

Beviskravet for årsagssammenhæng i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet

The standard of proof for causal connection
in the Danish Act governing the right to complain and to obtain compensation in the Danish health care system

af CARINA HAGEN ANDERSEN

Formålet med nærværende afhandling har været at analysere udviklingen i retspraksis vedrørende beviskravet for årsagssammenhæng efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL) samt analysere, hvordan denne udvikling i retspraksis stemmer overens lovens formål. Reglen i KEL § 20, stk. 1 om, at der alene kræves "overvejende sandsynlighed" for, at behandlingen er årsag til skaden, er allerede en lempelse i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, men i forarbejderne til loven videreføres imidlertid en mulighed for at foretage en yderligere lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng. Ifølge formuleringen i forarbejderne er dette muligt i "tvivlsomme tilfælde", hvor der "klart er begået fejl" ved behandlingen. Et af omdrejningspunkterne i retspraksis siden lovens indførelse har derfor været at fastlægge, hvornår betingelserne for denne yderligere bevislempelse er opfyldt, således at der er ført det fornødne bevis for årsagssammenhæng i relation til KEL.

Analysen af udviklingen i retspraksis viser, at der er sket en vis nærmere afklaring på dette område, men retsstillingen anses dog ikke for endeligt afklaret. Vedrørende forarbejdernes betingelse om, at der klart skal være begået fejl ved behandlingen, er konklusionen på baggrund af udviklingen i retspraksis på nuværende tidspunkt, at alene en eller anden form for culpa er tilstrækkeligt til, at denne betingelse er opfyldt. Dette er desuden bedst overensstemmende med formuleringen i forarbejderne. Vedrørende forarbejdernes betingelse om, at der skal foreligge et tvivlsomt tilfælde, er konklusionen, at retsstillingen i vidt omfang stadig står uafklaret. Selvom udviklingen i retspraksis peger i retning af en strengere bedømmelse på dette område, må det alligevel anses for bedst overensstemmende med lovens formål at foretage denne strenge bedømmelse. På trods heraf er det dog uheldigt for retstilstanden, at Højesteret ikke har formået at skabe en klar linje.

Sammenfattende er der i nærværende afhandling på baggrund af analysen opstillet en "tretrinsvurdering" til fastlæggelse af, om beviskravet for årsagssammenhæng i relation til KEL er opfyldt. Et afsæt i denne tretrinsvurdering skulle således gerne fremadrettet udgøre en mere tydelig og klar fremgangsmåde til vurderingen af, om beviskravet for årsagssammenhæng i relation til KEL er opfyldt samt bidrage til en nærmere afklaring af den svingende og uklare retspraksis, som hidtil er set på dette område.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	3
1.1. Præsentation af emnet	3
1.2. Problemformulering og struktur	4
1.3. Afgrænsning af emnet	4
1.4. Metode og retskilder	5
2. Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL)	6
2.1. Baggrunden og formålet med KEL	6
2.2. Patientskadesystemet	7
2.3. Ansvarsgrundlaget	8
3. Bevisbyrde	9
4. Beviskravet for årsagssammenhæng	9
4.1. Den almindelige erstatningsret	9
4.1.1. Årsagssammenhæng	9
4.1.2. Beviskravet	10
4.2. Den særlige bevisregel i KEL	11
4.2.1. "Overvejende sandsynlighed"	11
4.2.2. Yderligere lempelse af beviskravet	11
4.2.2.1. Betingelsen om culpa	13
4.2.2.1.1. U 2002.1690/2 H	13
4.2.2.1.2. U 2006.1717 H og U 2007.1591 H	16
4.2.2.1.3. Nyere retspraksis	18
4.2.2.2. Betingelsen om "tvivlsomt tilfælde"	19
4.2.2.2.1. U 2008.2801 H	19
4.2.2.2.2. U 2009.1835 H	21
4.2.2.2.3. U 2009.2376 H og U 2010.408 H	23
4.2.2.2.4. U 2011.1019 H	26
4.2.2.2.5. Nyere retspraksis	27
5. Gældende retstilstand	28
6. Konklusion	32
Forkortelses- og litteraturliste mv.	34
Lovgivning og forarbejder	34
Forkortelser	34
Litteratur	35
Hjemmesider	37
Afgørelser	37
Bilagsfortegnelse	37

Abstract

The Danish Act governing the right to complain and to obtain compensation in the Danish health care system was first introduced in 1992 (formerly called the Danish Act of patient insurance). Before introducing the law, the general law of damages in personal injury cases was the deciding factor in determining whether there is a causal connection between the treatment and the caused injury. However, it turned out to be difficult for the patients to provide the necessary standard of proof. Therefore, one of the main purposes of the law was to ensure easier access to prove this standard of proof. This is expressed in § 20, subs. 1 of the Act, which only requires a 51 % of probability for a causal connection between the treatment and the caused injury. Sometimes, however, the preparatory work of the law allows an additional reduction of proof. This is the case, if there is a *case of doubt* and if there is a *medical error that is clearly committed*. One of the pivotal points in case law since the introduction of the law has therefore been to determine when these two conditions for this additional reduction of proof have been met, so that the necessary standard of proof for causal connection has been proved.

The purpose of this thesis therefore is to analyse the development in case law according the standard of proof for causal connection in the Danish Act governing the right to complain and to obtain compensation in the Danish health care system. In the light of this development, the thesis will clarify how the case law matches the purpose of the Act.

The analysis of the development in case law shows that there has been some clarification since the introduction of the law, but the area has not yet been definitively clarified. Regarding the requirement in the preparatory work of a *medical error that is clearly committed*, the conclusion in case law now is, that all types of negligence are sufficient for this requirement to be fulfilled. This is also in line with the wording of the preparatory work. Regarding the requirement of a *case of doubt*, the conclusion in case law is, that the legal position is still largely unclarified. The assessment in these cases is often based on concrete, medical advice, and presumably there will never be a definitive clarification. The case law may appear to be subject to a strict assessment, but it is nevertheless considered best consistent with the purpose of the law. Despite the fact that the relatively strict assessment in case law must be accepted, it may seem unfortunate for the legal position that the Supreme Court has failed to create a clear line.

In summary, a *three-step assessment* can be established to determine whether the standard of proof for causal connection in relation to the Act is fulfilled. A starting point in this *three-step assessment* is supposed to provide a more clear procedure in determining whether the standard of proof for causal connection is fulfilled. Therefore this assessment can be seen as an input to a closer clarification of the unclear case law in this area.

1. Indledning

1.1. Præsentation af emnet

Patientforsikringsloven (PFL, nu KEL) blev indført i år 1992. Forud for lovens indførelse fandt de almindelige erstatningsretlige regler anvendelse ved en bedømmelse af, om behandlingen var årsag til skaden. Det viste sig imidlertid at være vanskeligt for patienterne at sikre det fornødne bevis for årsagssammenhæng, hvorfor et af hovedformålene med loven derfor også blev at sikre en lempeligere adgang til at føre dette bevis. Hovedformålet kom blandt andet til udtryk i en tidligere regel svarende til KEL § 20, stk. 1. Heri er det angivet vedrørende beviskravet for årsagssammenhæng, at det alene er tilstrækkeligt, at patienten beviser, at det er *overvejende sandsynligt*, at patienten er blevet påført en skade ved behandlingen.

Forud for loven havde retspraksis imidlertid vist, at det i visse tilfælde var muligt at lempe kravene til beviset, hvorfor forarbejderne til loven også åbnede mulighed for at videreføre en sådan *yderligere* bevislempelse. Ifølge formuleringen i forarbejderne er dette muligt i *tvivlsomme tilfælde*, hvor der *klart er begået fejl* ved behandlingen. Et af omdrejningspunkterne i retspraksis siden lovens indførelse har derfor været at fastlægge, hvornår disse betingelser for denne yderligere bevislempelse er opfyldt, således at der er ført det fornødne bevis for årsagssammenhæng. Dette har dog givet anledning til flere domstolsafgørelser helt frem til i dag – hvoraf flere har taget hele vejen til Højesteret. Til trods herfor har Højesteret dog ikke formået at skabe en klar linje, og flere af afgørelserne er imidlertid også i retslitteraturen blevet mødt med kritik. Nærværende afhandling vil derfor undersøge, om der på nuværende tidspunkt, på baggrund af udviklingen i retspraksis, er skabt en afklaret retstilstand vedrørende dette beviskrav for årsagssammenhæng efter KEL.

1.2. Problemformulering og struktur

Nærværende afhandling har til formål at analysere udviklingen i retspraksis vedrørende beviskravet for årsagssammenhæng efter KEL. På denne baggrund vil afhandlingen belyse, hvordan udviklingen i retspraksis stemmer overens lovens formål.

Til besvarelse af problemstillingen vil afhandlingen indledningsvist i afsnit 2 gennemgå baggrunden og formålet med indførelsen af PFL (nu KEL). Gennemgangen heraf er med til at skabe en forståelse for den udvikling, som også senere har vist sig i retspraksis. Afsnit 2 vil derudover kortfattet gennemgå patientskadesystemet samt ansvarsgrundlaget efter KEL. Dette er hovedsagligt for overblikkets skyld, men det er også begrundet i, at fastlæggelsen af et ansvarsgrundlag netop er en afgørende forudsætning for at nå til vurderingen af beviskravet for årsagssammenhæng. Spørgsmålet om bevisbyrde vil blive belyst i afsnit 3. Afsnit 4 indeholder en analyse af beviskravet for årsagssammenhæng. Indledningsvist vil afsnittet belyse årsagssammenhængsvurderingen samt beviskravet for årsags-sammenhæng i den almindelige erstatningsret. Herefter vil afsnittet behandle den særlige bevisregel i KEL om *overvejende sandsynlighed* og efterfølgende gennemgå den i forarbejderne nævnte mulighed for yderligere at lempe på beviskravet. I den forbindelse vil flere domme – hovedsagligt højesteretsdomme – blive gennemgået. Selvom flere af dommene strækker sig over en periode på næsten to årtier tilbage, er de af afgørende betydning for den senere udvikling i retspraksis, hvorfor de vil blive behandlet til trods herfor. Gennemgangen af dommene vil for overblikkets skyld blive opdelt i to kategorier, hvor den første kategori vedrører forarbejdernes betingelse om, at der *klart skal være begået fejl* ved behandlingen (i nærværende afhandling benævnt *betingelsen om culpa*), og hvor den anden kategori vedrører forarbejdernes betingelse om, at der skal foreligge et *tvivlsomt tilfælde*. Afsnit 5 vil indeholde en vurdering af den gældende retstilstand på baggrund af udviklingen i retspraksis, herunder udviklingens overensstemmelse med lovens formål. Konklusionen vil fremgå af afsnit 6.

1.3. Afgrænsning af emnet

Da området for patientskader er meget bredt, har det været nødvendigt at foretage en række afgrænsninger.

Nærværende afhandling beskæftiger sig alene med beviskravet for årsagssammenhæng, hvilket indebærer, at det beviskrav, som gælder i relation til ansvarsgrundlaget, ikke vil blive behandlet. Vurderingen af beviskravet for årsagssammenhæng forudsætter dog, at der er fastlagt et ansvarsgrundlag. I afhandlingens afsnit 2.3 nedenfor vil ansvarsgrundlaget derfor overfladisk blive gennemgået, men de enkelte ansvarsgrundlag i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4, vil

ikke blive uddybet nærmere. Derudover vil lovens nærmere regler om den erstatnings-berettigede personkreds, skadebegrebet samt dækningsområdet ikke blive behandlet, da fokus i nærværende afhandling alene er på beviskravet for årsags-sammenhæng i relation til behandlings-skader. Derfor vil beviskravet for årsags-sammenhæng vedrørende lægemiddelskader heller ikke blive gennemgået.

Afhandlingen omhandler alene problemstillinger vedrørende vurderingen af, om beviskravet for årsagssammenhæng er opfyldt, hvorfor konsekvenserne i forhold til reglerne om udmåling af erstatning og godtgørelse ikke vil blive behandlet nærmere. Derudover er der særligt på patientskadeområdet tale om et område, hvor de lægefaglige vurderinger, herunder Retslægerådets udtalelser, spiller en afgørende rolle, hvorfor dette også vil blive nævnt flere steder, men i hvilket omfang sådanne udtalelser lægges til grund af domstolene, herunder udtalelsernes betydning generelt, vil ikke blive behandlet nærmere.

Afhandlingen analyserer gældende ret, herunder om udviklingen i retspraksis stemmer overens med lovens formål, hvorfor retstilstanden vil blive belyst fra indførelsen af PFL (nu KEL) og frem. For fuldstændighedens og forståelsens skyld vil retstilstanden forud for loven enkelte steder blive inddraget.

Som det fastslås nedenfor i afsnit 2.1 er formålet med indførelsen af loven dobbelt, således at det både indebærer (1) en *materiel forbedring* af patientens mulighed for erstatning ved en afstandtagen fra culpereglen samt (2) en *processuel lettelse* ved, at det ikke længere er nødvendigt, at patienten selv gennemfører en retssag ved de almindelige domstole om retten til erstatning. Fokus i nærværende afhandling vil hovedsagligt være på det førstnævnte formål, hvorfor formålet omkring en processuel lettelse alene sporadisk vil blive nævnt. Årsagen til dette er, at reglen i KEL § 20, stk. 1, og det i forarbejderne nævnte vedrørende beviskravet for årsags-sammenhæng, i høj grad er et udslag af det førstnævnte formål. Der vil derfor heller ikke blive inddraget statistisk materiale til vurderingen af, om formålet vedrørende en processuel lettelse er blevet opfyldt.

Det skal endvidere bemærkes, at patientforsikringsloven (PFL) pr. 1. januar 2007 skiftede navn til klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL). Derudover skiftede Patientforsikringsforeningen (PFF) navn til Patient-erstatningen (PE) den 1. marts 2014, mens Patientskadeankenævnet (PSA) og Lægemiddelskadeankenævnet (LSA) blev samlet under betegnelsen Ankenævnet for Patienterstatning (AfP) den 1. januar 2015. Der vil derfor i nærværende afhandling kunne forekomme brug af alle disse betegnelser.

1.4. Metode og retskilder

Udarbejdelsen af nærværende afhandling vil ske med udgangspunkt i den traditionelle retsdogmatiske metode i forsøget på at beskrive, undersøge og fortolke gældende ret.¹ Som allerede nævnt er dette et område med mange domstols-afgørelser, hvor særligt Højesteret ikke har formået at skabe en klar linje. Det gør det derfor ikke af den grund mindre interessant at analysere gældende ret for at klarlægge retstilstanden.

Med udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, er det nødvendigt at inddrage flere retskilder til at beskrive, undersøge og fortolke gældende ret. Retskilderne har hver deres retskildeværdi, og det er derfor vigtigt at forhold sig kritisk ved anvendelsen af retskilderne.² KEL er, som loven på dette område, den primære retskilde.³ Da KEL ikke udtømmende har taget

¹ Jf. Evald og Schaumburg-Müller, s. 210 ff.

² Jf. Blume, s. 174 ff.

³ Jf. *Ibid.*, s. 185 ff.

stilling til alle spørgsmål inden for dette område, er det også nødvendigt at inddrage andre retskilder. Dette gælder for det første lovens forarbejder, som netop er særlig relevante, når lovens ordlyd ikke giver en nærmere forklaring af retsstillingen på området.⁴ Derudover bidrager forarbejderne, særligt på dette område, til en forståelse af baggrunden med indførelsen af loven. For det andet er også retspraksis en vigtig retskilde, da dette er med til fortolke loven.⁵ Retskildeværdien er her afhængig af, hvilken domstol, der træffer afgørelsen. Det er hovedsagligt højesteretsdomme, som vil blive behandlet i nærværende afhandling, da disse har den højeste retskildeværdi.⁶ Som supplement hertil vil der enkelte steder dog også blive inddraget landsrets- og byretsdomme. Grundet den mangfoldige retspraksis på dette område, vil der ikke blive inddraget administrativ praksis i form af afgørelser fra PE og AfP, da domstolsafgørelser netop har en højere retskildeværdi, og domstolene er da heller ikke bundet af sådanne afgørelser.⁷ Disse administrative afgørelser vil alene blive behandlet, såfremt det findes relevant i forbindelse med gennemgangen af en dom. Afhandlingen vil desuden inddrage retslitteratur, som omfatter både nyere og ældre litteratur. Det er diskuteret om litteraturen udgør en egentlig retskilde, da den enkelte forfatters holdning netop kommer til udtryk heri.⁸ Afhandlingen vil dog alligevel anvende retslitteraturen, da det er med til at udtrykke en argumentation, herunder en samlet analyse af et område, og forfatterne har ofte en særlig fagkundskab inden for området. Retslitteraturen vil i nærværende afhandling hovedsagligt blive anvendt til en belysning af patientskadeområdet, herunder som supplement til fortolkningen af retspraksis på dette område, men der vil generelt blive anlagt en kritisk tilgang hertil.

2. Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL)

2.1. Baggrunden og formålet med KEL

Før PFL (nu KEL) trådte i kraft, var retten til erstatning betinget af, at patienten kunne bevise, at der var begået fejl eller handlet uagtsomt i forbindelse med behandlingen – det vil sige bevise, at erstatningsbetingelserne efter de almindelige erstatningsretlige regler var opfyldt.⁹ Dette viste sig at være en meget tung bevisbyrde for patienten af løfte, og mange opnåede derfor ikke den erstatning, som de egentlig var berettigede til.¹⁰ Patienterne var således formentlig ikke klar over, at der var sket en skade som følge af behandlingen, og dernæst heller ikke klar over muligheden for at fremsætte et erstatningskrav.¹¹ Uanset dette var culpareglen også svært anvendelig i praksis på lægeansvarsområdet. Dette var blandt andet begrundet i de bevismæssige problemer, hvor patienten både skulle løfte bevisbyrden for, at der forelå culpa, men også bevisbyrden for, at der var årsagssammenhæng mellem behandling og skade. Derudover måtte patienter forud for indførelsen af loven rejse sagsanlæg ved de almindelige domstole, såfremt de ønskede dækning af deres erstatningskrav, hvorfor mange patienter helt undlod at rejse disse krav.¹²

⁴ Jf. *Ibid.*

⁵ Jf. *Ibid.*, s. 186.

⁶ Jf. *Ibid.*

⁷ Jf. *Ibid.*, s. 187.

⁸ Jf. *Ibid.*, s. 188 ff.

⁹ Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 43.

¹⁰ Jf. von Eyben, *Patientforsikring*, s. 16 ff.

¹¹ Jf. *Ibid.*, s. 18 ff.

¹² Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 43.

På denne baggrund opstod der med indførelsen af PFL (nu KEL) et ønske om at forbedre patientens retsstilling. I forarbejderne til loven er formålet beskrevet som følger:

”Formålet med lovforslaget er at oprette en offentligt styret patientforsikringsordning, hvorefter der gives patienter erstatning for skader opstået under behandling m.v. i sundheds-væsenet, navnlig sygehus-væsenet, i videre omfang end efter gældende erstatningsregler (f.eks. culpareglen) og på en for patienten lettere og hurtigere måde.

Baggrunden for lovforslaget er, at dansk rets almindelige erstatningsregel - culpareglen, hvorefter skadelidte skal kunne bevise, at der er begået en fejl eller udvist en forsømmelse - findes uhensigtsmæssig, når det drejer sig om patientskader. Det har særlig for patient-skader vist sig vanskeligt for patienten at føre bevis for lægelige fejl og årsagsforbindelse mellem fejl og skade. Det synes endvidere urimeligt, at skadede patienter skal igennem anstrengende retssager.”¹³

Som også angivet af von Eyben udtrykker denne formulering, at der er tale om et dobbelt formål.¹⁴ Formålet omfatter (1) en materiel forbedring af patientens mulighed for erstatning ved en afstandtagen fra culpareglen og (2) en processuel lettelse ved, at det ikke længere er nødvendigt, at det er patienten selv, der gennemfører en retssag ved de almindelige domstole om retten til erstatning.¹⁵

Den materielle forbedring består dels i, at loven har karakter af en ”no-fault”-forsikringsordning, hvor patienten ikke længere skal bevise, at den behandlende læge eller sygehus har handlet culpøst, men alene bevise, at en række kriterier for erstatning er opfyldt,¹⁶ samt dels i, at det ved beviskravet for årsagssammenhæng alene er tilstrækkeligt, at patienten beviser, at det er *overvejende sandsynligt*, at patienten er blevet påført en skade ved behandlingen.¹⁷ Patienten har således ved indførelsen af loven stadig bevisbyrden for, at der foreligger en patientskade.¹⁸ Den processuelle lettelse består i, at erstatningsordningen nu varetages af et administrativt organ¹⁹, som oplyser sagen, og dermed undgår patienterne at tvinges ud i en forsvarsposition, hvor både advokatbistand og anlæggelse af en retssag ved de almindelige domstole er nødvendigt.²⁰ Det administrative organ bistår derfor med at løfte patientens bevisbyrde.²¹

2.2. Patientskadesystemet

Som tidligere nævnt ændrede Patientforsikringsforeningen (PFF) pr. 1. marts 2014 navn til Patienterstatningen (PE), hvilket var for at tydeliggøre, at der er tale om en erstatningsordning.²² Det følger af KEL § 33, at PE er lovens centrale administrative organ, idet alle sager efter loven

¹³ Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3270

¹⁴ Jf. von Eyben, *Patientforsikring*, s. 24 ff.

¹⁵ Derudover har ordningen også medført en præventiv funktion, jf. nærmere herom Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 45 ff.

¹⁶ Jf. von Eyben, *Patientforsikring*, s. 25. Mere herom i afsnit 2.3 nedenfor.

¹⁷ Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3286. Nærmere herom i afsnit 4.2.1 nedenfor.

¹⁸ Nærmere herom i afsnit 3 nedenfor.

¹⁹ Nærmere herom i afsnit 2.2 umiddelbart nedenfor.

²⁰ Jf. von Eyben og Isager, s. 418.

²¹ Jf. von Eyben, *Patientforsikring*, s. 83 og Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 156.

²² Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 388.

skal behandles og afgøres af organet. PE er underlagt officialmaksimen/officialprincippet, hvilket betyder, at det er PE, som sørger for at indhente det fornødne grundlag til sagernes behandling.²³

Som led i indførelsen af PFL (nu KEL), herunder formålet om en lettere og hurtigere erstatningsadgang, jf. ovenfor afsnit 2.1, valgte man at indføre en mulighed for en administrativ prøvelse af PE's afgørelser, jf. KEL § 58 a. Denne administrative prøvelse varetages af Ankenævnet for Patienterstatningen (AfP), der træffer den endelige administrative afgørelse. Ankenævnet kan både stadfæste, ophæve og ændre PE's afgørelser, jf. KEL § 58 b, stk. 1.²⁴ Da det følger af KEL § 26, at KEL har forrang, får det betydningen, at indbringelse for PE og AfP er påkrævet, før der kan rejses sag ved domstolene.²⁵

2.3. Ansvarsgrundlaget

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.1 var erstatning før PFL (nu KEL) betinget af, at patienten kunne påvise, at skaden var forvoldt culpøst, og dermed opfyldte de almindelige erstatningsretlige betingelser. Med indførelsen af PFL (nu KEL) blev dette imidlertid forladt, mens det i stedet alene må kræves, at en række objektive kriterier for erstatning er opfyldt. Modsat blev der dog ikke indført et generelt objektivt ansvar, hvorved ansvar for enhver skade, som er forårsaget ved undersøgelse eller behandling, er omfattet.²⁶ Baggrunden herfor er, at visse risici ved lægelig be-handling må accepteres for muligheden for at opnå helbredelse – især i de tilfælde, hvor ingen behandling indebærer risiko for invaliditet eller død. Det er netop denne balance, som erstatningskriterierne i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4, bygger på.²⁷

Hovedsynspunktet er derfor, at der ydes erstatning ved skader, som kunne være undgået, hvis undersøgelse eller behandling var blevet udført anderledes, jf. KEL § 20, stk. 1, nr. 1-3. Det afgørende for, at der foreligger et ansvarsgrundlag i lovens forstand, er således en objektiv konstatering af, at hvis lægen/sundheds-personen havde handlet anderledes, ville skaden med *overvejende sandsynlighed*²⁸ være blevet undgået. Det er derfor ikke krav, at skaden *burde* være undgået, ligesom det er tilfældet ved culpapreglen. Denne mere objektive bedømmelse indebærer derfor, at man ikke behøver at tage stilling til, om der foreligger culpa,²⁹ men i nogle tilfælde, vil der dog alligevel foreligge culpa, og i disse situationer er ansvarsbetingelsen derfor opfyldt. Derudover findes opsamlingsbestemmelsen KEL § 20, stk. 1, nr. 4, der – modsat de andre regler – omfatter skader ved undersøgelse eller behandling, som *ikke* kunne være undgået. Her stilles dog en række særlige krav, der gør, at området for dækningen af disse skader er snævrere.³⁰

²³ Jf. *Ibid.*, s. 392 ff. Se desuden KEL § 37 om PE's adgang til at indhente oplysninger. Baggrunden for disse regler skal ses i overensstemmelse med formålet med loven om en processuel lettelse af patientens adgang til erstatning, jf. ovenfor afsnit. 2.1.

²⁴ Klagefristen er på én måned, og klagen har opsættende virkning, jf. KEL § 58 b, stk. 2.

²⁵ Jf. *Askjær, Jakobsen og Hjortnæs*, s. 341. Der sker en fuldstændig domstolsprøvelse af Ankenævnet for PE's afgørelser, jf. KEL § 58 d, stk. 1. Fristen for indbringelse for domstolene er på seks måneder efter afgørelsens meddelelse, jf. KEL § 58 d, stk. 2.

²⁶ Jf. *von Eyben og Isager*, s. 422 ff.

²⁷ Jf. *Ibid.*

²⁸ Der henvises til gennemgangen i afsnit 4.2.1 nedenfor.

²⁹ Culpavurderingen kan dog få betydning i relation til beviskravet for årsagssammenhæng, jf. afsnit 4.2.2 nedenfor.

³⁰ Jf. *von Eyben og Isager*, s. 423. Erstatningskriterierne i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4, og beviskravene hertil vil ikke blive behandlet nærmere i nærværende afhandling. For yderligere herom kan henvises til *von Eyben og Isager*, s. 423 ff.

En begrænsning til erstatningsansvaret efter KEL § 20, stk. 1, findes i KEL § 21, stk. 1, der omhandler erstatningsansvar for *diagnosticeringsfejl*.³¹ Begrænsningen følger af, at der alene i disse situationer ydes erstatning, såfremt der foreligger et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, eller nr. 2. Kerneområdet for bestemmelsens anvendelse er i dag de situationer, hvor den rigtige diagnose er stillet, men hvor *behandlingen er iværksat for sent eller slet ikke iværksat*.³² Den særlige problemstilling i disse sager er, at man ofte ikke med sikkerhed kan udtale sig om omfanget af grundlidelsen, herunder hvilken behandling, der skulle have været iværksat på det optimale diagnosetidspunkt.³³

3. Bevisbyrde

Som altovervejende hovedregel er det – inden for personskadeerstatningsretten – skadelidte, der har bevisbyrden for, at ansvarsbetingelserne, herunder beviskravet til årsagssammenhæng, er opfyldt. Der er således tale om en ligefrem bevisbyrde.³⁴ I overensstemmelse med disse regler, er det patienten (i tilfælde af patientens død; de efterladte), der har bevisbyrden efter KEL.³⁵ Der har både i retspraksis og teori hersket en vis tvivl om, hvorvidt der er tale om en omvendt bevisbyrde, således at patienten har ret til erstatning i alle tilfælde, hvor der ikke kan føres bevis for det modsatte. Hverken i forarbejderne til loven eller i Højesterets praksis synes der at være hjemmel hertil, og der opereres derfor ikke i KEL med nogen form for omvendt bevisbyrde.³⁶ Patienten har derimod ingen direkte oplysningspligt, hvilket betyder, at det ikke er patienten selv, som skal tilvejebringe bevismaterialet, da det netop påhviler PE i samarbejde med patienten at tilvejebringe de relevante oplysninger, jf. KEL § 33, jf. også ovenfor afsnit 2.2.³⁷

Bevisbyrden angiver derfor, hvem der skal bære risikoen for, at bevisbyrden ikke løftes, men den angiver ikke, hvilken sandsynlighedsgrad, der er tilstrækkelig i det enkelte tilfælde. Dette bestemmes i stedet af beviskravet.³⁸ Beviskravet for årsagssammenhæng bliver netop temaet i den følgende gennemgang.

4. Beviskravet for årsagssammenhæng

4.1. Den almindelige erstatningsret

4.1.1. Årsagssammenhæng

Ud over den i erstatningsretten grundlæggende betingelse om, at der skal foreligge et ansvarsgrundlag, jf. afsnit 2.3 ovenfor, er det også en grundlæggende betingelse for erstatning, at den

³¹ Derudover findes to andre begrænsninger i KEL § 21, stk. 2, vedrørende ulykkestilfælde samt KEL § 21, stk. 3, vedrørende lægemiddelskader.

³² Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 252 ff.

³³ For nærmere herom se Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 256 ff.

³⁴ Jf. Ehlers, s. 458 ff.

³⁵ Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 156.

³⁶ Det fremgår alene af forarbejderne til loven, at beviskravet for årsagssammenhæng kan lempes, jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3286. Selvom dette ifølge Kristensen i praksis betyder, at bevisbyrden vendes, jf. Kristensen, s. 118, note 311, er der ikke i øvrigt støtte herfor i hverken teori eller retspraksis. Derudover angiver forarbejderne til loven direkte, at bevisreglen er lempet yderligere for forsøgspersoner og donorer, hvor der gælder en omvendt bevisbyrde, jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3276, hvilket således taler imod, at dette generelt er tilfældet. Det har dog været diskuteret om der blev opereret med en omvendt bevisbyrde forud for KEL, jf. Juristen, 1990.1, s. 2 ff.

³⁷ Jf. von Eyben, Patientforsikring, s. 83 og Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 156.

³⁸ Jf. Juristen, 1990.1, s. 2.

adfærd, som konstituerer ansvarsgrundlaget er årsag til en indtrådt skade (og at dette har medført et erstatningsretligt tab).³⁹ Denne betingelse om årsagssammenhæng⁴⁰ er ikke udformet nærmere i lovgivningen, der alene forudsætter dens eksistens, og det har derfor været overladt til retspraksis nærmere at fastlægge indholdet af årsagssammenhængsvurderingen. Retspraksis viser her, at spørgsmålet om årsagssammenhæng kan afgøres ud fra følgende spørgsmål: Ville skaden være indtrådt, hvis det ansvarsbegrundede forhold ikke havde foreligget? Hvis svaret er ja, er kravet om årsagssammenhæng *ikke* opfyldt. Der sker således i vurderingen en sammenligning mellem det faktiske forløb og et tænkt, hypotetisk forløb. Endvidere er det et krav i den almindelige erstatningsret, at der foreligger adækvans, hvilket består i, at det skal være muligt at afvise erstatning i de tilfælde, hvor skaden/tabets sammenhæng til det ansvarsbegrundede forhold er så ringe, at tilfældet må ligge uden for erstatningsansvarets grænse. Adækvanslæren kan derfor ses som subsidiært i relation til spørgsmålet om årsagssammenhæng.⁴¹

4.1.2. Beviskravet

Vurderingen af, om der foreligger årsagssammenhæng mellem det ansvars-begrundede forhold og skaden/tabets, er et bevismæssigt spørgsmål, der skal afgøres ud fra en samlet vurdering af den konkrete sags omstændigheder.⁴² Det følger af reglen i RPL § 344, at domstolene selv afgør, hvilken vægt det fremlagte bevismateriale skal have. Det afgørende bliver derfor i sidste ende, hvilke krav, der kan stilles til styrken af dette bevis.

I den erstatningsretlige litteratur opereres der i almindelighed med et sandsynlighedsbegreb, men da det sjældent er muligt i praksis præcist at fastslå sandsynligheden for, at ansvarshændelsen har forårsaget den skete skade, er der da heller ikke i litteraturen enighed om det nærmere indhold af dette sandsynlighedsbegreb.⁴³ Der opereres dog normalt med en sandsynlighedsskala fra 0-100 %, hvor man i dansk ret har været mere tilbageholdende med at lægge sig fast på en bestemt sandsynlighedsgrad for, at kravet om årsagssammenhæng er opfyldt. Der er til trods herfor dog bred enighed om, at der i udgangspunktet må kræves noget mere end alene *overvejende sandsynlighed* (dvs. mere end en sandsynlighedsgrad på alene 51 %). Ifølge von Eyben kræves ”en væsentligt højere grad af sandsynlighed”,⁴⁴ og med henvisning til U 2005.2151 H udtaler von Eyben og Isager, at dommen netop er et udtryk for, at kravet om *overvejende sandsynlighed* efter lov om erstatning for skader ved vaccinationer er en lempelse i forhold til det almindelige beviskrav i erstatningssager.⁴⁵ Der findes derfor i dansk retspraksis ingen klar dokumentation for, hvilket sandsynlighedskrav, der helt præcist gælder, hvilket formentlig også skal ses i lyset af vanskelighederne ved at bestemme sandsynlighedsgraden.⁴⁶ Det må dog konkluderes, at der i den almindelige erstatningsret kræves mere end blot *overvejende sandsynlighed*.

Hvis beviskravet herefter anses for opfyldt, er beviset for årsags-sammenhæng ført, og det er således ikke nødvendigt at foretage sig yderligere. Såfremt kravet *ikke* er opfyldt, er det imidlertid i visse tilfælde i retspraksis antaget, at kravet til bevis for årsagssammenhæng i den

³⁹ Kravet om årsagssammenhæng gælder både i relation til *skaden* og *tabet*, men det vil dog være overflødigt at undersøge mulige tabsposter, såfremt skaden ikke er forårsaget af det ansvarsbegrundede forhold, jf. von Eyben og Isager, s. 297.

⁴⁰ Også kaldet kausalitet.

⁴¹ Jf. von Eyben og Isager, s. 297 ff. og Ehlers, s. 72 ff. Adækvansproblemerne vil dog ikke blive uddybet nærmere i denne afhandling.

⁴² Jf. Ehlers, s. 380.

⁴³ Jf. *Ibid.*, s. 381 ff. og von Eyben og Isager, s. 303 ff.

⁴⁴ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 21

⁴⁵ Jf. von Eyben og Isager, s. 304.

⁴⁶ Jf. *Ibid.*

almindelige erstatningsret kan lempes – det vil sige den manglende sandsynlighed kan udlignes af normative betragtninger, således at beviset alligevel kan anses for ført.⁴⁷ Forud for indførelsen af PFL (nu KEL) var skader opstået i forbindelse med lægebehandling undergivet denne mulighed, når der var sket fejl i forbindelse med behandlingen.⁴⁸

4.2. Den særlige bevisregel i KEL

4.2.1. ”Overvejende sandsynlighed”

Som allerede nævnt ovenfor i afsnit 2.1 var en del af formålet med indførelsen af PFL (nu KEL) en afstandtagen fra culpereglen, og dermed at sikre, at patienterne kunne få erstatning i videre omfang end tidligere.⁴⁹ Denne lempelse af beviskravet kom blandt andet til udtryk i den regel, som i dag findes i KEL § 20, stk. 1, hvoraf det fremgår, at der alene kræves *overvejende sandsynlighed* for, at skaden er forvoldt på en af de nævnte måder i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4.⁵⁰ I den forbindelse fremgår følgende af forarbejderne til loven:

”Ved vurderingen af, om der er den nødvendige årsagssammenhæng mellem skaden og den behandling, undersøgelse m.v., som patienten blev givet, er det tilstrækkeligt, at der tilvejebringes en overvejende sandsynlighed for, at skaden er forvoldt herved”.⁵¹

Dermed er patientens ret til erstatning ikke betinget af, at årsagsforbindelsen kan fastslås med den grad af sikkerhed, som kræves efter de almindelige erstatningsretlige regler, jf. ovenfor afsnit 4.1.2. Der kræves således alene en minimal overvægt af sandsynlighed,⁵² hvor 51 % i princippet må antages at være tilstrækkeligt.⁵³ Bevisreglen om *overvejende sandsynlighed* har dog ikke ændret på, at det er patienten, der har bevisbyrden, jf. også ovenfor afsnit 3.⁵⁴

4.2.2. Yderligere lempelse af beviskravet

Kravet om *overvejende sandsynlighed* er således en lempelse i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, men som nævnt ovenfor i afsnit 4.1.2 var det allerede forud for PFL (nu KEL) i retspraksis antaget, at kravene til bevis for årsagssammenhæng i visse tilfælde kunne lempes – det vil sige, den manglende sandsynlighed kunne udlignes af normative betragtninger, således at beviset alligevel måtte anses for ført.⁵⁵ Dette var man allerede ved indførelsen af PFL (nu KEL) opmærksom på, da følgende også fremgår af forarbejderne til loven:

”Hvis intet sikkert om skadesårsagen kan fastslås, må den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager vurderes og afvejes over for hinanden. Må det herefter antages, at det er lige så sandsynligt, at

⁴⁷ Jf. Ehlers, s. 391.

⁴⁸ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 21 og *von Eyben og Isager*, s. 307 ff. Dette illustreres af en række domme, herunder U 1965.680 H, U 1967.828 H, U 1986.452 H, U 1993.908 H, U 1996.215 H og U 1997.1628 H, som vil blive gennemgået nærmere nedenfor i afsnit 4.2.2.1.1. Alle dommene vedrører skader, der ligger forud for indførelsen af PFL (nu KEL).

⁴⁹ Jf. *FT 1990-91*, 2. samling, tillæg A, spalte 3270

⁵⁰ Vedrørende ansvarsgrundlaget se afsnit 2.3 ovenfor.

⁵¹ Jf. *FT 1990-91*, 2. samling, tillæg A, spalte 3286.

⁵² Jf. *Ibid.*

⁵³ Til illustration mellem forskellen på den almindelige erstatningsret og den særlige bevisregel i KEL kan nævnes U 2011.1607/2 H, hvor de almindelige krav til bevis næppe ville have været opfyldt i den konkrete sag.

⁵⁴ Ifølge *von Eyben* gælder denne regel om *overvejende sandsynlighed* alle led i kausalitetsvurderingen, som er nødvendige for at fastslå, om patienten er berettiget til erstatning. For nærmere herom se *von Eyben, Patientforsikring*, s. 84.

⁵⁵ Jf. Ehlers, s. 391.

skaden kan have udviklet sig uafhængigt af behandlingen, eller kan intet siges om den relative sandsynlighed af de mulige skadesårsager, foreligger der ikke en erstatningsberettigende patientskade. Det er imidlertid sjældent muligt at træffe afgørelsen i tvivlsomme tilfælde alene på grundlag af generelle statistiske erfaringer. Formuleringen udelukker ikke, at der i sådanne tilfælde tillige kan inddrages andre momenter i vurderingen, hvis dette findes rimeligt. Hvis det f.eks. konstateres, at der klart er begået fejl ved behandlingen, som kan have forårsaget den konkrete skade, kan det være rimeligt at lade en eventuel tvivl om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode.”⁵⁶

Formuleringen åbner således mulighed for, at denne (yderligere) bevislempelse⁵⁷, som var gældende forud for PFL, også kan videreføres i PFL (nu KEL). Ifølge forarbejderne er det således muligt at foretage en sådan bevislempelse i de tilfælde, hvor ”intet sikkert om skadesårsagen kan fastslås”. Ifølge Ehlers har det næppe været meningen, at dette tvivlsbegreb skulle afgrænses så bredt, som formuleringen udtrykker, da det i praksis sjældent er muligt at udtale sig sikkert om sandsynligheden, ligesom at statistiske erfaringer sjældent giver et klart udslag.⁵⁸ Hvis sandsynligheden derimod kan anslås nogenlunde præcist ud fra et medicinsk skøn, eller hvis der er en vis mulighed for, at behandlingen var årsag til skaden, vil der således næppe være tale om et *tvivlsomt tilfælde* i forarbejdernes forstand. Ifølge von Eyben er der alene tale om sådanne *tvivlsomme tilfælde* i visse *gråzonetilfælde*.⁵⁹ Dette omfatter tilfælde, hvor (1) den relative sandsynlighed ikke kan angives, (2) sandsynligheden for behandlingsskade eller ikke-behandlingsskade er lige stor, eller (3) en mindre forskel i sandsynlighed er behæftet med betydelig usikkerhed. Med andre ord omfatter (2) det tilfælde, hvor sandsynligheden er på præcis 50 % for, at der er tale om en behandlingsskade og (3) omfatter det tilfælde, hvor sandsynligheden for, at der er tale om en behandlingsskade, ligger et sted under 50 %, men hvor dette stadig er behæftet med en betydelig usikkerhed. Selvom dette kan udtrykke en vis indsnævring af området for bevislempelse end efter de almindelige erstatningsretlige regler, og dermed kan synes at stride mod forarbejderne med indførelsen af PFL (nu KEL), hvor det netop var hensigten, at patienten ikke skulle stilles ringere med indførelsen af loven, stemmer det ifølge både Ehlers og von Eyben alligevel bedst overens med lovens formål, at der sker denne indsnævring, således at området for culpa begrænses mest muligt, jf. også ovenfor afsnit 2.1.⁶⁰ Dertil skal det nævnes, at der med indførelsen af PFL (nu KEL) allerede er foretaget en væsentlig lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, da der efter PFL (nu KEL) alene kræves *overvejende sandsynlighed*, jf. ovenfor afsnit 4.2.1.

Forarbejderne til loven angiver herefter, at et moment i vurderingen af, om der skal ske bevislempelse er, hvis ”det f.eks. konstateres, at der klart er begået fejl ved behandlingen”. Ud fra formuleringen ”klart er begået fejl” må det antages, at bevislempelse synes mest oplagt, når der foreligger grovere former for culpa, men det kan på baggrund af formuleringen modsat heller ikke udelukkes, at også mildere former for culpa kan medføre bevislempelse, jf. anvendelsen af udtrykket ”f.eks.”.⁶¹

På baggrund af formuleringen i forarbejderne er det således en betingelse for, at bevislempelse for årsagssammenhæng kan ske, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Såfremt

⁵⁶ Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3286.

⁵⁷ Når udtrykket ”bevislempelse” anvendes i det følgende i nærværende afhandling, vil der blive refereret til denne yderligere bevislempelse.

⁵⁸ Jf. Ehlers, s. 398 ff.

⁵⁹ Jf. Juristen, 2009.21, s. 24.

⁶⁰ Jf. Ibid. og Ehlers, s. 399 ff.

⁶¹ Jf. også Ehlers, s. 400. Det skal i den forbindelse have sig til øje, at retten til erstatning efter KEL ikke er betinget af culpa, jf. ovenfor afsnit 2.3, men ved beviskravet for årsagssammenhæng er det således ikke udelukket at tage hensyn hertil.

dette er tilfældet, er det desuden en betingelse, at der *klart er begået fejl* ved behandlingen – det vil sige, at der ud fra formuleringen af forarbejderne, som minimum foreligger en eller anden form for culpa. I den forbindelse bliver derfor to spørgsmål relevante: (1) Hvornår er der tale om, at sandsynligheden for årsagssammenhæng er *tvivlsom*, således at bevislempelse kan ske, og (2) *hvad (eller nærmere, hvilken grad af culpa) kræves* i de tvivlsomme tilfælde til, at bevislempelse kan ske? Disse to spørgsmål vil blive omdrejnings-punktet for den følgende gennemgang af udviklingen i retspraksis. Gennemgangen vil for overblikkets skyld hovedsagligt bygge på, hvornår dommene er afsagt, således at spørgsmål 2 vil blive besvaret før spørgsmål 1, selvom det er en forudsætning for bevislempelse, at der også er tale om et *tvivlsomt tilfælde*.⁶²

4.2.2.1. Betingelsen om culpa

4.2.2.1.1. U 2002.1690/2 H

Den første højesteretsdom – U 2002.1690/2 H – vedrørende denne problemstilling omhandlede en patient, der på grund af et ildebefindende blev indlagt på hospitalet. Ved en undersøgelse af patienten blev det konstateret, at der var tegn på mavekatar, hvorfor patienten efterfølgende blev sendt hjem. På baggrund af en henvisning fra egen læge, blev patienten indlagt igen to dage senere med tegn på en blodprop i hjernen (apoplexi), hvorpå man iværksætte behandling heraf. Blodproppen havde dog medført, at patienten havde pådraget sig efterfølgende gener, og spørgsmålet var derfor, om patienten var berettiget til erstatning efter PFL (nu KEL).

PFF (nu PE) fandt, at der var tale om en dækningsberettiget skade omfattet af PFL § 2, stk. 1, nr. 1, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 1), da en erfaren specialist ville have opdaget den begyndende blodprop på indlæggelsestidspunktet, og dermed have indlagt patienten til observation. Patienten fandtes dog ikke berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab på den baggrund, at grundlidelsen (selv blodproppen) i sig selv medførte så alvorlige varige mén, at patienten allerede af den grund ikke havde kunnet genoptage sit arbejde. Dette blev tiltrådt af PSA (nu AfP).

Sagen blev indbragt for landsretten. I den forbindelse blev sagen forelagt for Retslægerådet, der udtalte, at der langt fra var enighed om værdien af den behandling, som patienten fik som følge af blodproppen. Der fandtes ikke større kontrollerede kliniske undersøgelser, som kunne give svar på værdien af behandlingen, hvorfor heller ikke alle neurologiske afdelinger anvendte denne behandlingsform. På denne baggrund udtalte Retslægerådet, at det var ”muligt”, men ikke ”overvejende sandsynligt”⁶³, at patientens symptomer på længere sigt var blevet bedre, såfremt man på et tidligere tidspunkt havde påbegyndt behandlingen af blodproppen. Flertallet i landsretten fandt i overensstemmelse med PFF (nu PE) og PSA (nu AfP), at det var en fejl, at patienten ikke var blevet indlagt allerede ved den første undersøgelse, men flertallet fandt det ikke *overvejende sandsynligt*, at patienten – som følge af fejlen – havde lidt et indkomsttab eller et erhvervsevnetab på mindst 15 %.⁶⁴ Mindretallet i landsretten fandt modsat, at den manglende indlæggelse måtte karakteriseres som en klar fejl, og med henvisning til, at der kan tages hensyn til sådanne klare fejl ved lempelsen af beviskravet, fandtes det på baggrund af udtalelsen fra Retslægerådet, at det ikke kunne udelukkes, at merskaden kunne have indebåret en mernedsættelse af erhvervsevnen på 15 %.

Sagen blev efterfølgende indbragt for Højesteret, der nåede det modsatte resultat af landsrettens flertal. Højesteret udtalte følgende:

⁶² Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3286.

⁶³ Det bør her bemærkes, at *overvejende sandsynlighed* har en anden betydning i medicinsk forstand, hvor der tales om en sandsynlighedsgrad på 95 %, jf. Ehlers, s. 424 ff.

⁶⁴ Erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i EAL, jf. KEL § 24, stk. 1. Efter EAL § 5, stk. 3, ydes der alene erstatning for erhvervsevnetab, såfremt dette udgør mindst 15 %.

”Uanset denne erklæring [fra RLR] finder Højesteret [...] at der foreligger en situation omfattet af patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1, dvs. at det i patientforsikringslovens forstand er overvejende sandsynligt, at den skade, der er overgået P [patienten], i et vist omfang ville være undgået, hvis han var blevet undergivet den nævnte optimale behandling. Højesteret lægger herved vægt på, at det modsatte resultat - at der ikke foreligger en af § 2, stk. 1, nr. 1, omfattet situation - ville være ensbetydende med, at en patient, der undergives en fejlagtig sygehusbehandling, ville blive dårligere stillet i henseende til vurderingen af årsagssammenhæng mellem fejl og skade, end tilfældet var før patientforsikringslovens indførelse, jf. bl.a. højesteretsdommene U 1965.680, U 1967.828, U 1968.452, U 1993.908, U 1996.215 og U 1997.1628. En sådan forringelse af patienters retsstilling i henseende til spørgsmålet om årsagssammenhæng ville ikke være forenelig med, hvad der i forarbejderne til patientforsikringsloven er anført som et væsentligt formål med loven, jf. Folketingstidende 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3270, 3275 f og 3285 f.”

Højesteret fastslog således, at skaden var omfattet af PFL § 2, stk. 1, nr. 1, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 1), og at det dermed var *overvejende sandsynligt*, at skaden ville være undgået, hvis patienten var blevet undergivet den nævnte optimale behandling. På denne baggrund foretog Højesteret således bevislempelse for årsagssammenhæng.

I det citerede henviser Højesteret til formålet med indførelsen af PFL (nu KEL), og lægger dermed vægt på, at det ifølge forarbejderne til loven er afgørende, at patienter ikke stilles ringere efter lovens vedtagelse end før, hvortil Højesteret også henviser til en række domme. Som nævnt ovenfor under afsnit 4.1.2 stillede man således forud for PFL (nu KEL) lempeligere krav til beviset for årsagssammenhæng, når der var tale om fejl ved behandlingen. Dette var i hvert fald tilfældet, når der forelå grov eller dog klar culpa.⁶⁵ I de af Højesteret nævnte domme ovenfor, der alle vedrører skader forud for PFL (nu KEL), forelå der et ansvarsgrundlag i form af culpa. Dette var i dommene enten betegnet som en klar fejl eller blot fejlagtigt, men i alle tilfælde blev der uanset denne formulering foretaget bevislempelse for årsagssammenhæng. I de to førstnævnte domme, U 1965.680 H og U 1967.828 H, var der tale om *klare fejl* fra sygehusets side, hvorfor Højesteret i begge afgørelser fandt, at der kunne ske bevislempelse. De nævnte andre domme U 1968.452 H⁶⁶, U 1993.908 H, 1996.215 H og U 1997.1628 H peger i retning af en lidt videregående bevislempelse. I disse domme udtalte Højesteret sig ikke om graden af uagtsomheden ved de begåede fejl, men fastslog alene, at der i disse *tilfælde ikke kunne bortses fra muligheden af, at skaden kunne være undgået*. Uanset om forarbejderne til PFL (nu KEL) kan anses at dække denne i retspraksis senere foretagne bevislempelse⁶⁷, må det således på baggrund af de af Højesteret citerede domme fastslås, at det som minimum er et betingelse, at der er tale om en fejl efter culpapreglen.

Spørgsmålet er derefter om der var tale om culpa i U 2002.1690/2 H. Det kan i hvert fald konkluderes, at Højesteret ingen præcisering eller udtalelse herom foretager i dommen, og i den sammenhæng anfører von Eyben, at det forekommer vanskeligt at nå til den konklusion, at der faktisk foreligger culpa.⁶⁸ Dette begrundes han med, at det på baggrund af udtalelsen fra

⁶⁵ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 21

⁶⁶ Dommen findes ikke under det angivne nummer, men von Eyben angiver, at der må være sigtet til afgørelsen i U 1968.448 H, jf. *De første 10 år*, s. 24, note 21 men dette er ikke overensstemmende med de andre nævnte domme, da U 1968.448 H omhandler beviskravet for ansvarsgrundlag (culpa), og dermed ikke beviskravet for årsagssammenhæng. Det findes derfor mere nærliggende, at der er tale om en trykfejl, således at Højesteret i stedet sigter til afgørelsen U 1986.452 H, der netop omhandler beviskravet for årsagssammenhæng.

⁶⁷ Hvilket formentlig må antages er tilfældet, jf. ovenfor afsnit 4.2.2, hvor bevislempelse ikke kan udelukkes ved også mildere former for culpa på baggrund af forarbejdernes anvendelse af udtrykket ”f.eks.”.

⁶⁸ Jf. *De første 10 år*, s. 27.

Retslægerådet må tillægges betydning, at ikke alle neurologiske afdelinger anvendte behandlingsformen, da der netop ikke var enighed om værdien heraf. Retslægerådet udtalte således, at en erfaren specialist ville have gjort det, som var det gængse på den pågældende afdeling, og i den konkrete sag var der ikke nogen oplysning om, hvad der var det gængse på denne afdeling, hvilket derfor i princippet kunne være ”ingen behandling”. Ud fra Højesterets formulering i præmisserne, hvor det blandt andet føres, at ”det modsatte resultat - at der *ikke foreligger en af § 2, stk. 1, nr. 1, omfattet situation* - ville være ensbetydende med, at en patient, der undergives en fejlagtig sygehus-behandling, ville blive dårligere stillet i henseende til vurderingen af årsags-sammenhæng mellem fejl og skade, end tilfældet var før patientforsikringslovens indførelse” (egen fremhævnings) tyder på, at Højesteret har været klar over, at der i den konkrete sag ikke forelå culpa. Højesteret antager dog, at alene det forhold, at situationen er omfattet af specialistreglen i KEL § 20, stk. 1, nr. 1, medfører, at der kan ske bevislempelse. Dette er uden tvivl en betydelig udvidelse af området for bevislempelse i forhold til retspraksis forud for indførelsen af PFL (nu KEL). Som nævnt ovenfor var bevislempelse for skader forud for indførelsen af loven som minimum betinget af culpa, og det forhold, at forarbejderne til loven netop angiver, at tvivl ved årsagssammenhængen skal komme patienten til gode, såfremt der ”klart er begået fejl ved behandlingen” ændrer ikke på, at der som minimum kræves en eller anden form for culpa før der kan ske bevislempelse. Som også tidligere nævnt kræves der ikke culpa for at statuere et ansvarsgrundlag efter PFL (nu KEL), men det kræves alene, at en række objektiverede betingelser skal være opfyldt, jf. ovenfor afsnit 2.3. Denne ændring kan således heller ikke antages at indebære, at der før indførelsen af PFL (nu KEL) ville være blevet statueret erstatningsansvar i den konkrete sag ud fra den begrundelse, at der på dette tidspunkt måtte antages at være tale om culpa, således at bevislempelse kunne ske. Culpabedømmelsen er både før og efter indførelsen af PFL (nu KEL) den samme vurdering, men indførelsen af loven medfører, at culpa ikke er en betingelse for at kunne statuere et ansvarsgrundlag. Dog kan culpavurderingen i relation til beviskravet for årsags-sammenhæng medføre, at der kan ske en lempelse af beviskravet (såfremt der også er tale om et *tvivlsomt tilfælde*). Det forhold, at der også med indførelsen af loven alene kræves *overvejende sandsynlighed*, og ikke en højere grad af sandsynlighed, ændrer heller ikke på, at culpavurderingen er den samme, og at culpa således kan medføre bevislempelse, såfremt der er tvivl om sandsynlighedsgraden.⁶⁹

En anden mulig forklaring på resultatet i dommen begrundes af von Eyben med, at Højesteret må have gået ud fra, at KEL § 20, stk. 1, nr. 1, er identisk med culpareglen.⁷⁰ Som von Eyben også anfører, strider dette mod formålet med denne bestemmelse og loven i det hele taget, da man netop ønskede at undgå culpavurderingen, jf. ovenfor afsnit 2.1. og 2.3. Det forhold, at patienten er berettiget til erstatning efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, er således ikke udtryk for, at der også foreligger en fejl i culpareglens forstand. Derudover havde PE ikke under sagen udtrykt, at der forelå en culpøs fejl, men alene, at patienten var berettiget til erstatning efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, og som det anføres af von Eyben, må det antages, at såfremt PFF (nu PE) havde ment, at der var tale om en culpøs fejl, må man da også gå ud fra, at PFF havde overvejet muligheden for bevislempelse. Det forhold, at von Eyben antager, at Højesteret må have anset KEL § 20, stk. 1, nr. 1, for identisk med culpareglen, kan synes noget drastisk. Højesteret henviser i præmisserne selv til forarbejderne, hvoraf det tydeligt fremgår, at formålet med indførelsen af bestemmelsen, og loven i det hele taget, var i større grad at forlade denne

⁶⁹ Dommen bidrager desuden ikke til en nærmere afklaring af, hvor stor en sandsynligheds-grad, der skal være, for at bevislempelse kan ske, hvis der ikke er tale om *overvejende sandsynlighed*.

⁷⁰ Jf. *De første 10 år*, s. 26 ff.

culpavurdering,⁷¹ og det må således antages, at Højesteret ved sin afgørelse har været opmærksom herpå.

Dommen må derfor læses på den måde, at Højesteret på baggrund af udviklingen i de citerede domme før PFL (nu KEL), har udvidet området for bevislempelse yderligere, således at der kan ske en lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng i det tilfælde, hvor der er tale om et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1. Ifølge von Eyben er dette dog med til at undergrave lovens krav om *overvejende sandsynlighed* for årsagssammenhæng, og han angiver, at lempelsen også strider mod forarbejderne, som Højesteret selv henviser til. Som det også er angivet af både von Eyben og Ehlers, kan det derfor ikke antages, at beviskravet skal lempes så kraftigt, som det er tilfældet i denne dom.⁷²

4.2.2.1.2. U 2006.1717 H og U 2007.1591 H

Som det kunne udledes af U 2002.1690/2 H var alene et ansvar efter specialistreglen i KEL § 20, stk. 1, nr. 1, tilstrækkeligt til, at der kunne ske bevislempelse. Spørgs-målet er derfor, om dette kan anses for opretholdt med dommene U 2006.1717 H og U 2007.1591 H.

Den første af de to domme – U 2006.1717 H – omhandlede en patient, der efter en operation for lungekræft skulle gennemgå et forløb med en genoprettende behandling af bevægeapparatet. Under denne behandling blev det konstateret, at patienten havde pådraget sig en skade på sin halshvirvel. Patienten gjorde herefter gældende, at denne skade var opstået under den genoprettende behandling. PFF (nu PE) fandt, at skaden hverken var omfattet af specialistreglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 1, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 1) eller tålereglen i PFL § 2, stk. 1, nr. 4, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 4). Denne afgørelse blev tiltrådt af PSA (nu AfP).

Patienten var i mellemtiden afgået ved døden, hvorfor hendes efterladte (A og B) førte sagen ved landsretten. Landsretten udtalte følgende:

”Efter bevisførelsen [...] lægger landsretten til grund, at der ikke i forbindelse med grundlaget for beslutningen om at iværksætte behandlingen eller ved selve udførelsen af behandlingen blev begået ansvarspådragende fejl. Bevisbyrden for, at skaden [...] med overvejende sandsynlighed skyldtes behandlingen, og ikke grundsygdommen, og at der er tale om en patientskade efter patientskadeforsikringsloven, påhviler derfor A og B.”

Retslægerådet havde udtalt, at skaden er ”usandsynlig, men teoretisk mulig” som følge af behandlingen, samt at ”det er ikke usandsynligt, at den anførte afsprængning er sket spontant”. Derudover havde en overlæge også forklaret, at det ikke var sandsynligt, at behandlingen havde medvirket til skaden. På den baggrund fandt landsretten, at det ikke var *overvejende sandsynligt*, at skaden var forårsaget af behandlingen. Landsretten fandt i øvrigt heller ikke, at der var et ansvarsgrundlag efter PFL § 2, stk. 1, nr. 1, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 1) eller PFL § 2, stk. 1, nr. 4, (nu KEL § 20, stk. 1, nr. 4). Dette blev stadfæstet af Højesteret i henhold til de grunde, som landsretten havde anført.

Ud fra det citerede ovenfor lagde landsretten således til grund, at der ikke var tale om culpa i denne situation, jf. formuleringen om, at der ikke blev begået ”ansvarspådragende fejl”, hvor det må antages, at der er henvist til culpareglen. Derudover henviste landsretten til, at bevisbyrden påhviler patienten (i denne situation de efterladte).⁷³ Som det også anføres af både

⁷¹ Jf. FT 1990-91, 2. samling, tillæg A, spalte 3270.

⁷² Jf. Juristen, 2009.21, s. 21 ff. og Ehlers, s. 402. PFF (nu PE) har da også efterfølgende udtalt, at dommen må fortolkes i overensstemmelse med forarbejderne, jf. Årsberetning 2002 (PFF), s. 77.

⁷³ Vedrørende bevisbyrden kan der henvises til afsnit 3 ovenfor.

von Eyben og Ehlers,⁷⁴ er der her tale om, at Højesteret med en stadfæstelse af landsrettens grunde igen forlader den udvidede adgang til bevislempelse, som blev fastslået i U 2002.1690/2 H, da der i U 2006.1717 H ikke var grundlag for at slække beviskravet vedrørende årsagssammenhængen, da der ikke forelå culpa. Det er derfor klart, at culpa er en betingelse for, at der kan ske bevislempelse, og ud fra formuleringen ”ansvarspådragende fejl” må det dog antages, at alene culpa er tilstrækkeligt, således at graden af culpa er af underordnet betydning (og derfor omfatter det også mildere former for culpa).⁷⁵ Det forhold, at skaden i den konkrete situation havde været omfattet af et af de nævnte ansvarsgrundlag, ville derfor formentlig heller ikke være nok til at medføre bevislempelse, som det var tilfældet i U 2002.1690/2 H.

Den anden dom – U 2007.1591 H – omhandlende en patient, der henvendte sig på en skadestue med nakkesmerter efter at være faldet på en trampolin. Der blev på skadestuen ikke iværksat yderligere behandling eller foretaget røntgen-undersøgelse, og patienten blev derfor sendt hjem. Nogle uger senere blev det dog ved en MR-skanning konstateret, at der var sket en skade på halshvirvlerne. Patienten var efterfølgende generet af hoved- og nakkesmerter samt kraftned-sættelse i benene, hvorfor han krævede erstatning for disse skader efter PFL (nu KEL).

Modsat dommen ovenfor fandt både landsretten og Højesteret i denne sag, at der var tale om et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, som følge af den manglende behandling på skadestuen. Spørgsmålet var herefter om dette ansvarsgrundlag var nok til at medføre bevislempelse for årsagssammenhæng, jf. U 2002.1690/2 H, eller om der måtte kræves culpa, jf. U 2006.1717 H. Både landsretten og Højesteret synes at være noget sparsomme med uddybningen heraf i deres resultater. Landsretten udtalte følgende:

”Efter bevisførelsen [...] kan det imidlertid ikke med overvejende sandsynlighed lægges til grund, at den sene diagnosticering af skaden har medført, at A [patienten] nu har en skade, som ville være undgået ved en rettidig diagnosticering og eventuel anden behandling af skaden. Landsretten finder således ikke, at der er tilvejebragt et tilstrækkeligt sikkert grundlag for at tilsidesætte Patientskadeankenævnets [AfP’s] afgørelse.”

Højesteret stadfæstede landsrettens dom med følgende udtalelse:

”Højesteret tiltræder, at det efter bevisførelsen ikke med overvejende sandsynlighed kan lægges til grund, at den sene diagnosticering af halshvirvelbrud mv. har medført, at A [patienten] har en skade, som ville være undgået ved rettidig diagnosticering og behandling. Højesteret stadfæster derfor dommen.”

Af disse korte formuleringer kan det udledes, at både landsretten og Højesteret fastholder kravet om, at der skal foreligge *overvejende sandsynlighed* – også selvom, at der var tale om et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1. Svaret på spørgsmålet ovenfor må således være, at et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ikke er nok til at medføre bevislempelse, hvorfor formodningen, som det også er anført i U 2006.1717 H, stadig må være, at der kræves culpa. PSA (nu AfP) havde imidlertid i forbindelse med sagens procedure udtalt, at den manglende behandling på skadestuen måtte medføre ”en vis lempelse af bevisbyrden”, men at dette dog ikke ændrede på, at patienten ikke havde tilstrækkeligt sandsynliggjort, at behandlingen var

⁷⁴ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 22 og Ehlers, s. 404.

⁷⁵ Et andet lignende eksempel herpå er U 2006.1114 H, hvor landsretten udtalte, at der ikke var ”påvist lægefaglige fejl”, og at patienten derfor havde bevisbyrden for, at skaden var sket i forbindelse med behandlingen. Dette fandt landsretten dog ikke godtgjort, hvilket blev stadfæstet af Højesteret. Forskellen i denne er dog, at Højesteret i sin begrundelse og sit resultat ikke henviste til landsrettens præmisser, hvorfor det ikke præcist af denne dom kan udledes, i hvilket tilfælde, beviskravet kan lempes. Se nærmere herom i *Juristen*, 2009.21, s. 22.

årsag til generne. Dette blev dog ikke uddybet af hverken landsretten eller Højesteret, og det var da heller ikke uddybet af PSA (nu AfP), hvad grundlaget for den foretagne bevislempelse var. I sagen blev der var imidlertid heller ikke procederet på, at det pågældende forhold var culpøst.

Begge domme supplerer således hinanden godt til en afklaring af retsstillingen. Konklusionen på baggrund heraf må derfor være, at U 2007.1591 H tager afstand fra U 2002.1690/2 H, da et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, således ikke er tilstrækkeligt til, at der kan ske bevislempelse. I stedet peger U 2007.1591 H nærmere i retning af U 2006.1717 H, således at der må kræves en eller anden form for culpa, før der kan blive tale om bevislempelse. Der kræves altså næppe grov uagtsomhed eller klare fejl, hvilket også er i overensstemmelse med retspraksis forud for lovens indførelse, jf. ovenfor afsnit 4.2.2.1.1, hvorfor det må antages, at alene mildere former for culpa er tilstrækkeligt.

4.2.2.1.3. Nyere retspraksis

Den ovenfor nævnte retsstilling er desuden fulgt op af Vestre Landsret i en nyere afgørelse – U 2018.2461 V – afsagt den 12. april 2018. Sagen omhandlede en kvinde, som var blevet påført en patientskade (depression) som følge af forsinket diagnosticering af livsmoderhalskræft. Landsretten udtalte, ”at kravene til bevis efter forarbejderne i *tvivlsomme tilfælde* kan lempes, hvis der *klart er begået fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler*, og som kan have forårsaget skaden” (egen fremhævnning).⁷⁶ På baggrund af udtalelser fra Rets-lægerådet, jf. svarene på spørgsmål 5 og 6, fandt landsretten derimod, at der i det konkrete tilfælde ikke var begået en så klar fejl, at denne var erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler. Der var derfor ikke grundlag for at lempe kravene til bevis, selvom der forelå et ansvarsgrundlag efter den dagældende PFL § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, (nu KEL § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1). Det afgørende var således, at fejlen ikke udgjorde et culpøst forhold, og der kunne derfor ikke ske bevislempelse for årsagssammenhæng, hvilket således både stemmer overens med forarbejderne og den ovenfor nævnte retspraksis.

En lignende, nyere sag er afsagt den 16. november 2018 af Østre Landsret.⁷⁷ Sagen omhandlede en patient, der tidligere havde været i behandling for testikelkræft. Det viste sig efterfølgende, at patienten havde fået et tilbagefald af testikelkræften, hvilket dog blev diagnosticeret for sent. Patienten afgik herefter ved døden som følge af testikelkræften. Landsretten fandt modsat byretten⁷⁸, at den forsinkede diagnosticering ikke med *overvejende sandsynlighed* var årsag til, at patienten afgik ved døden. Landsretten udtalte i sin begrundelse følgende:

”Som anført af byretten kan der ifølge forarbejderne til den dagældende patientforsikringslov i tvivlsomme tilfælde inddrages andre momenter end generelle statistiske erfaringer i vurderingen, hvor det findes rimeligt. Herunder kan kravene til beviset for den faktiske årsagssammenhæng lempes, hvis der klart er begået en fejl ved behandlingen af patienten, som kan have forårsaget skaden. Det er tilsvarende fastslået i praksis, jf. f.eks. Højesterets dom i U.2011.1019 H, at kravene til bevis kan lempes, såfremt der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden.”

Det bemærkelsesværdige i denne afgørelse er imidlertid, at landsretten efterfølgende udtaler:

⁷⁶ Denne udtalelse bygger på en henvisning til U 2011.1019 H, der er nærmere omtalt nedenfor i afsnit 4.2.2.2.4.

⁷⁷ Jf. Dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16 (vedlagt som bilag 1).

⁷⁸ Se nærmere om byrettens dom i *Askjær, Jakobsen og Hjortnæs*, s. 175 ff., der må anses for en ”nyfortolkning af lovforarbejderne, som ikke har hjemmel i hverken teori eller hidtidig praksis”.

”Landsretten lægger efter Retslægerådets udtalelse til grund, at den forsinkede diagnosticering ikke kan anses for en klar fejl, men som et lægeligt fejlskøn. Landsretten finder, at der – uanset de konkrete bevismæssige vanskeligheder for skadelidtes efterladte – hverken i lovforarbejderne eller i øvrigt er tilstrækkelige holdepunkter for en lempelse af beviskravene i en situation som den foreliggende, hvor der ikke klart er begået fejl.”

I det førstnævnte af de to citater henviser landsretten netop til, at det er en betingelse for bevislempelse, at der ”klart er begået en fejl, der er *erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler*” (egen fremhævning), hvilket således stemmer overens med den tidligere retspraksis om, at der skal foreligge en eller anden form for culpa. Landsretten lægger dog imidlertid til grund, at denne betingelse ikke er opfyldt, da der er tale om *et lægeligt fejlskøn*, som ikke kan anses for en *klar fejl*, og at der derfor i dette tilfælde ikke kan blive tale om bevislempelse, da *der ikke klart er begået fejl*. Det forhold, at der ikke klart er begået fejl (dvs. at der ikke er tale om grov uagtsomhed), udelukker netop ikke, at der kan ske bevislempelse for årsags-sammenhæng. Forarbejderne til loven, jf. afsnit 4.2.2, og tidligere retspraksis, som landsretten i øvrigt selv henviser til, udtrykker netop, at også mildere former for culpa vil kunne begrunde bevislempelse, jf. også de gennemgåede domme i afsnittet umiddelbart ovenfor. Spørgsmålet er imidlertid herefter, om *det lægelige fejlskøn* udgør et culpøst forhold. Det må anses for korrekt, at landsretten finder, at det lægelige fejlskøn ikke udgør en klar fejl – og dermed grov uagtsomhed – men det kan omvendt ikke udelukkes, at det lægelige fejlskøn udgør en mildere form for culpa. Hvorvidt dette er tilfældet, må dog bero på en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder, hvor det afgørende må blive, om den lægefaglige undladelse i dette tilfælde afviger fra et på undladelens tidspunkt anerkendt adfærdsmønster.⁷⁹ Det forhold, at Retslægerådet anvender udtrykket ”lægeligt fejlskøn” udelukker således ikke, at der er tale om culpa. Såfremt landsretten havde afvist bevislempelse med henvisning til, at der ikke forelå en erstatningspådragende fejl (dvs. culpa), ville således stemme bedst overens med både forarbejderne til loven og tidligere retspraksis. Hvorvidt det i så fald er tilfældet, at der *ikke* er tale om culpa, er dog tvivlsomt, da flere lægelige udtalelser i den konkrete sag synes at indikere, at der er tale om en fejl, som må udgøre et culpøst forhold. Dommen kan derfor virke uklar, da landsretten henviser til forarbejderne og den tidligere retspraksis om, at der alene skal være tale om *en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatnings-retlige regler*, men landsretten finder modsat i det konkrete tilfælde, at der ikke kan ske bevislempelse, da der ikke er tale om en *klar fejl (dvs. grov uagtsomhed)*.⁸⁰ Dommen er imidlertid anket til Højesteret, hvorfor der inden for nærmeste fremtid må forventes en nærmere stillingtagen til dette spørgsmål.⁸¹

4.2.2.2. Betingelsen om ”tvivlsomt tilfælde”

4.2.2.2.1. U 2008.2801 H

Det følger af forarbejderne til loven, at det desuden er en forudsætning for bevislempelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, jf. ovenfor afsnit 4.2.2. Spørgsmålet bliver derfor, hvornår

⁷⁹ Jf. von Eyben og Isager, s. 91.

⁸⁰ Det bemærkes dog, som også tidligere nævnt, at culpa ikke er en tilstrækkelig betingelse for, at der kan ske bevislempelse, da det også er en betingelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, jf. den følgende gennemgang nedenfor.

⁸¹ Jf. <https://www.domstol.dk/Procesbevillingsnaevnet/nyheder/Appeltilladelser/Pages/Beviskravetisagomerstatningforforsinketdiagnosticeringogbehandlingaftestikelkr%C3%A6ft.aspx>

der i praksis er tale om, at sandsynligheden for årsagssammenhæng er *tvivlsom*, at bevislempe kan ske. U 2008.2801 H er et eksempel på en dom, der netop omhandler denne problemstilling.

Sagen omhandlede en pige, som kort tid efter fødslen pådrog sig en hjerneskade. Cirka tre uger forinden fødslen, havde moderen været til konsultation på sygehuset, hvor en læge havde forsøgt at vende fostret som følge af, at fostret lå i underkropsstilling, men dette lykkedes ikke. Spørgsmålet i sagen var derfor, om hjerneskaden var forårsaget af vendingsforsøget, eller om det skyldtes forhold ved pigen selv, som ikke var knyttet til behandlingen. PFF (nu PE) fandt, at der ikke var tale om en dækningsberettiget patientskade, mens PSA (nu AfP) nåede til det modsatte resultat. Sagen blev herefter indbragt for landsretten.

Til brug for behandlingen af sagen blev der indhentet en udtalelse fra Retslægerådet, hvoraf det fremgik, at det ikke var "muligt nøjagtigt at fastlægge årsagen til patientens svære hjerneskade", jf. svaret på spørgsmål 13B. Retslægerådet fandt dog, at det var "usandsynligt, at der har været nogen form for træk i navlesnoren", og at skaden derfor "med stor sandsynlighed" ikke er opstået under vendingsforsøget, jf. svaret på spørgsmål 4 og 7. Modsat fandt Retslægerådet, at det var mest sandsynligt, "at patienten har haft en længerevarende kronisk iltmangel formentlig gennem de sidste 1-2 uger før fødslen, men også en genetisk lidelse eller kronisk infektion hos fostret kan medføre svær hjerneskade", jf. svaret på spørgsmål B. Selvom Retslægerådet udtalte, at det ikke var muligt nøjagtigt at fastslå årsagen til hjerneskaden, fandt Retslægerådet alligevel, at det måtte være mest sandsynligt, at hjerneskaden var forårsaget af en genetisk lidelse eller kronisk infektion, og dermed ikke vendingsforsøget. Disse udtalelser vendte sig således mod det lægelige grundlag, som PSA (nu AfP) havde lagt vægt på i sin afgørelse, hvor ankenævnet netop fandt, at det måtte anses for mest sandsynligt, at det var iltmangel under vendingsforsøget, som forårsagede hjerneskaden.

På baggrund af disse udtalelser fra Retslægerådet fandt landsretten, at behandlingen i form af vendingsforsøget ikke med *overvejende sandsynlighed* var årsag til hjerneskaden. Landsretten fandt desuden, at det var i strid med KEL § 20, stk. 1, nr. 1, at der ikke var foretaget CTG-registrering før og efter vendingsforsøget, jf. Retslægerådets svar på spørgsmål 5,⁸² men at dette ikke skulle tillægges betydning, da hjerneskaden med *overvejende sandsynlighed* ikke blev påført i forbindelse med vendingsforsøget.

Sagen blev anket til Højesteret, hvor Retslægerådet igen blev inddraget til besvarelse af supplerende spørgsmål. Retslægerådet udtalte i den forbindelse, at der ikke fandtes videnskabelig dokumentation på, at et vendingsforsøg kan medføre hjerneskade, jf. svaret på spørgsmål F. Højesteret udtalte herefter følgende:

"På baggrund af Retslægerådets besvarelse af spørgsmålene [...] finder Højesteret, at det ikke er sandsynligt, at B's hjerneskade er forvoldt i forbindelse med vendingsforsøget den 28. december 1999 eller som følge af sammentrækninger af livmoderen i ugen efter vendingsforsøget. Det kan derfor ikke antages, at de forhold, der er påberåbt som faglige fejl, kan have haft betydning for skadens indtræden. Højesteret tiltræder herefter, at B ikke er påført en patientskade, der er omfattet af den dagældende lov om patientforsikring, og stadfæster derfor dommen."

Højesterets formulering "det kan derfor ikke antages, at de forhold, der er påberåbt som faglige fejl, kan have haft betydning for skadens indtræden", må således anses for at udtrykke, at det forhold, at der i forbindelse med vendingsforsøget af fostret ikke blev foretaget CTG-registrering netop ikke har haft nogen betydning for skadens indtræden, da det følger af udtalelserne

⁸² Hvorefter Retslægerådet udtalte, at "man ifølge alment anerkendt lægefaglig standard kontrollerer fosterets tilstand med CTG-registrering før og efter vendingsforsøget og kontrollerer hjertelyden undervejs i vendingsforsøget."

fra Retslægerådet, at hjerneskaden med stor sandsynlighed ikke er forårsaget af vendingsforsøget. Det må således anses for uden betydning, at der i forbindelse med vendingsforsøget har været tale om lægelige fejl (og dermed eventuelt et culpøst forhold), da KEL's beviskrav om *overvejende sandsynlighed* ikke må anses for opfyldt. Udtalelserne fra Retslægerådet udtrykker netop, at der ikke har været tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Som tidligere angivet af von Eyben,⁸³ skal disse *tvivlsomme tilfælde* omfatte et af følgende *gråzonetilfælde*: (1) hvor den relative sandsynlighed ikke kan angives, (2) hvor sandsynligheden for behandlingsskade eller ikke-behandlingsskade er lige stor, eller (3) hvor en mindre forskel i sandsynlighed er behæftet med betydelig usikkerhed, jf. ovenfor afsnit 4.2.2. I U 2008.2801 H er der ikke tale om nogen af disse *gråzonetilfælde*, da sandsynligheden er relativt sikker, og da der netop er stor sandsynlighed for, at der ikke er tale om en behandlingsskade. På baggrund af lovens forarbejder må det således anses for korrekt, at der ikke foretages bevislempelse i dette tilfælde, da der netop ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Såfremt der modsat havde været tale om et sådant *tvivlsomt tilfælde*, måtte vurderingen herefter være om de lægelige fejl udgjorde et culpøst forhold, som måtte medføre, at der skulle foretages en bevislempelse for årsagssammenhæng, jf. U 2006.1717 H og U 2007.1591 H, men denne vurdering blev i den konkrete sag ikke relevant. På baggrund af udtalelsen fra Retslægerådet, hvori det udtales, at "man ifølge *alment anerkendt lægefaglig standard* kontrollerer fosterets tilstand med CTG-registrering før og efter vendingsforsøget og kontrollerer hjertelyden undervejs i vendingsforsøget." (egen fremhævnings), jf. svaret på spørgsmål 5 ovenfor, må det dog formentlig antages, at der i denne situation er tale om en fejl, der udgør et culpøst forhold. Hvis der således havde foreligget et *tvivlsomt tilfælde*, ville der derfor formentlig være sket bevislempelse på denne baggrund.

Dommen illustrerer således, at der skal være om et *tvivlsomt tilfælde*, før der kan blive tale om bevislempelse for årsagssammenhæng.

4.2.2.2.2. U 2009.1835 H

Højesteret fik efter U 2008.2801 H mulighed for igen at tage stilling til, hvornår der er tale om et sådant *tvivlsomt tilfælde*. Dette var i dommen U 2009.1835 H, som netop er et sjældent eksempel på et tilfælde, hvor den nøjagtige sandsynlighed kan udregnes.

Sagen omhandlede en kvinde, der første gang blev indlagt på en psykiatrisk skadestue i december 2001. Få dage senere blev hun dog udskrevet, da hun ikke fandtes at være psykotisk eller dybere depressiv. En nat i november 2003 blev hun igen indlagt på et psykiatrisk center på et sygehus, og det fandtes ikke, at hun var selvmordstruet, hvorfor man ikke iværksatte konstant overvågning eller fjerende snøreband mv. Patienten var blevet tilset kl. 14.30 den pågældende dag, og da man tjekkede hende igen kl. 16.15 blev hun fundet død af kvælning med et snøreband bundet om halsen.

De pårørende til patienten (A og B) indbragte sagen for PFF (nu PE) og efterfølgende PSA (nu AfP), hvor hverken PFF eller PSA fandt, at de var berettigede til erstatning. PSA udtalte, at det var i overensstemmelse med bedste specialist-standard at indlægge patienten på den skete måde, herunder at man ikke fjernede snørebandene, da hun ikke blev vurderet som selvmordstruet. Derimod fandt PSA, at det var en forsømmelse fra sygehusets side, jf. KEL § 21, stk. 2,⁸⁴ at patienten ikke var blevet tilset i tidsrummet mellem kl. 15.00 og 16.15, da det var i overensstemmelse med afdelingens almindelige rutine, at der blev foretaget tilsyn hver

⁸³ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 24.

⁸⁴ Vurderingen er her en culpavurdering, jf. KEL § 21, stk. 2, der netop siger, at i de tilfælde, hvor personskaade ikke er sket i direkte forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende, men som følge af patientens færden og handlinger under sygehusopholdet, kan erstatning alene ydes, såfremt sygehuset har pådraget sig et erstatningsansvar efter de almindelige erstatningsretlige regler.

½-1 time. Dette var dog ifølge PSA ikke nok til at godtgøre, at selvmordet med *overvejende sandsynlighed* ville være blevet afværget, da den valgte selvmords-metode måtte antages hurtigt at medføre døden, hvorfor den ikke ville kunne afværges, medmindre tilsynet blev foretaget netop på det konkrete tidspunkt, hvor handlingen blev foretaget.

Sagen blev efterfølgende indbragt for landsretten, der nåede samme resultat som PSA (nu AfP). Landsretten lagde afgørende vægt på, at selvmordsmetoden, ifølge Retslægerådet, måtte antages at medføre døden i løbet af få minutter, og at det derfor ikke fandtes godtgjort, at selvmordet kunne være forhindret, hvis de almindelige rutiner for tilsyn var blevet overholdt.

Sagen blev herefter indbragt for Højesteret, som nåede modsatte resultat. Højesteret udtalte følgende:

”Som anført i forarbejderne til § 2 kan det - uanset bestemmelsens ordlyd - i tvivlsomme tilfælde, hvor der ved behandlingen af patienten klart er begået fejl, som kan have forårsaget skaden, være rimeligt at lade tvivlen om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode. På denne baggrund finder Højesteret ikke at kunne se bort fra, at C's selvmord kunne have været afværget, hvis personalet havde tilset hende i overensstemmelse med retningslinjerne. Herefter er betingelserne i patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1, for at yde erstatning opfyldt, og Højesteret tager derfor A's og B's påstand til følge.”

Højesteret henviser hermed selv til forarbejderne til loven, hvoraf det fremgår, at tvivlen om den faktiske årsammenhæng kan komme patienten til gode, såfremt der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. I den konkrete sag fandt Højesteret således, at det *var* tilfældet, og da der forelå et culpøst forhold, som følge af den manglende overholdelse af de almindelige retningslinjer for tilsyn, måtte dette således medføre, at der kunne ske bevislempelse, hvorved kravet om årsagssammenhæng måtte anses for opfyldt.⁸⁵

Under sagen i Højesteret blev der indhentet en supplerende udtalelse fra Retslægerådet, der blev bedt om at uddybe, hvor lang tid der går, før døden indtræffer ved kvælning, jf. svaret på spørgsmål 7. Retslægerådet udtalte, at dette afhænger af flere faktorer, hvorfor det ikke er muligt med sikkerhed (på minutter) at sige, hvornår døden indtræffer, men Retslægerådet udtalte dog følgende:

”Almindeligvis regner man imidlertid med, at blivende hjerneskade vil indtræde efter 4-5 minutter ved ubehandlet kvælning og døden typisk efter yderligere 3-4 minutter. Hvis kvælningen ophæves inden for 5 minutter, og sufficient behandling iværksættes, kan patienten overleve, oftest dog med blivende hjerneskade. Hjertestop og død på grund af iltmangel (hypoksisk hjertestop) kan dog indtræde allerede efter 3-4 minutter ved ubehandlet kvælning.”

Denne udtalelse har medført, at særligt von Eyben har kritiseret dommen, da den præcise sandsynlighed netop på dette grundlag kan beregnes.⁸⁶ Normalt vil kvælning, ifølge Retslægerådet, medføre døden efter cirka 9 minutter (dog hurtigere, hvis der indtræffer hjertestop). Patientens liv kunne således, ifølge von Eyben, alene være reddet, hvis tilsynet var blevet udført inden for 9 minutter efter, at kvælningen var begyndt. Selvmordet kunne i sagen (som Højesteret også lægger til grund i sin afgørelse) være sket på hvilket som helst tidspunkt mellem kl. 14.30 og lidt før kl. 16.00 – dvs. et tidsrum på knap 90 minutter. Et tilsyn i overensstemmelse med retningslinjerne herfor, dvs. (senest) kl. 15.30, ville således alene have reddet patientens liv, hvis

⁸⁵ Højesteret fandt, at erstatningsgrundlaget var KEL § 20, stk. 1, nr. 1, (og ikke KEL § 21, stk. 2), og at tilsynet dermed var en del af undersøgelsen/behandlingen. Placeringen af ansvarsgrundlaget er dog ikke af betydning i denne sammenhæng, da der netop forelå culpa.

⁸⁶ Jf. *Juristen* 2009.212, s. 213

selvmordet fandt sted inden for tidsrummet kl. 15.21-15.30. Sandsynligheden herfor er altså, ifølge von Eyben, derfor $9/90 = 10\%$. Da *overvejende sandsynlighed*, som nævnt under afsnit 4.2.1 udgør 51 %, er der i denne konkrete afgørelse tale om et sandsynlighedsunderskud på 41. Der er derfor hverken her tale om, at sandsynligheden ikke kunne beregnes eller tale om et mindre sandsynlighedsunderskud, der kunne udgøre et *tvivlsomt tilfælde*. Ifølge von Eyben er dommen et udtryk for, at der alene kræves culpa for at bevislempelse kan ske, hvoraf konsekvensen bliver, at kravet om *overvejende sandsynlighed* for årsags-sammenhæng ikke længere er relevant. En sandsynlighedsgrad på 1 % må således antages at være tilstrækkeligt til bevislempelse, så længe der foreligger culpa, og så længe der ikke er præcis sikkerhed for manglende årsagssammenhæng (hvilket stort aldrig vil være tilfældet).⁸⁷

Kristensen kritiserer dog von Eyben for brugen af denne form for sandsynlighedsberegning, og i den forbindelse udtaler han: "Det kan med samme ret hævdes, at formålet med tilsynet er at forebygge forsøg på selvmord, at tilsynet er adfærdsregulerende, og sandsynligheden derfor ikke kan fastsætte som sandsynlighed mellem uafhængige hændelser men som betinget sandsynlighed".⁸⁸ Kristensen peger således på formålet med tilsynet, og det forhold, at tilsynet er adfærdsregulerende, men dette må dog anses for at være uden betydning for årsagssammenhængsvurderingen, da det afgørende i den forbindelse er, om tilsynet med *overvejende sandsynlighed* kunne have forhindret selvmordet. Formålet med tilsynet, og at dette er adfærdsregulerende, har alene betydning i forhold til ansvaret, hvor må det må indgå i vurderingen af, om det manglende tilsyn må anses for ansvarspådragende.⁸⁹

På baggrund af vanskeligheden ved at fastsætte den præcise sandsynlighed, og at dette formentlig er årsagen til, at domstolene har været tilbageholdende med at fastslå den præcise sandsynlighed, jf. også ovenfor afsnit 4.1.2, må det mest korrekte således være at foretage denne matematiske beregning af sandsynligheden for årsagssammenhæng i de sjældne tilfælde, hvor det er muligt. Det forhold, at Højesteret formentlig overser dette afgørende forhold i U 2009.1835 H må således medføre, at præjudikatsværdien af denne dom anses for tvivlsom.⁹⁰ Ifølge von Eyben ville afgørelsen nærmere kunne forsvares ud fra det forhold, at der forelå en grov fejl (dvs. en højere grad af culpa), således at dette kunne udligne det relativt store sandsynlighedsunderskud.⁹¹ Dette synspunkt kan dog ikke tiltrædes. Da det netop er en betingelse efter forarbejderne, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, jf. afsnit 4.2.2 ovenfor, må det således ikke kunne antages, at en grovere fejl vil kunne udligne et sådant sandsynlighedsunderskud, når der netop *ikke* er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Derudover vil denne antagelse generelt medføre, at der igen kommer et større fokus på culpavurderingen, hvor formålet med loven netop var en afstandtagen til culpareglen. Uanset dette, er det dog i høj grad problematisk for retsstillingen, at der med denne dom skabes usikkerhed om i hvilke tilfælde, der kan ske bevislempelse for årsagssammenhæng.

4.2.2.2.3. U 2009.2376 H og U 2010.408 H

På baggrund af den tvivl, som U 2009.1835 H har skabt, bliver spørgsmålet derfor om, der i retspraksis er sket en nærmere afklaring omkring disse *tvivlsomme tilfælde*.

⁸⁷ Jf. *Ibid.*, s. 213 ff.

⁸⁸ Jf. Kristensen, s. 132, note 330.

⁸⁹ Jf. også Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 171 ff.

⁹⁰ von Eybens synspunkt er støttet af Ehlers, der udtaler, at præjudikatsværdien af dommen må anses for tvivlsom, da Højesteret netop ikke synes at have været klar over det afgørende forhold, at sandsynligheden kunne bestemmes præcist, jf. Ehlers, s. 400 ff.

⁹¹ Jf. *Juristen* 2009.212, s. 213.

Kort tid efter fik Højesteret dog mulighed for igen at tage stilling til spørgsmålet, og dette var i U 2009.2376 H. Sagen omhandlede en patient, som krævede erstatning som følge af en for sen diagnose af en byld i hjernen. Landsretten fandt, at der var tale om en ansvarspådragende fejl fra sygehusets side, da diagnosen kunne være stillet cirka én uge tidligere end det tidspunkt, hvor diagnosen faktisk blev stillet. På baggrund af udtalelser fra Retslægerådet fandt landsretten, at det var *overvejende sandsynligt*, at den forsinkede diagnose havde forlænget patientens sygeperiode med cirka én uge, men at det *ikke* fandtes *overvejende sandsynligt*, at den forsinkede diagnose havde medført, at patienten - ud over en forlænget sygeperiode på godt en uge - var blevet påført en skade, som ville være undgået ved rettidig diagnosticering og behandling. Da den forsinkede diagnose således alene havde forlænget sygeperioden med cirka én uge, fandt landsretten det ikke godtgjort, at erstatning og godtgørelse ville overstige kr. 10.000.⁹²

Højesteret nåede samme resultat som landsretten, men i sin begrundelse udtalte Højesteret under henvisning til U 2009.1835 H, at "betingelsen [...] om årsagsforbindelse kan lempes, når der ved behandlingen af patienten klart er begået fejl, og det i øvrigt findes rimeligt". Højesteret udtalte således intet om, at det ifølge forarbejderne også er en betingelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Dertil udtalte Højesteret, at "der selv med bevislempelse ikke er grundlag for at antage, at A [patienten] i forhold til følgen af grundsygdommen er blevet påført en varig merskade, som ville have været undgået ved rettidig diagnosticering og behandling". Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at Højesteret bruger formuleringen "selv med bevislempelse".⁹³ Formuleringen indikerer således, at Højesteret har fundet betingelserne for, at der kunne ske denne yderligere bevislempelse for opfyldt, men derudover peger formuleringen modsat i retning af, at der ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, da der *selv med* bevislempelse ikke er grundlag for at statuere årsagssammenhæng mellem behandlingen (den forsinkede diagnose) og den varige merskade. Det er således problematisk, at Højesteret faktisk giver udtryk for at foretage en bevislempelse i dette tilfælde, når der modsat ikke statueres årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden. Retslægerådet udtalte i sagen, at der ikke har været "væsentlige holdepunkter for, at den forsinkede diagnosticering af byld i lillehjernen, har haft selvstændig betydning for tilstanden på undersøgelses-tidspunktet", og at patientens gener derfor ikke kunne henføres til "det forhold, at den i det tidlige forløb opståede betændelse i lillehjernen senere udviklede sig til en byld (indkapslet betændelse)". Disse udtalelser fra Retslægerådet synes således ikke at indikere, at der er tale om et af de ovenfor i afsnit 4.2.2 nævnte *gråzonetilfælde*,⁹⁴ hvorfor forarbejdernes betingelse om et *tvivlsomt tilfælde*, før der kan ske bevislempelse, ikke må anses for opfyldt. Det forhold, at der foreligger en fejl i culpapreglens forstand, er derfor også uden betydning, når der ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*.

Højesteret udtalte også, at der kan ske bevislempelse, hvis "det i øvrigt findes rimeligt". Det fremgår af forarbejderne, at der kan inddrages andre momenter i vurderingen af årsagssammenhæng, "hvis dette findes rimeligt".⁹⁵ Det forhold, at Højesteret udtaler, at bevislempelse kan ske, hvis der er begået fejl, og det "i øvrigt findes rimeligt" indebærer ifølge Pommer "et frit skøn, og kan være endnu et signal om, at Højesteret har sat sig ud over motiverne".⁹⁶ Kravet om *overvejende sandsynlighed* er allerede en lempelse i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, jf. ovenfor afsnit 4.2.1, og det må derfor også antages, at der

⁹² Dette var tidligere bundgrænsen for, at der efter KEL kunne ydes erstatning. Dette blev ændret med virkning fra 1. juli 2018, hvor der i stedet blev indført et eget bidrag, jf. *Lovforslag som vedtaget: FT 2017-18, tillæg C, L 98*.

⁹³ Det må antages, at Højesteret henviser til den yderligere bevislempelse, der følger af forarbejderne, jf. også ovenfor afsnit 4.2.2, da Højesteret netop forinden havde henvist til denne mulighed ud fra dommen U 2009.1835 H.

⁹⁴ *Juristen*, 2009.21, s. 24.

⁹⁵ Jf. *FT 1990-91, 2. samling, tillæg A*, spalte 3286.

⁹⁶ Jf. *Pommer*, s. 67.

skal foreligge stærke grunde til at foretage denne yderligere bevislempelse, hvorfor et sådant frit skøn ud fra, hvad der er ”rimeligt”, ikke kan antages at være indeholdt i forarbejderne.

Det bliver dog ikke mindre bemærkelsesværdigt, at Højesteret vælger at bruge præcis samme formulering i en senere dom – nemlig U 2010.408 H. Dommen omhandlede en patient, der – som følge af en nedgroet negl – var blevet opereret i foden på en privat klinik. Der opstod herefter en svær infektion i foden, og patienten henvendte sig derfor nogle dage senere på et offentligt sygehus, hvor der alene blev foretaget en rensning af såret og en sammensyning. Foden måtte imidlertid efterfølgende amputeres. Det blev i sagen udtalt af Retslægerådet, at det var en fejl, at man havde foretaget sammensyningen, og at der ikke var blevet iværksat ny operation hurtigere, men at amputationen med *overvejende sandsynlighed*⁹⁷ var en følge af patientens grundlidelse, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmålene D, F og I. Højesteret bemærkede her – i overensstemmelse med U 2009.2376 H – at der var tale om en ansvarspådragende fejl, og at ”det *selv med den heraf følgende bevislempelse* ikke er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at skaden i form af amputation af A's venstre underben kunne være undgået, hvis fejlene ikke var blevet begået” (egen fremhævning). Igen nævnte Højesteret intet om, at der skulle være tale om et *tvivlsomt tilfælde*, hvilket der heller ikke er tale om her, jf. Retslægerådets udtalelse, og det blev således alene af Højesteret nævnt, at der var tale om en ansvarspådragende fejl. Højesterets formulering om, at det ikke fandtes tilstrækkeligt sandsynliggjort, at skaden kunne være undgået, hvis der ikke var sket fejl under behandlingen, udtrykker derfor, at der ikke foreligger den fornødne årsagssammenhæng mellem behandling og skade.⁹⁸

Det bemærkelsesværdige i U 2010.408 H er imidlertid også, at landsretten ikke bevægede sig ind i vurderingen af, om der skulle ske en bevislempelse, da landsretten blot fandt, at det ikke var *overvejende sandsynligt*, at behandlingen var årsag til skaden. Dette er formentlig en indikation på, at landsretten ikke har fundet, at der var tale om et sådant *tvivlsomt tilfælde*, hvorfor vurderingen af den yderligere bevislempelse var uden betydning.⁹⁹ I U 2009.2376 H fandt landsretten også, at kravet om *overvejende sandsynlighed* ikke var opfyldt, og således blev der heller ikke her foretaget en vurdering af, om der skulle ske den yderligere bevislempelse. Forskellen er dog, at der i denne sag ikke var procederet herpå.

Højesteret synes på baggrund af disse to domme at have lagt for stor vægt på forarbejdernes betingelse om, at der skal være tale om en ansvarspådragende fejl (dvs. culpa), og dermed alene anset denne betingelse om culpa for en tilstrækkelig betingelse til, at der kan ske bevislempelse. Dette er imidlertid i strid med forarbejderne til loven, da det heri er et betingelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, jf. ovenfor afsnit 4.2.2. Højesteret er derfor ikke med disse afgørelser kommet nærmere problemstillingen om, hvornår der ifølge forarbejderne er tale om *tvivlsomme tilfælde* – tværtimod har dommene alene videreført den forvirring og uklarhed om, hvornår der i praksis kan ske bevislempelse for årsagssammenhæng, som U 2009.1835 H medførte.

⁹⁷ Det bør igen bemærkes, at *overvejende sandsynlighed* har en anden betydning i medicinsk forstand, hvor der tales om en sandsynlighedsgrad på 95 %, jf. Ehlers, s. 424 ff.

⁹⁸ Se modsat Pommer, s. 68 ff.

⁹⁹ Landsretten afviste sagen under henvisning til den dagældende regel svarende til KEL § 20, stk. 1, nr. 1. Ifølge Pommer burde landsretten i stedet have afvist sagen ud fra den dagældende regel svarende til KEL § 19, stk. 1, hvilket han begrunder i præmissen om, at skaden med *overvejende sandsynlighed* var en følge af grundlidelsen, og således ikke behandlingen, jf. Pommer, s. 68. Dette synspunkt kan imidlertid ikke tiltrædes, da der i sagen netop var tale om, at fejlen var i strid med specialistreglen, men dette blev af landsretten afvist under henvisning til kravet om *overvejende sandsynlighed*, der netop findes i KEL § 20, stk. 1. Landsretten burde derfor ikke have afvist sagen under henvisning til den dagældende regel svarende til KEL § 19, stk. 1.

4.2.2.2.4. U 2011.1019 H

I U 2011.1019 H synes Højesteret dog i en vis grad at rette op på problemstillingen ovenfor. Sagen omhandlede en kvinde, der blev indlagt som følge af en forvredet ankel. Cirka 2 måneder forinden havde hun været indlagt på samme sygehus som følge af respirationsbesvær, og det var oplyst, at hun var kronisk syg med nedsat hjertefunktion, forhøjet blodtryk og dårlig lungefunktion. I forbindelse med ind-læggelsen, som følge af den forvredne ankel, blev der anlagt et kateter, hvor det nogle dage senere blev konstateret, at hun havde fået en urinvejsinfektion. Hun blev på et senere tidspunkt ukontaktbar, og hun afgik herefter ved døden. Spørgsmålet var derfor om dødsfaldet skyldtes behandlingen på sygehuset. Landsretten fandt, at det var en fejl, at man ikke havde tilvejebragt det bedst mulige bakteriologiske grundlag for den fortsatte antibiotikabehandling af patientens urinvejsinfektion, men ud fra udtalelser af Retslægerådet fandt landsretten dog, at det ikke måtte anses for *overvejende sandsynligt*, at denne fejl medførte patientens dødsfald. Landsretten foretog derfor ikke en vurdering af, om der skulle ske bevislempelse for årsags-sammenhæng.

Højesteret foretog i sin begrundelse og sit resultat en nærmere gennemgang af kriterierne for erstatning, herunder med henvisning til lovens forarbejder, hvoraf Højesteret blandt andet udtalte følgende:

”Det er skadelidte, der skal bevise, at der foreligger årsagsforbindelse. Kravene til bevis kan efter forarbejderne i tvivlsomme tilfælde lempes, hvis der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden. I sådanne tilfælde kan tvivl om årsagsforholdene således komme skadelidte til gode. Må det imidlertid efter bevisførelsen anses for usandsynligt, at behandlingen er årsag til skaden, foreligger der ikke en erstatningsberettigende patientskade.”

I den konkrete sag fandt Højesteret det usandsynligt, at dødsfaldet skyldtes behandlingen på sygehuset. Højesteret nævnte således i sin begrundelse, modsat dommene i afsnittet umiddelbart ovenfor, at det er en betingelse efter forarbejderne, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, men i den konkrete sag fandt Højesteret dog, at det var konkret usandsynligt, at behandlingen var årsag til dødsfaldet – uden at udtale sig nærmere herom. Selvom det ikke eksplicit fremgår af dommen, må det antages, at Højesteret i denne afgørelse, i overensstemmelse med landsretten, har fundet, at det ikke har været nødvendigt at gå ind i vurderingen af, om der skulle ske bevislempelse, da det allerede var *usandsynligt*, at behandlingen var årsag til skaden. Det må således anses for korrekt, at der ikke kan ske bevislempelse i dette tilfælde, hvor det klart findes usandsynligt, at skaden er forårsaget af behandlingen – det vil sige, hvor der rent faktisk *ikke* er tale om et *tvivlsomt tilfælde* – men som det også angives af Askjær m.fl.,¹⁰⁰ bidrager dommen ikke til en nærmere afklaring af grænsen mellem, hvornår der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, det vil sige, hvor behandlingen *kan være* årsag til skaden, og hvornår der er tale om tilfælde, hvor det er *usandsynligt*, at skaden er forårsaget af behandlingen.

Dommen har således alene rettet op på problemstillingen i den forstand, at det heri tydeliggøres, at det er en nødvendig betingelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, før der kan blive tale om bevislempelse for årsagssammenhæng. I 2011-dommen forelå der formentlig culpa, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmålene 7 og 18a, men dette er dog uden betydning, da der netop ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Konklusionen på baggrund af U 2011.1019 H må derfor være, at der er sket en vis nærmere afklaring af den uklarhed, som blev skabt med de forudgående domme, men at det endnu ikke på baggrund af retspraksis er afklaret, hvornår der

¹⁰⁰ Jf. Askjær, Jakobsen og Hjortnæs, s. 173 ff.

i praksis foreligger et *tvivlsomt tilfælde*, som kan medføre bevislempelse for årsagssammenhæng.¹⁰¹

4.2.2.2.5. Nyere retspraksis

Den seneste højesterets dom på dette område er U 2018.3093 H, der omhandlede om en patient, der fra 2005 og frem var i behandling for testikelkræft. I den efterfølgende periode gik han løbende til kontroller, hvor han i august 2008 igen måtte indlægges med et tilbagefald. I marts 2009 klagede han over nytilkomne gener i form af synkebesvær, men der ikke blev foretaget yderligere. Først i juni 2009 blev han af egen læge henvist til en kikkertundersøgelse af maven, der i slutningen af juli 2009 viste, at han også havde kræft i den øverste del af bugen. Han afgik herefter ved døden den 3. februar 2010.

Både PFF (nu PE), AfP og byretten fandt, at der var et ansvarsgrundlag efter KEL § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, da det var en fejl, at der ikke blev foranlediget yderligere undersøgelse i marts 2009, men de fandt dog ikke, at det var *overvejende sandsynligt*, at det var denne forsinkede diagnosticering på cirka 4 måneder, der var årsag til patientens dødsfald. Dette var begrundet i, at sygdommen allerede forinden patientens henvendelse i marts 2009 havde spredt sig, og at han således ville været afgået ved døden som følge af kræftlidelsen (grundsygdommen). Der blev derfor ikke foretaget en vurdering af, om der skulle ske bevislempelse i dette tilfælde, da der netop ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Byretten udtalte da også følgende i sin afgørelse: ”Retten bemærker, at retten ikke har fundet anledning til at tage stilling til, om der er grundlag for bevislempelse i sagen, da der efter fremkomsten af Retslægerådets udtalelse ikke er tvivl om årsagssammenhængen”. Landsrettens flertal (2-1) nåede modsatte resultat af byretten, men udtalte alene, at det var *overvejende sandsynligt*, at patienten ville have levet længere, hvis diagnosen blev stillet rettidigt, hvilket i sig selv måtte anses for en skade efter KEL. Højesteret fandt dog, at det fremrykkede dødstidspunkt ikke udgjorde en erstatningsberettiget patientskade efter KEL, jf. § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1. Vedrørende årsagssammenhæng udtalte Højesteret følgende:

”Højesteret finder på den anførte baggrund, at A [ægtefællen] ikke har godtgjort, at den forsinkede diagnose af Bs [patientens] cardiacancer med overvejende sandsynlighed har forvoldt hans død, jf. lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1. Det bemærkes herved, at der efter Retslægerådets udtalelse ikke er tvivl om, at cardiacanceren er årsagen til Bs [patientens] død. Spørgsmålet om bevislempelse er derfor uden betydning.”

I overensstemmelse med U 2011.1019 H (og U 2013.553 H) fandt Højesteret således, at vurderingen om bevislempelse i dette tilfælde var uden betydning, da der netop ikke var tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Dommen bidrager derfor ikke til en nærmere afklaring af, hvornår der foreligger et *tvivlsomt tilfælde*, der kan medføre bevislempelse for årsagssammenhæng, da der i den konkrete sag ingen tvivl var, og derfor var vurderingen af, om der forelå culpa også uden betydning.

¹⁰¹ Til illustration af en lignende begrundelse fra Højesteret, kan nævnes den senere dom, U 2013.553 H, der omhandlede en moder, der ventede tvillinger, og som blev indlagt på et sygehus med tegn på såkaldt tvilling til tvilling transfusionssyndrom (TTTS). Moderen var i løbet af indlæggelsen om natten ikke blevet tilset af en læge eller jordmoder, selvom en sygeplejerske havde anmodet herom. Det viste sig imidlertid efter fødslen, at tvillingerne havde pådraget sig en række skader. Højesteret fandt, at det var en fejl, at hun ikke var blevet tilset. Dertil udtalte Højesteret, at det var ”usandsynligt, at tilsyn af en læge eller en jordemor før den 9. januar 1997 kl. 07.15 ville have ført til, at skaderne på A og B [tvillingerne] var blevet mindre.”. Med udgangspunkt i, at det var *usandsynligt*, at det manglende tilsyn var årsag til skaderne, fandt Højesteret, at der ikke var den fornødne årsagssammenhæng. Dette stemmer derfor overens med afgørelsen U 2011.1019 H.

Dog illustrerer to nyere landsretsdomme – U 2018.2461 V og en utrykt landsretsafgørelse afsagt den 16. november 2018 af Østre Landsret¹⁰² – situationer, der netop peger i retning af *tvivlsomme tilfælde*.¹⁰³ I U 2018.2461 V, havde Retslægerådet udtalt, at der er ”beskrevet symptomer på påvirkning af de intellektuelle funktioner, men man kan ikke sikkert afgøre, hvorvidt de stammer fra kemoterapien eller er en følge af langvarig depression.” På baggrund af Retslægerådets udtalelse var der således tvivl om, hvorvidt det var behandlingen (den forsinkede diagnose af livmoderhalskræft), der havde medført skaden (depression). Landsretten lagde i sin afgørelse dette til grund, men gik dog ikke nærmere ind i vurderingen, da det forinden blev fastslået, at der ikke var tale om en ansvarspådragende fejl i culpapreglens forstand, hvorfor bevislempelse allerede som følge heraf var udelukket.

I den anden landsretsafgørelse afsagt den 16. november 2018 udtalte Retslægerådet følgende: ”Det er ikke [*muligt*] at udtale sig om overlevelseshandsynligheden i tilfælde af, at behandlingen var iværksat i august 2010, da sygdomsudbredningen på det pågældende tidspunkt ikke er kendt, men generelt forringes prognosen ved udsættelse af behandling.” Ligesom i U 2018.2461 V lagde landsretten dette til grund i sin afgørelse, men dog uden at gå nærmere ind i vurderingen heraf, da det også her blev fastslået, at der ikke var tale om en *klar fejl*.¹⁰⁴ Hertil skal det nævnes, at de øvrige lægefaglige udtalelser var forskellige i vurderingen af betydningen af den forsinkede behandling.

Det fremgår således ikke direkte at de to domme, at der er tale om *tvivlsomme tilfælde*, men både de lægefaglige udtalelser og det forhold, at landsretten lægger disse til grund uden nærmere at gå ind i denne vurdering, peger således i retning af, at der i begge afgørelser var tale om *tvivlsomme tilfælde*, men at bevislempelse for årsagssammenhæng derefter var udelukket som følge af betingelsen om culpa.¹⁰⁵

5. Gældende retstilstand

Som det fremgår af afsnit 2.1, var det ene formål med indførelsen af PFL (nu KEL) at sikre en materiel forbedring af patientens mulighed for erstatning ved en afstandtagen fra culpapreglen. Dette formål kom blandt andet til udtryk i den regel, som i dag findes i KEL § 20, stk. 1, hvoraf det fremgår, at der alene kræves *overvejende sandsynlighed* for, at skaden er forvoldt på en af de nævnte måder i KEL § 20, stk. 1, nr. 1-4. Dette indebærer således i sig selv en lempelse i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, hvor der kræves mere end blot *overvejende sandsynlighed*, jf. afsnit 4.2.1 ovenfor. Derudover åbnede forarbejderne til loven mulighed for en videreførelse af den tidligere retspraksis, hvor en yderligere lempelse af beviskravet for årsagssammenhæng i visse tilfælde kunne finde sted. Som det fremgår af afsnit 4.2.2 kunne det på baggrund af formuleringen i forarbejderne konkluderes, at denne yderligere bevislempelse kan foretages, når der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, og når der *klart er begået fejl ved behandlingen* – det vil sige, at der som minimum foreligger en eller anden form for culpa. På denne baggrund blev følgende to spørgsmål relevante: (1) Hvornår er der tale om, at sandsynligheden for årsagssammenhæng er *tvivlsom*, således at bevislempelse kan ske, og (2) *hvad (eller nærmere, hvilken grad af culpa) kræves i de tvivlsomme tilfælde til, at bevislempelse kan ske?*

¹⁰² Jf. Dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16 (vedlagt som bilag 1).

¹⁰³ Dommene er desuden gennemgået ovenfor i afsnit 4.2.2.1.3 vedrørende betingelsen om culpa, hvorfor der også henvises hertil.

¹⁰⁴ Se nærmere herom i afsnit 4.2.2.1.3.

¹⁰⁵ Landsretsafgørelsen af 16. november 2018 er som tidligere nævnt anket til Højesteret, hvorfor der inden for nærmeste fremtid må forventes en nærmere afklaring heraf, jf. afsnit 4.2.2.1.3.

I relation til sidstnævnte spørgsmål blev det i første omgang fastslået i U 2002.1690/2 H, at culpa ikke er en nødvendig betingelse for, at bevislempelse kan ske, da alene et ansvarsgrundlag efter reglen i KEL § 20, stk. 1, nr. 1, er tilstrækkeligt. Højesteret udvidede således området for bevislempelse betydeligt ud over, hvad der var tiltænkt ud fra formuleringen af forarbejderne til loven og den tidligere retspraksis. Dette blev imidlertid også mødt af kritik i litteraturen, og da dommen også strider mod forarbejderne til loven, må det ikke antages, at beviskravet skal lempes så kraftigt, som det var tilfældet i denne dom, jf. også 4.2.2.1.1. Højesteret blev dog mødt med samme problemstilling i to senere domme – U 2006.1717 H og U 2007.1591 H – hvor det modsat 2002-dommen blev fastslået, at et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ikke er tilstrækkeligt til, at der kan ske bevislempelse. I stedet blev de i de to domme fastslået, at der må kræves en eller anden form for culpa, hvorfor resultatet af U 2002.1690/2 H ikke længere kan fastholdes. Konklusionen på spørgsmålet ovenfor er derfor, at det må som minimum kræves, at der foreligger en eller anden form for culpa, før der kan blive tale om bevislempelse for årsagssammenhæng. Dette stemmer også bedst overens med forarbejderne til loven og retspraksis forud for loven, jf. afsnit 4.2.2 og afsnit 4.2.2.1.1. Denne retsstilling er også i det væsentligste blevet fulgt i nyere retspraksis, jf. afsnit 4.2.2.1.3, men en enkelt, nyere landsretsafgørelse af 16. november 2018¹⁰⁶ synes dog at indikere, at der må kræves en højere grad culpa – og dermed udelukkes mildere former for culpa. Afgørelsen er imidlertid anket til Højesteret, og det vil derfor være ønskværdigt af hensyn til den generelt store usikkerhed på dette område, herunder retssikkerheden, at den tidligere retspraksis fastholdes, således det afgørende for bevislempelse er, at der alene foreligger en eller anden form for culpa (evt. alene en mildere form for culpa).

I relation til spørgsmålet om, hvornår der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, viser gennemgangen af dommene ovenfor i afsnit 4.2.2.2, at retspraksis ikke har været klar. I den første dom U 2008.2801 H vedrørende denne problemstilling fastslog Højesteret, at der i den konkrete situation *ikke* var tale om et *tvivlsomt tilfælde*, da sandsynligheden på baggrund af udtalelser fra Retslægerådet kunne fastslås relativt sikkert – og der var i det konkrete tilfælde stor sandsynlighed for, at der ikke var tale om en skade som følge af behandlingen. Det forhold, at der formentlig var tale om culpa i den konkrete situation ændrede således ikke på, at bevislempelse ikke kunne ske. Højesteret var således meget tydelig i sin afgørelse, og dommen illustrerer netop, at det er en betingelse, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, før der kan ske bevislempelse for årsagssammenhæng. Dette blev imidlertid ændret ved U 2009.1835 H, hvor Højesteret fandt, at der *var* tale om et *tvivlsomt tilfælde*, og da der i den konkrete sag også forelå culpa, foretog Højesteret bevislempelse for årsagssammenhæng, således at denne tvivl om årsagssammenhængen måtte komme patienten (i det konkrete tilfælde; de efterladte) til gode. Det problematiske var imidlertid, at den præcise sandsynlighed i dette sjældne tilfælde kunne udregnes til 10 %, hvorfor der var tale om et relativt stort sandsynlighedsunderskud i forhold til KEL's krav om *overvejende sandsynlighed* (hvor der alene kræves 51 %). Dette udtrykker således ikke et *tvivlsomt tilfælde*, og det er derfor i høj grad problematisk, at Højesteret med denne dom skaber stor usikkerhed om retstilstanden på området. Det forhold, at Højesteret formentlig overså, at der kunne foretages en præcis matematisk udregning af sandsynligheden må således medføre, at præjudikats-værdien af denne dom også anses for tvivlsom. Forvirringen på området blev dog ikke mindre i de efterfølgende domme U 2009.2376 H og U 2010.408 H, hvor Højesteret med formuleringen ”selv med bevislempelse” indikerede, at betingelserne for bevislempelse for årsagssammenhæng var opfyldt, men i begge domme måtte det på baggrund af Retslægerådets udtalelser konkluderes, at der ikke var tale om *tvivlsomme tilfælde*, og Højesteret statuerede

¹⁰⁶ Jf. Dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16 (vedlagt som bilag 1).

da også i begge afgørelser, at der ikke var årsagssammenhæng mellem behandlingen og skaden. Det er derfor i denne sammenhæng problematisk og med til at skabe yderligere uklarhed, at Højesteret ikke er klar og tydelig i sine formuleringer. Højesteret synes desuden i begge afgørelser at have lagt for stor vægt på betingelsen om culpa. I U 2011.1019 H har Højesteret dog til en vis grad rettet op på den nævnte uklarhed, da det med dommen blev fastslået, at det forhold, at der alene foreligger culpa, ikke kan medføre bevislempelse for årsagssammenhæng, når der ikke er tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Uanset denne konstatering fandt Højesteret dog på baggrund af udtalelser fra Retslægerådet, at det i sagen var konkret usandsynligt, at behandlingen var årsag til dødsfaldet, hvorfor der ikke var tale om et *tvivlsomt tilfælde*.¹⁰⁷ Dommen har derfor ikke bidraget nærmere til, hvornår der modsat foreligger et *tvivlsomt tilfælde*, som kan medføre bevislempelse for årsagssammenhæng. Det samme gælder den nyeste dom på området U 2018.3093 H, hvor det på baggrund af udtalelser fra Retslægerådet konkret blev fastslået, at der ikke var tale om et *tvivlsomt tilfælde*. Derfor var spørgsmålet om bevislempelse uden betydning. Heller ikke denne dom bidrager derfor til, hvornår der foreligger et *tvivlsomt tilfælde*, der kan medføre bevislempelse for årsagssammenhæng. Alene to nyere landsretsafgørelser¹⁰⁸ bidrager i vist omfang til, hvornår der kan siges at foreligge *tvivlsomme tilfælde*, jf. afsnit 4.2.2.2.5. Det fremgår ikke direkte at de to landsretsafgørelser, at der var tale om *tvivlsomme tilfælde*, men de lægefaglige udtalelser, og afgørelserne peger dog alligevel i retning heraf. Bevislempelse for årsagssammenhæng blev dog i begge afgørelser efterfølgende afvist ud fra betingelsen om culpa.

Det fremgår derfor tydeligt af de gennemgåede domme på området for *tvivlsomme tilfælde*, at Højesteret ikke har lagt en klar linje vedrørende denne problemstilling, samt at retsstillingen i vidt omfang stadig står uafklaret. Som nævnt følger det af forarbejderne, at der skal være tale om et *tvivlsomt tilfælde*, men spørgsmålet er derfor stadig, hvornår dette rent faktisk er tilfældet. Som tidligere nævnt i afsnit 4.2.2, udtrykker von Eyben, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, såfremt der er tale om et af følgende *gråzonetilfælde*: Hvor (1) den relative sandsynlighed ikke kan angives, (2) sandsynligheden for behandlingsskade eller ikke-behandlings-skade er lige stor, eller (3) en mindre forskel i sandsynlighed er behæftet med betydelig usikkerhed.¹⁰⁹ Det kan imidlertid være svært præcist at påpege, hvornår disse *gråzonetilfælde* foreligger i praksis, hvilket retspraksis også synes at vise. I relation til sidstnævnte *gråzonetilfælde* opstår spørgsmålet også, hvor den nedre grænse for sandsynlighed skal findes for, at der stadig er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, men uden at det modsat bliver usandsynligt, at behandlingen er årsag til skaden. I U 2009.1835 H fastslog Højesteret, at der var tale om et *tvivlsomt tilfælde*, selvom sandsynligheden kunne fastsættes til 10 %, men da Højesteret formentlig overså, at der i dette sjældne tilfælde kunne foretages en præcis udregning af sandsynligheden, må præjudikatsværdien af denne dom, som tidligere nævnt, også anses for tvivlsom.

Det kan herefter diskuteres om denne nedre grænse af sandsynlighed nogensinde vil kunne findes. Som nævnt i afhandlingens afsnit 4.1.2 har man også i retspraksis vedrørende den almindelige erstatningsret været tilbageholdende med at lægge sig fast på en bestemt sandsynlighedsgrad for, at kravet om årsags-sammenhæng er opfyldt. Det må derfor også forventes, at domstolene vil udvise samme tilbageholdenhed inden for patientskadeområdet. Derudover bygger sager inden for patientskadeområdet i høj grad på lægefaglige udtalelser, herunder udtalelser fra Retslægerådet, hvilket gennemgangen af dommene ovenfor også viser. Da dommerne netop heller ikke besidder den nødvendige lægefaglige viden er de derfor også nødsaget til at

¹⁰⁷ Højesteret anvendte en lignende begrundelse i U 2013.553 H, jf. afsnit 4.2.2.2.4, note 101 ovenfor.

¹⁰⁸ Jf. U 2018.2461 V og dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16 (vedlagt som bilag 1), hvoraf sidstnævnte er anket til Højesteret.

¹⁰⁹ Jf. *Juristen*, 2009.21, s. 24.

holde sig til disse vurderinger. Det vil derfor også være svært for domstolene at lægge en generel, fast linje for, hvor den nedre grænse af sandsynlighed skal gå. Ofte vil det blive en konkret vurdering i det enkelte tilfælde, hvor de lægefaglige vurderinger, må blive de afgørende.

Det bør derudover nævnes, at U 2002.1690/2 H og U 2009.1835 H er de eneste af de ovenfor gennemgåede domme, hvor der rent faktisk blev foretaget bevislempelse for årsagssammenhæng, og hvor dette netop kom patienten/de efterladte til gode. 2002-dommen kunne imidlertid ikke fastholdes, og præjudikats-værdien af 2009-dommen er som nævnt allerede tvivlsom. Det kan derfor diskuteres, om området for bevislempelse – særligt vedrørende betingelsen om *tvivlsomt tilfælde* – i retspraksis er blevet fortolket for snævert. Der er hverken i landsrets- eller højesteretsafgørelser set eksempler på, hvor der rent faktisk er foretaget bevislempelse for årsagssammenhæng som følge af, at begge betingelser herfor er opfyldt – og hvor dette bygger på et reelt grundlag. Der kan dog til illustration nævnes to byretsafgørelser, hvor dette er tilfældet.

Den første er en byretsdom afsagt den 12. maj 2015¹¹⁰, som omhandlede en patient, der skulle opereres som følge af blindtarmsbetændelse. Antibiotika-behandlingen havde i den forbindelse ikke været tilstrækkelig, hvorved patienten blev påført en række gener. Retslægerådet udtalte, at den utilstrækkelige antibiotika-behandling var en fejl, herunder at risikoen for en reoperation kunne være reduceret, hvis der var givet tilstrækkelig antibiotikabehandling, men at det ikke var muligt at graduere sandsynligheden. Byretten fandt på denne baggrund, at der kunne ske bevislempelse for årsagssammenhæng, da der både var tale om et *tvivlsomt tilfælde* og en *klar fejl*. Den anden er en byretsdom afsagt den 30. juni 2015¹¹¹, som omhandlede forsinket diagnosticering af tyktarmskræft. Under en operation af kræftknuden, var man også nødsaget til at fjerne blæren og amputere patientens ene ben. Overordnet var spørgsmålet derfor, om dette kunne være undgået, hvis kræften var blevet diagnosticeret rettidigt, det vil sige cirka et halvt år tidligere i forbindelse med en CT-skanning. Retslægerådet udtalte i første omgang, at det var en *klar lægelig fejl*, at man ikke ved skanningen havde beskrevet, at der var tegn på kræft. PSA (nu AfP) anerkendte, at beviset til årsagssammenhæng skulle lempes, og amputationen af benet dermed kunne været undgået ved rettidig diagnosticering, men fjernelsen af blæren ikke kunne være undgået. Retslægerådet udtalte efterfølgende, at det ikke var muligt at afgøre, om kræftknuden allerede ved tidspunktet for skanningen var vokset ind i blæren. Byretten fandt på denne baggrund, at det ikke var muligt at vurdere, om den rettidige diagnosticering ville have ført til, at fjernelsen af blæren kunne være undgået. Denne tvivl om årsagssammenhængen måtte således komme patienten til gode, og byretten fandt derfor, at kravet om årsagssammenhæng var opfyldt, da der også var tale om en klar lægelig fejl. Begge byretsafgørelser illustrerer således tydeligt det gråzonetilfælde, hvor den relative sandsynlighed ikke kan angives, og det må derfor også på baggrund af forarbejderne anses for korrekt, at der i begge tilfælde er foretaget bevislempelse for årsagssammenhæng, da også betingelsen om culpa i begge afgørelser er opfyldt. Det kan dog undre, at der endnu ikke er set sådanne eksempler i hverken landsrets- eller højesteretsafgørelser, men omvendt viser gennemgangen af de to byretsdomme, at der i disse konkrete tilfælde slet ikke var tvivl om, at der faktisk skulle foretages bevislempelse for årsagssammenhæng.

Det forhold, at retspraksis – særligt på området for *tvivlsomme tilfælde* – umiddelbart synes at være underlagt en streng bedømmelse, må dog alligevel anses for bedst overensstemmende med det ovenfor nævnte formål med PFL (nu KEL). Som nævnt i afsnit 4.2.2 ovenfor,

¹¹⁰ Jf. Dom af 12. maj 2015 fra Retten i Odense i sag nr. BS 3-142/2014 (vedlagt som bilag 2).

¹¹¹ Jf. Dom af 30. juni 2015 fra Retten i Esbjerg i sag nr. BS 16-22/2013 (vedlagt som bilag 3).

udtrykker både Ehlers og von Eyben,¹¹² at det netop stemmer bedst overens med lovens forarbejder at foretage en vis indsnævring af området for *tvivlsomme tilfælde*, således at området for culpa begrænses mest muligt, hvilket også var hensigten med loven, jf. ovenfor afsnit 2.1. Dertil skal det nævnes, at der med indførelsen af loven allerede er foretaget en væsentlig lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng i forhold til de almindelige erstatnings-retlige regler, da der efter PFL (nu KEL) alene kræves *overvejende sandsynlighed*, jf. også ovenfor afsnit 4.2.1. Såfremt der modsat ville blive foretaget en lempelig vurdering af betingelsen om *tvivlsomme tilfælde*, vil det, som også tidligere angivet af von Eyben, netop være med til at undergrave hele formålet med loven – og kravet om *overvejende sandsynlighed* – hvorved culpavurderingen igen ville blive det centrale og afgørende.¹¹³ Til trods for, at den relativt strenge retspraksis på området for bevislempelse derfor må accepteres, kan det dog synes uheldigt for retstilstanden, at Højesteret ikke har formået at skabe en klar linje.

De konkrete lægefaglige vurderingers store betydning på dette område er formentlig også en af årsagerne til, at der på dette område er tale om relativt mange højesteretsdomme, jf. de gennemgåede domme ovenfor. Til trods herfor kan det dog undre, at der har været enighed i samtlige af de nævnte højesteretsdomme og dermed ingen dissens – særligt når Højesteret heller ikke har formået at skabe en klar linje i afgørelserne. Uanset dette må den svingende og uklare udvikling i retspraksis, herunder de mange højesteretsdomme, indikere, at der netop også er tale om et område, hvor der fortsat må forventes flere domstolsafgørelser i fremtiden – også fra Højesteret. Konsekvensen af den svingende og uklare retspraksis på dette område er dog, at det gør det endnu sværere for patienterne, der jo netop bærer bevisbyrden, at forudse, hvor de står i en eventuel patientskadesag. Derudover er det af stor praktisk betydning, at særligt PE ikke ved, hvad der er gældende på området, og hvad denne skal rette sig efter. Det kan betyde, at PE, der som førsteinstans afgør mange sager om patientskader hvert år, risikerer at træffe forkerte afgørelser, hvilket er med til at skabe en mistillid til PE. Dette kan derfor også være med til at resultere i endnu flere domstolsafgørelser på dette område til trods for, at formålet med loven også var en processuel lettelse af patientens adgang til erstatning. Da *tvivlsomme tilfælde* som tidligere nævnt ikke altid i praksis er lige tydelige, og da resultat i høj grad afhænger af konkrete, lægefaglige vurderinger, vil det være ønskværdigt for den fremtidige retstilstand, at domstolene ved vurderingen af, om der skal ske bevislempelse for årsagssammenhæng, optræder særligt varsomt i sine formuleringer, således at der ikke opstår tvivl om, hvad der er sigtet til med afgørelserne. Dette vil således også være i ønsket om, at der i fremtiden kan skabes en mere klar linje i retspraksis på dette område.

6. Konklusion

Formålet med nærværende afhandling har været at analysere udviklingen i retspraksis i relation til beviskravet for årsagssammenhæng efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL) samt belyse, hvordan denne udvikling i retspraksis stemmer overens med lovens formål. Analysen af udviklingen i retspraksis viser, at der er sket en vis nærmere afklaring på dette område siden lovens indførelse, men retsstillingen er dog endnu ikke endeligt afklaret.

Det følger af KEL § 20, stk. 1, at der alene kræves *overvejende sand-synlighed* for, at beviskravet for årsagssammenhæng er opfyldt, hvorfor 51 % sandsynlighed således er tilstrækkeligt. På baggrund af forarbejderne kan der imidlertid i visse tilfælde ske en yderligere lempelse af beviskravet for årsags-sammenhæng, såfremt to betingelser må anses for opfyldt.

¹¹² Jf. Ehlers, s. 398 ff. og Juristen, 2009.21, s. 24.

¹¹³ Jf. Juristen 2009.212, s. 213 ff.

Vedrørende forarbejdernes betingelse om, at der *klart skal være begået fejl* ved behandlingen er konklusionen på nuværende tidspunkt på baggrund af udviklingen i retspraksis, at alene en eller anden form for culpa er tilstrækkeligt til, at der kan ske bevislempelse for årsagssammenhæng, jf. U 2006.1717 H og U 2007.1591 H. Dette må også anses for bedst overensstemmende med formuleringen i forarbejderne, hvorimod alene et ansvarsgrundlag efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ikke er tilstrækkeligt, selvom dette blev fastslået i U 2002.1690/2 H.

Vedrørende forarbejdernes betingelse om et *tvivlsomt tilfælde*, opstod spørgsmålet, hvornår der var tale om, at sandsynligheden for årsagssammenhæng var *tvivlsom*, således at bevislempelse kunne ske. Konklusionen på baggrund af udviklingen i retspraksis er imidlertid, at retsstillingen i vidt omfang stadig står uafklaret. Vurderingen om *tvivlsomme tilfælde* bygger i høj grad på konkrete, lægefaglige udtalelser, hvilket formentlig også er årsagen til, at området ikke kan anses for endeligt afklaret. Det vil i alle tilfælde derfor blive en konkret vurdering af de faktiske omstændigheder, hvorfor der formentlig heller aldrig vil komme en endelig afklaring på, hvornår der generelt er tale om *tvivlsomme tilfælde*. Derudover vil domstolene formentlig også i fremtiden på dette område være tilbageholdende med at fastlægge sig på en bestemt nedre sandsynlighedsgrad for, at kravet om årsagssammenhæng er opfyldt som følge af bevislempelse. Der må således allerede af den grund fortsat forventes flere domstolsafgørelser på dette område – også fra Højesteret.

Selvom retspraksis på dette område derfor kan synes at være underlagt en streng bedømmelse i forhold til betingelsen om et *tvivlsomt tilfælde*, må det alligevel anses for bedst overensstemmende med formålet med loven. Formålet var netop en materiel forbedring af patientens mulighed for erstatning ved en afstandtagen fra culpapreglen. Ved at underlægge betingelsen om *tvivlsomme tilfælde* en streng bedømmelse, sker der automatisk en afstandtagen fra culpapreglen, da bevislempelse for årsagssammenhæng netop forudsætter, at der er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, før vurderingen om culpa bliver relevant. Kravet om *overvejende sandsynlighed* i KEL § 20, stk. 1, er allerede en lempelse i forhold til de almindelige erstatningsretlige regler, og dermed udgør loven allerede en materiel forbedring af patientens mulighed for erstatning, hvorfor denne strengere bedømmelse således må accepteres. På trods heraf er det dog uheldigt for retstilstanden, at Højesteret ikke har formået at skabe en klar linje på dette område, hvor Højesteret i flere tilfælde også synes at have overset eller undgået betingelsen om et *tvivlsomt tilfælde*. Konsekvensen er derfor, at det gør det endnu sværere for patienterne, der jo netop bærer bevisbyrden, at forudse, hvor de står i en eventuel patientskadesag. Forkerte afgørelser hos PE, der netop ikke med sikkerhed ved, hvad der er gældende på området, kan også være med til at resultere i endnu flere domstolsafgørelser på dette område til trods for, at formålet med loven også var en processuel lettelse af patientens adgang til erstatning. Det vil derfor generelt være ønskværdigt for den fremtidige retstilstand, at domstolene på dette område optræder ekstra varsomt i sine formuleringer, således at der i fremtiden kan skabes en mere klar linje, hvor der heller ikke opstår tvivl om, hvad der er sigtet til med afgørelserne.

Sammenfattende på baggrund af loven, herunder lovens forarbejder og formålet med loven, samt udviklingen i retspraksis, kan man derfor opstille en *tretrinsvurdering* til fastlæggelse af, om beviskravet for årsagssammenhæng i relation til KEL er opfyldt. Det afgørende i vurderingen af, om beviskravet for årsags-sammenhæng er opfyldt, bliver i første omgang (1) at fastslå, om det er *overvejende sandsynligt*, at behandlingen er årsag til skaden. Såfremt dette er tilfældet, er det ikke nødvendigt at foretage sig yderligere, og beviskravet for årsagssammenhæng er derfor opfyldt. Såfremt kravet om *overvejende sandsynlighed* modsat *ikke* er opfyldt, bliver det dernæst (2) en vurdering af, om der foreligger et *tvivlsomt tilfælde*. Hvis det herefter konkluderes, at der *ikke* er tale om et *tvivlsomt tilfælde*, kan der ikke blive tale om bevislempelse for årsagssammenhæng, og patienten er derfor ikke berettiget til erstatning efter KEL. Hvis det

modsat findes, at der *er* tale om et *tvivlsomt tilfælde*, vil (3) en culpavurdering blive det afgørende for, om der skal ske bevislempelse for årsagssammenhæng. Såfremt det *er* tilfældet, at der foreligger culpa, må tvivlen om årsagssammenhæng således komme patienten til gode, og beviskravet for årsags-sammenhæng er derfor opfyldt. Hvis der modsat *ikke* er tale om culpa, vil beviskravet ikke være opfyldt. Denne *tretrinsvurdering* udgør derfor også et bidrag til en nærmere afklaring af den svingende og uklare retspraksis, som hidtil er set på dette område. Et afsæt i denne *tretrinsvurdering* skulle således gerne udgøre en mere tydelig og klar fremgangsmåde vedrørende den overordnede vurdering af, om beviskravet for årsagssammenhæng i relation til KEL er opfyldt. Vurderingen af de enkelte trin i denne *tretrinsvurdering* vil derfor tage afsæt i det i nærværende afhandling ovenfor anførte.

Forkortelses- og litteraturliste mv.

Lovgivning og forarbejder

Ved henvisning til lovgivning og forarbejder anvendes de kursiverede titler:

<i>EAL</i>	Lov nr. 1070 af 24. august 2018 om Erstatningsansvar
<i>FT 1990-91, 2. samling, tillæg A</i>	Forslag til Lov om patientforsikring Folketingstidende 1990-91, 2. samling, tillæg A
<i>KEL</i>	Lov nr. 995 af 14. juni 2018 om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet
<i>Lovforslag som vedtaget: FT 2017-18, tillæg C, L 98</i>	Forslag til Lov om ændring af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet Folketingstidende 2017-18, tillæg C. Lovforslag nr. L 98. Vedtaget 5. april 2018.
<i>PFL</i>	Lov nr. 367 af 6. juni 1991 om patientforsikring
<i>RPL</i>	Lov nr. 1284 af 14. november 2018, Retsplejeloven

Forkortelser

De kursiverede forkortelser anvendes:

<i>AfP</i>	Ankenævnet for Patienterstatningen
<i>EAL</i>	Erstatningsansvarsloven
<i>H</i>	Højesteretsdom
<i>KEL</i>	Lov om klage- og erstatningsadgang inden for

LSA
PE
PFF
PFL
PSA
RPL
U
V

sundhedsvæsenet
Lægemiddelskadeankenævnet
Patienterstatningen
Patientforsikringsforeningen
Lov om patientforsikring
Patientskadeankenævnet
Retsplejeloven
Ugeskrift for Retsvæsen
Vestre Landsretsdom

Litteratur

Ved litteraturhenvisninger anvendes de kursiverede titler:

Bøger:

Askjær, Jakobsen og Hjortnæs

Kristina Sprove Askjær, Peter
Jakobsen og Niels Hjortnæs
Erstatning inden for
sundhedsvæsenet
2. udgave, 2017
Forlaget Karnov Group Denmark

Blume

Peter Blume
Retssystemet og juridisk metode
3. udgave, 2016
Jurist- og Økonomforbundets Forlag

De første 10 år

Patientforsikringen
De første 10 år
2002

Ehlers

Andreas Bloch Ehlers
Kausalitet i personskade-
erstatningsretten
1. udgave, 2017
Forlaget Karnov Group Denmark

Evald og Schaumburg-Müller

Jens Evald og Sten
Schaumburg-Müller
Retsfilosofi, retsvidenskab og retskilde-
lære
1. udgave, 2004
Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Kristensen

Kent Kristensen

	Sygehusansvaret 1. udgave, 2010 Jurist- og Økonomforbundets Forlag
<i>Pommer</i>	Bøje Pommer Patientskadeerstatning 1. udgave, 2011 Jurist- og Økonomforbundets Forlag
<i>von Eyben og Isager</i>	Bo von Eyben og Helle Isager Lærebog i erstatningsret 8. udgave, 2015 Jurist- og Økonomforbundets Forlag
<i>von Eyben, Patientforsikring</i>	Bo von Eyben Patientforsikring 1993 Gads Forlag
<u>Tidskrifter, artikler mv.:</u>	
<i>Juristen, 1990.1</i>	Tidskriftet Juristen Årgang 72, nummer 1 (1990), s. 1-15 Artikel: "Bevisbyrden i sager om lægers erstatningsansvar" af Oliver Talevski
<i>Juristen, 2009.21</i>	Tidskriftet Juristen Årgang 91, nummer 1 (2009), s. 21-24 Artikel: "Bevislettelse i patientforsikringssager" af Bo von Eyben
<i>Juristen 2009.212</i>	Tidskriftet Juristen Årgang 91, nummer 8 (2009), s. 212-214 Artikel: "Mere om bevislettelse i patientforsikringssager" af Bo von Eyben
<u>Årsberetninger:</u>	
<i>Årsberetning 2002 (PFF)</i>	Patientforsikringsforeningens årsberetning, 2002

Hjemmesider

Ved henvisninger til hjemmesider anvendes linket under titlen. For at tilgå de nævnte internetadresser, skal det konkrete link kopieres over i en internetbrowser.

Domstol; Procesbevillingsnævnet; Nyheder; Appeltilladelser; Beviskravet i sag om erstatning for forsinket diagnosticering og behandling af testikelkræft (besøgt den 2. juni 2019):

<https://www.domstol.dk/Procesbevillingsnaevnet/nyheder/Appeltilladelser/Pages/Beviskravet-i-sag-om-erstatning-for-forsinket-diagnosticering-og-behandling-af-testikelkr%C3%A6ft.aspx>

Afgørelser

UfR (Ugeskrift for Retsvæsen) og utrykte afgørelser:

U 1965.680 H

U 1967.828 H

U 1968.448 H

U 1986.452 H

U 1993.908 H

U 1996.215 H

U 1997.1628 H

U 2002.1690/2 H

U 2005.2151 H

U 2006.1114 H

U 2006.1717 H

U 2007.1591 H

U 2008.2801 H

U 2009.1835 H

U 2009.2376 H

U 2010.408 H

U 2011.1019 H

U 2011.1607/2 H

U 2013.553 H

Dom af 12. maj 2015 fra Retten i Odense i sag nr. BS 3-142/2014 (vedlagt som bilag 2)

Dom af 30. juni 2015 fra Retten i Esbjerg i sag nr. BS 16-22/2013 (vedlagt som bilag 3)

U 2018.2461 V

U 2018.3093 H

Dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16 (vedlagt som bilag 1)

Bilagsfortegnelse

Bilag 1: Dom af 16. november 2018 fra Østre Landsret, 24. afd., nr. B-1243-16

Bilag 2: Dom af 12. maj 2015 fra Retten i Odense i sag nr. BS 3-142/2014

Bilag 3: Dom af 30. juni 2015 fra Retten i Esbjerg i sag nr. BS 16-22/2013

B124300G - MGN

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

D O M

Afsagt den 16. november 2018 af Østre Landsrets 24. afdeling (landsdommerne Birgitte Grønberg Juul, Bettina Bang Jakobsen (kst.) og Lotte Calundann Noer (kst.)).

24. afd. nr. B-1243-16:

Ankenævnet for Patienterstatningen

(tidl. Patientskadeankenævnet)

(advokat Sanne H. Christensen)

mod

1) A1

(advokat Karsten Høj, besk.)

2) A2 v/

værge A1

(advokat Karsten Høj, besk.)

Retten på Frederiksbergs dom af 4. maj 2016 (BS L-1677/2014) er anket af Ankenævnet for Patienterstatningen med påstand om frifindelse.

De indstævnte, A1 og A2 v/værge A1 , har påstået stadfæstelse.

A1 har haft fri proces for by- og landsret.

Supplerende sagsfremstilling

Der er mellem sagens parter enighed om, at A blev påført en patientsskade omfattet af klage- og erstatningsloven som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Den 29. maj 2012 traf Patientforsikringen en foreløbig afgørelse, hvorefter A var berettiget til en godtgørelse for varigt mén på 76.600 kr.

A afgik ved døden den 9. august 2012 som følge af sin kræftsygdom.

Den 7. januar 2013 traf Patientforsikringen afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgik blandt andet, at boet efter A efter erstatningsansvarslovens regler var berettiget til 21.125 kr. i erstatning vedrørende helbredelsesudgifter og andet tab samt svie og smerte, mens Patientforeningen ikke fandt, at boet var berettiget til erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og tab af erhvervsevne samt yderligere godtgørelse for varigt mén. Af Patientforsikringens begrundelse vedrørende varigt mén fremgik blandt andet:

”Begrundelse:

Vi har vurderet, at der ikke er grundlag for yderligere godtgørelse for varigt mén.

Vi har lagt vægt på, at de eventuelle lungegener A havde i sin sidste tid med overvejende sandsynlighed skal tilskrives hans fremskredne kræftsygdom med tumormasser retroperitonealt og inddragende store dele af øvre hulvene samt forstørrede lymfeknuder i mediastinum (bindevævsrummet mellem lungerne) og hili. Vi har endvidere lagt vægt på, at A straks blev sat i relevant behandling for lungeembolien, og at der ikke er oplysninger om eventuelle varige lungegener, der mere sandsynligt skal tilskrives lungeembolien.

Vi har endvidere lagt vægt på, at uanset A statistiske 5-årige overlevelsesprognose blev forringet som følge af den forsinkede diagnosticering af recidivet, da var A prognose uanset forsinkelsen relativ dårlig. Det er på denne baggrund vores vurdering, at A uanset diagnoseforsinkelsen med overvejende sandsynlighed ville have haft nogenlunde samme sygdoms- og behandlingsforløb som det aktuelle. Det forhold at A blev erklæret uhelbredelig syg af kræft er således med overvejende sandsynlighed ikke en følge af den forsinkede diagnose af recidivet, og der er derfor ikke grundlag for godtgørelse for varigt mén.”

Den 3. maj 2013 traf Patientforsikringen yderligere en afgørelse om erstatning. Af afgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”Patientforsikringen sender hermed endnu en erstatningsopgørelse i ovenstående sag. Vi afsluttede sagen med afgørelsen af 7. januar 2013. I har i brev af 4. april 2013 anført, at Patientforsikringen ikke klart har forholdt sig til erstatning for tab af forsørger eller begravelsesudgifter og overgangsbetøb.

Afgørelse

A efterladte er ikke berettiget til yderligere erstatning.

Vi har hermed afsluttet behandlingen af sagen.”

Afgørelsen var begrundet således:

”Forsørgertabserstatning til ægtefælle/samlever og børn efter erstatningsansvarslovens §§ 13-14

Vi har vurderet, at A ægtefælle og børn ikke er berettiget til erstatning for tab af forsørger. Begrundelsen er, at det ikke med overvejende sandsynlighed er på grund af behandlingsskaden, at A afgik ved døden.

A prognose var relativt dårlig, selv ved korrekt diagnosticering og behandling. Det er på denne baggrund vores vurdering, at A uanset diagnoseforsinkelsen, med overvejende sandsynlighed ville have haft nogenlunde samme sygdoms- og behandlingsforløb, som det faktiske. Det forhold at A blev erklæret uhelbredelig syg af kræft, er således med overvejende sandsynlighed ikke en følge af den forsinkede diagnose af recidivet. Det betyder også, at dødsfaldet ikke med overvejende sandsynlighed skyldes den forsinkede diagnose. Der er derfor ikke grundlag for at fastsætte erstatning for tab af forsørger.

Overgangsbetøb efter erstatningsansvarslovens § 14 a og Begravelsesomkostninger § 12

Vi har vurderet, at der ikke er grundlag for at yde overgangsbetøb til A s ægtefælle, eller erstatte begravelsesudgifterne. Begrundelsen er, at hans dødsfald ikke med overvejende sandsynlighed skyldes følger af den forsinkede diagnose og behandling.

Der henvises til argumentationen i afsnittet om erstatning for tab af forsørger.”

Patientforsikringens afgørelser af 7. januar og 3. maj 2013 blev påklaget til Patientskadeankenævnet, der den 7. marts 2014 traf afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgik blandt andet følgende:

”Patientforsikringens afgørelser af 7. januar og 3. maj 2013 tiltrædes.

(...)

Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, tiltræder Patientskadeankenævnet, at der er grundlag for at yde erstatning efter klage- og erstatningsloven, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft.

Nævnet bemærker supplerende, at det er overvejende sandsynligt, at A allerede i august 2010 havde spredning af testikelkræft. Nævnet har her lagt vægt på, at symptomerne debuterede i januar 2009 og var betydelige i april 2010, hvilket med overvejende sandsynlighed må tilskrives udbredte metastaser i lymfeknuder. Operation med fjernelse af alle metastaser havde således ikke været muligt i august 2010.

(...)

Varigt mén

Nævnet kan tiltræde, at boet efter A ikke er berettiget til yderligere mén-godtgørelse jf. erstatningslovens § 4.

Nævnet har ved vurderingen lagt vægt på, at den estimerede overlevelse for alle stadier af recidiv af testikelkræft efter tidligere kemoterapi er ca. 38-42 procent.

På den baggrund vurderer nævnet, at A allerede ved rettidig diagnosticering i august 2010 havde en relativ dårlig (5-årig) overlevelsesprognose på ca. 40 procent, som på diagnosetidspunktet i august 2011 var reduceret til 30 procent. I forlængelse heraf vurderer nævnet, at sygdomsudviklingen og A deraf følgende død med overvejende sandsynlighed på tilskrives grundsygdommen recidiv af testikelkræft og ikke en følge af diagnose- og behandlingsforsinkelsen.

Endelig tiltræder nævnet, at boet efter A ikke er berettiget til godtgørelse for varigt mén som følge den tilstødte lungeemboli. Nævnet har herved lagt vægt på, at A havde fremskreden kræftsygdom med metastaser også i lunge-regionen, og at eventuelle lungegener i den sidste levetid med overvejende sandsynlighed må tilskrives kræftsygdommen. Nævnet har endvidere lagt vægt på, at der ikke er oplysninger om varige gener som mest sandsynligt må tilskrives lungeembolien.

(...)

Forsørgertabserstatning, overgangsbetrag og begravelsesomkostninger

Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, tiltræder nævnet, at A ægtefælle og børn ikke er berettiget til erstatning for tab af forsørger, overgangsbetrag eller erstatning for begravelsesomkostninger, da det med overvejende sandsynlighed ikke var på grund af diagnose- og behandlingsforsinkelsen, at A afgik ved døden.

Nævnet har lagt vægt på, at den estimerede overlevelse for alle stadier af recidiv af testikelkræft efter tidligere kemoterapi er relativ dårlig.”

Retslægerådets har afgivet tre besvarelser af spørgsmål i sagen. Af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 – 5 samt A – E af 16. september 2015 fremgår følgende:

”Spørgsmål 1:

Retslægerådet bedes oplyse i procent, hvad den statistiske overlevelsessandsynlighed ville have været, hvis kræftdiagnosen var stillet og relevant behandling havde været iværksat allerede i august 2010.

Generelt kureres cirka 80 % af patienter med recidiv af testiscancer. Der må dog tages hensyn til, at afdødes svulst var af en speciel type (blommesæktumor), der udgør en særligt ondartet undergruppe og derved giver en dårligere prognose.

Det er ikke at udtale sig om overlevelsessandsynligheden i tilfælde af, at behandlingen var iværksat i august 2010, da sygdomsudbredningen på det pågældende tidspunkt ikke er kendt, men generelt forringes prognosen ved udsættelse af behandling. På det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat, kan overlevelsessandsynligheden skønnes til ca. 50 %.

Spørgsmål 2:

Hvis Retslægerådet vurderer, at optimal behandling havde tilsagt en mistanke om recidiv af testikelkræft på et tidligere tidspunkt end i august 2010, bedes dette oplyst og begrundet, samt tillige oplyst, hvad den statistiske overlevelsessandsynlighed ville have været på dette tidligere tidspunkt, således at overlevelsessandsynligheden er oplyst for både august 2010 og det eventuelle tidligere tidspunkt.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål 3:

Retslægerådet bedes oplyse i procent, hvad den statistiske overlevelsessandsynlighed var på tidspunktet for diagnosticeringen og behandlingsstart 1 år i august 2011.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål 4:

Var det en klar fejl, at A egen læge ikke foranledigede relevante undersøgelser for recidiv af testikelkræft tidligere end august 2011?

Det bemærkes, at Patienterstatningen i sin afgørelse af 29. maj 2012 (sagens bilag 1 s. 5 og 6) har anført, at optimal behandling havde tilsagt, at egen læge den 31. august 2010 havde fået mistanke om recidiv af den tidligere behandlede kræftsygdom, idet i.v. – urografen var normal samt det forhold, at der ikke reumatologisk regi blev fundet en årsag til de vedvarende smerter.

Der er tale om et meget sent recidiv, mere end 20 år efter den primære diagnose, hvilket naturligt vil nedsætte opmærksomheden på tilbagefald. Det er relevant at udrede, om smerterne stammer fra ryggen, som det blev gjort. Imidlertid nævner patienten et utilsigtet vægttab på 10 kilo, smerterne er voldsomme og progredierende. Reumatologisk er der ingen forklaring. Det må betragtes som et lægeligt fejlskøn, at der ikke hurtigere blev foretaget en bredere udredning, herunder af abdomen.

Spørgsmål 5:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej.

Spørgsmål A:

Retslægerådet bedes vurdere, hvornår det er sandsynligt, at der var spredning af A kræftsygdom. Retslægerådet bedes herunder angive, om det er sandsynligt, at der allerede i august 2010 var spredning af A kræftsygdom?

I givet fald bedes Retslægerådet beskrive, hvorledes A kræftsygdom sandsynligvis var udviklet pr. august 2010.

Spørgsmålet er delvist hypotetisk. Det kan ikke vurderes, hvornår spredningen er sket, men den var sandsynligvis til stede allerede i august 2010.

Det kan ikke vurderes, hvorledes patientens kræftsygdom sandsynligvis var udviklet pr. august 2010.

Spørgsmål B:

Retslægerådet bedes beskrive A kræftsygdom pr. august 2011.

Bedømt ud fra de foretagne scanninger har sygdommen i august 2011 bredt sig til begge lunger, brysthulen, bag bughulen og formentlig nedre del af den store hulvene.

Spørgsmål C:

På baggrund af studierne:

"long-term survival of patients with recurrent or refractory germ cell tumors after high dose chemotherapy. Beyer J., Kingreen D., Krause M., Schleicher J., Schwaner I., Schwella N., Huhn D. Cancer. 1997 Jan 1;79(1):161-8., Modified cisplatin, etoposide, and ifosfamide (PEI) salvage therapy for male germ cell tumors: long-term efficacy and safety outcomes. Necchi A. Nicolai N., Mariani L., Raggi D., Faré E. Giannatempo P., Catanzaro M., Biasoni D., Torelli T., Stagni S., Milani A., Piva L., Pizzocaro G., Gianni AM., Salvioni R. Ann Oncol 2013 Jul 16."

Hvora det fremgår, at den estimerede overlevelse for alle stadier af recidiv af testikelcancer efter tidligere kemoterapi er ca. 38-42 pct., har Patientskadeankenævnet i afgørelsen af 7. marts 2014 vurderet, at A i

august 2010 havde en 5-årig overlevelsesprognose på ca. 40 procent (bilag 7, s. 3).

Retslægerådet bedes vurdere, om der i A tilfælde var forhold i august 2010, der bevirkede en afvigelse fra fundene gjort i de nævnte studier, eller om der er gjort andre studier eller findes litteratur, der viser andre resultatet end de nævnte studier?

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål D:

Retslægerådet bedes beskrive om – og i givet fald hvordan – det påvirkede A endelige behandlingsresultat og prognose, at diagnoseringen og behandlingen af A kræftsygdom blev forsinket fra august 2010 til august 2011?

Behandlingen ville sandsynligvis (>50 %) have været den samme. Med hensyn til prognose henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål E:

Under henvisning til besvarelsen af spørgsmål 3 bedes Retslægerådet præcisere, om egen læges manglende iværksættelse af relevante undersøgelser for recidiv af testikelkræft tidligere end august 2011 må karakteriseres som

- a) *En klar fejl eller*
- b) *Et lægeligt fejlskøn*

Vurderingen bedes foretaget i lyset af den viden og erfaring, der var til rådighed på behandlingstidspunktet, men uden hensyntagen til senere erhvervet viden.

Der foreligger et lægeligt fejlskøn.”

Af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 6 – 10 af 2. december 2016 fremgår følgende:

”Spørgsmål 6:

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 4 og E angivet, at der var tale om et ”lægeligt fejlskøn, at der ikke hurtigere blev foretaget en bredere udredning”.

Retslægerådet bedes uddybende angive, hvad der begrundes, at det er vurderet til at være et lægeligt fejlskøn og ikke en klar (lægefaglig) fejl?

Retslægerådet vurderer, at der i sagen foreligger et lægeligt fejlskøn, hvormed menes, at lægen ud fra de foreliggende præmisser havde mulighed for at drage mere end én konklusion med deraf følgende mulighed for mere end en lægelig behandling, og hvor forløbet først senere viser, at den af lægen truffede beslutning ikke var det optimale i det konkrete tilfælde.

Spørgsmål 7:

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål B angivet, at der på diagnosetids-punktet i august 2011 har været tale om spredning til "begge lunger, brysthulen, bag bughulen og formentlig nedre del af den store hulvene."

Er den angivne sygdomsspredning alene baseret på de foretagne skanninger, eller havde A kliniske symptomer i 2011 på spredning til lunger eller brysthulen eller bag bughulen eller den nedre del af den store hulvene og i bekræftende fald hvilke?

De kliniske symptomer i august 2011 var i overensstemmelse med den angivne sygdomsspredning.

Spørgsmål 8:

Hvis der i august 2011 var kliniske tegn på spredning af sygdommen, var der da i august 2010 tilsvarende kliniske tegn på spredning og i bekræftende fald hvilke?

De kliniske symptomer i august 2010 med smerter i lænderyg og i området omkring venstre lyske og hofte skyldtes sandsynligvis spredning af sygdommen.

Spørgsmål 9:

Når Retslægerådet i svar på spørgsmål A angiver, at spørgsmålet er delvist hypotetisk, men når det samtidig vurderes, at "spredningen sandsynligvis allerede var til stede i august 2010", anmodes Retslægerådet om uddybende at oplyse, hvad der henholdsvis taler for og imod, at der var spredning allerede i august 2010, herunder om spredningen var så udbredt, som tilfældet var i august 2011 jf. svaret på spørgsmål B?

Symptomerne i august 2010 var af samme karakter som i august 2011, om end der var tilkommet yderligere symptomer i 2011. Dette gør det sandsynligt, at symptomerne i august 2010 skyldes spredning. Med hensyn til udviklingen i spredningen henvises til besvarelsen af spørgsmål S.

Spørgsmål 10:

Kan Retslægerådet bekræfte, at eneste sikre måde at konstatere på sygdomstilstanden, herunder spredning af kræftsygdommen i august 2010, ville have været at foretaget skanninger som dem, der blev foretaget i august 2011?

Ja."

Af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 12-16, G og H af 19. april 2018 fremgår følgende:

"Spørgsmål 12:

Må det antages, at korrekt diagnose på et tidligere tidspunkt og igangsæt behandling senest i august 2010 ville have medført længere overlevelse?

Retslægerådet bedes begrunde svaret og angive graden af sandsynligheden for, at behandling 1 år tidligere ville have medført længere overlevelse.

Spørgsmålet er delvist hypotetisk, da sygdomsudbredningen på det pågældende tidspunkt ikke var kendt. Generelt medfører tidlig diagnose en længere overlevelse.

Spørgsmål 13:

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 1 angivet, at prognosen generelt forringes ved udsættelse af behandling. Er det også gældende for korttidsprognosen?

Udsættelse af behandling influerer generelt på såvel langtids- som korttidsprognose.

Spørgsmål 14:

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 10 svaret bekræftende på, at den manglende mulighed for mere sikkert at bedømme sygdomsudbredelsen i august 2010 skyldes, at der ikke på det tidspunkt blev foretaget scanning.

Har den manglende sygdomsudredning også betydning for muligheden for at bedømme korttidsprognosen og bekræftende hvilken betydning?

Det manglende kendskab til sygdomsudbredningen influerer generelt på muligheden for at bedømme såvel langtids- som korttidsprognosen. Den kan ikke angives kvantitativt i den foreliggende situation.

Spørgsmål 15:

*Er det ud fra en samlet vurdering mere sandsynligt, at A
døde den 9. august 2012, som følge af, at behandlingen blev iværksat
med 1 års forsinkelse end, hvis behandlingen havde været iværksat senest i august 2010?*

Spørgsmålet kan ikke besvares, da sygdomsudbredningen i august 2010 ikke var kendt.

Spørgsmål 16:

Ankenævnets lægekonsulent Lisa Sengeløv, jf. bilag 23, angiver, at der er tale om en diagnoseforsinkelse på ca. 16 måneder, og at prognosen (5-årsoverlevelse) på det tidspunkt, hvor behandlingen i august 2011 blev iværksat, skønnet var 30 %.

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 1 angivet overlevelsessandsynlighed, hvilket ligeledes forstås som 5-årsoverlevelse, til skønnet ca. 50 % på det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat.

Er Retslægerådet efter fornyet gennemgang af sagen fortsat af samme opfattelse?

I benægtende fald bedes Retslægerådet angive, hvad 5-årsoverlevelsessandsynligheden udgjorde.

I bekræftende fald bedes Retslægerådet angive mulige lægefaglige forklaringer på denne forskel i skønnet for prognosen på det faktiske diagnose- og behandlingstidspunkt.

Retslægerådet kommenterer ikke svar afgivet af andre myndigheder. Det tidligere afgivne skøn fastholdes. Den foreliggende situation er sjælden og resultaterne i litteraturen divergerende.

Spørgsmål G:

Indtraf døden efter Retslægerådets vurdering tidligere, end den ville have gjort, hvis behandlingen havde været rettidig?

Såfremt spørgsmålet ikke lader sig besvare med sikkerhed, bedes Retslægerådet om muligt angive sandsynligheden for, at døden indtraf tidligere, herunder om det må anses for mindre sandsynligt (<50 %), sandsynligt (=52 %) eller overvejende sandsynligt (>50 %).

Såfremt spørgsmålet ikke lader sig besvare, bedes Retslægerådet ligeledes angive dette, samt begrunde hvorfor det ikke lader sig besvare.

Spørgsmålet er hypotetisk og kan ikke besvares.

Spørgsmål H:

Supplerende til spørgsmål G bedes Retslægerådet angive et skøn over, hvor meget levetiden eventuelt vurderes at være forkortet med som følge af forsinkelsen af behandlingen.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål G.”

Procedure

Parterne har for landsretten procederet i overensstemmelse med deres respektive påstandsdokumenter.

Af Ankenævnet for Patienterstatningens påstandsdokument af 12. oktober 2018 fremgår følgende anbringender:

”Til støtte for påstanden om frifindelse gøres det gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Ankenævnet for Patienterstatningens (tidligere Patientenskadeankenævnet) afgørelse af 7. marts 2014.

Ankenævnet er enig i, at A blev påført en patientskade omfattet af klage- og erstatningsloven som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Det gøres imidlertid gældende, at boet efter A og indstævnte blev fuldt ud kompenseret for patientskadens følger ved Patienterstatningens afgørelse af 7. januar 2013, jf. klage- og erstatningslovens § 24, stk. 1.

Det var derfor berettiget, at Patienterstatningen ved afgørelsen af 3. maj 2013, som blev stadfæstet ved ankenævnets afgørelse af 7. marts 2014, meddelte afslag på yderligere erstatning og godtgørelse, herunder forsørgertabserstatning og overgangsbeløb.

Der henvises til, at selvom den forsinkede diagnosticering af A kræftsygdom formentlig reducerede hans prognose for overlevelse, er det dog mest sandsynligt, at sygdomsudviklingen og den deraf følgende død må tilskrives A grundsygdom i form af recidiv af behandlet testikelkræft og ikke følger af diagnose- og behandlingsforsinkelsen og dermed den anerkendte patientskade.

Der henvises til, at A symptomer var betydelige og spredningen sandsynligvis til stede i august 2010, jf. om spredningen Retslægerådets besvarelse af spørgsmål A, 8 og 9. Der var sandsynligvis allerede på dette tidspunkt spredning af kræften i form af bl.a. udbredte metastaser i lymfeknuder. Operation med fjernelse af alle metastaser havde således ikke været mulig i august 2010. Hertil kommer, at den behandling, som A ville have modtaget i august 2010, ville have været den samme, som den han faktisk modtog i august 2011, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål D.

Der henvises videre til, at det efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 kan lægges til grund, at A svulst var af en speciel type, der udgør en særligt ondartet undergruppe. Derved havde A en dårligere overlevelseshprognose.

Selvom ankenævnet anerkender, at behandlingen hos A egen læge ikke levede op til, hvorledes en erfaren specialist under de givne omstændigheder ville have gjort, jf. ovenfor, bestrides det, at behandlingen udgjorde en egentlig ansvarspådragende lægefejl, der ville udgøre et selvstændigt ansvarsgrundlag, såfremt klage- og erstatningslovens bestemmelser ikke fandt anvendelse.

At der ikke foreligger en klar lægelig fejl, der vil være ansvarspådragende, understøttes af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 4 og D, hvoraf det fremgår, at der alene var tale om et lægeligt fejlskøn, men at der utvetydigt ikke var tale om en klar fejl, idet det først på baggrund af de efterfølgende omstændigheder er muligt at konstatere, at der var tale om et fejlskøn, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 6.

Det er derfor også forkert, når fejlskønnet i byrettens dom tillægges betydning i forhold til beviset for årsagssammenhæng. Der er ikke støtte for, at det forhold, at der foreligger et lægeligt fejlskøn, medfører, at der er grundlag for bevislempelse. Derimod vil et fejlskøn end ikke udgøre en tilsidesættelse af specialismålestokken i lovens § 20, stk. 1, nr. 1, idet fejlskønnet først kan konstateres på baggrund af de efterfølgende omstændigheder. Fejlskønnet kan derfor under ingen omstændigheder begrunde bevislempelse.

Der er heller ikke støtte for, at der skal ske bevislempelse som følge af det forhold, at det i tilfælde af forsinket diagnose og efterfølgende dødsfald er særligt

vanskeligt at bevise et eksakt fald i en overlevelsesprognose, når det i øvrigt ikke er bevist, at der er begået ansvarspådragende fejl.

Der er i det hele ikke grundlag for bevislempelse i sagen, og det er endvidere ikke godtgjort, at dødsfaldet med overvejende sandsynlighed skyldes den forsinkede diagnosticering af A kræftsygdom. Derimod er det overvejende sandsynligt, at dødsfaldet skyldes A grundlidelse i form af recidiv af en meget ondartet kræftsygdom.

Der er dermed ikke tilvejebragt sikkert grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse, og byrettens dom bør dermed ændres således, at ankenævnet frifindes.”

Af A1 og A2 påstandsdokument af 12. oktober 2018 fremgår følgende anbringender:

”Det gøres overordnet gældende, at indstævnte – med den bevissikkerhed, der konkret bør stilles i en sag som denne – med overvejende sandsynlighed har bevist, at A død skyldes, at hans tilbagefald af kræft ikke blev diagnosticeret og behandlet i august 2010 men først fra august 2011.

Overvejende sandsynlighed

Der er i sagen væsentligt forskellig vurdering af betydningen af den forsinkede behandling (”prognoseforringelsen”).

1. Patienterstatningens lægekonsulent har vurderet 5-årsoverlevelsen i august 2010 til 80 % og i august 2011 til 70 %.

2. Ankenævnets lægekonsulent har vurderet prognoseforringelsen ændret fra 40 % til 30 % på det faktiske diagnosetidspunkt med den tilføjelse, at der ”...ingen tvivl er om at diagnoseforsinkelsen har betydet langt større spredning af sygdommen...”.

3. Retslægerådet har i svar på spørgsmål 1 angivet, at ”generelt kureres cirka 80 % af patienter med recidiv af testiscancer”. Prognosen for A var ifølge Retslægerådet dårligere, da svulsten var af en særlig ondartet undergruppe.

Videre har Retslægerådet anført, at ”det ikke (er) muligt at udtale sig om overlevelsessandsynligheden i tilfælde af, at behandlingen var blevet iværksat i august 2010, da sygdomsspredningen på det pågældende tidspunkt ikke er kendt...”. Dette svar suppleres af svar på spørgsmål A, hvorefter ”det kan ikke vurderes, hvorledes patientens kræftsygdom sandsynligvis var udviklet per august 2010”, og af svaret på spørgsmål 10, hvor der svares bekræftende på spørgsmålet om eneste sikre måde at konstatere sygdomstilstanden, herunder spredning af kræftsygdommen i august 2010, ville have været at foretage de skanninger, der blev foretaget et år senere i august 2011.

Prognose uden forsinkelse

Det er meget væsentligt for bevisvurderingen, at Retslægerådet angiver den generelle sandsynlighed til 80 % for at blive rask ("kureres"), men at det på grund af de ikke foretagne undersøgelser i august 2010 ikke er muligt nærmere at skønne overlevelsesprognosen. Men når ca. 80 % kureres, må den generelle 5-årsoverlevelse nødvendigvis være højere. Selv når det tages i betragtning, at

A sygdom havde en dårligere prognose (end generelt), gøres det gældende, at rettidig behandling have forbedret overlevelsesprognosen markant, og at 5-årsoverlevelsen formentlig ville have været 75 % – 80 %. Det svarer i øvrigt til vurderingen fra Patienterstatningens lægekonsulent.

Prognose med forsinkelse

Overlevelsesprognosen på tidspunktet for behandlingsstart i august 2011 er også forbundet med usikkerhed. Som ovenfor beskrevet, fandt Patienterstatningen, at 5-årsoverlevelsen da var 70 %, Ankenævnet 30 % og Retslægerådet 50 %.

Retslægerådet har i svar på spørgsmål 16 fastholdt deres skøn af, at 5-årsoverlevelsen udgjorde 50 % med den tilføjelse, at "den foreliggende situation er sjælden og resultaterne i litteraturen divergerende". Det svar er givet med reference til Ankenævnets lægefaglige vurdering om en prognoseforringelse fra 40 % til 30 %. Svaret fra Retslægerådet må forstås således, at der er andre relevante videnskabelige studier end dem, som Ankenævnets lægekonsulent har henvist til som reference for hendes vurderinger. Der er således også generelt statistisk en ikke ubetydelig usikkerhed om, hvilken overlevelsesprognose, der gjaldt på det faktiske diagnosetidspunkt.

Omfanget af den konkrete diagnoseforringelse er dermed usikker, hvilket forstærkes af, at det ikke er muligt at sige noget præcist om sygdomsudbredelsen i august 2010.

Det er rettens opgave at foretage en samlet og konkret bevisvurdering, hvor der, som her, nødvendigvis må tages hensyn til, at patienten reelt ingen mulighed har for at føre et sikkert bevis for, at der er "overvejende sandsynlighed" for sammenhængen mellem den anerkendte patientskade og her dødsfaldet. Klage- og erstatningsloven regulerer ikke, hvilke beviser, der i den konkrete skal tillægges betydning og heller ikke hvilken bevissikkerhed, der skal være til stede. Når patientskaden som her har betydet en væsentlig forringelse af overlevelsesprognosen både på kort og lidt længere sigt, og hvor der er divergerende vurderinger af, hvor stor prognoseforringelsen er, må man tillægge generelle statistiske oplysninger større vægt end ellers, jf. Bo von Eyben, Patientforsikring, s. 88.

Betingelsen om "overvejende sandsynlighed" betyder efter praksis, at det skal være mere end 50 % sandsynligt, at patienten på dødstidspunkt ville have været i live uden den forsinkede behandling, og at risikoen for at dø skal være fordoblet som følge af forsinkelsen. Hvis det antages, at risikoen for at dø af kræftlidelsen inden 5 år ved rettidig behandling i august 2010 var 20 % og 50 % på det faktiske behandlingstidspunkt i august 2011 er begge betingelser opfyldt, da grundsygdommen (de 20 %) har bidraget til døden med 40 % (20/50) og forsinkelsen med 60 % (30/50). Risikoen for at dø er dermed mere end fordoblet, og sandsynligheden for at have været i live ville ligeledes have været over 50 % uden forsinkelsen.

Når indstævnte særligt med henvisning til Retslægerådets samlede besvarelse og under inddragelse af øvrige momenter i sagen kan påvise, at den forsinkede behandling på et år betød en væsentlig forøget spredning af sygdommen, og når de statiske oplysninger tyder på, at forsinkelsen har ydet et væsentligt bidrag til, at A døde i august 2012, der er større grundlæggende bidrag, er der ført den nødvendige bevis for, at patientskaden med overvejende sandsynlighed er årsag til A død.

Patientskaden er forvoldt culpøst

Det ligger fast, at patientforsikringsordningen fra 1992, der på dette punkt uændret er videreført med klage- og erstatningsloven, havde til formål at forbedre patienternes adgang til erstatning for personskade, der kunne være en følge af behandling i sundhedsvæsenet. Den væsentligste barriere var, at patienten skulle føre bevis for, at der var udvist culpa. Denne grundlæggende erstatningsretlige betingelse er med patientforsikringsordningens objektiverede erstatningsbetingelser ikke længere gældende. Men det ændrer ikke ved, at er der handlet ansvarspådragende, har patienten ret til erstatning efter ”specialistreglen”.

Efter tidligere retspraksis lempede man kravene til bevis for culpa og særligt for årsagssammenhæng mellem den culpøse adfærd og den påberåbte skade, jf. bl.a. analysen i Juristen 1990 af Oliver Talevski. Ved bedømmelsen af, om der konkret er udvist ansvarspådragende adfærd, kan denne praksis inddrages. I en række sager omfattet af patientforsikringsordningen fra 1992 og frem har domstolene skulle forholde sig, om der er handlet culpøst. Ikke alle domme er på dette punkt lige godt begrundede.

Det relevante bedømmelsesgrundlag er, om ”gennemsnitslægen”/”bonus pater lægen” ville have handlet anderledes. Culpabedømmelsen skal således ikke ske i forhold til, hvad den ”erfarne specialist” ville have gjort, men der kan selvsagt i den konkrete sag være sammenfald mellem, hvad den almindelige gennemsnitslæge burde have gjort, og hvad specialisten ville have gjort. Indstævnte gør gældende, at det er tilfældet i denne sag.

Hvis den gennemsnitlige praktiserende læge med det forudgående symptom- og undersøgelsesforløb i august 2010 have henvist Ralph George Abou-Rjeily til relevante undersøgelser for at udelukke recidiv af den tidligere behandlede testikelkræft, ville lægen uden klage- og erstatningsloven være erstatningsansvarlig. Det er indstævnets synspunkt, at det ville og dermed burde ”gennemsnitslægen” have gjort.

Det kan ved stillingtagen hertil lægges til grund, at egen læge i hele forløbet var bekendt med, at A i 1988 var behandlet for testikelkræft med spredning, efterfølgende kemoterapi og kontrol i 5 år. Det fremgår af læges journal og af dennes henvisninger til undersøgelser. Der var i sommeren 2010 et pludseligt vægttab på 10 kg., og undersøgelserne havde ikke på det tidspunkt givet nogen forklaring på tilstanden.

Patienterstatningens lægekonsulent, Tine Fog, der er praktiserende læge, angiver klart, at egen læge burde have sendt patienten til andre undersøgelser i august 2010. Det samme mener Anders Holm-Nielsen, speciallæge i urologi og

kirurgi. Ankenævnets lægekonsulent i almen medicin, Anette Gadegård Hansen udtrykker heller ikke nogen tvivl om, at egen læge senest i august 2010 (måske endda tidligere) burde have henvist til undersøgelser, der kunne have udelukket mulig spredning af den tidligere kræftlidelse. Speciallæge i onkologi, Lisa Sengeløv, har supplerende anført, at en patient med tidligere kræftdiagnose og smerter bør udredes for recidiv som første prioritet. Det væsentligste er, at begge konsulenter i almen medicin, ikke udtrykker nogen tvivl om, at egen læge begik en fejl ved ikke at henvise til undersøgelser, der kunne udelukke recidiv af kræftlidelsen. Det viser, at undladelsen heraf er culpøs.

Heroverfor vil Ankenævnet henvise til Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 4, E s. 124, spørgsmål E og spørgsmål 6, hvor Retslægerådet finder, at der var tale om et ”fejlskøn”. Indstævnte gør gældende, at disse svar ikke udelukker, at retten når frem til, at egen læge handlede culpøst. For det første er der tale om en ren lægelig norm, der kan indgå en den juridiske stillingtagen til overtrædelse af culpanormen, men som ikke er eneafgørende. For det andet må svarene ses i lyset af det samlede forløb, der havde sin begyndelse allerede i januar 2009. Der blev iværksat en række undersøgelser uden resultat i foråret 2010, og derfor bliver margin for lægens skøn mindre og mindre. Der kan i den forbindelse tages med i betragtning, at Ankenævnets lægekonsulent er af den opfattelse, at forsinkelsen er på 16 måneder, idet der allerede i foråret 2010 burde være sket henvisning til undersøgelser for recidiv af kræftlidelsen.

Ud fra en samlet bevisbedømmelse handlede egen læge under normen for den almindelige læge, og patientskaden er derfor forvoldt culpøst.

Bevislempelse for årsagssammenhæng

Det følger som anført af forarbejderne til patientforsikringsordningen, at der med baggrund i tidligere retspraksis i tilfælde af, at en skade er forvoldt culpøst kan lempes på beviskravet til årsagssammenhæng (dvs. til mindre end 51 %), hvis skaden kan være forårsaget af den culpøse adfærd. Der er en omfattende litteratur og retspraksis om bevislempelse i patientskadesager. Indstævnte gør gældende, at bevislempelse er særlig relevant i sager om behandlingsforsinkelse.

Forarbejderne og tidligere retspraksis har væsentligst omhandlet følger af operative indgreb, hvor bevisusikkerheden har knyttet sig til, om der blev begået fejl, der kunne være årsag til en umiddelbar konstaterbar skade. Sager om sen diagnosticering af kræft er i dag den hyppigste skade, der behandles efter klage- og erstatningsloven § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1. I de tilfælde, hvor årsagsbidraget fra forsinkelsen er meget beskedent, og hvor patientens sygdom på skadestidspunktet indebærer en meget dårlig overlevelsesprognose, jf. særligt Højesteretsdom af 12. juni 2018, er der ikke nogen tvivl om årsagssammenhæng, som det giver juridisk mening at lempe. Det er med andre ord ikke sandsynligt/usandsynligt, at det er den forsinkede behandling, der er årsag til patientens skade (død). Det er derimod grundsygdommens uundgåelige forløb, der har ført til patientens død.

I denne sag er der en klar bevistvivl. Den tvivl om årsagssammenhæng skyldes næsten udelukkende, at det ikke er muligt at bedømme sygdomsudbredelsen i august 2010, jf. Retslægerådets besvarelse. Beviset for hvordan grundsygdommen ville have udviklet sig uden patientskaden eksisterer med andre ord

ikke. Når indstævnte samtidig har sandsynliggjort, at rettidig behandling kunne have forbedret A overlevelsesprognose væsentligt, er det rimeligt at lade tvivlen om årsagssammenhæng komme indstævnte til gode.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen vedrører en prøvelse af Patientskadeankenævnets (nu Ankenævnet for Patienterstatningen) afgørelse af 7. marts 2014, hvorefter Ankenævnet afslog blandt andet forsørger-tabserstatning og overgangsbeløb til de indstævnte, der er efterladte efter A

Det er ubestridt, at A blev påført en patientskade omfattet af klage- og erstatningsloven som følge af forsinket diagnosticering og behandling af recidiv af tidligere behandlet testikelkræft, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1. Sagens hovedspørgsmål er, om der med overvejende sandsynlighed foreligger årsagsforbindelse mellem den erkendte patientskade og A død. Det er som anført af byretten skadelidte, der skal bevise, at der foreligger den fornødne årsagsforbindelse.

Landsretten bemærker, at der ved den lægefaglige vurdering i sagen i overensstemmelse med praksis må lægges afgørende vægt på Retslægerådets udtalelser.

Efter Retslægerådets udtalelse lægger landsretten til grund, at den statistiske sandsynlighed for overlevelse for personer med recidiv af testikelcancer generelt er ca. 80 pct. Det lægges videre til grund, at det ikke er muligt at udtale sig om sandsynligheden for A

overlevelse i august 2010, men at prognosen generelt forringes ved udsættelse af behandling. Overlevelsessandsynligheden i august 2011, hvor behandlingen blev iværksat, må ifølge Retslægerådets vurdering skønnes til ca. 50 pct. Det må ligeledes indgå i vurderingen, at A specifikke cancer tilhørte en særligt ondartet undergruppe, ligesom det må indgå, at der efter oplysningerne om A

kliniske symptomer i august 2010 sandsynligvis allerede var spredning af canceren. Behandlingen, der blev iværksat i august 2011, svarede med en sandsynlighed på over 50 pct. til den, der ville være blevet iværksat ved rettidig diagnosticering.

Som anført af byretten kan der ifølge forarbejderne til den dagældende patientforsikringslov i tvivlsomme tilfælde inddrages andre momenter end generelle statistiske erfaringer i vurderingen, hvor det findes rimeligt. Herunder kan kravene til beviset for den faktiske

årsagssammenhæng lempes, hvis der klart er begået en fejl ved behandlingen af patienten, som kan have forårsaget skaden. Det er tilsvarende fastslået i praksis, jf. f.eks. Højesterets dom i U.2011.1019 H, at kravene til bevis kan lempes, såfremt der klart er begået en fejl, der er erstatningspådragende efter almindelige erstatningsretlige regler, og som kan have forårsaget skaden.

Landsretten lægger efter Retslægerådets udtalelse til grund, at den forsinkede diagnosticering ikke kan anses for en klar fejl, men som et lægeligt fejlskøn. Landsretten finder, at der – uanset de konkrete bevismæssige vanskeligheder for skadelidtes efterladte – hverken i lovforarbejderne eller i øvrigt er tilstrækkelige holdepunkter for en lempelse af beviskravene i en situation som den foreliggende, hvor der ikke klart er begået fejl.

På denne baggrund og efter en samlet bedømmelse af beviserne i sagen finder landsretten det ikke godtgjort, at det var den forsinkede diagnosticering og behandling, der med overvejende sandsynlighed var årsagen til, at A afgik ved døden. Landsretten tager derfor Ankenævnet for Patienterstatningens påstand om frifindelse til følge.

Efter sagens udfald skal statskassen betale sagsomkostninger for begge retter til Ankenævnet for Patienterstatningen med i alt 200.000 kr. til udgifter til advokatbistand inkl. moms. Ved fastsættelsen af beløbet er der ud over sagens værdi taget hensyn til hovedforhandlingens varighed samt til, at der er stillet spørgsmål til Retslægerådet under sagens behandling.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom ændres således, at Ankenævnet for Patienterstatningen frifindes.

I sagsomkostninger for begge retter skal statskassen inden 14 dage betale 200.000 kr. til Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 16-11-2018

Mette G. Nielsen

Retsassistent

RETTEEN I ODENSE - 3.afdeling



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 12. maj 2015 i sag nr. BS 3-142/2014:

A

mod

Ankenævnet for Patienterstatning (tidl. Patientskadeankenævnet)
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Denne sag, der er anlagt den 22. januar 2014, omhandler, hvorvidt sagsøgeren, A, er berettiget til godtgørelse for varigt mén samt for svie og smerte, som følge af den lægelige behandling han fik på B i perioden 9. november - 28. november 2005.

Påstande

Sagsøgeren, A, har påstået, at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatning (tidl. Patientskadeankenævnet), tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren som følge af de patientskader, sagsøgeren var udsat for ved behandlingen på B i perioden 9. november til 28. november 2005, har pådraget sig et varigt mén på ikke under 20%, subsidiært en af retten fastsat mindre méngrad, ligesom sagsøgte tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren som følge af patientskaden er berettiget til svie- og smertegodtgørelse svarende til det dagældende lovgiverfastsatte maksimum, jf. erstatningsansvarslovens § 3, subsidiært en mindre svie- og smertegodtgørelse for en kortere periode end det lovgiverfastsatte maksimum.

Sagsøgte har påstået frifindelse.

Sagsfremstilling

Sagsøgeren blev efter et vagtlægebesøg indlagt på B kort efter midnat den 10. november 2005.

Han blev samme dag kl. 21.00 opereret og fik fjerne blindtarmen. Det fremgår af journalnotat af 10. november 2005 fra B, at han havde betydelige mængder pus i bughulen. Endvidere fremgår det, at sagsøgeren skulle have 3 dages antibiotisk behandling efter operationen.

I dagene efter operationen havde sagsøgeren gener i form af oppustethed og stærke daglige opkast af større mængder galde.

Den 16. november 2005 blev der foretaget en ultralydsundersøgelse af

sagsøgeren. Den 17. november 2005 blev der foretaget en CT-scanning af ham. Han blev udskrevet den 21. november 2005.

Sagsøgeren blev den 27. november 2005 igen indlagt på **B**.
Dagen efter blev han opereret, og af journalnotat af 28. november 2005 fremgår det, at der ved operationen blev fjernet 3 bylder fra hans bughule og 50 cm af tyndtarmen. Den 7. december 2005 blev han udskrevet fra hospitalet. Det fremgår af udskrivningsepikrise af 8. december 2005, at der alene blev fjernet 3 cm af sagsøgerens tyndtarm. Der er imidlertid enighed mellem sagens parter om, at der blev fjernet 50 cm af tyndtarmen.

Den 27. juli 2006 blev sagsøgeren opereret for brok på **C**.

Sagsøgeren klagede efterfølgende over behandlingen på **B** i perioden 10. november - 28. november 2005 til Patientforsikringen. Ved afgørelse af 26. august 2009 fandt Patientforsikringen, at sagsøgeren ikke var berettiget til erstatning, idet Patientforsikringen vurderede, at sagsøgeren ikke havde pådraget sig en patientskade i forbindelse med den pågældende behandling.

Dette tiltrådte sagsøgte efterfølgende ved afgørelse af 12. februar 2010.

Sagsøgeren indbragte afgørelsen for retten. I forbindelse med retssagens forberedelse blev der indhentet en udtalelse fra Retslægerådet. Af Retslægerådets udtalelse af 27. januar 2011 fremgår det bl.a.:

"Spørgsmål 1:

Retslægerådet bedes venligst oplyse, om sagsøger i forbindelse med operationen den 10. november 2005 blev behandlet i overensstemmelse med anerkendt praksis.

I benægtende fald bedes Retslægerådet venligst uddybe sin besvarelse.

Nej. Sagsøger udviste sikre tegn til peritonitis (difus slipomhed og perkussionsømhed) og burde have været opereret på første ledige operationsleje. Han havde bughindebetændelse forårsaget af perforeret blindtarmsbetændelse. Han burde have været behandlet med Tazocin (antibiotikum) i stedet for Anhypen og Metronidazol (efterfølgende Zinacef (cefuroxim) og Metronidazol). I stedet for Tazocin kunne man have behandlet med Zinacef, Metronidazol og Citroxin. Den anvendte antibiotikabehandling er ikke sufficient. Peroperativ ampicillin 3 g og Metronidazol 1,5 g fulgt op af kun 3 dages fortsat behandling med ceruroxim 750 mg x 3 og 500 mg Metronidazol til en peritonitis er ikke dækkende, hverken hvad angår spektrum eller dosering af ampicillin og cefuroxim, mens Metronidazol er i orden. Det er især cefuroxim, som efterlader mange E-coli og alle enterokokker udækket, og doseringen er kun 50 % af det anbefalede, som dog stadig ikke ville være dækkende. Tilsyneladende er der ikke podet peroperativt, hvilket

er en fejl.

Spørgsmål 2:

Retslægerådet bedes venligst oplyse, om sagsøger i forbindelse med det efterfølgende forløb i perioden 10. til 27. november 2005 ved  blev behandlet i overensstemmelse med anerkendt praksis, herunder i relation til den antibiotiske behandling af sagsøger.

I benægtende fald bedes Retslægerådet venligst uddybe sin besvarelse.

Vedrørende antibiotika se besvarelsen af spørgsmål 1.

Det blev besluttet at reoperere sagsøger 28.11.05. En reoperation 18 dage efter åbning af bughulen skal være på meget vigtig indikation, idet det kan være forbundet med store vanskeligheder. Ifølge operationsbeskrivelsen var dette også tilfældet her, og man måtte fjerne de nederste 50 cm tyndtarm som følge af beskadigelse under udløsningen af tarmen. Reoperationen kostede sagsøger tab af 50 cm tyndtarm og nødvendiggjorde senere operation for et stort bugvæggsbræk. Det kan ikke afgøres, om indikation for at reoperere var korrekt, idet dette beror på et klinisk skøn.

Spørgsmål 3:

Retslægerådet bedes venligst oplyse, om det ud fra sagens lægelige akter kan konstateres, at sagsøger i dag lider af kroniske maveproblemer og i givet fald beskrive disse gener nærmere.

Det fremgår af et senere udskrivningskort fra , at sagsøger har kronisk diare, hvilket formentlig er en følge af tabet af tyndtarm ved reoperationen. Han vil have et livslangt behov for B12-vitaminindsprøjtninger på grund af tabet af tyndtarm, og dette er ikke nævnt hverken i kirurgisk journal fra  eller i udskrivningskortene. Dette må anses for en fejl.

Spørgsmål 4:

Såfremt spørgsmål 1 og/eller 2 besvares benægtende, bedes Retslægerådet venligst oplyse, om der må antages at være årsagssammenhæng mellem sagsøgers kroniske problemer, og det forhold at sagsøger ikke er blevet behandlet i overensstemmelse med anerkendt praksis.

Det kan ikke vurderes, om tidligere operation ville have ændret forløbet. Man skal her tage i betragtning, at der formentlig var tale om perforeret blindtarmsbetændelse allerede ved indlæggelsen.

(...)

Spørgsmål A:

Retslægerådet bedes oplyse, hvilken sygdom sagsøgeren må anses for at have lidt af på indlæggelsestidspunktet 10. november 2005 kort efter midnat.

Retslægerådet bedes herunder oplyse, om sagsøgerens blindtarm var perforeret på indlæggelsestidspunktet.

Såfremt det ikke med sikkerhed kan fastslås, om blindtarmen var perforeret, bedes om muligt sandsynligheden herfor angivet, idet det i så fald endvidere bedes anført, hvilke omstændigheder der måtte tale for eller imod, at sagsøgerens blindtarm allerede var perforeret.

Perforeret blindtarmsbetændelse. Sagsøger var diffust peritoneal, hvorfor man må formode, at blindtarmen var perforeret på indlæggelsestidspunktet. Der er ikke oplysninger, som decideret taler imod denne opfattelse."

Sagsøgte besluttede herefter ved afgørelse af 13. april 2011 at genoptage sagen. Sagsøgte anerkendte, at sagsøgeren var påført en patientskade og hjemviste sagen til Patientforsikringen med henblik på fastsættelse af erstatningens størrelse.

Den 18. juni 2012 traf Patientforsikringen afgørelse i sagen. Af afgørelsen fremgår det bl.a., at:

"Afgørelse

A er ikke berettiget til erstatning efter lov om patientforsikring (PFL), fordi erstatningsbeløbet er under lovens minimumsgrænse på 10.000 kr.

(...)

Begrundelse

Det er i Patientskadeankenævnet anerkendt, at A er påført en erstatningsberettigende skade efter patientskade-forsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1.

Efter PFL § 5, stk. 2, jf. stk. 1, kan der kun ydes erstatning, hvis erstatningsbeløbet er større end 10.000 kr.

Vi har opgjort, at erstatningen efter erstatningsansvarsloven (...) ikke overstige 10.000 kr.

Beregningen er foretaget på følgende måde, (...):

Smerte og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3 (...)

Der kan efter erstatningsansvarslovens § 3 ydes godtgørelse for svie og smerte for den forængelse af sygeperioden, som en skade har medført. Godtgørelsen er en midlertidig kompensation for den fysiske lidelse, der kan følge en skade.

*Det er vores vurdering, at din klient **A** ikke er blevet påført et forlænget sygeforløb, idet han også ville have haft et sygdomsforløb så sammenlængde, selvom skade ikke var indtrådt.*

Der kan således ikke beregnes godtgørelse for svie og smerte.

Varigt mén efter erstatningsansvarslovens § 4 (se vejledningens punkt 4)

*Vi har vurderet, at **A** ikke har fået et varigt mén på 5% eller derover. **A** er derfor ikke berettiget til godtgørelse for varigt mén.*

Vi har ved afgørelse lagt vægt på, at generne med overvejende sandsynlighed ikke ville være blevet reduceret i et omfang, som kan berettige til et varigt mén på 5% eller derover, hvis patientskaden ikke var indtrådt.

Vi har i den forbindelse lagt vægt på, at Retslægerådet har vurderet, at der ikke blev anvendt korrekt antibiotika, og det ikke blev givet længe nok.

*Samtidig har Retslægerådet anført, at **A's** blindtarm med overvejende sandsynlighed var perforeret allerede på indlæggelsestidspunktet, og at man ikke kan vurdere, om en hurtigere operation og anvendelse af andet antibiotikum ville have ændret forløbet.*

Det er derfor vores vurdering, at det med overvejende sandsynlighed var grundsygdommen i form af perforeret blindtarm, der forårsagede det efterfølgende forløb, og ikke behandlingen heraf.

(...)

En beregning af godtgørelse og erstatning som følge af den anerkendte patientskade kommer således ikke til at overstige 10.000 kr."

Denne afgørelse blev tiltrådt af sagsøgte den 12. september 2013 med følgende begrundelse:

"Begrundelse og resultat

Af de grunde, der er anført af Patientforsikringen, kan Patientskadeankenævnet tiltræde, at der principelt er grundlag for at yde erstatning efter lov om patientforsikring § 2, stk. 1, nr. 1. Nævnet finder dog samtidig, at A samlede krav på godtgørelse og erstatning som følge af patientskaden ikke overstige 10.000 kr., hvorfor der ikke ydes erstatning, jf. lovens § 5, stk. 2.

Nævnet kan supplerende bemærke, at det er nævnets vurdering, at A med overvejende sandsynlighed ville have haft behov for reoperation med fjernelse af en del af tyndtarmen som følge af hans grundsygdom (perforeret appendicit), selvom han havde modtaget en antibiotikabehandling, som havde været i overensstemmelse med den erfarne specialists standard. Nævnet har lagt vægt på, at A's blindtarm var perforeret på indlæggelsestidspunktet.

Nævnet fandt ved afgørelse af 13. april 2011, at A gener med overvejende sandsynlighed ville have været reduceret såfremt antibiotikabehandlingen havde været i overensstemmelse med specialiststandarden. Imidlertid finder nævnet, at de reducerede gener ikke ville haft et omfang, hvorved sygeforløbet ville have været kortere, eller som kunne berettiget til godtgørelse for svie og smerte på 10.000 kr. eller et varigt mén på 5 procent.

Med disse bemærkninger kan Patientskadeankenævnet tiltræde resultatet og begrundelse i Patientskadeforsikringens afgørelse af 18. juli 2012."

Der er under nærværende sag indhentet yderligere en udtalelse fra Retslægerådet. Af udtalelse af 7. november 2014 fremgår det bl.a., at:

"Spørgsmål 6:

Under henvisning til Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1, herunder at doseringen på Cefuroxim kun var på 50% af det anbefalede, som dog efter Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 stadig ikke ville være dækkende, anmodes Retslægerådet venligst om at oplyse, om Retslægerådet finder det sandsynligt, at den efterfølgende operation den 28. november 2005 kunne have været undgået, såfremt sagsøger havde modtaget en adækvat antibiotikabehandling efter operationen den 10. november 2005?

Såfremt der er usikkerhed om svaret, anmodes Retslægerådet så vidt muligt om at angive graden af sandsynlighed for, at operationen den 28. november 2005 kunne have været undgået.

Retslægerådet vurderer, at risikoen for reoperation den 28.11.05 kunne reduceres, hvis sagsøger var blevet behandlet med adækvate antibiotika i tilstrækkelige doser, men det er ikke muligt at graduere sandsynligheden.

(...)"

Forklaring

Sagsøgeren har forklaret, at han, kort forinden han blev indlagt på

A den 9. november 2005, havde opsagt sit job for at blive freelance-konsulent indenfor gartneribranchen. Det har han måtte opgive på grund af hans gener. Generne er først kommet efter indlæggelsen på **B**

Han vågner som regel tidligt om morgenen og har ondt i maven, og han har adskillige diarreer i løbet af dagen. Om eftermiddagen har han som regel også store mængder tarmluft. Han har af og til "uheld", hvor han ikke når på toilet. Det var tidligere et stort problem, men han har lært at indrette sig, og han "har fået bedre styr på det", især efter han blev sat i behandling med Imodium. Generne medfører, at han ikke har noget socialt liv. Når han i dag skal nogen steder, har han valgt mellem at overdosere sig med Imodium eller at undlade at spise.

Efter en brokoperation på **C** i 2006 fik han af vide, at han i forbindelse med operationen den 28. november 2005 havde fået fjernet 50 cm tyndtarm. Lægen, der udførte brokoperationen, henviste ham til **B**. Her blev der forsøgt forskellige medikamenter med svingende resultatet.

Procedure

Sagsøgeren har gjort gældende, at Retslægerådet i forbindelse med sine besvarelser af henholdsvis 27. januar 2011 og 7. november 2014 har vurderet, at der er begået ikke mindre end tre fejl fra sygehusets side i forbindelse med behandlingen af sagsøgeren. Alle disse tre fejl er at anse som patientskader, jf. den dagældende patientforsikringslovs § 2, stk. 1.

For det første burde sagsøgeren være blevet opereret på første ledige sengeleje efter indlæggelsen på sygehuset, jf. Retslægerådets besvarelse af bl.a. spørgsmål 1.

Retslægerådet har i besvarelsen af spørgsmål 4 anført, at det dog er usikkert om en tidligere operation ville have ændret forløbet. Denne bevisusikkerhed bør ikke komme sagsøgeren til skade, og det må således lægges til grund, at en tidligere operation ville have ændret forløbet, og den efterfølgende reoperation den 28. november 2005, som kostede sagsøgeren tab af 50 cm tyndtarm og nødvendiggjorde senere operation for et stort bugvæggsbrok, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 2, kunne være undgået, såfremt sagsøgeren var blevet opereret ved første ledige sengeleje efter indlæggelsen på sygehuset.

For det andet var den påståede peroperative antibiotikabehandling ikke tilstrækkelig, herunder var der ikke podet peroperativt, jf. bl.a. Retslæge-

rådets besvarelsen af spørgsmål 1.

Retslægerådet har bl.a. ved besvarelsen af spørgsmål 6 vurderet, at risikoen for reoperation den 28. november 2005 kunne være reduceret, hvis sagsøgeren var blevet behandlet med adækvate antibiotika i tilstrækkelige doser, men at det har ikke været muligt at graduere sandsynligheden.

Heller ikke denne bevisusikkerhed bør komme sagsøgeren til skade, og det må derfor lægges til grund, at en adækvat antibiotikabehandling i tilstrækkelige doser ville have medført, at det ikke havde været nødvendigt at reoperere sagsøgeren.

Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at han slet ikke kom i antibiotisk behandling, før efter man havde konstateret den voldsomme bughulebetændelse den 17. november 2005. Uanset om dette lægges til grund i sagen eller ej, må det med Retslægerådets besvarelse af bl.a. spørgsmål 4 konstateres, at sagsøgeren ikke har fået sufficient antibiotisk behandling.

For det tredje var det en fejl, at sagsøgeren ikke fik oplyst, at han ville have et livslangt behov for B-12 vitaminindsprøjtninger på grund af det efterfølgende tab af 50 cm tyndtarm i forbindelse med reoperationen, jf. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 3.

På grund af mangelfulde oplysninger fra B kom sagsøgeren først i medicinsk behandling for sin kroniske diarré, efter han havde gennemgået den efterfølgende brokoperation på C på trods af, at han løbende gjorde opmærksom på de massive problemer, han havde. Sagsøgeren har i den forbindelse bemærket, at han efter reoperationen den 28. november 2005 alene fik at vide, at han havde fået fjernet blot 3 cm af tyndtarmen, hvilket tillige underbygges af udskrivningsepikrise af 8. december 2005 fra B. Realiteten var imidlertid, at han havde fået fjernet 50 cm af tyndtarmen. C blev opmærksom på dette i efterforløbet, hvor sagsøgeren fik foretaget en brokoperation. Det er således anført, at man her blev opmærksom på, at der rent faktisk var fjernet 50 cm tyndtarm, og at sagsøgeren burde sættes i medicinsk behandling for at reducere de kroniske problemer med diarré. Sagsøgeren har således først efter at være vejledt herom på C den 5. september 2006 indtaget medicin mod den kroniske diarré, indledningsvis i form af Questranpulver og efterfølgende i form af Loperamid. Dette har dog langt fra elimineret sagsøgerens problemer med afføringsinkontinens, men har dog mindsket generne en smule.

De kroniske gener, som sagsøgeren lider af i dag, må alene antages at skyldes reoperationen, hvor han bl.a. fik fjernet 50 cm af sin tyndtarm, jf. bl.a. Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 2, og at denne reoperation som ovenfor anført kunne være undgået, såfremt sagsøgeren ikke havde været udsat for de pågældende fejl fra sygehusets side.

Sagsøgeren lider i dag af afføringsinkontinens som følge af patientskaden, og disse gener har påført sagsøgeren en varig méngrad på ikke under 20 %, jf. bl.a. Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel punkt F.2.6. og F.2.7.

Sagsøgeren har videre gjort gældende, at hans sygeforløb er blevet forlænget i væsentlig grad – udover den sygeperiode som grundsygdommen ville medføre – og, at sagsøgeren som følge heraf er berettiget til svie- og smertegodtgørelse, svarende til det dagældende lovgiverfastsatte maksimum efter erstatningsansvarsloven § 3, subsidiært, at sagsøgeren er berettiget til svie- og smertegodtgørelse for en kortere periode, bl.a. som følge af den manglende oplysning om, at han efter reoperationen kunne reducere sin gener ved medicinsk behandling, og således først i september 2006 påbegyndte adækvat behandling for at reducere generne af den anførte afføringsinkontinens.

Vedrørende spørgsmålet om vurderingen af bevisusikkerheden har sagsøgeren gjort gældende, at kravene til beviserne for en årssagssammenhæng mellem en patientskade og en patients efterfølgende skader lempes, når der – som i nærværende sag – er begået deciderede fejl fra sygehusets side, jf. bl.a. U.2002.1690H og U.2009.1835.H.

Sagsøgte har til støtte for sin påstand gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 12. september 2013, hvorved sagsøgte stadfæstede Patienterstatningens (tidl. Patientforsikringen) afgørelse af 12. juni 2012 om, at sagsøgeren ikke var berettiget til erstatning efter lov om patientforsikring, da erstatningsbeløbet var under lovens minimumsgrænse på 10.000,- kr.

Da denne sag vedrører et behandlingsforløb i 2005, skal sagen afgøres efter den på det tidspunkt gældende patientforsikringslov.

Det følger af denne lovs § 5, at erstatning og godtgørelse fastsættes efter reglerne i lov om erstatningsansvar, og at erstatning kun ydes, såfremt den overstiger 10.000,- kr.

Der skal foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte nævnets afgørelse. Det er sagsøgeren, der har bevisbyrden herfor, og han har ikke løftet denne bevisbyrde.

Sagsøgeren har ikke tilvejebragt et sikkert grundlag for at tilsidesætte vurderingen af, at hans samlede krav på godtgørelse og erstatning som følge af den anerkendte patientskade ikke overstiger 10.000,- kr.

Sagsøgte har bemærket, at sagsøgte ved sin afgørelse af 13. april 2011 anerkendte, at sagsøgeren var påført en patientskade efter den dagældende patientforsikringslovs § 2, stk. 1, nr. 1 og fandt, at sagsøgerens gener med overvejende sandsynlighed ville være reduceret, såfremt antibiotikabehandlingen havde været i overensstemmelse med specialiststandarden.

Dette kan dog ikke føre til, at der er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes efterfølgende vurdering i afgørelse af 12. september 2013 af, at de reducerede gener ikke ville have haft et omfang, hvorved sygeforløbet ville have været kortere, eller som kunne berettige til godtgørelse i form af svie og smerte og/eller et varigt mén på 5%.

Dette har sagsøgte støttet på, at sagsøgeren med overvejende sandsynlighed ville have haft behov for reoperation med fjernelse af en del af tyndtarmen allerede som følge af hans grundsygdom i form af perforeret blindtarm, også selv om han havde modtaget en antibiotikabehandling, som havde været i overensstemmelse med den erfarne specialiststandard.

Selv om en del sagsøgerens gener kan henføres til den manglende antibiotikabehandling, kan det efter sagsøgtes vurdering ikke berettige til en erstatning/godtgørelse på minimum 10.000,- kr.

Sagsøgte har ved sin vurdering lagt på vægt på Retslægerådets besvarelse i erklæring af 27. januar 2011 af spørgsmål 4 om, at sagsøgerens blindtarm med overvejende sandsynlighed var perforeret allerede på indlæggelses-tidspunktet, og at man ikke kunne vurdere, om en hurtigere operation og anvendelse af antibiotikum ville have ændret forløbet. Det vurderedes derfor med overvejende sandsynlighed, at det var grundsygdommen i form af perforeret blindtarm, der forårsagede det efterfølgende forløb.

Sagsøgte har videre vurderet, at sagsøgeren med overvejende sandsynlighed ville have behov for reoperation som følge af grundsygdommen, selv om han havde modtaget adækvat antibiotikabehandling.

Retslægerådet har i erklæring af 7. november 2014 anført, at risiko for reoperation den 28. november 2005 ville kunne reduceres, men at det ikke er muligt at graduere sandsynligheden. Det er dermed ikke godtgjort, at det er overvejende sandsynligt, at reoperation ville være undgået, hvis der var givet tilstrækkelig antibiotika. Der foreligger derfor ikke med Retslægerådets erklæring det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte nævnets afgørelse.

Det er ej heller overvejende sandsynligt, at alle sagsøgerens nuværende gener kan henføres til reoperationen den 28. november 2005.

Der er ikke med Retslægerådets erklæring tilvejebragt noget sikkert grundlag for at tilsidesætte denne vurdering, ligesom der ikke er grundlag for bevislempelse i denne sag.

Der er derfor ikke grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes vurdering om, at der ikke kan ydes godtgørelse for svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3, idet sagsøgeren ikke er blevet påført et forlænget sygeforløb. Sagsøgeren er med overvejende sandsynlighed ikke blevet påført et forlænget sygeforløb som følge af den anerkendte patientskade, idet han ville have haft et tilsvarende sygdomsforløb, selv om patientskaden ikke var indtrådt.

Endelig er der ikke grundlag for at yde godtgørelse for varigt mén efter erstatningsansvarslovens § 4. Sagsøgerens gener ville med overvejende sandsynlighed ikke være blevet reduceret i et omfang, som kan berettige til et varigt mén på 5% eller derover, hvis patientskaden ikke var indtrådt.

Rettens begrundelse og resultat

Det er i retspraksis fastslået, at der skal tilvejebringes et sikkert grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse. Det påhviler sagsøgeren at tilvejebringe dette sikre grundlag.

Retslægerådet har ved sin besvarelse af spørgsmål 6 anført, at risikoen for reoperation kunne reduceres, såfremt sagsøgeren var blevet behandlet adækvat, men det er ikke muligt at graduere sandsynligheden.

Det følger af forarbejderne til den dagældende patientforsikringslovs § 2, og retspraksis, at betingelsen om årsagsforbindelse i bestemmelsen kan lempes, når der ved behandlingen af patienten klart er begået fejl, og det i øvrigt findes rimeligt.

Sagsøgeren har ikke godtgjort, at han ikke modtog antibiotisk behandling efter operationen den 10. november 2005. Retten lægger derfor til grund, at sagsøgeren modtog antibiotisk behandling i tre dage efter operationen. Retslægerådet har imidlertid ved besvarelsen af spørgsmål 1 bl.a. anført, at antibiotikabehandlingen ikke har været tilstrækkelig. Der er alene anvendt en dosering på 50 % af det anbefalede, og selv den anbefalede dosering er ikke dækkende. Endvidere har Retslægerådet anført, at der tilsyneladende ikke er podet peroperativt og anført, at dette er en fejl.

Da der således er begået klare fejl, og det i øvrigt findes rimeligt, finder retten derfor, at der er grundlag for at lempe beviskravet til årssagssammenhæng i denne sag. Da det ikke har været muligt for Retslægerådet at graduere sandsynligheden kommer tvivlen sagsøgeren til gode.

På den baggrund finder retten, at sagsøgeren har løftet bevisbyrden for årssagssammenhæng mellem hans nuværende gener og den anerkendte patientskade.

Retslægerådet har ved besvarelsen af spørgsmål 3 anført, at sagsøgeren i dag har kronisk diarré/afføringsinkontinens.

Det følger af Arbejdsskadestyrelsens vejledende méntabel, at let afføringsinkontinens udgør en méngrad på 15 %. Da sagsøgeren ikke, ved eksempelvis indhentelse af en udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen, har godtgjort, at sagsøgerens gener udgør en højere méngrad, er der ikke grundlag for at fastsætte et varigt mén på mere end 15 %.

For at være berettiget til godtgørelse for svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3, 1. pkt., er det en betingelse, at skadelidte er syg. Kriteriet "er syg" skal forstås således, at det normalt er en forudsætning, at skadelidte er sygemeldt og undergivet en vis form for behandling. Sagsøgeren blev indlagt den 27. november 2005 på **B** og udskrevet den 7. december 2005. Retten finder herved, at sagsøgeren har krav på godtgørelse for svie og smerte i denne periode på 11 dage. Det er ikke dokumenteret, at sagsøgeren har været sygemeldt eller undergivet behandling efter udskrivelsen den 7. december 2005. Retten finder derfor ikke grundlag for at anse sagsøgeren for syg i denne periode, og han har derfor ikke krav på yderligere godtgørelse for svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3, 1. pkt.

Efter oplysningerne om karakteren og omfanget af de helbredsmæssige gene, som patientskaden har medført, finder retten, at der skal udmåles godtgørelse for svie og smerte efter erstatningsansvarslovens § 3, 2. pkt. Efter en samlet vurdering fastsættes denne godtgørelse skønsmæssigt til en periode på 100 dage.

Sagsøgte er i overvejende grad den tabende part, idet sagsøgeren har fået overvejende medhold i sin påstand, svarende til en økonomisk værdi på ca. 141.500 kr. Derfor skal sagsøgte betale sagsomkostninger til sagsøgeren som nedenfor anført, jf. retsplejelovens § 312, stk. 1 og § 316.

Sagsomkostningerne er fastsat således, at 3.720 kr. dækker udgiften til retsavgift, og 43.750 kr. inkl. moms vedrører udgiften til sagsøgerens advokatbi-stand.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatning, tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren, **A**, som følge af den patientskade, som sagsøgeren pådrog sig ved behandlingen på **B** i perioden 9. november - 28. november 2005, har pådraget sig et varigt mén på 15 %, og at han er berettiget til godtgørelse for svie og smerte for en periode på 111 dage.

Inden 14 dage skal sagsøgte til sagsøgeren betale 47.470 kr. i sagsomkostninger. Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8a.

Casper Klindt Sølbeck
kst. dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Odense, den 12. maj 2015.

Tine Bathum, kontorfuldmægtig



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 30. juni 2015

i sag nr. BS 16-22/2013:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatningen
(tidligere Patientskadeankenævnet)
Finsensvej 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 7. januar 2013, drejer sig om erstatning efter en anerkendt lægefaglig fejl i forbindelse med behandling på et sygehus.

A har påstået, at Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) tilpligtes at anerkende, at han yderligere er berettiget til erstatning for følgerne efter den anerkendte patientskade i forbindelse med behandling på B Sygehus i periode fra juli 2009 og frem for fjernelse af blæren.

Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) har påstået frifindelse.

A's påstand i stævningen omfattede tillige erstatning efter amputation af højre ben.

Efter Retslægerådets erklæring af 19. februar 2014 genoptog Ankenævnet sagen og traf den 8. maj 2014 afgørelse, hvorved det anerkendtes, at A ved en rettidig diagnosticering af recidivet i juli 2009 kunne have undgået amputation af højre ben.

I afgørelsen fandt Ankenævnet, at blærefjernelsen ikke kunne have været undgået.

Det er herefter sidstnævnte del af Ankenævnets afgørelse, der er til prøvelse under denne sag.

Oplysningerne i sagen

Patientforsikringen traf den 31. marts 2011 denne

"...

Afgørelse

Du er ikke berettiget til erstatning efter Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet.

Betingelserne for at yde erstatning efter lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1 og 2, er ikke opfyldt.

Sagsfremstilling

Du har søgt erstatning, fordi du mener, at man ikke tolkede scanningen af 9. juli 2009 korrekt. I stedet for blev recidivet af din kræftsygdom først diagnosticeret i december 2009. Du riener, at det som følge af den forsinkede diagnosticering nu er nødvendigt at anlægge en kunstig blære og foretage amputation af dit højre ben og at der formentlig håvde været tale om et mindre omfattende indgreb ved rettidig diagnosticering.

Vi har på baggrund af dii anmeldelse, journalmaterialet og sagens øyrige oplysninger lagt følgende hændelsesforløb til grund for afgørelsen:

Du fik den 22. maj 2007 foretaget højresidig hemikolektomi (fjernelse af højre side af tyktarmen) på B Sygehus på grund af en tumor i coecum (overgangen mellem tyktarm og tyndtarm). Der var indvækst til bugvæggen og blæren og det var derfor nødvendigt at fjerne npget af bugvæggen og noget af blæren. I efterførløbet kom der anastomoselåkage, hvorfor der blev anlagt 2 stomier. Du blev udskrevet den 27. juni 2007.

Herefter gennemgik du et forløb med onkldlgisk behandling (kemoterapi).

Ved de følgende kontroller fik du lavet PET-CT-scanning i januar 2008 som viste normale forhold. Desuden blev der foretaget operation med stomitilbagelægning den 19. februar 2008. Ved denne operation fandt man også en kareinbm lignende forandring på tarmen, hvorfor man fjernede ca. 15 cm af tyndtarmen. Efter operationen skulle du anvende Longette. Afhængigt af mikroskopisvar skulle du måske igen henvises til onkblogisk behandling. Yiikroskopisvar vist dbg intet malignt.

På grund af sårdefekt blev der foretaget sårrevision den 11. april 2008.

Den 12. august 2008 var defekten helet op og du blev afsluttet fra sårbehandlingen, men skulle fortsætte kontrollen for kræftsygdommen.

Ved de følgende scanninger i januar 2009 og juni 2009 blev du informeret om, at der ikke var tegn på recidiv af kræftsygdommen.

Ved ambulant kontrol der 4. december 2009 blev du informeret om at ny scanning havde vist mistanke om lokalt recidiv ved blæren. Denne undersøgelse var blevet fremrykket, fordi der var kommet blod i unnen.

Den 15. december 2009 foretog man cystoskopi (klkkertundersøgelse af blæren), hvor man fandt en stor tumor på blærevæggens højre side. Der blev desuden foretaget laparoskopi, som viste, at tumor voksede over arteria iliaca communis (den fælles bækkenpulsåre) og det var derfor ikke muligt at fjerne tumor. Du blev henvist til

C hospital med henblik på behandlingsmuligheder.

På grund af indvækst i arteria iliaca communis fik du den 8. januar 2010 på D Sygehus lavet en karoperation på arterien (fem-fem. cross over). Der var desuden blevet anlagt et JJ-kateter.

Den 27. januar 2010 blev der lavet eksplorativ Japarotomi på

C hospital. Ved denne operation viste det sig, at tumoren var vokset langt ned på indsiden af bækkenvæggen og det var ikke muligt at fjerne den.

Den 30. januar 2010 blev du tilbageflyttet til B Sygehus, . Du blev udskrevet den 3. februar 2010.

Den 11. marts 2010 opstartede du kemoterapi.

Den 7. juli 2010 blev der skiftet JJ-kateter.

Ved notat af 23. juli 2010 fremgår det, at kemoterapien havde haft nogen, men ikke helt tilfredsstillende effekt på det lokale recidiv i højre side. Man fandt, at det var muligt at foretage operation af recidivet med fjernelse af blæren og anlæggelse af en kunstig blære, men det var nødvendigt også at amputere højre ben og der skulle forinden gives strålebehandling. Alternativt skulle du fortsætte med pallierende kemoterapi.

Du var indstillet på at forsøge operation og påbegyndte strålebehandling den 9. august 2010.

Det fremgår desuden af dette notat, at man havde revurderet CT-scanning fra den 9. juli 2009, hvor man primært havde fundet at der var normale forhold, men ved revurderingen kunne man se, at der alligevel var tegn på lokalt recidiv ved urinblæren.

Ved telefonnotat af 10. november 2010 har du oplyst, operationen skulle finde sted den 11. november 2010.

Begrundelse

..."

Af Patientskadeankenævnets afgørelse af den 13. september 2012 fremgår:

"...

Afgørelse:

Patientforsikringens afgørelse af 31. marts 2011 ændres. Det anerkendes, at De er påført en erstatningsberettigende skade i form af en statistisk forringet overlevelsesprognose i forbindelse med Deres behandling på B Sygehus i perioden fra juli 2009 og frem, jf. klage- og erstatningslovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

...

Begrundelse og resultat

...

Patientskadeankenævnet finder, at en erfaren specialist på det pågældende område ville have handlet anderledes, end man gjorde ved tolkningen og beskrivelsen af CT-skanningen af 9. juli 2009.

Nævnet har herved lagt vægt på, at der ved CT-skanning af thorax og hele abdomen fra den 9. juli 2009, ved sammenligning af CT skanninger fra 2007, 2008 og 2009, var tilkommet en 2,5 x 2 x 2,8 cm tumorsuspekt proces med randopladning i nedre højre fossa ilica medialt for klipsene med udløbere ind mod blæren.

Nævnet finder, at den erfarne specialist ville have foretaget sammenligninger med tidligere CT-skanninger fra 2007 og 2008 med særlig fokus på forholdene omkring klipsenes placering i højre side (ved fossa iliaca) ud fra den viden man havde om recidiv af en tidligere T4-proces i samme region. Det er nævnets vurdering at den erfarne specialist herved ville have erkendt og udmålt tumorrecidivet ved beskrivelsen af scanningen af 9. juli 2009

Det er på denne baggrund nævnets vurdering, at diagnosen burde være stillet i forbindelse med CT skanningen den 9. juli 2009. Imidlertid blev diagnosen først stillet i december 2009, hvorfor der er sket en forsinket diagnosticering på ca. 5 måneder.

Efter det anførte er der erstatningsansvar efter klage- og erstatningsansvarslovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

Det er nævnets vurdering, at den forsinkede diagnosticering og behandling af recidivet medførte, at kræftsvulsten voksede i

forsinkelsesperioden. De er som følge heraf påført en skade i form af en forringelse af Deres statistiske overlevelsesprognose.

Nævnet finder det imidlertid ikke overvejende sandsynligt, at man kunne have opereret recidivet ved et mindre indgreb, såfremt tumorrecidivet var erkendt 5 måneder tidligere. Der er her ved lagt vægt på, at der allerede i juli 2009 var indvækst i blæren, og at der var tale om recidiv af en avanceret primær tumor, hvorfor det er overvejende sandsynligt, at fjernelse af blæren samt amputation af ben også kunne have været nødvendig såfremt recidivet var diagnosticeret i juli 2009.

..."

Under sagens forberedelse blev der stillet spørgsmål til Retslægerådet, der den 19. februar 2014 afgav denne udtalelse:

"...

Med sagens tilbagesendelse skal Retslægerådet besvare de stillede spørgsmål således:

Spørgsmål 1:

Indebar A'S kræftsygdom en betydelig risiko for recidiv efter det primære behandlingsforløb i 2007/2008:

Risikoen for tilbagefald af sagsøgers kræftsygdom må betegnes som betydelig, da den mikroskopiske undersøgelse af det fjernede væv viste en afstand på under 1 mm fra tumor til resektionsranden.

I denne situation er der en 15-20 % risiko for lokalt tilbagefald sammenlignet med ca. 5 %, når afstanden er større end 1 mm.

Spørgsmål 2:

Er det en klar lægefaglig fejl, at der ved CTskanningen den 9. juli 2009 ikke blev beskrevet, at der var tilkommet en 2,5 x 2 x 2,8 cm tumorsuspekt proces med randopladning i nedre højre fossa iliaca medialt for klipsene med udløbere ind mod blæren siden CT skanning 14. januar 2009?

Ja. I det foreliggende tilfælde er det nemt at identificere operationsfeltet, idet der er indsat clips under operationen. Det påviste recidiv er opstået tæt på disse clips.

Spørgsmål 3:

Det bemærkes, at parterne er enige om, at der ikke ved den telemedicinske klinik i E'S beskrivelsen af CT-skanningen den 9. juli 2009 er foretaget sammenligning med skanningsbillederne fra 2007 og 2008, men at der ikke er enighed mellem parterne om, hvorvidt skanningsbillederne fra januar 2009 er indgået.

a. Var den telemedicinske klinik i ☐ ved beskrivelsen af CT skanningen den 9. juli 2009 i besiddelse af skanningsbillederne fra den 14. januar 2009?

b. Ved benægtende svar på spørgsmål 3a, er det da en klar lægefaglig fejl, at der ved bedømmelse af CT skanningen den 9. juli 2009 ikke blev foretaget en sammenligning med billederne fra den 11. januar 2009 for at se, om der var ændringer, som kunne mistænkes for at være et lokalt recidiv?

c. Er det en klar lægefaglig fejl, at der ved bedømmelse af CT skanningen den 9. juli 2009 ikke blev foretaget en sammenligning med tidligere skanninger i 2007 og 2008 for at se, om der var ændringer, som kunne mistænkes for at være et lokalt recidiv?

a. Dette er ikke et spørgsmål, der kan gøres til genstand for et relevant lægefagligt skøn, hvorfor spørgsmålet ikke besvares af Retslægerådet.

b. Bortfalder

c. Bortfalder

Spørgsmål 4:

Er tumoren vokset fra juli til december 2009? I bekræftende fald kan Retslægerådet da angive nærmere om, hvor meget og hvordan?

Tumoren er vokset fra ca. 3 x 1 cm til ca. 6 x 2½ cm, i december er der begyndende involvering af nærliggende anatomiske strukturer.

Spørgsmål 5:

Ville behandlingen for recidivet have været 100 % den samme, hvis recidivet var blevet diagnosticeret den 9. juli 2009? Hvis ikke; bedes forskellene i behandlingen nærmere beskrevet.

Spørgsmål 6:

Er det muligt, at 5 måneder tidligere iværksat behandling havde betydet, at man - eventuelt efter kemoterapi og/eller strålebehandling - kunne have fjernet tumoren uden samtidig at skulle have foretaget 1) fjernelse af blæren og 2) amputation af højre ben?

Ad spørgsmål 5 og 6:

Spørgsmålene er hypotetiske og kan ikke besvares af Retslægerådet.

Spørgsmål 7:

Hvis der svares bekræftende på spørgsmål 6, anmodes Retslægerådet om angive, hvor sandsynligt det er, at operationen ville have været mindre indgribende.

Spørgsmål 8:

Hvis der svares bekræftende på spørgsmål 6, anmodes Retslægerådet om at angive, hvilke fysiske følge, det må antages, at A da ville have haft afoperation, hvor tumoren blev fjernet?

Ad spørgsmål 7 og 8:

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 6.

Spørgsmål 9:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej.

..."

Af Patientskadeankenævnets afgørelse af den 8. maj 2014 fremgår:

"...

Afgørelse:

...

Patientskadeankenævnets afgørelse af 13. september 2012 genoptages. Det anerkendes, at A ved en rettidig diagnosticering af recidivet i juli 2009 kunne have undgået amputation af højre ben.

...

Begrundelse og resultat

...

Vedrørende genoptagelse af Patientskadeankenævnets afgørelse af 13. september 2012

Af Patientskadeankenævnets forretningsordens § 15 fremgår, at der kan ske genoptagelse af en afgjort sag, hvis der er fremkommet nye og sagens afgørelse væsentlige oplysninger.

Patientskadeankenævnets forretningsordens § 15 er sammenfaldende med de almindelige forvaltningsretlige regler om genoptagelse og bekendtgørelsens § 15 praktiseres i overensstemmelse med disse regler.

Patientskadeankenævnet vurderer, at der med udtalelsen af 19. februar 2014 fra Retslægerådet er fremkommet nye væsentlige oplysninger, som giver grundlag for at genoptage sagen.

Nævnet har særlig lagt vægt på, at Retslægerådet ved besvarelsen af spørgsmål 2 udtaler, at det var en klar lægefaglig fejl, at recidivet ikke blev beskrevet ved CT-scanningen den 9. juli 2009.

Vedrørende behandlingen har nævnet særlig bemærket, at operatøren i forbindelse med indgrebet den 22. maj 2007 ikke anså operationen for

radikal, ligesom den histologiske undersøgelse af tumor konkluderede, at afstanden mellem tumurvæv og resektionsflade var mindre end 1 mm., og der var derfor også indikation for postoperativ kemoterapi. At der ved indgrebet den 22. maj 2007 blev konstateret indvækst i bugvæggen og urinblæren gjorde det tillige nødvendigt at fjerne noget af blæren og bugvæggen. På grund af tumorens placering var det dog ikke muligt at gå længere lateralt for tumor, idet man så stødte på bækkenvæggen. Af disse grunde var der efter indgrebet den 22. maj 2007 en øget risiko for recidiv af sygdommen, hvilke var præmisserne for den efterfølgende operation af recidivet.

Nævnet finder det tvivlsomt, at et recidiv konstateret tidligere i 2009, trods mindre størrelse, kunne have været behandlet kurativt uden at det ville have haft samme konsekvens i form af en nødvendig amputation af højre ben for at opnå et radikalt indgreb.

Men under de konkrete omstændigheder, herunder det forhold, at der ved vurderingen af scanningen den 9. juli 2009 er sket en klar lægefaglig fejl, kan det - som også anført i forarbejderne til den tidligere patientforsikringslovs § 2 - være rimeligt at lade tvivlen om den faktiske årsagssammenhæng komme patienten til gode.

Med en lempeligere vurdering af årsagssammenhængen mellem fejlen og skaden (fjernelse af blæren og amputation af højre ben) vurderer nævnet, at det er tilstrækkelig sandsynliggjort, at amputation af højre ben kunne have været undgået.

Desuagtet bevislempelse finder nævnet, at blærefjernelsen ikke kunne have været undgået. Nævnet har herved lagt vægt på tumorens placering og indvækst i bugvæggen og i urinblæren allerede i 2007. Nævnet har tillige lagt vægt på, at der allerede ved scanningen i juli 2009 var tegn på indvækst i blæren.

Nævnet anerkender herefter, at A er påført en erstatningsberettigende skade i form af amputation af højre ben som følge af den forsinkede diagnosticering af tyktarmskræft, idet han ved rettidig diagnose med kunne have undgået amputation af højre ben, jf. lovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1.

..."

Retslægerådet har den 23. januar 2015 afgivet denne udtalelse:

"...

Med sagens tilbagesendelse skal Retslægerådet besvare de supplerende stillede spørgsmål således:

Spørgsmål 10:

Retslægerådet har i svaret på spørgsmål 4 beskrevet fra og til hvilken

størrelse tumoren er vokset, og herefter angivet "... i december er der begyndende involvering af nærliggende anatomiske strukturer".

Retslægerådet bedes uddybende beskrive, hvori den begyndende involvering af nærliggende anatomiske strukturer består, herunder om der dermed menes blæderen?

Involveringen af andre organer omfatter klar involvering af blæren vurderet ud fra de radiologiske undersøgelser. Der er desuden tumorkomponenter på begge sider af karskeden, og de radiologiske undersøgelser udelukker derfor ikke, at der kan være indvækst omkring karskeden.

Spørgsmål 11:

Var der i juli måned 2009 tumorindvækst til blæderen?

I bekræftende fald bedes indvæksten nærmere beskrevet og kvalificeret i forhold til, hvilke behandlingsnæssige overvejelser indvækst på det tidspunkt vil give anledning til.

Det er svært at afgøre, om der var indvækst baseret på de radiologiske undersøgelser. Der påvises deformation af de højre, forreste blærehjørner. Dette kan både fortolkes enten (eller både) som en konsekvens af recidivet eller som en konsekvens af den tidligere operation.

Spørgsmål 12:

Hvad var årsagen til at man i januar 2010 ikke kunne fjerne tumoren radikalt?

Tumoren voksede langt ud i lysken (inguen), var vokset fast på skambenet (pecten ossis pubis) og voksede ind i bækkenvæggens muskulatur (obturatorius). Tumor blev på den baggrund skønnet inoperabel, således at tumorvævet ikke kunnet fjernes radikalt.

Spørgsmål 13:

Forelå de samme eller tilsvarende forhold, der i januar 2010 forhindrede at fjerne tumoren radikalt, jf svar på spørgsmål 12, også i juli måned 2009?

Spørgsmålet kan ikke besvares, da der ikke blev foretaget operation, som er den eneste sikre måde, hvorpå man kan afgøre, om en tumor er operabel. Der henvises endvidere til besvarelsen af spørgsmål 11.

Spørgsmål 14:

Giver sagen herefter Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej.

Spørgsmål A:

For det tilfælde, at Retslægerådet besvarer spørgsmål 11 benægtende, bedes Retslægerådet tillige nærmere beskrive og kvalificere, hvilke behandlingsmæssige overvejelser tumorens størrelse og placering i juli 2009 efter rådets skøn giver anledning til.

Retslægerådet bedes herunder redegøre for hvilke behandlingsmæssige indgreb, der vurderes at være nødvendige på dette tidspunkt.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 11.

..."

A har under sagen fremlagt en foreløbig erstatningsopgørelse af 1. oktober 2014.

Forklaring

A har forklaret, at han i 1982 blev uddannet som officer i hæren. Han har arbejdet som og har beskæftiget sig med . Han har været udsendt et par gange, herunder i Kosovo i perioden op til kræftsygdommen.

Efter operationen i 2007 fik han at vide, at der også var noget med blæren. I perioden fra 2007-2009 havde han almindelig funktion af blæren, bortset fra at den ved operationen var blevet mindre.

Han gik til regelmæssig kontrol i januar og juli 2009. Han fik at vide, at der ikke var tegn på recidiv.

I begyndelsen af december 2009 fik han ubehag ved vandladning. Han gik til læge, der ordinerede penicillin for blærebetændelse. Det var en torsdag. Lørdag aften kom der kun blod ved vandladning. Han gik til læge mandag morgen, og kontrolscanningen blev fremrykket.

Der blev et længere forløb. Han fik valget mellem at miste sit ene ben eller at få palliativ kemoterapi.

Han fik aktindsigt i sygehusjournalen og så, at der var foretaget en revurdering i maj 2010 af scanningen i juli 2009.

Han rejste i juli 2010 en patientklagesag og en patientforsikringssag.

Der var anvendt telemedicin, og sundhedsmyndighederne kunne ikke tage stilling til ansvarsfordelingen. Han involverede Kræftens Bekæmpelse, og han valgte at gå på tv om spørgsmålet om, hvem der havde ansvaret for den telemedicinske behandling.

I november 2010 blev hans højre ben og en del af bækkenet amputeret. Også blæren blev fjernet. Han har i højre side ikke nogen hofte at sidde på. Han har en stomi, en kunstig blære.

I forbindelse med kræftsygdommen kunne han være blevet pensioneret. Han valgte at blive ved med at arbejde, og han fik mulighed for at fortsætte sit arbejde med et lederjob i hæren.

Han er 59 år og der er en tvungen pensionsalder på 60 år. Hvis han ikke havde fået kræft, ville han have etableret sig som konsulent

Den mulighed har han ikke længere. Han håber at få mulighed for at bestride et job på halv eller kvart tid. Han er ikke klar til at gå på pension.

Parternes synspunkter

A har i påstandsdokumentet anført blandt andet:

"...

ANBRINGENDER:

Til støtte for den nedlagte påstand gøres følgende gældende:

Det er med Patientskadeankenævnets afgørelse af 13. september 2012 med bindende virkning fastslået, at beskrivelsen af den foretagne CT-skanning den 9. juli 2009 var behæftet med fejl og ikke har levet op til bedste specialiststandard, og at havde den det, ville A's recidiv af tyktarmskræften have været diagnosticeret på det tidspunkt og ikke først 5-6 måneder senere.

Retslægerådet har ligeledes i sin besvarelse af spørgsmål 2, jf. udtalelsen af 19. februar 2014, fastslået, at det var en klar lægelig fejl, at der ikke ved CT-scanningen den 9. juli 2009 blev beskrevet, at der var tilkommet tumorsuspekt proces med udløbere ind mod blæren.

Dette understøtter journalmaterialet, hvoraf det fremgår af journalnotat af 29. juli 2010, at der i maj 2007 ved operationen blev fundet tumor indvækst i bugvæg og blære, som blev fjernet. I januar 2010 fandt man lokalt recidiv med symptomer i form af hæmaturi (= blod i urinen). Ved skanningen den 9. juli 2009 fandtes ikke set tumorrecidiv lokalt.

På baggrund af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 4, de lægefaglige udtalelser og billedmateriale i sagen kan det lægges til grund,

at svulsten er vokset i perioden fra juli til december måned 2009,

at forsinkelsen af diagnosen på 6 måneder har medført, at tumoren fra

at være et lokalt recidiv er vokset gennem blæren, og slimhinden er dermed vokset fast på bækkenknaglen, hvilket nødvendiggjorde fjernelse af blæren, og

at der derfor blev begået klare lægelig fejl i forbindelse med diagnosticeringen af recidivet.

Det fremgår af sagen, at B Sygehus har fået foretaget gennemgang af CT-skanningsbillederne og ladet beskrivelsen udfærdige af en overlæge i radiologi på et udenlandsk hospital, jf. bilag 8. Som det fremgår af Patientskadeankenævnets afgørelse og de lægefaglige vurderinger, der ligger til grund herfor, burde man have foretaget en nøje sammenligning med resultatet af tidligere skanninger for at bedømme, om der var tale om recidiv. Blandt andet på denne baggrund gøres det gældende,

at undersøgelsen og bedømmelsen af beskrivelsen af CT-skanningen den 9. juli 2009 udgør en klar lægefaglig fejl, der efter almindelig culpabedømmelse vil være erstatningspådragende.

Det følger af forarbejderne til patientforsikringsloven, som KEL har afløst, at der i den situation vil være bevislættelse for årsagssammenhæng netop ud fra en betragtning om, at den skadelidte vanskeligt kan føre bevis for, hvilken situation han eller hun ville have været i, hvis diagnosen var blevet stillet rettidigt og behandling iværksat tidligere end sket. Forarbejdernes henvisning til den tidligere retspraksis er efterfølgende fulgt af Højesteret i en lang række domme.

Patientskadeankenævnet fastholder i sin afgørelse af 8. maj 2014, at det ikke ved rettidig diagnosticering og behandling var muligt at undgå at fjerne blæren. Det begrundes med det konstaterede under den tidligere operation, og at der ifølge Nævnet var "begyndende indvækst i blæren" i juli 2009.

Det kan man efter min klare opfattelse ikke udlede af Retslægerådets svar på spørgsmål 4, idet Retslægerådet alene har angivet, at der i december 2009 var begyndende involvering af omkringliggende anatomiske strukturer. Hvis det - ifølge Retslægerådet - også var tilfældet i juli 2009, havde det været nærliggende også at skrive det.

Når Retslægerådet tilmed i sin besvarelse af 23. januar 2015 af spørgsmål 11 udtaler, at det ikke kan afgøres, om der var indvækst baseret på de radiologiske undersøgelser, men at fundene både kan fortolkes som en konsekvens af recidivet eller som en konsekvens af den tidligere operation, og i sin besvarelse af spørgsmål 13 oplyser, at det ikke er muligt at fastslå, om der i juli måned 2009 forelå de samme eller tilsvarende forhold, som i januar 2010 forhindrede fjernelse af tumoren radikalt, da der ikke blev foretaget operation, som

er den eneste sikre måde, hvorpå man kan afgøre, om en tumor er operabel, så fører Retslægerådets besvarelse til, at det er tilstrækkeligt sandsynligt, at også fjernelsen af blæren kunne være undgået.

Med den bevislættelse for årsagssammenhæng mellem fejl og skade, der følger af, at Nævnet under retssagen har lagt til grund, at der blev begået en klar lægefaglig fejl, må fjernelsen af blæren også give ret til erstatning. Nævnet har ved afgørelsen 8. maj 2014, bilag A, anerkendt, at, er erstatningsberettigelsen begrundet i en klar lægefaglig fejl, er kravet til bevis for årsagssammenhæng ikke "overvejende sandsynligt" (51 % eller mere) men noget mindre. Det følger af Højesterets praksis, at blot "muligheden for", at skaden (her fjernelse af blæren) kunne have været undgået, tilstrækkelig dokumentation for sammenhæng.

Det gøres derfor gældende,

at diagnosticeringen den 9. juli 2009 sandsynligvis ville have betydet, at
A kunne have undgået fjernelse af blæren,
hvorfor han er berettiget til erstatning herfor.

SAGSOMKOSTNINGER:

Sagsøger er ikke momsregistreret.

Som anført ovenfor har sagsøger allerede fået medhold i, at han er berettiget til godtgørelse for varigt mén på 75 % svarende til 527.287 kr. Udmåling af de økonomiske erstatningsposter (tabt arbejdsfor tjeneste og særligt erhvervsevnetab) er fortsat under behandling i Patienterstatningen. Til belysning af mulige yderligere erstatningskrav fremlægges som bilag 28 foreløbig erstatningsopgørelse af 1. oktober 2014 (uden underbilag). Det er rimeligt at antage, at A's erhvervsevnetab udelukkende eller væsentligst skyldes den nu anerkendte benamputation og ikke eller kun i begrænset omfang fjernelse af blæren. Det, som A således har opnået ved at anlægge retssag mod Ankenævnet, svarer til en beløb på over 3.500.000 kr. Det bør tillægges betydelig vægt ved fastsættelsen af sagens omkostninger. Der bør endvidere lægges vægt på, at sagen har været to gange i Retslægerådet.

Den resterende del af sagen angår et varigt mén på 25 % uanset, at fjernelse af blære med en urostomi uden reservoir (Bricker) ifølge méntabellen svarer til 30 %. Det skyldes, at det samlede mén vil blive fastsat til 100 %. Yderligere 25 % godtgørelse for varigt mén svarer til 175.762 kr.

..."

Ankenævnet har i påstandsdokumentet anført blandt andet:

"...

Anbringender

Til støtte for frifindelsespåstanden gøres det overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 8. maj 2014 (bilag A), hvorefter A ikke er påført en patientskade i form af fjernelsen af blæren.

Ankenævnet vurderede ved afgørelsen, at blærefjernelsen med overvejende sandsynlighed ikke kunne have været undgået. Ankenævnet lagde herved bl.a. vægt på tumorens placering og indvækst i bugvæggen og i urinblæren allerede i 2007.

Retslægerådet udtaler ved besvarelsen af spørgsmål 10 om forholdene i december 2009, at "involveringen af andre organer omfatter klar involvering af blæren vurderet ud fra de radiologiske undersøgelser".

Ved besvarelsen af spørgsmål 11 udtaler Retslægerådet endvidere vedrørende juli 2009, at det er svært at afgøre, om der var indvækst baseret på radiologiske undersøgelser. Der påvises deformation af de højre, forreste blærehjørne. Dette kan både fortolkes enten (eller både) som en konsekvens af recidivet eller som en konsekvens af den tidligere operation".

Endelig udtaler Retslægerådet ved besvarelsen af spørgsmål 13, om der forelå de samme eller tilsvarende forhold, der i januar 2010 forhindrede at fjerne tumoren radikalt, jf. svar spørgsmål 12, også i juli 2009, at "spørgsmålet ikke kan besvares, da der ikke blev foretaget operation, som er den eneste sikre måde at afgøre, om en tumor er operabel".

Det må således lægges til grund, at Retslægerådet - ud fra de foreliggende undersøgelser - ikke ser sig i stand til at vurdere, om der var indvækst i blæren i juli 2009, og dermed om tumoren kunne have været opereret radikalt uden samtidig fjernelse af blæren.

Ankenævnets afgørelse er i overensstemmelse med Retslægerådets udtalelser. Ankenævnet kan således tilslutte sig, at det ikke med sikkerhed lader sig afgøre, om fjernelsen af blæren kunne være undgået. Ankenævnet har imidlertid fundet tilstrækkeligt grundlag for - ud fra sagens foreliggende oplysninger - at foretage en sandsynlighedsvurdering af, om fjernelsen af blæren kunne have været undgået.

Ankenævnets sandsynlighedsvurdering er bl.a. baseret på et lægefagligt skøn herunder en vurdering af, om der foreligger radiologiske fund, der taler for eller imod, at tumoren kunne være operabel uden samtidig fjernelse af blæren.

I den sammenhæng har ankenævnet lagt vægt på, at A

ved den primære operation den 22. maj 2007 på **B** Sygehus blev diagnosticeret med en tumor (tyktarmskræft) på overgangen mellem tynd- og tyktarm med indvækst i bugvæggen og i blæren. Ifølge journalcontinuation af 22. maj 2007 side 3 (bilag 19) fjernede man under operationen et stykke af henholdsvis blære og bugvæg svarende til de områder, hvor svulsten var vokset ind i de nævnte områder.

Ankenævnet har derudover lagt vægt på, at der hverken ved CT-skanning i juli eller december 2009 var påvist indvækst i blæren, uagtet dette var det fund, der blev påvist ved kikkertundersøgelsen af blæren (cytoskopien) i december 2009 som følge af blod i urinen.

Ankenævnet har endvidere lagt vægt på, at **A** alene var R1 - og ikke R0 - opereret (ikke radikalt opereret) i forbindelse med det primære indgreb den 22. maj 2007, og der derfor var indikation for postoperativ kemoterapi, samt at han dermed også havde større risiko for tilbagefald.

På baggrund af disse forhold vurderede ankenævnet, at recidivet med overvejende sandsynlighed også havde indvækst i blæren allerede i juni 2009. Fjernelse af blæren ville således også have været nødvendig i juni 2009, såfremt recidivet var diagnosticeret rettidigt.

Det skal i den sammenhæng tillige fremhæves, at det ved vurderingen af, om blærefjernelsen kunne have været undgået ved operation i juli 2009, er afgørende, hvad man på det pågældende tidspunkt i juli 2009 ville have gjort, og ikke ud fra en viden, som senere erhverves.

Det forhold, at tumoren voksede i perioden ændrer ikke ved ankenævnets vurdering. Selv et mindre recidiv kan betyde, at samme operative indgreb vil være nødvendigt for at sikre radikaliteten, hvilket vil sige mere end 1 mm til tumorens nærmeste relation. I

A's tilfælde var der tale om en tumor, som i 2007 var vokset fast på bugvæggen med indvækst i blæren, og som ikke var mulig at fjerne radikalt. Såfremt et indgreb skulle anses som kurativt (med helbredende sigte), ville det have haft samme konsekvens - i form af en bækkenexenteration - uanset om det område, der involverede bækkenvæggen var 3 cm (i juli 2009) eller 6 cm (i december 2009) i udstrækning. Til støtte herfor henvises til overlæge **F's** udtalelse af 3. juli 2012 (bilag 6).

Det havde også i juli 2009 været nødvendigt at sikre radikaliteten ved operation af recidivet, og i den sammenhæng måtte man også tage fornøden højde for den manglende radikalitet ved den primære operation i maj 2007, hvor man allerede havde fjernet væv fra blæren.

Ankenævnet gør på den baggrund gældende, at blærefjernelsen med

overvejende sandsynlighed ikke kunne have været undgået selv ved rettidig diagnosticering i juli 2009.

Da det ud fra et lægefagligt skøn må anses som overvejende sandsynligt, at blærefjernelse ikke kunne have været undgået i juli 2009, vil end ikke en lempet bevisbyrde som følge af klare lægefaglige fejl føre til et andet resultat. Bevislempelse er således ikke relevant i relation til blærefjernelsen.

Samlet gøres det gældende, at A ikke har løftet bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte ankenævnets afgørelse af 8. maj 2014 (bilag A) om blærefjernelsen.

Sagsomkostninger

Der bør ved fasttættelsen af sagens omkostninger tages højde for, at sagen har været forelagt Retslægerådet to gange.

I forhold til sagens værdi er den samlede sagsværdi tidligere skønnet til at udgøre kr. 500.000,- af A (processkrift 1). Der gælder ifølge retspraksis et helt fast udgangspunkt, hvorefter sagens omkostninger bør fastsættes med udgangspunkt i den skønnede værdi ved sagens anlæg, jf. U1982.126H og Højesterets dom af 28. januar 2015 i sag 146/2014. Der er ikke i denne sag tilstrækkeligt grundlag for at fravige dette udgangspunkt

Det forhold, at sagen måtte få en vidererækkende økonomisk betydning for A end han selv har anslået ved sagens anlæg, giver ikke anledning til at fravige det almindelige udgangspunkt.
..."

Parterne har procederet i overensstemmelse med det, der er anført i påstandsdokumenterne.

Rettens begrundelse og afgørelse

Det fremgår af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 19, stk. 1, at der ydes erstatning efter reglerne i loven til patienter, som her i landet påføres skade i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende, som er foretaget på et sygehus eller på vegne af dette.

Efter lovens § 20, stk. 1, nr. 1, ydes erstatning, hvis skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt på en række nærmere angivne måder, herunder hvis det må antages, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende, hvorved skaden ville være undgået.

Efter Retslægerådets erklæring af 19. februar 2014 genoptog Ankenævnet sagen. I afgørelsen af 8. maj 2014 anerkendte Ankenævnet, at det var en klar lægefaglig fejl, at det ved CT-skanningen den 9. juli 2009 ikke blev beskrevet, at der var tilkommet en tumor.

Efter Retslægerådets svar på spørgsmål 4 lægger retten til grund, at tumoren fra juli til december 2009 voksede fra ca. 3 x 1 cm til ca. 6 x 2½ cm, og at der i december var begyndende involvering af nærliggende anatomiske strukturer. Efter Retslægerådets svar på spørgsmål 10 lægger retten til grund, at involveringen af andre organer omfattede klar involvering af blæren vurderet ud fra de radiologiske undersøgelser, og at der var tumorkomponenter på begge sider af karskeden, og at de radiologiske undersøgelser derfor ikke udelukker, at der kan have været indvækst omkring karskeden.

Retslægerådet har på spørgsmål 11, om der i juli måned 2009 var tumorindvækst til blæren, svaret, at det er svært at afgøre, om der var indvækst baseret på de radiologiske undersøgelser. Der påvises deformation af det højre, forreste blærehjørne, hvilket kan fortolkes enten (eller både) som en konsekvens af recidivet eller som en konsekvens af den tidligere operation.

Endelig har Retslægerådet på spørgsmål 13, om de samme eller tilsvarende forhold, der i januar 2010 forhindrede radikal fjernelse af tumoren, forelå også i juli 2009, svaret, at spørgsmålet ikke kan besvares, da der ikke blev foretaget operation, som er den eneste sikre måde, hvorpå man kan afgøre, om en tumor er operabel.

Efter Retslægerådets svar er det ikke muligt at vurdere, med hvilken sandsynlighed diagnosticering af tumoren i juli 2009 ville have ført til, at fjernelse af blæren kunne være undgået.

Ved CT-skanningen den 9. juli 2009 blev der begået en klar lægelig fejl. Herefter og da det som følge af, at der i perioden fra juli til december 2009 ikke blev foretaget operation, ikke er muligt nærmere at vurdere, med hvilken sandsynlighed diagnosticering af tumoren i juli 2009 ville have ført til, at fjernelse af blæren kunne være undgået, er det rimeligt, at tvivlen om den faktiske årsagssammenhæng kommer A til gode.

Herefter er det overvejende sandsynligt, at diagnosticering af tumoren i juli 2009 ville have ført til, at fjernelse af blæren kunne være undgået.

Herefter er betingelserne i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet § 20, stk. 1, nr. 1, for at yde erstatning for fjernelse af blæren opfyldt, og retten tager derfor A's påstand til følge.

Det fremgår af sagen, at A ved sagens anlæg betalte 2.000 kr. i retsafgift, idet sagen angår prøvelse af myndighedsudøvelse, jf. herved retsafgiftslovens § 1, stk. 4, 2. pkt., og at han angav en sagsværdi på

500.000 kr.

A har under sagen angivet, at sagens værdi væsentligt overstiger det beløb, der blev angivet ved sagens anlæg.

Under henvisning hertil er der grundlag for at fravige udgangspunktet om, at sagens omkostninger fastsættes med udgangspunkt i den skønnede værdi ved sagens anlæg.

Herefter og efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal Ankenævnet betale sagsomkostninger til A med 4.000 kr. til dækning af retsafgift og 75.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand.

Sidstnævnte beløb er inklusiv moms, da A ikke er momsregistreret. Retten har fastsat beløbet ved et skøn. Retten har ved skønet lagt vægt på, at det var nødvendigt for A, at anlægge sagen, også for så vidt angår erstatning efter amputation af benet, at Ankenævnet genoptog sagen under henvisning til Retslægerådets erklæring i denne sag, at tvisten efter Ankenævnets afgørelse i den genoptagede sag alene har omfattet spørgsmålet om erstatning efter fjernelse af blæren, at sagens samlede økonomiske værdi omfatter en række erstatningsposter, jf. herved den foreløbige erstatningsopgørelse, at sagen to gange har været forelagt for Retslægerådet, og at hovedforhandlingen har omfattet spørgsmålet om erstatning for fjernelse af blæren, der er angivet til en værdi på ca. 175.000 kr.

Thi kendes for ret:

Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) skal anerkende, at A er yderligere berettiget til erstatning for følgerne efter den anerkendte patientskade i forbindelse med behandling på B Sygehus i perioden fra juli 2009 og frem for fjernelse af blæren.

Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) skal til A betale 79.000 kr. i sagsomkostninger.

Det idømte beløb skal betales inden 14 dage.

Aage Flebo
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Esbjerg, den 3. juli 2015.

Louise Mogensen, kontorfuldmægtig