

# Haftungsersetzende und haftungsergänzende Versicherungs- und Fondslösungen für Behandlungsschäden\*

Mark Makowsky

## I. Einleitung

Die Arzthaftung ersetzende oder zumindest ergänzende Entschädigungssysteme für Patienten<sup>1</sup>, die infolge einer (fehlerhaften) medizinischen Behandlung einen Gesundheitsschaden erlitten haben, werden in Deutschland bereits seit vielen Jahren kontrovers diskutiert. Die Befürworter einer Versicherungs- oder Fondslösung berufen sich vor allem darauf, dass das zivile Haftungsrecht in Fällen ärztlicher Behandlungsfehler einen nur unzureichenden Schutz biete. So scheitere die effektive Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen nicht selten an den hohen tatsächlichen und rechtlichen Hürden, insbesondere an der charakteristischen Beweisnot des Patienten<sup>2</sup>. Ein weiterer Vorteil einer Patientenversicherung bzw. eines Entschädigungsfonds wird darin gesehen, dass dieser auch dann leisten könnte, wenn es überhaupt an einem ärztlichen Behandlungsfehler bzw. Verschulden fehlt, etwa in Fällen seltener oder bislang unbekannter, jedoch schwerwiegender Komplikationen.

Den im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Patientenrechtegesetz<sup>3</sup> erhobenen Forderungen<sup>4</sup> nach einem Entschädigungs- bzw. Härtefallfonds – zumeist nach österreichischem Vorbild<sup>5</sup> – hatte die damals amtierende Bundesregierung allerdings noch eine ausdrückliche Absage erteilt<sup>6</sup>: Ein solcher Fonds widerspreche zum einen dem deutschen Haftungs- und Schadensersatzrecht, welches die individuelle Haftung und Verantwortlichkeit des Schädigers vorsehe und dadurch einen wirksamen Anreiz zur Fehlervermeidung setze; diese Präventivwirkung ginge mit einem Entschädigungsfonds überwiegend verloren [zu diesem Aspekt näher IV. 2.]. Zum anderen sei auch die Frage der Finanzierung völlig ungeklärt; eine Beitragserhebung bei den Patienten wie nach dem österreichischen Modell erschien der damaligen Bundesregierung offenbar nicht als sachgerecht. Demgegenüber sieht der im Jahr 2021 geschlossene Koalitionsvertrag der „Ampelparteien“ nunmehr – neben einer Stärkung der Patientenstellung „im bestehenden Haftungssystem“ – die Einführung eines „Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen“ vor<sup>7</sup>. Was darunter genau zu verstehen ist, welchen Anwendungsbereich ein solcher Fonds hätte, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dieser leisten würde, ist weitgehend unklar<sup>8</sup>. Ein Gesetzesentwurf soll nach aktuellen Informationen des Bundesgesundheitsministers voraussichtlich noch zur Jahreshälfte 2024 vorgelegt werden<sup>9</sup>. Ungeachtet dieser Unsicherheiten gibt der geplante Härtefallfonds jedenfalls Anlass, die bislang diskutierten Vorschläge haftungsersetzender oder -ergänzender Entschädigungssysteme für Behandlungsschäden einer rechtlichen bzw. rechtspolitischen Würdigung zu unterziehen.

## II. Erhoffte Vorteile einer Versicherungs- oder Fondslösung

### 1. Ausgangspunkt: Unzureichender Patientenschutz durch das zivile Haftungsrecht

Die Befürworter einer Patientenversicherung oder eines Patientenentschädigungsfonds sind sich im Ausgangspunkt

darin einig, dass die Rechts- und Sozialordnung<sup>10</sup> und insbesondere das bürgerliche Haftungsrecht einen nur unzureichenden Schutz bieten, wenn Patienten durch eine (fehlerhafte) medizinische Behandlung geschädigt werden<sup>11</sup>. Betrachtet man die im Vordergrund stehende Kritik an der Leistungsfähigkeit des geltenden Haftungsrechts genauer, muss freilich grundlegend zwischen dem Ersatz von Behandlungsfehlern infolge schuldhafter ärztlicher Fehler (Behandlungs- oder Aufklärungsfehler) sowie dem Ersatz von sonstigen Behandlungsschäden infolge der Verwirklichung allgemeiner Behandlungsrisiken unterschieden werden:

a) Kein Schutz für allgemeine Behandlungsschäden bzw. Behandlungsrisiken

Die vertragliche und deliktische Arzthaftung bezweckt (allein) den Ausgleich von Schäden, die durch ein schuldhaft-

\*) Schriftliche Fassung des auf der Jahrestagung der wissenschaftlichen Vereinigung der deutschsprachigen Medizinrechtslehrerinnen und -lehrer v. 9.–11.5.2024 in Köln gehaltenen Vortrags.

- 1) Zur besseren Verständlichkeit des Textes wird das generische Maskulinum verwendet (s. a. die Legaldefinitionen von „Patient“ und „Behandelnder“ in § 630a Abs. 1 BGB).
- 2) Zur Beweisnot des Patienten allg. Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 70. Ed. 1.5.2024, § 630h, Rdnrn. 10 ff.; Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 630h, Rdnrn. 80 ff.; Gutmann, in: Staudinger, BGB, 2021, § 630h, Rdnr. 2.
- 3) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013, BGBl. I S. 277.
- 4) Vgl. Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Dr. 17/6348, S. 5, 10; Antrag der Fraktion Die Linke v. 30.6.2011, BT-Dr. 17/6489, S. 6; Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf v. 6.7.2012, BR-Dr. 312/12 (Beschluss), S. 35; vgl. auch Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012, BT-Dr. 17/11008.
- 5) Zu den österreichischen Entschädigungsfonds Bernat, MedR 2004, 310 ff.; Bernat, in: Rosenau/Hakeri, Kodifikation der Patientenrechte, 2015, S. 179, 198 ff.
- 6) RegE BT-Dr. 17/10488, S. 59; vgl. dazu auch Wagner, VersR 2012, 789, 799 f.
- 7) Vgl. Mehr Fortschritt wagen, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, 2021, S. 68. Der Koalitionsvertrag der vorherigen „Großen Koalition“ von 2018 sah noch eine Prüfung der „Vorschläge für einen Patientenentschädigungsfonds für Schäden in Härtefällen, bei denen die bestehenden Haftungsregelungen nicht greifen“, vor.
- 8) Für eine restriktive Interpretation des im Koalitionsvertrag vereinbarten Härtefallfonds als reiner „Sozialfonds zur Abschwächung von Härtefällen“, der lediglich schicksalsbedingte Härtefälle außerhalb der Haftung entschädigen soll, Bollweg, MedR 2023, 103, 109 f.
- 9) Vgl. <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Behandlungsfehler-Gesetzesplaene-fuer-staerkere-Patientenrechte-in-Sicht-449091.html>, zuletzt abgerufen am 13.6.2024.
- 10) Zu den Schutzlücken der gesetzlichen bzw. sozialen Sicherungs- und Vorsorgesysteme unten IV. 1.
- 11) Zur Kritik vgl. bereits Klingmüller, VersR 1980, 694; Dinslage, VersR 1981, 310; Baumann, JZ 1981, 167 ff.; in neuerer Zeit Hart/Francke, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, 2013, S. 8 ff.; Hart, MedR 2023, 110, 111 f.; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Dr. 17/6348, S. 10; Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf v. 6.7.2012, BR-Dr. 312/12 (Beschluss), S. 35; Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012, BT-Dr. 17/11008; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059.

tes und pflichtwidriges Verhalten des Behandelnden, insbesondere durch einen verschuldeten Behandlungs- oder Aufklärungsfehler, verursacht worden sind. Der sachliche Schutzbereich des Haftungsrechts ist in diesem Sinne von vornherein auf Behandlungsfehlerschäden begrenzt. Demgegenüber liegen sonstige Schadensrisiken einer medizinischen Behandlung (allgemeine Behandlungsrisiken) als Ausprägung des *allgemeinen Lebensrisikos* außerhalb des haftungsrechtlichen Schutzbereichs. Eine „Lückenhaftigkeit“ der Arzthaftung lässt sich damit jedenfalls in der Hinsicht konstatieren, dass das Haftungsrecht keinen Schadensausgleich bietet (und auch nicht bieten soll), wenn Patienten zufällig bzw. schicksalhaft durch die (fehlerfreie) medizinische Behandlung geschädigt werden, etwa infolge eines besonders schweren Verlaufs oder einer seltenen oder unbekanntem Nebenwirkung bzw. Komplikation.

#### b) Unzureichender Schutz für Behandlungsfehlerschäden

Im Mittelpunkt der Kritik steht freilich, dass die Arzthaftung gerade auch bei ärztlichen Behandlungsfehlern und damit innerhalb ihres Schutzbereichs einen nur unzureichenden bzw. ineffektiven Patientenschutz bietet. So bleibt eine Vielzahl von Arzthaftungsklagen ohne Erfolg, weil dem beweisbelasteten Patienten entweder schon der Nachweis des Behandlungsfehlers oder – weitaus häufiger – der Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität nicht gelingt<sup>12</sup>. Dahinter steht das grundlegende Problem, dass es aufgrund der Eigenart, Komplexität und Unbeherrschbarkeit der Vorgänge im menschlichen Organismus vielfach nicht möglich ist, mit hinreichender Gewissheit festzustellen, ob der Patient bei fehlerfreier Behandlung geheilt worden wäre bzw. keinen Gesundheitsschaden erlitten hätte<sup>13</sup>. Zum Beweis der haftungsbegründenden Kausalität des Behandlungsfehlers (und zum Ausschluss einer Verursachung durch die Krankheit oder eines sonstigen Umstands) muss aber eben dieser hypothetische Kausalverlauf gem. § 286 ZPO (h.M.<sup>14</sup>) zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen. Aufgrund dieser strengen Beweisanforderungen im Zivilprozess scheidet eine Schadensersatzklage des Patienten grundsätzlich selbst dann, wenn er einen Behandlungsfehler nachweist, der den Gesundheitsschaden mit („lediglich“) überwiegender bzw. hoher Wahrscheinlichkeit verursacht hat<sup>15</sup>. Etwas anderes gilt nur in den wenigen Ausnahmefällen, in denen die haftungsbegründende Kausalität des Behandlungsfehlers gem. § 630h Abs. 4 und 5 BGB zugunsten des Patienten vermutet wird, d. h. insbesondere bei Nachweis eines groben Behandlungsfehlers<sup>16</sup>. Neben diesen charakteristischen Beweisschwierigkeiten beklagen die Befürworter eines kollektiven Entschädigungssystems auch die tatsächlichen Hürden bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen. Insoweit wird vor allem auf die typischerweise lange Dauer und den ungewissen Ausgang von Arzthaftungsprozessen hingewiesen, ferner auf die mit einem solchen Verfahren verbundenen finanziellen und gesundheitlichen (psychischen) Belastungen der Patienten<sup>17</sup>.

Eine kollektive Fonds- bzw. Versicherungslösung für Behandlungsschäden soll nach den Vorstellungen der Befürworter die genannten „Defizite“ des geltenden Haftungsrechts überwinden:

#### 2. Effektiver Patientenschutz bei ärztlichen Behandlungsfehlern

Die Patientenversicherung bzw. der Entschädigungsfonds soll Behandlungsfehlerschäden auch dann ersetzen, wenn sich der Behandlungsfehler selbst oder dessen Kausalität für den Gesundheitsschaden nicht mit der für einen Zivilprozess erforderlichen Gewissheit (vgl. § 286 ZPO) feststellen lässt. Je nach Ausgestaltung der Eintrittspflicht der Versicherung bzw. des Fonds würde es ausreichen, wenn der Behandlungsfehler oder die haftungsbegründende Kausa-

lität lediglich überwiegend wahrscheinlich ist<sup>18</sup> oder – sehr viel weitgehender – lediglich tatsächliche Anhaltspunkte<sup>19</sup> hierfür bestehen.

#### 3. Erweiterter Patientenschutz für bestimmte allgemeine Behandlungsrisiken

Eine Versicherungs- oder Fondslösung würde es darüber hinaus ermöglichen, bestimmte allgemeine Behandlungsrisiken – jenseits des ärztlichen Fehler- bzw. Verschuldensrisikos und damit außerhalb des haftungsrechtlichen Schutzbereichs – abzusichern. In diesem Sinne wird eine Entschädigungsleistung etwa bei schweren schicksalhaften Verläufen, seltenen oder bislang unbekanntem Komplikationen sowie allgemein bei behandlungsinduzierten schwerwiegenden Gesundheitsschäden gefordert<sup>20</sup>. In diesen Zusammenhang gehört auch die Idee der „Ventilfunktion“ eines kollektiven Entschädigungssystems<sup>21</sup>: Würden schwere Behandlungsschäden künftig fehler- und verschuldensunabhängig entschädigt, könnte dies zu einer Entlastung des Arzthaftungsrechts beitragen und seiner weiteren Verschärfung entgegenwirken.

#### 4. Schnelles, unbürokratisches, kostengünstiges und wenig belastendes Verfahren

Das Entschädigungsverfahren der Versicherung bzw. des Fonds soll nach den Vorstellungen der Befürworter möglichst unbürokratisch und zügig erfolgen und (dadurch) die betroffenen Patienten entlasten<sup>22</sup>. Auch insoweit werden Vorteile gegenüber dem oft langwierigen, kostenintensiven sowie im Ausgang ungewissen Arzthaftungsprozess geltend gemacht.

- 12) Vgl. etwa Katzenmeier, VersR 2014, 405, 406; Hart, MedR 2023, 110, 111; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059, S. 1.
- 13) Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 630h, Rdnrn. 80 ff.; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, XI. Rdnrn. 46 f.; Gutmann, in: Staudinger, BGB, 2021, § 630h, Rdnr. 2; Hart, MedR 2023, 110, 111.
- 14) St. Rspr., vgl. BGH, NJW 2008, 1381, Rdnr. 9; BGH, NJW 2014, 688, Rdnr. 13; BGH, VersR 2014, 632, Rdnr. 5; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, XI., Rdnrn. 60 ff.; krit. Gutmann, in: Staudinger, BGB, 2021, § 630h, Rdnrn. 183 f.; a. A. Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 630h, Rdnr. 133 und Wagner, MedR 2021, 101, 108, der die haftungsbegründende Kausalität bereits de lege lata dem Beweismaß des § 287 ZPO unterstellen will.
- 15) Vgl. Hart, MedR 2023, 110, 111.
- 16) Vgl. Hart, MedR 2023, 110, 111.
- 17) Vgl. etwa Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059, S. 1.
- 18) Vgl. Hart, MedR 2023, 110, 113; s. a. § 27a Abs. 6 öKaKuG: „(...) Entschädigung nach Schäden, die durch die Behandlung in diesen Krankenanstalten entstanden sind und bei denen eine Haftung des Rechtsträgers nicht eindeutig gegeben ist (...)“; Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012, BT-Dr. 17/11008, S. 2: „(...) es keinen sicheren Nachweis der Schadensursache oder des Verschuldens gibt“ [Hervorheb. d. Verf.].
- 19) In diese Richtung wohl Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf v. 6.7.2012, BR-Dr. 312/12 (Beschluss), S. 35; Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059, S. 2.
- 20) Vgl. etwa Hart, MedR 2023, 110, 113; Katzenmeier, VersR 2014, 405, 408; Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf v. 6.7.2012, BR-Dr. 312/12 (Beschluss), S. 35; Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012, BT-Dr. 17/11008, S. 2.
- 21) Näher Katzenmeier, VersR 2014, 405, 408.
- 22) Vgl. etwa BR-Dr. 312/12 v. 26.6.2012, Empfehlungen der Ausschüsse, S. 38: „Schutzlücken im Schadensfall müssen mit unbürokratischer, schneller Hilfe geschlossen werden.“; ebenso Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059, S. 2.

### 5. Befriedungsfunktion

Zugunsten einer Versicherungs- oder Fondslösung wird schließlich auch deren befriedende bzw. entlastende Wirkung für das Arzt-Patienten-Verhältnis ins Feld geführt<sup>23</sup>. Ein kontradiktorischer Zivilprozess, in dem der Behandlungsseite ein schuldhaftes Fehlverhalten vorgeworfen wird, führt fast unweigerlich zur Zerrüttung der idealtypischen Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient. Dieses „Klima von Vorwurf und Rechthaben eines Haftpflichtprozesses“<sup>24</sup> könnte durch ein kollektives Entschädigungssystem vermieden werden. Im besten Fall könnte die Behandelndenseite den Patienten bei der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung und Anspruchsdurchsetzung gegen die Versicherung bzw. den Fonds unterstützen<sup>25</sup>.

### III. Konzepte und Vorschläge für eine Patientenversicherung oder einen Patientenentschädigungsfonds

In den vergangenen Jahren und Jahrzehnten wurden zahlreiche Konzepte einer Versicherungs- oder Fondslösung für Behandlungsschäden vorgestellt und diskutiert. Deren umfassende Darstellung würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen. Im Folgenden soll daher nur auf zwei Entwicklungslinien der Diskussion hingewiesen werden. Daran anschließend werden einige aktuelle Vorschläge skizziert, anhand derer sich das im Koalitionsvertrag verankerte Vorhaben eines „Härtefallfonds“ ein Stück weit konkretisieren lässt.

#### 1. Von der haftungsersetzenden Versicherungshin zur haftungsergänzenden Fondslösung

Die Diskussion um kollektive Entschädigungssysteme für Behandlungs(fehler)schäden bzw. Medizinschäden reicht bis in die 1960er und 1970er Jahre zurück<sup>26</sup>. Sie wurde maßgeblich angetrieben und beeinflusst durch internationale Vorbilder, insbesondere durch die Patientenversicherung in Schweden<sup>27</sup> sowie die neuseeländische Unfallversicherung<sup>28</sup>. Zur damaligen Zeit wurde in der Rechtswissenschaft generell intensiv über die Frage diskutiert, ob bestimmte Unfallbereiche, v. a. Verkehrsunfälle, aus dem zivilen Haftungsrecht herausgelöst und stattdessen einer (verschuldensunabhängigen) Versicherungslösung zugeführt werden sollten<sup>29</sup>. Als Modell einer solchen „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“<sup>30</sup> wurde vor allem auf die gesetzliche Unfallversicherung verwiesen, die eine zivilrechtliche Haftung bei Arbeitsunfällen fast gänzlich ausschließt und durch sozialrechtliche Versicherungsleistungen ersetzt (sog. Prinzip der Haftungsersetzung, vgl. §§ 104, 105 SGB V). Eine gesetzliche Ersetzung bzw. Ablösung der Arzthaftung durch eine „Behandlungsunfallversicherung“, etwa nach dem Vorbild der neuseeländischen Unfallversicherung für „treatment injury“<sup>31</sup>, ist im deutschsprachigen Raum allerdings nur vereinzelt gefordert worden<sup>32</sup>. Stattdessen wurde vorrangig, zumeist in Anlehnung an das schwedische Modell, die Einführung einer Patientenversicherung<sup>33</sup> bzw. Heilbehandlungsrisikoversicherung<sup>34</sup> diskutiert. Diese Versicherung sollte formal neben die zivilrechtliche Haftpflicht des Arztes treten und Schäden decken, die – unabhängig von einem ärztlichen Verschulden – durch eine objektiv fehlerhafte bzw. „misslungene“ medizinische Behandlung verursacht worden sind (in Abgrenzung zum nicht versicherten allgemeinen Lebens- und Krankheitsrisiko des Patienten)<sup>35</sup>. Freilich wurde mehrheitlich angenommen, dass eine solche Versicherung – ebenso wie in Schweden<sup>36</sup> – jedenfalls faktisch zu einer Verdrängung der verschuldensabhängigen Arzthaftung führen würde, weil die Entschädigung an geringere Voraussetzungen geknüpft wäre (insbesondere kein

Verschuldensnachweis)<sup>37</sup>. Auf die „Gefahr“ einer faktischen Verdrängung der Individualhaftung durch ein haftungsergänzendes Instrument wird an späterer Stelle unter dem Aspekt des drohenden Verlusts der Präventivwirkung des Haftungsrechts zurückzukommen sein [dazu unten IV. 2.].

Die Idee einer umfassenden Patientenversicherung, die kraft Gesetzes oder jedenfalls tatsächlich an die Stelle der zivilrechtlichen Arzthaftung tritt („große Lösung“), konnte sich freilich nicht durchsetzen; entsprechende Forderungen nach einer Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz werden heute nur noch selten erhoben<sup>38</sup>. Die aktuelle Dis-

23) Vgl. etwa Klingmüller, VersR 1980, 694, 695; Dinslage, VersR 1981, 310; Baumann, JZ 1983, 167, 174; Barta, Medizinhaftung, 1995, S. 16f., 43f., 55ff., 77ff.; näher zu diesem Aspekt Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 217f., 225 und Katzenmeier, VersR 2007, 137 m. w. N.

24) So plastisch Weyers, Gutachten zum 52. DJT, Bd. I, 1978, A 98f.  
25) Zu entsprechenden Erfahrungen bei der schwedischen Patientenversicherung vgl. Weyers, Gutachten zum 52. DJT, Bd. I, 1978, A 78.

26) Grundlegend Weyers, Gutachten zum 52. DJT, Bd. I, 1978, Teil A; eingehend zur Diskussion Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 215f.; Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 630a, Rdnr. 45 jeweils m. w. N.; Giesen, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rdnr. 352.

27) Eingehend Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 219ff.; Radau, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz: eine Untersuchung am Beispiel der Patientenunfallversicherung in Schweden, 1993; Bernat, in: Rosenau/Hakeri, Kodifikation der Patientenrechte, 2015, S. 179, 192ff.; vgl. bereits Weyers, Gutachten Bd. I zum 52. DJT, 1978, A 72ff.

28) Eingehend Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 226ff.; Bitterich, RabelsZ 67 (2003), 494, 518ff., 537ff.; Todd, Chi.-Kent L. Rev. 2011, (Vol. 86:3), S. 1169ff.; Bernat, in: Rosenau/Hakeri, Kodifikation der Patientenrechte, 2015, S. 179, 194ff.; vgl. auch Deutsch, VersR 1980, 201ff., Deutsch, RabelsZ 1980, 487ff.

29) Zu dieser Diskussion Makowsky, Der Einfluss von Versicherungsschutz auf die außervertragliche Haftung, 2013, S. 93ff. m. w. N.

30) Grundlegend Möller, Die Überwindung der Haftpflichtversicherung, JW 1934, 1076ff.; Sieg, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, ZHR 113 (1949), 95ff.

31) Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 228; Bitterich, RabelsZ 67 (2003), 494, 537ff.; Todd, Chi.-Kent L. Rev. 2011, (Vol. 86:3), S. 1169, 1177f.

32) Insbesondere Barta, Medizinhaftung, 1995, S. 35f., 55, 80f.; eingehend und krit. zum Modell einer „Medizinunfallversicherung“ Püster, Entwicklungen der Arzthaftpflichtversicherung, 2013, S. 209ff.

33) Vgl. Weyers, Gutachten Bd. I zum 52. DJT, 1978, A 98ff.; Klingmüller, VersR 1980, 694ff.; Dinslage, VersR 1981, 310ff.; Baumann, JZ 1983, 167ff.

34) Begriff bei Weyers, Gutachten Bd. I zum 52. DJT, 1978, A 66; ferner Katzenmeier, VersR 2007, 137ff., Katzenmeier, MedR 2011, 201, 208.

35) Zur problematischen Beschreibung des versicherten Risikos einer Patientenversicherung Klingmüller, VersR 1980, 694, 695f.; Dinslage, VersR 1981, 310, 311; Deutsch, VersR 1982, 305, 307; Katzenmeier, VersR 2007, 137, 140.

36) Vgl. dazu Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 223f. m. w. N.; Katzenmeier, VersR 2007, 137, 139.

37) In diesem Sinne etwa Weyers, Gutachten Bd. I zum 52. DJT, 1978, A 105; Dinslage, VersR 1981, 310, 311; Radau, Ersetzung der Arzthaftung durch Versicherungsschutz: eine Untersuchung am Beispiel der Patientenunfallversicherung in Schweden, 1993, S. 255; Baumann, JZ 1983, 167, 172f., 174f. in Bezug auf Fälle schwerer Schäden; abw. Klingmüller, VersR 1980, 694, 695, der Fälle nachweisbaren Verschuldens exklusiv dem Haftpflichtrecht und damit der Arzthaftpflichtversicherung zuweist. Näher zur faktischen Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 241f.

38) S. etwa Antrag der Fraktion Die Linke v. 30.9.2020, BT-Dr. 19/22995, S. 3, 5; gegen eine Ersetzung der Arzthaftung durch eine Versicherung dezidiert Katzenmeier, VersR 2007, 137ff.; Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 630a, Rdnr. 45; Wagner, MedR 2021, 101, 104f.; Gutmann, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 2021, S. 28f.

kussion kreist allein um die Frage, ob sich ein *haftungsergänzender Entschädigungsfonds* – etwa nach österreichischem Vorbild – empfiehlt, um bestimmte „Schutzlücken“ der Arzthaftung [vgl. oben II. 1.] zu schließen („kleine Lösung“). Anstelle einer umfassenden Kollektivierung des Behandlungs(fehler)risikos durch eine Privat- oder Sozialversicherung (mithin nach dem Versicherungsprinzip) sollen folglich nur noch bestimmte, besonders gelagerte Schadensfälle, die vom Haftungsrecht nicht oder nur unzureichend erfasst werden, (wohl) nach Art und Umfang des sozialen Entschädigungsrechts kompensiert werden<sup>39</sup>.

## 2. Neuere Vorschläge für einen Patientenentschädigungs- und Härtefallfonds

Für eine Annäherung an die Frage, wie der im Koalitionsvertrag vereinbarte „Härtefallfonds mit gedeckelten Ansprüchen“ inhaltlich ausgestaltet sein könnte, lohnt ein Blick auf die in jüngerer Vergangenheit erhobenen Forderungen nach einer entsprechenden Fondslösung. Von besonderem Interesse sind dabei jene Anträge, die von den damaligen Oppositions- und heutigen Regierungsparteien SPD und Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag zum Thema Patientenentschädigungsfonds gestellt worden sind. Bevor auf diese Anträge näher eingegangen wird, soll im Folgenden jedoch kurz der von *Dieter Hart* und *Robert Francke* entworfene Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds aus dem Jahr 2013 skizziert werden, welcher die nachfolgende wissenschaftliche und politische Diskussion maßgeblich beeinflusst hat.

### a) Modellversuch eines Patientenentschädigungs- / Härtefallfonds nach *Hart/Francke*

Im August 2013 haben *Dieter Hart* und *Robert Francke* in einem Rechtsgutachten für die Hamburger Gesundheitsbehörde einen umfassenden Gesetzesentwurf für den „Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen“<sup>40</sup> vorgelegt. Das laborierte Konzept kann und soll an dieser Stelle nicht in seinen Einzelheiten dargestellt werden<sup>41</sup>. Für den hiesigen Zusammenhang sind nur die wesentlichen Charakteristika des vorgeschlagenen Fonds von Bedeutung:

Der PatEHF soll haftungsergänzend neben die Arzthaftung treten; seine Subsidiarität gegenüber dem prioritär geltenden Haftungsrecht soll verfahrensrechtlich dadurch abgesichert werden, dass der Fonds erst tätig wird, wenn das Bestehen eines haftungsrechtlichen Anspruchs durch den Medizinischen Dienst, die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen oder durch ein Gericht verneint worden ist (§ 18 Abs. 2 PatEHFG-E). Anspruchsberechtigt sind Personen, die durch eine medizinische Behandlung im Krankenhaus einen erheblichen Schaden (behandlungsinduzierter Schaden) erlitten haben, der die Lebenssituation nachhaltig belastet. Der Schaden ist durch die medizinische Behandlung induziert, wenn überwiegend wahrscheinlich ein Behandlungs- oder Organisationsfehler oder eine unbekannte Komplikation vorliegt (§ 15 Abs. 2 PatEHFG-E); zum Nachweis der Ursächlichkeit der Behandlung (nicht des Fehlers) für den Schaden genügt ebenfalls die überwiegende Wahrscheinlichkeit (§ 15 Abs. 3 PatEHFG-E). Dagegen begründet ein durch die Krankheit verursachter Schaden keinen Anspruch (§ 15 Abs. 4 PatEHFG-E). Die Entschädigungsleistung besteht in einer einmaligen Geldzahlung zum Ausgleich des materiellen Schadens und ist auf einen Höchstbetrag von 100.000 € bzw. 200.000 € in besonders schweren Fällen begrenzt; ein Schmerzensgeld wird dagegen nicht gewährt (§ 16 Abs. 1 PatEHFG-E). Ausnahmsweise soll zur Hilfe in einem sozialen Härtefall (Bedürftigkeit) eine Sonderleistung von höchstens 20.000 € gewährt werden können (§§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 2

PatEHFG-E), ferner kann die Leistung bei einem sozialen Härtefall in einem Vorschuss zur Durchsetzung eines haftungsrechtlichen Anspruchs bestehen. Ist ein anderer Haftungsschuldner für den Schaden verantwortlich, nimmt der PatEHF bei diesem kraft übergebenen Rechts Regress (§ 20 PatEHFG-E).

### b) Anträge der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011 und 18.12.2019

Bereits im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum Patientenrechtgesetz im Jahr 2011 hat die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen die Prüfung eines Entschädigungsfonds für Härtefälle beantragt<sup>42</sup>. Der ergänzende und haftungsunabhängige Fonds solle „auf Fälle beschränkt werden, bei denen Patientinnen und Patienten einen schweren gesundheitlichen Schaden erlitten haben, aber nicht endgültig nachgewiesen werden kann, dass dies auf einem ärztlichen Behandlungsfehler beruht“. In diesen Fällen könne ein Fonds von Bedeutung sein, wenn die Patienten „aus gesundheitlichen und finanziellen Gründen die Belastung eines langjährigen Gerichtsverfahrens nicht eingehen können“. Erwogen wird die Finanzierung über eine Umlage der gesetzlich und privaten Krankenkassen (mithin durch die beitragszahlenden Patienten selbst). Im Jahr 2019 verlangte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen weitergehend die Vorlage eines Gesetzesentwurfs für einen Härtefallfonds<sup>43</sup>. Dieser solle denjenigen helfen, „die im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung, einschließlich der Geburt, einen schweren gesundheitlichen Schaden erlitten haben, bei dem aber letztlich, trotz konkreter Anhaltspunkte für einen Behandlungsfehler, ein eindeutig zuzuordnender Fehler oder dessen Kausalität für den eingetretenen Schaden nicht nachweisbar ist“. Der Fonds solle „das bisherige Haftungsrecht ergänzen und für schnelle und unbürokratische Hilfen bei Härtefällen sorgen“.

### c) Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012

Im Jahr 2012 forderte auch die SPD-Fraktion als Reaktion auf den Entwurf des Patientenrechtgesetzes die Auflegung eines Härtefallfonds<sup>44</sup>. Dieser sollte eintreten, wenn (alternativ) „es keinen sicheren Nachweis der Schadensursache oder des Verschuldens gibt“ oder „eine seltene oder bislang unbekannte Komplikation auftritt, die die betroffene Person erheblich schädigt“, oder „die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches unzumutbar lange dauern würde“ und (kumulativ) „eine finanzielle Hilfe aus sozialen oder anderen Gründen geboten erscheint“. Ebenso wie nach dem Entwurf von *Hart/Francke* sollte der Härtefallfonds

39) Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Privat- bzw. Sozialversicherungen einerseits und Entschädigungsfonds andererseits eingehend *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, 2012, S. 125 ff., 139 ff.; s. auch *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 406 und *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 124, wonach Fonds ein politisches Instrument zur ad-hoc-Lösung atypischer Schadensfälle sind, deren Grundidee darin besteht, dass eine bestimmte Personengruppe für bestimmte erlittene Schäden billigen Ausgleich erhält, welcher durch unterschiedliche Akteure aufgebracht wird.

40) *Hart/Francke*, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, 2013, abrufbar unter <https://www.hamburg.de/contentblob/4096038/data/gutachten-patientenentschaedigung.pdf>, zuletzt abgerufen am 13.6.2024.

41) Darstellung und Aktualisierung bei *Hart*, MedR 2023, 110 ff.

42) Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 29.6.2011, BT-Dr. 17/6348, S. 5, 10.

43) Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 18.12.2019, BT-Dr. 19/16059, S. 2.

44) Antrag der SPD-Fraktion v. 16.10.2012, BT-Dr. 17/11008, S. 2.

zunächst nur Krankenhauspatienten unterstützen, später aber auf alle Patienten erweitert werden, unabhängig davon, in welchen Einrichtungen oder von welchen Gesundheitsberufen sie behandelt wurden. Im Fall der erfolgreichen Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs wäre die Entschädigungsleistung des Fonds in Höhe des erlangten Schadenersatzes zurückzuzahlen. Der Härtefallfonds sollte geschädigte Patienten auch dazu verpflichten können, die gerichtliche Durchsetzung ihres Schadenersatzanspruchs zu betreiben, und sie dabei unterstützen; bei eindeutiger Beweislage und problemlos erscheinender Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruchs sollte der Härtefallfonds dagegen nicht eintreten. Nach drei Jahren war eine Prüfung vorgesehen, ob der Härtefallfonds alle zu regelnden Sachverhalte abdeckt oder zu einem Entschädigungsfonds ausgebaut werden sollte. Die Kosten des Härtefallfonds, die in Anlehnung an den Wiener Härtefallfonds auf „höchstens 60 Mio. Euro im Jahr“ geschätzt wurden, sollten durch ein Mischmodell aufgebracht werden, namentlich von den Haftpflichtversicherern der Leistungserbringer, aus Zahlungen der gesetzlich und privat Versicherten sowie aus Steuermitteln.

#### IV. Kritische Überlegungen zum Vorschlag eines haftungsergänzenden Entschädigungsfonds

Auf der Grundlage der soeben dargestellten Vorschläge für einen haftungsergänzenden Patientenentschädigungsfonds sollen im Folgenden einige kritische Überlegungen ange stellt und rechtliche bzw. rechtspolitische Bedenken gegen eine Fondslösung aufgezeigt werden.

##### 1. Sozialpolitischer Bedarf für einen haftungsergänzenden Fonds?

###### a) Weitreichender Ausgleich von Personenschäden durch existierende Vorsorgesysteme

Fraglich ist, ob und inwieweit überhaupt ein Bedarf für einen haftungsergänzenden Fonds zum (effektiven) Ausgleich von Behandlungs(fehler)schäden besteht. Aus einer rein haftungsrechtlichen Perspektive trifft es zwar durchaus zu, dass nicht wenige Behandlungsschäden durch das „Raster“ des Haftungsrechts fallen und somit nicht auf einen verantwortlichen Schädiger (bzw. dessen Haftpflichtversicherer) abgewälzt werden können: Wie bereits eingangs dargelegt [oben II. 1.], gewährt das Haftungsrecht von vornherein keinen Schutz, soweit sich allgemeine, d. h. fehler- und verschuldensunabhängige Behandlungsrisiken realisieren, wie etwa in Fällen seltener oder bislang unbekannter Komplikationen oder bei schweren, schicksalhaften Verläufen. Zudem scheitert der vom Haftungsrecht bezweckte Ausgleich von Behandlungsfehlerschäden nicht selten an den hohen tatsächlichen und rechtlichen Hürden der Anspruchsdurchsetzung, insbesondere an der fehlenden Nachweisbarkeit des Behandlungsfehlers oder der haftungsbegründenden Kausalität nach dem strengen Maßstab des § 286 ZPO. Diese „Schutzlücken“ des Haftungsrechts haben jedoch nicht etwa zur Folge, dass der Patient die von ihm erlittenen Schäden nach dem Grundsatz *casum sentit dominus* endgültig selbst zu tragen hätte. Im modernen Sozialstaat werden Personenschäden vielmehr durch ein dichtes Netz privater und sozialer Vorsorgesysteme aufgefangen<sup>45</sup>, wobei der Schadensausgleich durch die Leistungserbringer bzw. Vorsorgeträger zumeist zügig und ohne Rücksicht auf das Verschulden eines Dritten oder das Mitverschulden des Geschädigten erfolgt<sup>46</sup>.

Eine Gesundheitsverletzung, die der Patient infolge der ärztlichen Behandlung erleidet, unterfällt ihrerseits als „Krankheit“ insbesondere dem Schutz der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung. Die Krankenversicherung übernimmt daher nicht nur die erforderlichen Heilbehandlungs kosten, sondern zahlt auch ein zeitlich und höhenmäßig

begrenztes Krankengeld, um den krankheitsbedingten Verdienstausschlag auszugleichen. Für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit bleibt ohnehin der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verpflichtet (§ 3 EFZG). Wird der Patient infolge der (fehlerhaften) Behandlung pflegebedürftig, werden die Pflegekosten in gewissem Umfang von der privaten oder gesetzlichen Pflegeversicherung getragen. Das Risiko einer dauerhaften Invalidität bzw. Erwerbsunfähigkeit/-minderung wird grundsätzlich von der Gesetzlichen Rentenversicherung gedeckt; langfristige Verdienstausschläge bzw. Erwerbsschäden können durch die höhenmäßig begrenzten Rentenzahlungen freilich nur teilweise kompensiert werden. Für Beamte wird eine vergleichbare soziale Absicherung durch das Beamtenrecht gewährleistet<sup>47</sup>. Neben den gesetzlichen Sicherungssystemen bestehen zahlreiche Möglichkeiten der privaten Vorsorge, etwa durch Abschluss einer Berufsunfähigkeits-, Renten- oder Lebensversicherung. Die private Unfallversicherung bietet dagegen keinen Schutz für Gesundheitsschäden infolge einer Heilmaßnahme, es sei denn, die Maßnahme war ihrerseits durch einen Unfall veranlasst (vgl. Ziff. 5.2.3 AUB 2020). Subsidiär gegenüber den Systemen privater und sozialer Vorsorge greift schließlich das Auffangnetz der Sozialhilfe.

###### b) Folgerungen

Aus der weitreichenden Absicherung von Personenschäden durch das bestehende System privater und sozialer Vorsorge ergeben sich für die Diskussion um Patientenentschädigungsfonds im Wesentlichen zwei Folgerungen:

Zum einen besteht für einen Entschädigungsfonds jedenfalls kein dringendes sozialpolitisches Bedürfnis. Die materielle Existenzsicherung von Medizinalgeschädigten ist bereits heute hinreichend gewährleistet. Die privaten und sozialen Sicherungs- bzw. Vorsorgesysteme bieten bei Personenschäden einen weitreichenden Mindestschutz, welcher geschädigten Patienten in gleichem Umfang zuteilkommt wie allen anderen Personen, die einen Gesundheitsschaden erlitten haben; ob insoweit eine Besserstellung von Patienten geboten bzw. gerechtfertigt ist, erscheint zweifelhaft [zum Legitimationsproblem unten IV. 3.].

Zum anderen zeigt sich, dass ein Fonds für den großen Teil der sozialversicherten Patienten nur dann einen „Mehrwert“ bedeuten würde, wenn die Entschädigung (wesentlich) über den schon vorhandenen Sozialversicherungsschutz bei Personenschäden hinausginge. Der Fonds müsste daher, auch wenn er voraussichtlich keine Totalreparation leisten kann<sup>48</sup>, zumindest auch solche Schadenspositionen ersetzen, die nicht bereits von der Sozialversicherung getragen werden. Praktisch bedeutsame „Lücken“ des Sozialversicherungsschutzes bestehen vor allem im Hinblick auf langfristige Erwerbsschäden, Unterhaltsschäden im Todesfall sowie immaterielle Schäden<sup>49</sup>. Jedoch sehen die meisten Vorschläge für einen Härtefallfonds gerade keine Zahlung von Schmerzensgeld vor [vgl. oben III. 2.]<sup>50</sup>, wohl aus der

45) Dazu allg. Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2024, Vor § 823, Rdnrn. 30, 45; Vor § 630a, Rdnr. 36; Förster, in: BeckOK BGB, 70. Ed. 1.5.2024, § 823, Rdnr. 85; Makowsky, Der Einfluss von Versicherungsschutz auf die außervertragliche Haftung, 2013, S. 70 ff.; speziell für den Bereich der Behandlungsschäden Wagner, MedR 2021, 101, 108; Katzenmeier, VersR 2014, 405, 411; vgl. bereits Weyers, Gutachten Bd. I zum 52. DJT, 1978, A 51 ff.; Baumann, JZ 1983, 167, 169 ff.; Klingmüller, VersR 1980, 694, 696.

46) Zu diesem Aspekt Waltermann, in: Waltermann/Schmidt/Chandna-Hoppe, Sozialrecht, 15. Aufl. 2022, § 1, Rdnr. 36.

47) Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2024, Vor § 823, Rdnr. 30.

48) Vgl. dazu Wagner, MedR 2021, 101.

49) Vgl. Wagner, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2024, Vor § 823, Rdnr. 31; Makowsky, Der Einfluss von Versicherungsschutz auf die außervertragliche Haftung, 2013, S. 72 ff.; Baumann, JZ 1983, 167, 170.

50) Am Mehrwert eines Patientenentschädigungsfonds daher zweifelnd auch Katzenmeier, VersR 2014, 405, 411.

Erwägung heraus, dass der Genugtuungsgedanke für ein haftungsunabhängiges Entschädigungssystem nur bedingt zutrifft<sup>51</sup>. Der Härtefallfonds soll zwar insbesondere bei erheblichen bzw. schweren Gesundheitsschäden eingreifen, also dort, wo die „Lücken“ des Sozialversicherungsschutzes im Bereich der Vermögensschäden besonders virulent werden. Angesichts der Deckelung der Entschädigungsansprüche [vgl. oben III. 2.] dürften aber die langfristigen Erwerbsschäden von schwer geschädigten Patienten sowie die Unterhaltsschäden von Hinterbliebenen im Todesfall kaum vollständig kompensiert werden<sup>52</sup>. Entschädigungsansprüche von unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen gegen den Fonds für den Fall des Todes des Patienten werden in den politischen Vorschlägen schon gar nicht in Betracht gezogen (anders aber der Vorschlag von *Hart/Francke*<sup>53</sup>).

Gehen die Leistungen des geplanten Härtefallfonds nicht (wesentlich) über den existierenden Sozialversicherungsschutz hinaus, erscheint sein Mehrwert für sozialversicherte Patienten zweifelhaft<sup>54</sup>. Praktische Bedeutung hätte der Fonds dann primär für Patienten, deren Versicherungsschutz lückenhaft ist, insbesondere im Hinblick auf die Gesetzliche Rentenversicherung (etwa junge Personen oder Hausfrauen/-männer mit allenfalls geringen Rentenanwartschaften).

## 2. Schwächung der Präventivwirkung des Haftungsrechts?

### a) Faktische Verdrängung des Haftungsrechts durch einen ergänzenden Fonds?

Die früher diskutierte *haftungsersetzende* Patientenversicherung [vgl. oben III. 1.] sah sich vor allem dem Einwand ausgesetzt, dass die gesetzliche oder jedenfalls faktische Ablösung des Haftungsrechts zugleich auch dessen Präventionsfunktion entfallen ließe<sup>55</sup>; müssten Ärzte und Krankenhäuser für die Folgen ihres individuellen bzw. des ihnen zurechenbaren Fehlverhaltens nicht mehr haftungsrechtlich einstehen, hätten sie keinen wirtschaftlichen Anreiz mehr zur Schadensvermeidung. Mit dem gleichen Argument sprach sich der Gesetzgeber des Patientenrechtgesetzes gegen die Einführung eines *haftungsergänzenden* Fonds aus: „Mit einem Entschädigungsfonds würde das Haftungssystem überwiegend seine Präventivwirkung verlieren“<sup>56</sup>. Ob diese Einschätzung bzw. Sorge gerechtfertigt ist, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird davon ausgegangen, dass ein die Arzthaftung lediglich ergänzender Entschädigungsfonds keine Präventionsverluste zur Folge hätte<sup>57</sup>. Da die Sanktion der Schadensersatzpflicht für individuelle bzw. zurechenbare Pflichtverletzungen fortbestehe, blieben die vom Haftungsrecht vermittelten Sorgfaltsanreize erhalten. Eine faktische Verdrängung bzw. Marginalisierung des Haftungsrechts sei insbesondere deshalb nicht zu befürchten, weil der Fonds weder Schmerzensgeld noch vollen Schadensersatz nach dem Grundsatz der Totalreparation zahlen würde (Höchstbeträge bzw. Anspruchsdeckelung). Zudem würde der Fonds ohnehin nur subsidiär für diejenigen Fälle gelten, in denen keine Haftung gegeben sei. Die Gegenansicht geht demgegenüber davon aus, dass auch ein ergänzender Entschädigungsfonds das Haftungsrecht faktisch verdrängen und damit dessen Präventionsfunktion substantiell schwächen würde<sup>58</sup>. Der als haftungsergänzendes Instrument gedachte Härtefallfonds würde – so die Zuspitzung von *Gerhard Wagner* – „in der Praxis das Individualhaftungsrecht an die Wand spielen und sich zur dominanten Entschädigungsstelle für Medizinalschäden entwickeln“<sup>59</sup>; er würde „sich so unter der Hand in einen haftungsersetzenden Entschädigungsfonds [verwandeln]“<sup>60</sup>.

### b) Stellungnahme

Die Frage, ob und inwieweit der geplante Härtefallfonds das Haftungsrecht faktisch verdrängen und dessen Präven-

tivwirkung schwächen würde, bedarf einer differenzierten Betrachtung:

Die Gefahr einer Verdrängung der Individualhaftung und damit einer Schwächung der haftungsrechtlichen Präventionsfunktion kann von vornherein nur dort bestehen, wo beide Entschädigungssysteme miteinander in Konkurrenz treten würden. Eine solche Überschneidung der sachlichen Schutzbereiche wäre zwar im Hinblick auf Behandlungsfehlerschäden zu befürchten, weil auch der Härtefallfonds eine Entschädigung bei ärztlichen Behandlungsfehlern leisten soll. Hingegen bestünde schon gar keine Konkurrenz mit dem Haftungsrecht, soweit der Fonds lediglich bestimmte sonstige Behandlungsschäden, die außerhalb des Schutzbereichs des Haftungsrechts liegen, kompensieren würde<sup>61</sup>. Wäre etwa eine Entschädigung in Fällen seltener oder bislang unbekannter Komplikationen vorgesehen, beträfe dies prinzipiell ein allgemeines Behandlungs- bzw. Lebensrisiko, für das der Arzt – vorbehaltlich eines Aufklärungsfehlers – nicht haftet. Ein entsprechender Entschädigungstatbestand würde folglich die praktische Wirksamkeit des Haftungsrechts und dessen Präventionsfunktion nicht schmälern<sup>62</sup>.

Der vorrangige Zweck des geplanten Härtefallfonds besteht freilich darin, Patienten zu entschädigen, wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch einen ärztlichen Behandlungsfehler geschädigt worden sind. Primär soll der Fonds also Behandlungsfehlerschäden kompensieren, was an sich die vornehmliche Aufgabe des Haftungsrechts ist (jedoch die Nachweisbarkeit der Haftungsvoraussetzungen voraussetzt). Ob innerhalb dieses Konkurrenzverhältnisses eine faktische Verdrängung des Haftungsrechts durch den Härtefallfonds droht, lässt sich aber ebenfalls nicht pauschal beantworten:

Jene Ansicht, die ohne weitere Differenzierung von einer Aushöhlung der Individualhaftung durch den Fonds ausgeht<sup>63</sup>, berücksichtigt nicht hinreichend, dass bei der

51) Vgl. *Katzenmeier*, VersR 2007, 137, 140 in Bezug auf eine nicht an Fehlverhalten anknüpfende Patientenversicherung.

52) Ähnlich *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 411.

53) Vgl. *Hart/Francke*, Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, 2013, S. 66, 69.

54) Ebenso *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 411.

55) Zu diesem Einwand gegen haftungsersetzende Instrumente *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 249 ff.; *Katzenmeier*, VersR 2007, 137, 140 ff.; *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 408; *Wagner*, MedR 2021, 101, 104.

56) RegE BT-Dr. 17/10488, S. 59.

57) *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 408; *ders.*, MedR 2023, 118, 125; *ders.*, in *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, X., Rdnr. 155; *Hart*, MedR 2023, 110, 115.

58) So dezidiert *Wagner*, MedR 2021, 101, 104 ff.; *Wagner*, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 630a, Rdnr. 48.

59) *Wagner*, MedR 2021, 101, 109.

60) *Wagner*, MedR 2021, 101, 106.

61) Vgl. auch *Wagner*, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 630a, Rdnr. 48, wonach die Präventionswirkung der Individualhaftung durch eine komplementär eingreifende Kollektivhaftung nicht unterminiert wird, wenn sich die den beiden Systemen jeweils zuzuordnenden Fälle klar voneinander trennen lassen.

62) Verwirklicht sich ein seltenes oder unbekanntes Risiko, kommt zwar eine Haftung des Arztes bei nicht ordnungsgemäßer Aufklärung in Betracht (vgl. auch BGH, MedR 2020, 32, Rdnr. 15, wonach der Arzt bei fehlender Grundaufklärung auch dann haftet, wenn sich ein nur äußerst seltenes, nicht aufklärungsbedürftiges Risiko verwirklicht). Steht aber ein Aufklärungsmangel im Raum, besteht wegen der insoweit günstigen Beweissituation für den Patienten (vgl. § 630h Abs. 2 BGB) ohnehin nicht die Gefahr, dass der Härtefallfonds das Haftungsrecht faktisch verdrängt.

63) So *Wagner*, MedR 2021, 101, 104 ff.

Arzthaftung vielfach der Ersatz des immateriellen Schadens, mithin die *Zahlung von Schmerzensgeld* im Vordergrund steht<sup>64</sup>. Die materiellen Schäden, insbesondere Heilbehandlungskosten, werden dem geschädigten Patienten nämlich bereits größtenteils von kollektiven Vorsorgeträgern abgenommen [vgl. oben IV. 1.]. Da der geplante Härtefallfonds keine Entschädigung für immaterielle Schäden zahlen würde, wäre jedenfalls in denjenigen (nicht wenigen) Fällen, in denen das Schmerzensgeld den wesentlichen Schadensposten ausmacht, keine Verdrängung des Haftungsrechts zu befürchten; die Patienten wären vielmehr weiterhin auf eine (klageweise) Durchsetzung ihres zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs (vgl. § 253 Abs. 2 BGB) verwiesen.

Der soeben formulierte Vorbehalt sollte allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der geplante Härtefallfonds generell durchaus das Potenzial hat, das Haftungsrecht und dessen Präventivwirkung beiseitezudrängen. Mit *Gerhard Wagner* lässt sich plastisch von einer „Sogwirkung“ des Fonds sprechen, bei dessen Einführung es „zu einer breitflächigen Verlagerung der Entschädigungsbegehren kommt, weg von den Zivilgerichten, hin zum Härtefallfonds“<sup>65</sup>. Zwar lassen sich die unterschiedlichen Anwendungs- bzw. Zuständigkeitsbereiche von Haftungsrecht und Härtefallfonds anhand *rechtlich-abstrakter Kriterien* klar voneinander abgrenzen: So soll der Ausgleich von Behandlungsfehlerschäden (primär) durch das Haftungsrecht erfolgen, wenn sich die Voraussetzungen des Haftungsstatbestands *zur vollen richterlichen Überzeugung* (§ 286 ZPO) nachweisen lassen. Demgegenüber soll (subsidiär) der Fonds zuständig sein, wenn die Haftungsvoraussetzungen lediglich mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* vorliegen. Wie insbesondere *Gerhard Wagner* überzeugend dargelegt hat, dürfte diese „Abgrenzung auf dem Papier“ in der Praxis allerdings kaum funktionieren<sup>66</sup>. Für geschädigte Patienten bestünde vielmehr ein starker Anreiz, sich wegen ihrer Schäden unmittelbar an den Härtefallfonds zu wenden: Um etwaige Schadensersatzansprüche gegen die (nicht regulierungswillige) Behandelndenseite durchzusetzen, müssen Patienten regelmäßig den „steinigen“ Weg eines Zivilprozesses auf sich nehmen. Dieser Weg ist typischerweise von langer, ungewisser Dauer sowie mit einem hohen Kosten- und Erfolgsrisiko verbunden. Zudem führt ein Arzthaftungsprozess fast unweigerlich zu einer Zerrüttung des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Im Gegensatz dazu verheißt der Härtefallfonds ein schnelles, unbürokratisches, kostengünstiges und – wegen des abgesenkten Beweismaßes – auch erfolgversprechenderes Verfahren, in dem sogar eine unterstützende Mitwirkung der Behandelndenseite möglich erscheint (zum Interessengleichlauf von Patienten- und Behandelndenseite sogleich). Aufgrund dieser zahlreichen Vorzüge ist zu erwarten, dass sich die große Mehrheit der Patienten unmittelbar an den Härtefallfonds wenden wird, statt auf eigene Kosten und eigenes Risiko einen Arzthaftungsprozess anzustrengen. Dieser Anreiz wird noch dadurch verstärkt, dass sich vor einer endgültigen Sachverhaltsaufklärung ohnehin nicht sicher beurteilen lässt, ob die Haftungsvoraussetzungen nachweislich oder lediglich überwiegend wahrscheinlich vorliegen [zur Schwierigkeit dieser Abgrenzung noch IV. 2. c)]. Der erwartbare Verdrängungs- bzw. Verlagerungseffekt weg von der Arzthaftung und hin zum Härtefallfonds dürfte nicht zuletzt auch durch die insoweit gleichgerichtete Interessenlage von Patienten- und Behandelndenseite angetrieben werden: Während das Haftungsrecht bzw. der Haftungsprozess typischerweise vom Interessenkonflikt zwischen Schädiger und Geschädigtem bzw. Kläger und Beklagtem beherrscht ist, läge der externe Schadensausgleich durch den Härtefallfonds regelmäßig im Interesse beider Parteien<sup>67</sup>. Es wäre daher vielfach mit einem Zusammenwirken beider Seiten bzw. einer Mitwirkung der Behandlungsseite zu rechnen, und zwar auch in den Fällen, in denen der

Schaden nachweisbar durch einen Behandlungsfehler verursacht wurde und daher an sich von der verantwortlichen Behandelndenseite getragen werden müsste [zur Gefahr einer bestimmungswidrigen bzw. missbräuchlichen Inanspruchnahme des Härtefallfonds unten IV. 4.]. Schließlich dürfte auch die geplante Anspruchsdeckelung der drohenden Verdrängung des Haftungsrechts nicht effektiv Einhalt gebieten<sup>68</sup>: Die Mehrheit der geschädigten Patienten würde sich voraussichtlich trotz der Höchstbeträge bevorzugt an den Härtefallfonds wenden, da dieser unter erheblich besseren Bedingungen als das Haftungsrecht zumindest einen großen Teil des Schadens ersetzen würde<sup>69</sup>.

#### c) Absicherung der Subsidiarität des Härtefallfonds?

Nach Ansicht von *Dieter Hart* besteht die Gefahr einer faktischen Verdrängung des Haftungsrechts für das von ihm und *Robert Francke* vorgeschlagene Fondskonzept nicht, da dieses eine „vollständige Subsidiarität“ vorsehe und zunächst eine „externe Prüfung“ erfolge, ob eine Haftung gegeben ist [vgl. oben III. 2. a)]<sup>70</sup>. Tatsächlich wäre eine Verdrängung des Haftungsrechts nicht zu befürchten, wenn der Härtefallfonds erst nach rechtskräftiger Abweisung einer Arzthaftungsklage tätig werden dürfte und damit feststünde, dass die Haftungsvoraussetzungen nicht zur vollen richterlichen Überzeugung vorliegen. Eine derart strenge Subsidiarität sieht das Modell von *Hart/Francke* freilich nicht vor (sie widerspräche auch der Grundidee des Fonds als einer schnellen und unbürokratischen Hilfe). Stattdessen soll der Entschädigungsfonds bereits dann tätig werden dürfen, nachdem der Medizinische Dienst oder die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen das Bestehen einer Haftung verneint haben<sup>71</sup>.

Die Vorabprüfung der Haftungs- bzw. Beweislage durch eine externe Prüfstelle dürfte der faktischen Verdrängung des Haftungsrechts jedoch nicht ausreichend entgegenwirken<sup>72</sup>. Die erforderliche Abgrenzung, ob die Haftungsvoraussetzungen *zur vollen richterlichen Überzeugung nachweisbar* sind (dann Verweis des Patienten auf die Zivilklage) oder „nur“ mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* vorliegen (dann Verweis des Patienten auf den Härtefallfonds), verläuft alles andere als trennscharf<sup>73</sup>; zudem lässt sich die freie Überzeugung des Tatrichters ex ante kaum mit Gewissheit voraussagen. Angesichts dieser erheblichen praktischen Schwierigkeiten bzw. Unsicherheiten würde eine externe Prüfstelle wohl tendenziell das Bestehen einer Haftung verneinen, um dem geschädigten Patienten eine rasche Entschädigung

64) *Cramer/Luig*, in: *Ratzel/Lissel*, Handbuch des Medizinschadensrechts, 1. Aufl. 2013, § 22, Rdnr. 1: „Im Zentrum des Schadensersatzes, den ein Patient begehrt, der Opfer eines Behandlungsfehlers geworden ist, steht regelmäßig das Schmerzensgeld.“

65) *Wagner*, MedR 2021, 101, 106.

66) *Wagner*, MedR 2021, 101, 105f.

67) Vgl. auch *Wagner*, in: *MüKo/BGB*, 9. Aufl. 2023, Vor § 630a, Rdnr. 48, wonach auch die Behandlungsseite „keinen Anreiz hat, die Einstandspflicht des Fonds abzuwehren und damit Schadenskosten auf sich selbst zu laden“.

68) Anders die Einschätzung von *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 125.

69) So auch *Wagner*, MedR 2021, 101, 106.

70) *Hart*, MedR 2023, 110, 115.

71) Auch in Österreich darf das Ansuchen auf Entschädigung erst nach Abschluss einer außergerichtlichen Prüfung durch die Patientenvertretung oder durch die Schiedsstelle für Behandlungszwischenfälle bei der Ärztekammer für Oberösterreich oder nach Beendigung eines zivilgerichtlichen Verfahrens gestellt werden, vgl. § 86e öKAKuG.

72) Sollte der Gesetzgeber – entgegen dem hier vertretenen Standpunkt – einen Härtefallfonds für Behandlungsfehlerschäden einführen, wäre eine entsprechende Subsidiaritätsklausel aber gleichwohl dringend anzuraten, um die Verdrängung des Haftungsrechts zumindest ein Stück weit einzudämmen.

73) Zu diesem Aspekt auch *Wagner*, MedR 2021, 101, 106.

durch den Fonds zu ermöglichen, statt ihm den mühsamen Gang zum Zivilgericht aufzubürden. Die Gefahr einer vorschnellen Negierung von Haftpflichtansprüchen bestünde freilich erst recht, wenn der Fonds unmittelbar selbst über die Haftungsfrage zu urteilen hätte<sup>74</sup>. Bislang enthalten die Vorschläge für einen Härtefallfonds nämlich keine überzeugenden Mechanismen, die sicherstellen würden, dass der Fonds die an ihn herangetragenen Entschädigungsbegehren hinreichend sorgfältig prüft und erforderlichenfalls – etwa in nachweislichen Haftungsfällen – auch abweist<sup>75</sup>. Zum einen hätte der Härtefallfonds keinen hinreichenden Anreiz zur Kostendisziplin, wenn er aus Steuern, Krankenkassenbeiträgen oder sonstigen Mitteln der Allgemeinheit finanziert und ihm das Korrektiv einer kostentragenden Interessengruppe fehlen würde. Zum anderen steht auch die Grundidee des Fonds als einer schnellen, unbürokratischen und kostengünstigen Entschädigungsstelle in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zu einer sorgfältigen und damit zeit- und kostenaufwendigen<sup>76</sup> Antragsprüfung. Letztere wäre jedoch zwingend erforderlich, um einer bestimmungswidrigen Inanspruchnahme des Fonds in nachweislichen Haftungsfällen und damit einer Verdrängung des Haftungsrechts entgegenzuwirken [dazu noch IV. 4.]. Um zumindest im Nachhinein einen Regress gegen den haftungsrechtlich verantwortlichen Schädiger – Arzt bzw. Krankenhaus – zu ermöglichen, sollte jedenfalls ein Anspruchsübergang auf den Härtefallfonds vorgesehen werden, soweit dieser („bestimmungswidrig“) eine Entschädigung geleistet hat.

#### d) Ergebnis

Es ist absehbar, dass der geplante Härtefallfonds die Arzthaftung in erheblichem Umfang verdrängen würde, indem geschädigte Patienten bereits bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Haftungsvoraussetzungen und auch sonst unter wesentlich besseren Rahmenbedingungen entschädigt würden. Damit einher ginge eine spürbare Schwächung der haftungsrechtlichen Präventionsfunktion; denn Ärzte und Krankenhäuser müssten nur noch in begrenztem Maße damit rechnen, bei einer Verletzung des fachlichen Standards bzw. der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Keine Verdrängung des Haftungsrechts drohte hingegen in den (nicht wenigen) Fällen, in denen primär der Ersatz immaterieller Schäden begehrt wird, da der Härtefallfonds ein solches Schmerzensgeld nicht zahlen würde. Überzeugende Konzepte, wie sich die beiden Anwendungs- bzw. Zuständigkeitsbereiche von Arzthaftung und Härtefallfonds überschneidungsfrei koordinieren und abgrenzen ließen, sind bislang nicht ersichtlich.

Die Gefahr einer faktischen Aushöhlung des Haftungsrechts und seiner Präventivwirkung bestünde dagegen von vornherein nicht, soweit der Härtefallfonds Behandlungsschäden kompensieren würde, die außerhalb des Schutzbereichs des Haftungsrechts liegen, etwa Schäden infolge einer seltenen oder bislang unbekanntem Komplikation.

### 3. Legitimation der Privilegierung von geschädigten Patienten?

#### a) Ungleichbehandlung von geschädigten Patienten und allen sonstigen Geschädigten

Der angedachte Härtefallfonds bezweckt eine grundlegende Verbesserung des Patientenschutzes beim Ausgleich von Behandlungs(fehler)schäden: Zum einen soll bei ärztlichen Behandlungsfehlern auch dann eine Entschädigung gezahlt werden, wenn die Haftungsvoraussetzungen zwar nicht nachweisbar sind, jedoch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen. Zum anderen wird eine Entschädigung bei Verwirklichung bestimmter allgemeiner Behandlungs- bzw. Lebensrisiken erwogen, insbesondere in Fällen seltener oder bislang unbekannter Komplikationen [vgl. oben III. 2.].

Soweit der Härtefallfonds Patienten entschädigen soll, die lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch einen ärztlichen Behandlungsfehler geschädigt worden sind, begründet dies zunächst eine Ungleichbehandlung gegenüber allen sonstigen Personen, die (behauptetermaßen) durch das rechtswidrige Verhalten eines Dritten geschädigt worden sind<sup>77</sup>: Der haftungsrechtliche Schadensausgleich durch den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherer hängt grundsätzlich davon ab, dass die Voraussetzungen des haftungsbegründenden Tatbestands nötigenfalls in einem Zivilprozess zur vollen richterlichen Überzeugung nachgewiesen werden können (§ 286 ZPO). Liegen die haftungsbegründenden Tatsachen dagegen nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor, verspricht eine Schadensersatzklage keinen Erfolg, so dass der Geschädigte wegen seines Personenschadens auf den allgemeinen Mindest- bzw. Standardchutz der privaten und sozialen Vorsorgesysteme zurückgeworfen ist [vgl. dazu oben IV. 1.]. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, weshalb ein Härtefallfonds (angeblich) fehlerhaft behandelte Patienten besser stellen sollte als beispielsweise jene Geschädigte, deren Gesundheitsschaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit „durch ein fehlerhaftes Medizinprodukt, ein sonstiges Erzeugnis, durch Verletzungen der Verkehrssicherungspflicht oder durch Pflichtverletzungen beim Sport“<sup>78</sup> verursacht wurde. Dies gilt umso mehr, als der spezifischen Beweisnot des Patienten bereits durch ein überaus komplexes und ausdifferenziertes System von Beweiserleichterungen Rechnung getragen wird (vgl. § 630h BGB).

Eine weitere Ungleichbehandlung ergibt sich auch im Verhältnis zu jenen, die schicksalhaft durch Zufall oder eigenes Verschulden an der Gesundheit geschädigt worden sind, etwa durch einen Unfall (z. B. im Verkehr, im Haushalt oder in der Freizeit) oder infolge einer angeborenen oder später entstandenen Krankheit. Diese Personen sind von vornherein auf den allgemeinen Schutz der privaten und sozialen Vorsorgesysteme verwiesen. Auch insoweit erscheint die Besserstellung von Patienten, deren Gesundheitsschaden (lediglich) überwiegend wahrscheinlich auf einem ärztlichen Behandlungsfehler oder auf einer seltenen bzw. bislang unbekanntem Komplikation beruht, rechtfertigungsbedürftig. Dies gilt umso mehr, als den (Sozial-)Staat für schwere Personen- bzw. Gesundheitsschäden (welche der Härtefallfonds vornehmlich im Blick hat) eine besondere Schutzpflicht trifft, und zwar unabhängig von der konkreten Schadensursache (Art. 2 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 GG).

#### b) Stellungnahme

Die grundlegende Frage, ob eine Privilegierung von geschädigten Patienten<sup>79</sup> gegenüber anderen Gruppen von Geschädigten bzw. Unfallopfern legitim ist, wurde bereits bei der Diskussion um die Einführung einer Patientenversi-

74) Wagner, MedR 2021, 101, 106.

75) Näher zum Folgenden Wagner, MedR 2021, 101, 107.

76) Vgl. dazu auch Wagner, MedR 2021, 101, 103, der darauf hinweist, dass der Anspruch gegen den Fonds dieselben Voraussetzungen wie der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch hat (Rechtsgutsverletzung, Pflichtverletzung, haftungsbegründende Kausalität) – lediglich das Beweismaß ist abgesenkt – und daher für die Feststellung der Tatsachenbasis ein vergleichbar hoher Aufwand erforderlich ist.

77) Vgl. Wagner, MedR 2021, 101, 108 in Bezug auf die Alternative einer Beweismaßreduktion.

78) Wagner, MedR 2021, 101, 108.

79) Die Privilegierung von *Studienteilnehmern einer klinischen Prüfung* durch Gewährung eines verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs gegen die obligatorische Probandenversicherung lässt sich mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Probanden rechtfertigen (erhöhtes Risiko für Leib und Leben aufgrund der ungewissen Wirkungen der eingesetzten Mittel).

cherung aufgeworfen<sup>80</sup>. Auch im neueren Schrifttum überwiegen die Zweifel, ob sich die pauschale Besserstellung von Patienten bei der Schadenskompensation rechtfertigen lässt<sup>81</sup>. Das soziale Entschädigungsrecht, dem funktionell auch der geplante Härtefallfonds zuzuordnen wäre<sup>82</sup>, sieht Ersatzleistungen für Medizin- bzw. Behandlungsschäden bislang nur für ganz bestimmte Lebenssachverhalte vor. Den Entschädigungstatbeständen liegt dabei der gemeinsame Gedanke zugrunde, dass die staatliche Gemeinschaft für die Folgen eines erlittenen Gesundheitsschadens in *Abgeltung eines besonderen Opfers* oder aus anderen Gründen einer *gesteigerten Verantwortlichkeit der Allgemeinheit*<sup>83</sup> einzustehen hat (vgl. § 5 Abs. 1 SGB I). Ein Anspruch auf soziale Entschädigung steht deshalb Patienten zu, die durch eine vom Staat zum Wohl der Allgemeinheit veranlasste bzw. empfohlene Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe gesundheitlich geschädigt worden sind (Impfschäden, vgl. § 24 SGB XIV). Eine soziale Entschädigung, allerdings nach den Regeln der gesetzlichen Unfallversicherung (sog. „unechte“ Unfallversicherung)<sup>84</sup>, erhalten ferner (altruistisch handelnde) Spender, die Blut oder körpereigene Organe, Organteile oder Gewebe spenden oder bei denen Voruntersuchungen oder Nachsorgemaßnahmen anlässlich der Spende vorgenommen werden (vgl. § 2 Nr. 13 b) SGB VII). Der Grundgedanke der Aufopferung bzw. der gesteigerten Verantwortlichkeit der Allgemeinheit lässt sich indessen nicht verallgemeinern und pauschal auf sämtliche Schäden ausweiten, die durch eine (fehlerhafte) medizinische Behandlung verursacht werden. Gegen eine solche pauschale Ausdehnung spricht entscheidend, dass sich Patienten grundsätzlich freiwillig und ausschließlich im eigenen Interesse in ärztliche Behandlung begeben<sup>85</sup>. Die vereinzelt auf § 63 SGB I gestützte These, dass die Heilbehandlung jedenfalls auch im Interesse der Versicherungsgemeinschaft bzw. der Allgemeinheit erfolge<sup>86</sup>, vermag ebenso wenig zu überzeugen wie die Annahme, dass nur deshalb, weil der Patient einen erheblichen Gesundheitsschaden erlitten hat, der Aufopferungsgedanke zum Tragen komme<sup>87</sup>. Soweit bereits heute spezielle *Entschädigungsfonds* für bestimmte erlittene Medizinschäden existieren<sup>88</sup>, beziehen sich diese ebenfalls auf besondere (zumal vergangene) Sachverhalte und lassen daher keine Verallgemeinerung für sonstige Behandlungsschäden zu. Dies gilt etwa für die Conterganstiftung<sup>89</sup>, die Leistungen an Menschen mit Behinderung erbringen soll, 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 (vgl. § 2 ContStifG). Gleiches gilt für die Stiftung „Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen“<sup>90</sup>, die Leistungen an Personen (und deren unterhaltsberechtigten Angehörige) erbringen soll, die durch vor dem 1. 1. 1988 in Verkehr gebrachte Blutprodukte unmittelbar oder mittelbar mit dem Human Immundefizienz Virus (HIV) oder infolge davon an AIDS erkrankt sind (vgl. §§ 1, 15 HIVHG). Bei diesen Stiftungen handelt es sich um retrospektive Fonds zur Bewältigung vergangener Großschadensfälle, die einen gewissen Zusammenhang mit staatlichem Fehlverhalten bzw. Versagen aufweisen<sup>91</sup>. Für die betreffenden Medizinschäden besteht damit ebenfalls die für das soziale Entschädigungsrecht typische gesteigerte Verantwortlichkeit der Allgemeinheit.

Eine allgemeine Besserstellung von geschädigten Patienten gegenüber allen sonstigen Geschädigten, mithin eine „Sonderbehandlung“<sup>92</sup> von Behandlungs(fehler)schäden, lässt sich folglich nicht ohne Weiteres legitimieren. Ein Härtefallfonds, der Patienten wegen behaupteter ärztlicher Behandlungsfehler entschädigen würde, obwohl die Haftungsvoraussetzungen nicht mit der erforderlichen Gewissheit vorliegen bzw. nachweisbar sind, ist aus Gründen der

Gleichbehandlung sowie der Einheit der Rechtsordnung<sup>93</sup> abzulehnen. Demgegenüber bestehen keine prinzipiellen Bedenken, wenn der Härtefallfonds – in Fortentwicklung des bestehenden sozialen Entschädigungsrechts – solche Patienten entschädigen würde, die durch eine bislang *unbekannte Komplikation* bzw. ein bislang *unbekanntes Behandlungsrisiko* einen Gesundheitsschaden erleiden. Für diesen besonderen Fall lässt sich der Gedanke der gesteigerten Verantwortlichkeit der Allgemeinheit bzw. der Aufopferung durchaus fruchtbar machen. Die Verwirklichung eines bislang unbekanntes Behandlungsrisikos ringt dem Einzelnen nämlich ein Sonderopfer ab, von dem die Allgemeinheit mittelbar aufgrund neuer medizinischer Erkenntnisse profitieren kann. Diese Erwägung trifft freilich nicht in gleicher Weise auf solche Komplikationen bzw. Behandlungsrisiken zu, die zwar selten, aber bereits bekannt sind. Eine Entschädigung für den Fall, dass sich ein seltenes, aber bereits bekanntes Behandlungsrisiko realisiert, stößt nicht zuletzt auch deshalb auf Bedenken, weil der Patient über dieses Risiko regelmäßig aufgeklärt worden ist und hierin eingewilligt hat<sup>94</sup>.

#### 4. Gefahr der bestimmungswidrigen bzw. missbräuchlichen Inanspruchnahme des Fonds?

Der geplante Härtefallfonds soll, soweit es um die Entschädigung von Behandlungsfehlerschäden geht, nur dann leis-

80) Vgl. insbesondere *Baumann*, JZ 1983, 167, 171 f.; *Koziol*, RdM 1994, 3, 5.

81) *Koziol*, RdM 1994, 3, 5; *Katzenmeier*, VersR 2007, 137, 141 in Bezug auf eine haftungsersetzende Versicherungslösung für Medizinalunfälle; *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 409 ff.; *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 125 f.; *Wagner*, MedR 2021, 101, 103, 108 f.; a. A. wohl *Gutmann*, Stärkung und Weiterentwicklung der Patientenrechte in Deutschland, 2021, S. 29: „(...) die sozialstaatlich motivierte Linderung spezifischer Härten bei Einigen verliert ihre Legitimität nicht dadurch, dass nicht alle sozialen Härten zugleich beseitigt werden können.“

82) Grundlegend zur Zuordnung von Entschädigungsfonds zum sozialen Entschädigungsrecht bereits *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 268 ff.; *Knetsch*, *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds*, 2012, S. 144 ff.

83) Zu diesem Aspekt *Waltermann*, in: *Waltermann/Schmidt/Chandna-Hoppe*, *Sozialrecht*, 15. Aufl. 2022, § 2, Rdnr. 46.

84) Zur dogmatischen Zuordnung zum sozialen Entschädigungsrecht *Waltermann*, in: *Waltermann/Schmidt/Chandna-Hoppe*, *Sozialrecht*, 15. Aufl. 2022, § 10, Rdnr. 293.

85) Zutreffend *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 270; *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 408 f.; *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 125; *Katzenmeier*, in *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, X., Rdnr. 159.

86) So *Baumann*, JZ 1983, 167, 171 f.

87) In diesem Sinne *Hart/Francke*, *Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen*, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, 2013, S. 27, 31, 36.

88) Hierauf verweist *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 407 f.; *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 124 f.

89) Näher *Knetsch*, *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds*, 2012, S. 10 ff., 79 ff.

90) Näher *Knetsch*, *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds*, 2012, S. 13 ff., 81 ff.

91) *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 408; *Katzenmeier*, MedR 2023, 118, 125; eingehend *Knetsch*, *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds*, 2012, S. 78 ff.

92) *Katzenmeier*, VersR 2007, 137, 141; *Katzenmeier*, VersR 2014, 405, 409 f.

93) Zu diesem Argument *Katzenmeier*, VersR 2007, 137, 141.

94) Zutreffend *Hart/Francke*, *Der Modellversuch eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen*, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien und Hansestadt Hamburg, 2013, S. 35.

ten, wenn der Gesundheitsschaden des Patienten *mit überwiegender Wahrscheinlichkeit* durch einen Behandlungsfehler verursacht worden ist. Er soll dagegen weder leisten, wenn sich die Haftungsvoraussetzungen *zur vollen richterlichen Überzeugung nachweisen* lassen (dann Verweis des Patienten auf die Arzthaftung), noch dann, wenn der behauptete Behandlungsfehler oder dessen Kausalität *nicht überwiegend wahrscheinlich* ist (dann Abweisung des Entschädigungsbegehrens). Eine bestimmungswidrige bzw. missbräuchliche Inanspruchnahme des Fonds droht somit gleich von zwei Seiten her:

a) Inanspruchnahme des Fonds trotz nachweisbarer Haftung

Es ist bereits in anderem Zusammenhang [oben IV. 2. b), c)] auf die Gefahr hingewiesen worden, dass sich zahlreiche geschädigte Patienten trotz nachweisbarer Haftung der Behandelndenseite bestimmungswidrig – möglicherweise sogar bewusst und in diesem Sinne missbräuchlich – an den Härtefallfonds wenden werden: Die Mehrheit der Patienten wird das schnellere, kostengünstigere, risikoärmere sowie aussichtsreichere Verfahren des Härtefallfonds dem vergleichsweise „unattraktiven“ Arzthaftungsprozess vorziehen (es sei denn, es wird primär die Zahlung von Schmerzensgeld begehrt). Das erwartbare Verhalten der Patienten, unmittelbar den Fonds auf eine Entschädigung in Anspruch zu nehmen, dürfte vermutlich durch das Handeln der Behandelndenseite bestärkt werden. Denn auch Ärzte und Krankenhäuser hätten ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse daran, dass die Schadenskosten in Fällen möglicher Behandlungsfehler auf den Fonds verlagert und dadurch „sozialisiert“ werden. Angesichts dieser gleichgerichteten Interessenlage wäre vielfach mit einem Zusammenwirken von Patienten- und Behandelndenseite zu rechnen. Damit soll freilich weder auf Patienten- noch auf Behandelndenseite ein missbräuchliches bzw. betrügerisches Verhalten unterstellt werden. Ob im konkreten Fall eine nachweisliche Haftung gegeben ist oder die Haftungsvoraussetzungen lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen, ließe sich im frühen Zeitpunkt der Anrufung des Fonds in aller Regel noch gar nicht abschließend beurteilen; diese Frage müsste gerade erst noch im Entschädigungsverfahren selbst geklärt werden.

Die bestimmungswidrige Kompensation von nachweislichen Haftpflichtschäden durch den Härtefallfonds würde das an sich zuständige Haftungsrecht sowie dessen Ausgleichs- und Präventionsfunktion aushöhlen: Der Schaden würde nicht mehr durch diejenige Person ersetzt werden, die ihn durch ihr pflichtwidriges Verhalten und damit zurechenbar verursacht hat; dadurch gingen zugleich die vom Haftungsrecht ausgehenden finanziellen Anreize zur Schadensvermeidung verloren [dazu bereits oben IV. 2.]. Stattdessen würden die betreffenden Haftpflichtschäden fortan von der Allgemeinheit getragen und damit „sozialisiert“.

b) Inanspruchnahme trotz Fehlens einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit

Zur anderen Seite hin besteht die nicht minder große Gefahr, dass sich Patienten auch wegen solcher Gesundheitsschäden an den Härtefallfonds wenden werden, die gerade *nicht überwiegend wahrscheinlich* durch einen Behandlungsfehler verursacht worden sind. Das Risiko einer solchen bestimmungswidrigen (und ggf. missbräuchlichen) Inanspruchnahme des Fonds ist – wie bei allen staatlichen (Sozial-)Leistungen – nicht zu unterschätzen<sup>95</sup>. Sobald nur die Vermutung eines Behandlungsfehlers im Raum stünde oder hierfür tatsächliche Anhaltspunkte vorlägen, würden zahlreiche Patienten den Fonds um eine Entschädigung ersuchen, zumal mit dem Verfahren kein wesentliches Kostenrisiko verbunden wäre. Auch bei dieser Prognose geht es nicht vorrangig um die Gefahr eines missbräuchlichen

bzw. betrügerischen Verhaltens: Vor der endgültigen Aufklärung und Prüfung des Sachverhalts könnte der Patient schlichtweg nicht sicher beurteilen, ob sein Entschädigungsbegehren berechtigt ist (ob also die Schadensverursachung durch einen ärztlichen Behandlungsfehler überwiegend wahrscheinlich ist) oder nicht.

Die bestimmungswidrige Kompensation von Schäden, die in Wirklichkeit nicht durch einen ärztlichen Behandlungsfehler verursacht worden sind, würde im Ergebnis eine Entschädigung des allgemeinen Krankheits- und Lebensrisikos bedeuten: Es würden Schäden kompensiert, obwohl diese durch die Krankheit des Patienten oder eine sonstige Ursache herbeigeführt wurden. Die Allgemeinheit würde folglich auch in dieser Hinsicht mit Schäden belastet, die an sich von anderen, nämlich vom Patienten selbst zu tragen wären [zur weitreichenden Kollektivierung bzw. „Sozialisierung“ des Krankheitsrisikos bereits oben IV. 1.].

c) Sorgfältige Anspruchsprüfung oder schnelle und unbürokratische Hilfe?

Um die bestimmungswidrige Entschädigung von nachweislichen Haftpflichtfällen einerseits sowie von allgemeinen Krankheits- und Lebensrisiken andererseits effektiv zu vermeiden, müsste der Härtefallfonds die gegen ihn erhobenen Ansprüche sehr sorgfältig prüfen. Die an ihn herangetragenen Sachverhalte müssten umfassend ausgeklärt und eingehend medizinisch sowie juristisch geprüft werden. Der mit einer solchen Anspruchsprüfung verbundene Zeit- und Kostenaufwand ist erheblich. Er unterscheidet sich auch nicht wesentlich vom Prüfungsaufwand im Rahmen eines zivilrechtlichen Rechtsstreits, denn die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Entschädigungsanspruch stimmen inhaltlich mit denjenigen für einen Schadensersatzanspruch überein (Gesundheitsschaden, Behandlungsfehler, haftungsbegründende Kausalität)<sup>96</sup>. Insbesondere führt die Herabsetzung des Beweismaßes auf die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ – entgegen dem ersten Anschein – keineswegs zu einer Verringerung des Prüfungsaufwands: Der Fonds müsste im Gegenteil die schwierige, gar „haarspalterische“<sup>97</sup> Abgrenzung vornehmen, ob die Haftungsvoraussetzungen im konkreten Einzelfall tatsächlich „überwiegend wahrscheinlich“ vorliegen (dann wäre der Entschädigungsanspruch begründet) oder zur vollen richterlichen Überzeugung nachweisbar sind oder umgekehrt nur wahrscheinlich vorliegen (dann wäre der Entschädigungsanspruch unbegründet).

Die zeitaufwendige Anspruchsprüfung, die erforderlich wäre, um eine „Fehlleitung eines erheblichen Teils der Fondsmittel“<sup>98</sup> zu verhindern, steht in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zu dem Ziel, dass der Fonds schnell und unbürokratisch Hilfe leisten soll<sup>99</sup>. Bislang ist völlig ungeklärt, wie dieser „Zielkonflikt“ aufgelöst werden soll. Klar dürfte jedenfalls sein, dass eine unzureichende Prüfung notwendig zur Anerkennung und Kompensation von unberechtigten Anspruchsbegehren führen wird.

## V. Ergebnisse

In der Gesamtschau überwiegen die Bedenken gegen die Einführung eines haftungsergänzenden Härtefallfonds. Dies gilt jedenfalls für die ganz im Vordergrund stehende Entschädigung von Patienten, deren Gesundheitsscha-

95) Vgl. hierzu auch *Baumann*, JZ 1983, 167, 174 („Mißbrauch des sozialen Netzes“, „moralisches Risiko“).

96) Zutreffend *Wagner*, MedR 2021, 101, 103.

97) So plastisch *Wagner*, MedR 2021, 101, 106 in Bezug auf die Abgrenzung zwischen voller richterlicher Überzeugung (§286 ZPO) und überwiegender Wahrscheinlichkeit.

98) *Wagner*, MedR 2021, 101, 103.

99) Zutreffend *Wagner*, MedR 2021, 101, 103.

den bloß mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch einen ärztlichen Behandlungsfehler verursacht worden ist. Demgegenüber bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen eine Härtefallregelung für den Fall, dass es bei der ärztlichen Behandlung zu bislang unbekanntem Komplikationen kommt bzw. sich unbekannte Risiken verwirklichen. Diese differenzierte Bewertung beruht zusammenfassend auf den nachfolgenden Gründen:

Bereits der sozialpolitische Bedarf für einen haftungsergänzenden Härtefallfonds erscheint zweifelhaft, da Personenschäden schon heute durch ein umfassendes System privater und sozialer Vorsorge abgesichert sind; dieser Schutz kann durch den Abschluss weiterer Privatversicherungen (etwa eine Berufsunfähigkeitsversicherung) beliebig ausgeweitet werden. Geschädigte Patienten, denen der Nachweis eines schadensursächlichen Behandlungsfehlers nicht gelingt oder die aus anderen Gründen von einer Arzthaftungsklage abgehalten werden, genießen insoweit den gleichen allgemeinen Mindest- bzw. Standardschutz wie alle Personen mit einem Gesundheitsschaden. Ein dringendes soziales Bedürfnis für einen Härtefallfonds besteht somit nicht. Zudem würde der Fonds dem großen Teil der sozialversicherten Patienten nur teilweise einen Mehrwert bieten: Eine Entschädigung für immaterielle Schäden (Schmerzensgeld) ist nicht vorgesehen und ein voller Ausgleich von langfristigen Erwerbs- oder Unterhaltsschäden scheidet ggf. an der Anspruchsdeckelung [näher zum Ganzen IV. 1.].

Gegen die Einführung des geplanten Härtefallfonds spricht insbesondere die Gefahr einer spürbaren Schwächung der haftungsrechtlichen Präventionsfunktion. Ein Härtefallfonds, der Behandlungsfehlerschäden unterhalb der zivilprozessualen Nachweisschwelle (§ 286 ZPO) entschädigt (nämlich bereits dann, wenn die Haftungsvoraussetzungen mit nur überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen) und der auch sonst diverse Vorzüge gegenüber einem Arzthaftungsprozess aufweist, würde das Haftungsrecht absehbar in weitem Umfang faktisch verdrängen (eine Ausnahme gilt allerdings für jene Fälle, in denen primär die Zahlung von Schmerzensgelds begehrt wird). Die von der Arzthaftung ausgehenden wirtschaftlichen Anreize für Ärzte und Krankenhäuser zu einem sorgfältigen, standardgerechten Verhalten würden dadurch erheblich geschwächt. Die Präventivwirkung des Haftungsrechts wäre dagegen nicht betroffen, wenn und soweit der Härtefallfonds bestimmte sonstige, außerhalb des Schutzbereichs des Haftungsrechts liegende Behandlungsschäden kompensiert. Gegen eine Entschädigung in Fällen seltener oder bislang unbekannter Komplikationen bzw. Behandlungsrisiken bestehen daher unter dem Aspekt der haftungsrechtlichen

Präventionsfunktion keine Bedenken [näher zum Ganzen IV. 2.].

Eine allgemeine Privilegierung von geschädigten Patienten gegenüber allen sonstigen Geschädigten lässt sich nicht ohne Weiteres legitimieren. Dies spricht gegen eine Entschädigung in Fällen, in denen die Haftungsvoraussetzungen nicht mit der zivilprozessual erforderlichen Gewissheit nachgewiesen werden können, sondern nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vorliegen. In Fortentwicklung des geltenden sozialen Entschädigungsrechts erscheint dagegen eine Kompensation in Fällen bislang *unbekannter* Komplikationen bzw. Behandlungsrisiken durchaus erwägenswert, da insoweit der Gedanke der Aufopferung bzw. der gesteigerten Verantwortlichkeit der Allgemeinheit fruchtbar gemacht werden kann [näher zum Ganzen IV. 3.].

Einem Härtefallfonds, der geschädigte Patienten bei überwiegender Wahrscheinlichkeit der Haftungsvoraussetzungen entschädigen soll, droht eine bestimmungswidrige Inanspruchnahme (und zweckwidrige Mittelverwendung) sowohl in nachweislichen Haftpflichtfällen als auch in Fällen einer nicht überwiegend wahrscheinlichen Haftung. Dieser Gefahr ließe sich nur durch eine sorgfältige Anspruchsprüfung begegnen, die aber in einem Spannungsverhältnis zum Ziel der schnellen und unbürokratischen Schadensregulierung steht. Demgegenüber wäre bei einer Entschädigung in Fällen seltener oder bislang unbekannter Komplikationen bzw. Behandlungsrisiken die Gefahr einer bestimmungswidrigen Inanspruchnahme des Fonds als äußerst gering einzuschätzen [näher zum Ganzen IV. 4.].

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

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

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

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.