Die Errichtung des PatEHF erfolgt durch Bundesgesetz.

Das PatEHFG orientiert sich in seiner Struktur am HIVHG. Zur Begründung wird jeweils auf die Textabschnitte des Gutachtens verwiesen.

#### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

(1) Zweck des Gesetzes ist es, aus Gründen solidarischer Unterstützung Entschädigung oder Härteausgleich an Personen, die durch medizinische Behandlungen im Krankenhaus geschädigt wurden, und an deren unterhaltsberechtigten Angehörigen zu leisten.

(2) Es ist weiterer Zweck des Gesetzes, der Erkenntnis- und Erfahrungssammlung über die zukünftige Organisation dieser Aufgabe durch wissenschaftliche Begleitung und Evaluation zu dienen.

Zur Begründung siehe II.; III.3.4.4.; IV.

#### **§ 2 Mittel für die finanzielle Hilfe**

(1) Die Mittel für die finanziellen Leistungen werden wie folgt aufgebracht:

100 Millionen € im ersten Jahr nach Errichtung des PatEHF, die der Bund nach Maßgabe der im Bundeshaushalt ausgebrachten Mittel mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verfügung stellt.

Die Höhe der Stiftungsmittel für die Folgejahre wird aufgrund eines Wirtschaftsplans nach Bedarf festgelegt.

(2) Die jährliche Einzahlung des Bundes ist eine Höchstsumme. Erschöpfen die Leistungen diese Mittel, müssen weitere Anträge gekürzt oder auf das folgende Jahr verschoben werden.

Zur Begründung siehe IX.3.; X.

## **Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften**

### **§ 3 Errichtung und Sitz**

(1) Unter dem Namen "Entschädigungs- und Härtefallfonds für Patienten, die durch medizinische Behandlungen geschädigt wurden (PatEHF)" wird eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet. Die Stiftung gilt als mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden.

(2) Die Stiftung wird für die Dauer von zehn Jahren eingerichtet.

(3) Der Sitz der Stiftung ist der Ort der Geschäftsführung.

Zur Begründung siehe VIII. – XI.

### **§ 4 Stiftungszweck**

Zweck der Stiftung ist es, die Zwecksetzung nach § 1 durch Auszahlung von Entschädigungen oder Sonderzahlungen im sozialen Härtefall an die anspruchsberechtigten Personen und durch wissenschaftliche Begleitung und Evaluation zu erfüllen.

Zur Begründung siehe IV; V.

### **§ 5 Stifter, Stiftungsvermögen**

(1) Stifter ist der Bund.

(2) Das Stiftungsvermögen beträgt mindestens 100 Millionen €.

(3) Die Stiftung ist berechtigt, für den Stiftungszweck Finanzmittel Dritter, die ohne weitergehende Zweckbindung gegeben werden, entgegenzunehmen.

Zur Begründung siehe IX.; X.

### **§ 6 Satzung**

Die Stiftung erhält eine Satzung, die vom Stiftungsrat (§ 8) mit den Stimmen der Mehrheit seiner Mitglieder beschlossen wird und der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Justiz bedarf. Der Stiftungsrat kann die Satzung mit Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Justiz ändern.

Zur Begründung siehe VI.

## § 7 Organe

Organe der Stiftung sind der Stiftungsrat und der Stiftungsvorstand.

Zur Begründung siehe VI.; VIII.

## § 8 Stiftungsrat

(1) Der Stiftungsrat besteht aus sieben Mitgliedern. Die Mitglieder werden vom Bundesministerium für Gesundheit benannt. Zwei Mitglieder werden durch das Bundesministerium für Gesundheit aufgrund eines gemeinsamen Vorschlages der maßgeblichen Organisationen nach § 140<sup>f</sup> SGB<sup>o</sup>V ernannt.

(2) Der Stiftungsrat wählt aus seiner Mitte eine Person, die den Vorsitz hat.

(3) Die Amtszeit der Mitglieder des Stiftungsrates beträgt fünf Jahre. Scheidet ein Mitglied vorzeitig aus, wird für den Rest seiner Amtszeit eine Nachfolge benannt. Wiederholte Bestellung ist zulässig.

(4) Die Mitglieder des Stiftungsrates müssen für die Aufgabe fachlich qualifiziert sein. Sie sind an Weisungen nicht gebunden und ehrenamtlich tätig; sie haben Anspruch auf Ersatz ihrer notwendigen Auslagen.

(5) Der Stiftungsrat gibt sich eine Geschäftsordnung.

(6) Beschlüsse fasst der Stiftungsrat mit einfacher Mehrheit; er ist beschlussfähig, wenn mindestens fünf Mitglieder anwesend sind. Bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des/der Vorsitzenden.

(7) Der Stiftungsrat beschließt über alle grundsätzlichen Fragen, die zum Aufgabenbereich der Stiftung gehören. Der Stiftungsrat stellt Richtlinien für die Verwendung der Mittel auf; diese Richtlinien bedürfen der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit. In den Richtlinien ist insbesondere zu regeln, nach welchen Maßstäben auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Mittel die Entschädigungs- und Härtefallleistungen zu bemessen sind. Der Stiftungsrat benennt die Mitglieder der Entschädigungskommission und der Härtefallkommission. Er überwacht die Tätigkeit des Stiftungsvorstandes. Das Nähere regelt die Satzung.

Zur Begründung siehe VI.; VIII.

## § 9 Stiftungsvorstand

(1) Der Stiftungsvorstand besteht aus dem vorsitzenden Mitglied und höchstens zwei weiteren Mitgliedern des Stiftungsrates. § 8 Abs. 4 gilt entsprechend.

(2) Die Mitglieder des Stiftungsvorstandes werden vom Bundesministerium für Gesundheit auf Vorschlag und mit Zustimmung des Stiftungsrates bestellt.

(3) Der Stiftungsvorstand bescheidet die Anträge aufgrund der Empfehlung der Entschädigungskommission (§ 10) oder der Härtefallkommission (§ 11) und führt die Beschlüsse des Stiftungsrates aus. Er vertritt die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich.

(4) Die Geschäfte der Stiftung führt der Bund.

(5) Das Nähere regelt die Satzung.

Zur Begründung siehe VI.; VIII.; XI.

## **§ 10 Entschädigungskommission**

(1) Sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung des PatEHF nicht offensichtlich gegeben, so legt der Stiftungsvorstand die Antragsunterlagen einer aus neun Mitgliedern bestehenden Entschädigungskommission vor, die beim Stiftungsvorstand einzurichten ist.

(2) Die Mitglieder der Kommission werden vom Stiftungsrat bestellt.

(3) Das vorsitzende Mitglied der Entschädigungskommission muss die Befähigung zum Richteramt haben; die Kommission hat vier Mitglieder mit fachärztlicher Kompetenz und zwei sachkundige Patientenvertreter, die dem Stiftungsrat gemeinsam durch die maßgeblichen Organisationen nach § 140<sup>o</sup>f SGB<sup>o</sup>V vorgeschlagen werden. Die weiteren Mitglieder sollen aus dem Bereich der Pflege und der Krankenversicherung kommen. Bei Bedarf können mehrere Kommissionen eingerichtet werden.

(4) Die Entschädigungskommission gibt sich eine Geschäftsordnung, die durch den Stiftungsrat genehmigt werden muss.

Zur Begründung siehe VI.2.

## **§ 11 Härtefallkommission**

(1) Sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Härtefalleistung des PatEHF nicht offensichtlich gegeben, so legt der Stiftungsvorstand die Antragsunterlagen einer aus drei Mitgliedern bestehenden Härtefallkommission vor, die beim Stiftungsvorstand einzurichten ist.

(2) Die Mitglieder der Kommission werden vom Stiftungsrat bestellt.

(3) Das vorsitzende Mitglied der Härtefallkommission muss die Befähigung zum Richteramt haben; die weiteren Mitglieder sollen aus den Bereichen Medizin und Sozialverwaltung kommen.

(4) Die Härtefallkommission gibt sich eine Geschäftsordnung, die durch den Stiftungsrat genehmigt werden muss.



Zur Begründung siehe VI.3.

## **§ 12 Verwendung der Stiftungsmittel**

Die Mittel der Stiftung dürfen nur für die Stiftungszwecke verwendet werden.

## **§13 Verwaltungskosten**

Die Kosten für die Durchführung der Aufgaben der Stiftung sind aus den Stiftungsmitteln zu tragen.

## **§ 13 a Aufsicht, Haushalt, Rechnungsprüfung**

- (1) Die Stiftung untersteht der Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.
- (2) Die Stiftung hat rechtzeitig vor Beginn eines jeden Geschäftsjahres einen Haushaltsplan aufzustellen. Der Haushaltsplan und die Jahresrechnung bedürfen der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit. Das Nähere regelt die Satzung.
- (3) Rechnungsprüfungsbehörde ist der Bundesrechnungshof.

## **§ 13 b Datenschutz**

Die Antragsunterlagen dürfen nur für die Erfüllung des Stiftungszweckes verwendet werden. Für die Verarbeitung und Nutzung der darin enthaltenen personenbezogenen Daten gelten die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes.

## **§ 13 c Verschwiegenheitspflicht**

Die Mitglieder der Organe, der Kommissionen und die weiteren Beschäftigten der Geschäftsstelle haben über die Angelegenheiten, deren Vertraulichkeit durch Gesetz, Organbeschluss und besondere Anordnung vorgeschrieben ist, Verschwiegenheit zu bewahren, und zwar auch nach ihrem Ausscheiden bei der Stiftung. Die Pflicht zur Verschwiegenheit schließt auch die Geheimhaltung der Unterlagen und der in Ausübung der Tätigkeit erlangten Kenntnisse ein und besteht nach Beendigung der Tätigkeit für die Stiftung fort. Wissenschaftliche Veröffentlichungen, aus denen die Angaben oder Umstände einzelner Personen weder unmittelbar noch mittelbar zu ersehen sind, unterliegen nicht der Verschwiegenheitspflicht.

## § 14 Auflösung der Stiftung

Die Stiftung wird aufgelöst, wenn der Stiftungszweck erfüllt ist.

Zur Begründung siehe VII.

### Abschnitt 2: Leistungen

## § 15 Anspruchsberechtigte Personen

(1) Einen Anspruch auf Leistungen der Stiftung haben Personen, die in dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in einem nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhaus durch eine medizinische Behandlung im Krankenhaus einen erheblichen Schaden (behandlungsinduzierter Schaden) erlitten haben, der die Lebenssituation nachhaltig belastet. Ausnahmsweise kann zur Hilfe in einem sozialen Härtefall eine Sonderleistung gewährt werden.

(2) Ein Schaden ist durch die medizinische Behandlung induziert, wenn überwiegend wahrscheinlich ein Behandlungs- oder Organisationsfehler oder eine unbekannt Komplikation vorliegt.

(3) Zum Nachweis der Ursächlichkeit genügt es, dass der Schaden überwiegend wahrscheinlich durch die Behandlung verursacht wurde.

(4) Ein Schaden, der durch die Krankheit verursacht wurde, berechtigt nicht zu einem Anspruch.

(5) Der Anspruch ist durch die Stiftungsmittel begrenzt und kann bei deren möglicher Erschöpfung teilweise gekürzt oder in das nächste Jahr verschoben werden. Der Stiftungsrat entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen.

Zur Begründung siehe IV.3. und 4.; V.

## § 16 Leistungen

(1) Die Leistung besteht in einer einmaligen Geldleistung zum Ausgleich des Schadens, die auf 100.000 €, in besonders schweren Fällen auf höchstens 200.000 € begrenzt ist. Ein Schmerzensgeld ist nicht Gegenstand der Leistung.

(2) Die Leistung kann, sofern ein sozialer Härtefall vorliegt, auch in einem Vorschuss zur Durchsetzung eines haftungsrechtlichen Anspruchs oder in einer Sonderleistung von höchstens 20.000 € bestehen, wenn zusätzlich die Voraussetzungen des § 15 nach einer pauschalen Prüfung durch die Entschädigungskommission bestätigt werden.

Zur Begründung siehe V.1. – 4.

## **§ 17 Steuerfreiheit, Anrechnung auf andere Leistungen**

(1) Die Leistungen der Stiftung sind steuerfrei und werden nicht auf andere Leistungen aus öffentlichen Mitteln angerechnet und auch nicht bei der gesetzlich vorgesehenen Ermittlung von Einkommen und Vermögen berücksichtigt.

(2) Die Ansprüche auf Leistungen der Stiftung können nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden.

Zur Begründung sei auf die Parallele zu den §§ 17 HIVHG und ContStifG verwiesen.

## **§ 18 Verfahren**

(1) Der Stiftungsvorstand gewährt auf Antrag Leistungen nach diesem Gesetz durch Bescheid. Dem Antrag ist eine Sachverhaltsschilderung beizufügen; der Zugang zu den Krankenunterlagen ist zu gewährleisten und Behandelnde sind von der Schweigepflicht zu entbinden.

(2) Der PatEHF wird nur tätig, wenn das Bestehen eines haftungsrechtlichen Anspruchs durch den MDK, die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen oder durch ein Gericht verneint worden ist.

(3) Der PatEHF kann ausnahmsweise die Verfahrenskosten übernehmen und ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 15 und sozialer Härte eine Sonderzahlung leisten, wenn ein haftungsrechtlicher Anspruch durch den MDK oder die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen als aussichtsreich bewertet wurde. Das Verfahren vor dem PatEHF ruht.

(4) Im Übrigen findet das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes Anwendung.

Zur Begründung siehe V.4.; VI.

## **§ 19 Rechtsweg**

Für Rechtsstreitigkeiten in Anwendung dieses Gesetzes ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Vor Klageerhebung ist gegen den Bescheid gemäß § 18 Widerspruch zu erheben, über den der Stiftungsvorstand nach Anhörung der Entschädigungskommission oder Härtefallkommission entscheidet.

Zur Begründung siehe VI.4.

## **Abschnitt 3: Andere Ansprüche**

## **§ 20 Rückforderung von Leistungen**

Ist ein anderer Haftungsschuldner für den Schaden verantwortlich, geht der Anspruch im Umfang der durch den PatEHF erbrachten Leistung auf den PatEHF kraft Gesetzes über. Der PatEHF nimmt Regress.

Zur Begründung siehe V.4.; VI.

### **Abschnitt 4: Wissenschaftliche Auswertung**

## **§ 21 Wissenschaftliche Auswertung**

Die Arbeit des PatEHF wird wissenschaftlich begleitet und ausgewertet. Ziel der Auswertung ist es, Art, Umfang und Anzahl geltend gemachter Ansprüche zu dokumentieren, zu analysieren und zu systematisieren. Es ist eine informationshaltige Grundlage für eine gesetzgeberische Entscheidung nach Ablauf der Frist gem. § 3 Abs. 2 bereit zu stellen.

### **Abschnitt 5: Schlussvorschriften**

## **§ 22 In Kraft treten**

Das Gesetz tritt ... in Kraft.

## **§ 23 Zeitlicher Anwendungsbereich des Gesetzes**

Das Gesetz findet Anwendung auf Sachverhalte, die hinsichtlich der medizinischen Behandlung nach In Kraft treten des Gesetzes stattgefunden haben.

## Literaturverzeichnis

- Barta, Überlegungen für eine neue Medizinhaftung, in: Köhler/v. Maydell (Hrsg.), *Arzthaftung – "Patientenversicherung" – Versicherungsschutz im Gesundheitssektor*, 1997, S. 249 ff.
- Breuer/Louis, Gesetz über die Conterganstiftung für behinderte Menschen (Conterganstiftungsgesetz – ContStifG), *MedR* 2007, 223 ff.
- Brüggemeier, *Deliktsrecht*, 1986
- Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich – Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, 2006
- Carval/Sefton-Green, *Arzthaftung in Frankreich*, in: Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa*, S. 139 ff.
- Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008
- Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. 1995
- Giesen/Engelhard, *Arzthaftung in den Niederlanden*, in: Koch (Hrsg.), *Arzthaftung in Europa*, S. 193 ff.
- Gödicke, *Aufgabe der Deliktshaftung für Behandlungsfehler?*, *MedR* 2008, 405 ff.
- Hart, *Anmerkung zum BGH-Urteil vom 20. September 2011, VI ZR 55/09 – Leitlinien und grober Behandlungsfehler*, *MedR* 2012, 450 ff.
- Hart, *Kommentar zum neuen Patientenrechtegesetz*, in: Singer, MDK Bayern (Hrsg.), *Der Medizinische Behandlungsfehler (erscheint demnächst)*
- Hart, *Organisationsfehler*, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht*, Stand: Juni 2012, KZA 3948
- Hart, *Patientenrechte – Belastung der Arzt-Patient-Beziehung? Ein Plädoyer für gute Organisation und Gesetzesregelung*, in: Hoefert/Klotter (Hrsg.), *Wandel der Patientenrolle – Neue Interaktionsformen im Gesundheitswesen (Schriftenreihe „Organisation und Medizin“)*, Göttingen 2011, S. 117 ff.
- Hart, *Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz*, *MedR* 2013, 159 ff.
- Hart, *Patientensicherheit, Fehlermanagement, Arzthaftungsrecht – zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Bedeutung von Empfehlungen*, *MedR* 2012, 1 ff.
- Helberg/Lonsing, *Komposit: Dramatische Teuerung von Personenschäden im Heilwesen, Versicherungswirtschaft* 2010, 421 ff.
- Helberg/Lonsing, *Personenschäden verteuern sich dramatisch, Versicherungswirtschaft* 2012, 962 ff.
- Hermes, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 2. Aufl., 2010, Bd. 3, Art. 87
- Jahn, *Außergerichtliche Konfliktlösung im Gesundheitswesen*, Schriftenreihe *Recht der Medizin* Bd. 28, Wien 2009
- Katzenmeier, *Heilbehandlungsrisikoversicherung – Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz*, *VersR* 2007, 137 ff

Katzenmeier, Arzthaftpflicht in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201 ff.

Katzenmeier, Arzthaftung, 2002

Katzenmeier, Kommentierung § 823 BGB Anhang II, in: Baumgärtel/Laumen/Prütting (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, 2010

Katzenmeier, Kommentierung der §§ 823 ff. BGB, in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring (Hrsg.), NomosKommentar BGB, 2. Aufl. 2012

Katzenmeier/Knetsch, Ersatzleistungen bei angeborenen Schäden statt Haftung für neues Leben. Rechtsentwicklung in Frankreich – Anregungen für das deutsche Recht, in: Ahrens/von Bar/Fischer/Taupitz/Spickhoff (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 247 ff.

Klocke, Wie schlimm geht es in deutschen Krankenhäusern zu?, Arzt und Krankenhaus 12/2005, 1 ff.

Knetsch, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds: Eine Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, 2012

Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa – Ausgewählte Rechtsordnungen im Vergleich, 2012

Koch, Arzthaftung in Europa: Vergleichende Analyse, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, 2012, S. 573 ff.

Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 6. Aufl. 2009

Maunz-Dürig-Schmidt-Assmann, Grundgesetz Kommentar, 64. ErgLief. 2012

Meßling, ContStiftG, in: Knickrehm (Hrsg.), Gesamtes soziales Entschädigungsrecht, 2012, S. 588 ff.

Mielnicki/Schulz, Arzthaftung in Schweden, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, 2012, S. 331 ff.

Nitschmann, Entwicklungen des Gesundheits- und Medizinrechts in Frankreich, MedR 2008, 133

Patti, Der Beweis des Kausalzusammenhangs: Beweislastumkehr und Vermutung im italienischen Recht, in: Colombi Chiacchi/Godt/Rott/Smith (Hrsg.), Haftungsrecht im dritten Millennium – Liability in the Third Millennium – Liber Amicorum Gert Brüggemeier, 2009, S. 181 ff.

Petry, Wer zahlt die Rechnung? – Haftpflichtversicherung für Krankenhäuser, Monitor – Informationen für Krankenhäuser, 3/4 – 2012

Rogers, Arzthaftung in England, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, 2012, S. 99 ff.

Scarso/Foglia, Arzthaftung in Italien, in: Koch (Hrsg.), Arzthaftung in Europa, 2012, 163 ff.

Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005

Schmidt, E., Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung – zu den unerlässlichen

rechtsdogmatischen Vorgaben für eine verlässliche Konfliktbearbeitung, MedR 2007, 693 ff.

Schmidt, E., Replik auf Gödicke, MedR 2008, 408 ff.

Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., 2010, Bd. 1, Art. 19 IV

Seifert, Ärztlicher Behandlungsfehler und schicksalhafter Verlauf zur haftungsrechtlichen Bewältigung eines Kausalitätsdilemmas, 2008

Spickhoff/Greiner, Medizinrecht, 2011

Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht, 12. Aufl. 2012

Sträter, Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung – Beweislastumkehr ohne medizinwissenschaftliche Basis?, 2006

Wagner, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2009, § 823