



Udskrift af dombogen

OM

Afsagt den 23. marts 2016 i sag nr. BS 12-381/2014:

A

mod
Ankenævnet for Patienterstatning
(tidl. Patientskadeankenævnet)
Finsensgade 15
2000 Frederiksberg

Sagens baggrund og parternes påstande

Under denne sag, der er anlagt den 5. marts 2014, har sagsøgeren, A nedlagt påstand om, at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen skal tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren er berettiget til fuld forsørgertabserstatning og et fuldt overgangsbeløb som følge af den anerkendte patientskade.

Subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om, at Ankenævnet for Patienterstatningen skal tilpligtes at anerkende, at sagsøgeren er berettiget til en efter rettens skøn reduceret forsørgertabserstatning og overgangsbeløb som følge af den anerkendte patientskade.

Mere subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om, at sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatningen, skal tilpligtes at anerkende, at sagsøger er berettiget til et overgangsbeløb, subsidiært et reduceret overgangsbeløb, samt erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og/eller erhvervsevnetabserstatning som følge af den anerkendte patientskade.

Mest subsidiært har sagsøgeren nedlagt påstand om hjemvisning til fornyet behandling i Ankenævnet for Patienterstatningen.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Sagen er anlagt til prøvelse af Ankenævnet for Patienterstatnings (tidligere Patientskadeankenævnet) afgørelse af 25. oktober 2013, og vedrører spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgeren er berettiget til yderligere erstatning i anledning af, at sagsøgerens ægtefælle i 2009 i forbindelse med behandling på B blev påført en patientskade i form af forsinket diagnosticering.

Oplysningerne i sagen

Sagsøgerens ægtefælle, C døde af kræft den 3. februar 2010.

Den 1. februar 2012 indgav sagsøgeren en klage til Patientombuddet over behandlingen af C på B i Perioden 2005-2010. Sideløbende hermed blev sagen indbragt for Patientforsikringen.

Til brug for Patientforsikringens behandling af sagen udarbejdede lægelig konsulent med speciale i kirurgi og kirurgisk gastroenterologi, F den 14. november 2012 følgende udtalelse:

"Det er en sag, der primært er behandlet af D hvor en patient med seminom i behandlingsforløbet udvikler en cardiacanser.

Der søges om erstatning for, at man valgte at behandle med kemoterapi i stedet for at operere.

Af e-mail korrespondance fra patienten til onkologisk afdeling fremgår det, at pt. specifikt klagede over synkebesvær i marts 2009.

Der blev ikke foranlediget nærmere gastroenterologisk undersøgelse men alene kardiologisk videreudredning, og pt. blev af egen læge i juni henvist til en gastroskopi, som i slutningen af juli blev foretaget og viste, at pt. havde en cardiacanser. Det viser sig, at det drejer sig om en stadium IV tumor med spredning til lymfeknuder og lever.

Jeg mener således, at man må sige, at der har været en diagnoseforsinkelse på 4-5 mdr. og at pt. ved rettidig diagnosticering ville have haft en stadium III tumor.

Behandlingen ville med overvejende sandsynlighed have været den samme og med præoperativ kemoterapi og forsøg på efterfølgende kirurgisk behandling. Prognosen er under alle omstændigheder ringe men jeg synes, at man skal tilkende boet erstatning for en prognoseforringelse pga. de 5 mdr.s forsinkelse og prognoseforringelsen retfærdiggør med denne alvorlige cancersygdom en merméns godtgørelse på 10 %. Der er ikke grundlag for at give symptomer for svie og smerte, da pt. var svært syg forvejen, og det skal understreges, at det var korrekt, at man startede kemoterapi i stedet for operation."

Af et sagsnotat udarbejdet af specialkonsulent M fremgår, at det på en lægemøde med overlæge F samme dag blev vurderet, at C's 5 årige overlevelsesprognose ved rettidig diagnose ville have været 10-15 % og ved faktisk diagnose var 0 %.

Patientforsikringen traf afgørelse i sagen den 27. november 2012. Ved afgørelsen anerkendte Patientforsikringen C's skade i form af den psykiske belastning som omfattet af loven, og man opgjorde godtgørelsen til 22.661 kr., som skulle udbetales til boet efter C. Afgørelsen indeholder følgende sagsfremstilling og begrundelse:

"Sagsfremstilling

Du har søgt erstatning på baggrund af behandlingsforløbet af C

1, fordi du mener, at man for sent diagnosticerede, at han havde testikelkræft. Derudover har du søgt erstatning for, at man gav C ke-moterapi frem for at operere. C i døde den 3. februar 2010.

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

C havde i flere år været under behandling på B idet han tidligere havde fået diagnosticeret testikelkræft, og han havde derfor fået fjernet den venstre testikel den 20. september 2005. Efter operationen med fjernelse af testiklen fandt man en forstørret lymfeknude, og C modtog derfor strålebehandling i 2005 og 2006.

Primo 2006 konstaterede C en knude i venstre del af pungen. Man fik knuden bekræftet ved en skanning, og man gennemførte derfor operation med fjernelse af knuden. Efter operationen var C alment dårlig og træt. Man gennemførte derfor en helkropsskanning, og man skannede også hjernen, da C var generet af hovedpine. Generne bedrede sig dog.

C var herefter løbende til kontrol. Han havde en del gener fra højre testikel, og man skannede derfor C løbende. C havde også gener fra de øvre luftveje, og man røntgenundersøgte derfor C's brystregion. Medio 2008 tilkom der en hævelse af halsen, og man gennemførte derfor en finålsbiopsi fra hævelsen. Biopsien viste recidiv af kræften, og C blev derfor primo august 2008 indlagt og fik kemoterapi.

Den følgende periode modtog C kemoterapi. Der var problemer med infektion ved kemokateteret, og C fik derfor feber flere gange med indlæggelser til følge. Man behandlede infektionerne med antibiotika. Ved 2. kemoterapikur fik C en mindre blodprop i hjernen, men man vurderede alligevel, at kemoterapien kunne fortsætte med fuld dosis.

C var til kontrol den 2. februar 2009. Han havde gener fra væskeophobning i kroppen, og hans vægt svingede meget - fra 91-103 kg. Man vurderede, at væskeophobningen var uafhængig af behandlingen for kræften, og man henviste derfor C til egen læge vedrørende væskeophobningen.

Der foreligger en mail fra C til B af 27. marts 2009, hvor C klagede over nytilkomne gener fra synkebesvær. Der blev ikke foretaget yderligere i forhold til synkebesværet, før C's egen læge i juni 2009 henviste C til en kikkertundersøgelse af maven. Denne kikkertundersøgelse viste, at C også havde kræft i den øverste del af bugen.

Man vurderede, at denne kræft også skulle behandles med kemoterapi. Man ville først give tumoren kemoterapi, og derefter ville man operativt fjerne tumoren.

Ultimo november 2009 opstartede behandlingen med kemoterapi. Man havde umiddelbart inden skannet C, hvor man kunne konstatere, at der var spredning af kræften til leveren, ligesom der var en ansamling i bugen.

I december 2009 fik C problemer med forstoppelse, og han var derfor indlagt til behandling af det. C blev udskrevet til pleje i hjemmet den 30. december 2009, hvor man vurderede, at man ikke havde yderligere behandlingstilbud til C.

C var i januar 2010 i Tyskland for at modtage behandling der.

Ultimo januar 2010 blev C indlagt på hospice og modtog behandling der. C døde den 3. februar 2010.

Begrundelse

Efter KEL § 21, stk. 1, erstattes skade som følge af, at der ikke er blevet stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom, kun i de tilfælde, der er nævnt i lovens § 20, stk. 1, nr. 1 og 2. Efter praksis gælder denne regel også, hvis diagnosen er blevet stillet for sent.

Efter KEL § 20, stk. 1, nr. 1, ydes der erstatning, hvis undersøgelse eller behandling har afvejet fra, hvad en erfaren specialist ville have gjort i den givne situation. Det er en betingelse, at patienten er påført en skade, der med overvejende sandsynlighed ville være undgået ved en bedre behandling.

Denne regel betyder, at patienten er berettiget til erstatning i de tilfælde, hvor en erfaren specialist ville have handlet anderledes, og skaden på den måde med overvejende sandsynlighed ville være undgået.

Vi har vurderet, at behandlingen på B i forbindelse med, at C klagede over synkebesvær ikke var i overensstemmelse med den behandling, som en erfaren specialist ville have foretaget.

Vi har ved afgørelsen lagt vægt på, at den erfarne specialist efter modtagelsen af C's mail af 27. marts 2009 ville have foranlediget en nærmere undersøgelse af årsagen til det nytilkomne synkebesvær. Den relevante behandling havde været en kikkertundersøgelse - helt som den C's egen læge henviste ham til i juni 2009, og som blev foretaget i slutningen af juli 2009.

Hvis C var blevet henvist til en kikkertundersøgelse umiddelbart efter modtagelsen af hans mail 27. marts 2009, så havde man altså diagnosticeret, at han også havde kræft i den øverste del af bugen cirka 4 måneder tidligere.

Det er vores vurdering, at disse 4 måneder ikke med overvejende sandsynlighed har haft betydning for, at C døde den 3. februar 2010. C havde således i marts 2009 en endda meget stor risiko for at dø in-

denfor en kortere årrække, og denne risiko er blevet forøget på grund af de 4 måneders forsinkelse i diagnosticeringen af kræften i bugen. Risikoen er i midlertid ikke forøget så meget, at det er overvejende sandsynligt, at det er forsinkelsen, der er årsag til C dødsfald.

På den baggrund består skaden som følge af den forsinkede diagnosticering i kræften i bugen i, at C i en periode levede med den psykiske belastning ved, at hans prognose var forringet. Det er denne psykiske belastning, som boet efter C er berettiget til erstatning for.

Der er også klaget over øvrige forhold forbundet med C's ; behandling på B. Vi skal i den forbindelse bemærke, at det er vores vurdering, at det er helt i overensstemmelse med de gængse anbefalinger i forhold til behandling af kræft i bugen, at man først behandlede med kemoterapi, hvorefter man vurderede, om det var muligt at foretage en operation med fjernelse af kræftvævet. Det er altså den bedst mulige behandling i situationen.

Samlet er det vores vurdering, at C med overvejende sandsynlighed døde af sin kræftsygdom som sådan. I behandlingsforløbet på B blev diagnosticeringen af kræften i bugen forsinket i cirka 4 måneder. Følgerne af denne forsinkelse udgør patientskaden, og det er disse følger, som boet er berettiget til erstatning for."

Sagsøgeren ankede sagen til Ankenævnet for Patienterstatning (tidligere Patientskadeankenævnet), der den 25. oktober 2013 traf afgørelse i sagen, hvorved ankenævnet tiltrådte Patientforsikringens afgørelse. Af afgørelsen fremgår endvidere blandt andet følgende:

"...

Sagsfremstilling

Der henvises til sagsfremstillingen i Patientforsikringens afgørelse af 27. november 2012.

Patientankenævnet skal til sagsfremstillingen korrigerende bemærke, at man efter at have diagnosticeret spiserørs- og mavesækskræften (cardiacancer) vurderede, at kræftsygdommen først skulle behandles med kemoterapi, og at man herefter ville udføre operativ fjernelse af kræftsygdommen. Behandlingen med kemoterapien blev indledt den 20. august 2009, og der blev foretaget tre serier behandlinger. Herefter blev der foretaget kikkertundersøgelse (laparoskopi), hvor der konstateredes udbredt karcinose (kræftsygdom på bughinden) og levermetastaser. Man kunne derfor ikke gennemføre operativ fjernelse af kræftsygdommen, og i stedet påbegyndtes behandling med kemoterapi den 24. november 2009.

I december 2009 fik C problemer med forstoppelse, og han blev derfor indlagt den 21. december 2009. Han blev udskrevet til pleje i hjemmet den 30. december 2009, hvor man vurderede, at man ikke havde yderligere behandlingstilbud.

C var i januar 2010 i Tyskland for at modtage behandling.

Ultimo 2010 blev C indlagt på hospice. Han afgang ved døden den 3. februar 2010.

Begrundelse og resultat

Ved forsinket diagnosticering af kræft er det en betingelse for at tilkende erstatning, at udredningen og behandlingen ikke har været i overensstemmelse med den standard, der kan forventes af en erfaren specialist på det pågældende område, jf. klage- og erstatningslovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1. Det er endvidere en betingelse, at patienten som følge heraf er blevet påført en skade, jf. lovens § 19, stk. 1.

Nævnet kan tiltræde, at behandlingen på B ikke var i overensstemmelse med den erfarne specialists standard i forbindelse med C's klager over hans synkebesvær. Nævnet finder således, at man burde have reageret på hans e-mail af 27. marts 2009, hvor han beskrev synkebesværet. Det er nævnets vurdering, at e-mailen burde have udløst en kikkertundersøgelse (gastroskopi), som den C lik foretaget den 27. juli 2009 efter henvisning fra egen læge. Nævnet finder således, at diagnosticeringen og behandlingen af spiserørs- og mavesækskræften blev forsinket i ca. fire måneder.

Nævnet finder, at den efterfølgende behandling - herunder at man forsøgte at behandle med kemoterapi forud for et eventuelt kirurgisk indgreb - var i overensstemmelse med den erfarne specialists standard.

Det er nævnets vurdering, at diagnoseforsinkelsen på fire måneder medførte en forringet overlevelsesprognose. Nævnet finder dog, at forsinkelsen af diagnosen ikke var årsagen til, at C afgang ved døden den 3. februar 2010. Nævnet har herved lagt vægt på, at sygdommen med overvejende sandsynlighed allerede havde spredt sig i månederne inden, C henvendte sig til B med synkebesværet. Nævnet finder således, at C med overvejende sandsynlighed ville være afgået ved døden som følge af kræftlidelsen (grundsygdommen).

På denne baggrund finder nævnet, at boet efter C ikke er berettiget til erstatning for dødsfaldet, men alene godtgørelse for varigt mén på 10 procent for den psykiske belastning C havde ved at leve med bevidstheden om prognoseforringelsen.

Med disse bemærkninger kan nævnet tiltræde Patientforsikringens afgørelse af 27. november 2012."

Den 6. november 2013 traf Patientombuddet afgørelse i klagesagen. Af afgørelsen fremgår blandt andet, at Patientombuddet fandt anledning til at kritisere B for den behandling, C modtog i perioden fra den 27. marts til den 27. juli 2009. Kritikken er blandt andet be-

grundet i, at B efter Patientombuddets vurdering ikke handlede relevant ved diagnosticering af C kræft i overgangen imellem spiserør og mavesæk, idet man ikke reagerede på symptomerne i marts 2009 og ikke uden ophør indkaldte C til kikkertundersøgelse efter at henvisningen fra egen læge var modtaget, og at den behandling C fik på den baggrund, var under normen for almindelig anerkendt faglig standard.

Sagsøgeren indbragte den 5. marts 2014 ankenævnets afgørelse af 27. november 2013 for retten.

Under forberedelsen har sagen været forelagt Retslægerådet, der har afgivet erklæring af 19. november 2014. Af erklæringen fremgår:

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

Spørgsmål 1:

Retslægerådet bedes beskrive, hvorledes C's prognose havde været, såfremt han havde modtaget behandling med rettidig diagnosticering efter henvisning fra egen læge i marts 2009?

En korrekt diagnose på et tidligere tidspunkt ville med størst sandsynlighed (> 50%) have medført en længere overlevelse, men det er mest sandsynligt (> 50%), at patienten ville være død af sin sygdom. Det indgår her i overvejelserne, at sygdommen har en dårlig prognose med en 5-års overlevelse på cirka 10 procent.

Spørgsmål 2:

Retslægerådet bedes oplyse, hvorvidt diagnosticeringsforsinkelsen på 4 måneder havde betydning for behandlingsmulighederne af C?

Retslægerådet vurderer, at den forsinkede diagnose ikke havde betydning for behandlingsmulighederne.

Spørgsmål 3:

I forlængelse af besvarelsen af spørgsmål 2 anmodes Retslægerådet om at oplyse hvorvidt, der havde været flere/andre behandlingsmuligheder (herunder operativt) hvis man havde diagnosticeret kræften i marts 2009?

Behandlingen af spiserørskræft afhænger af, om sygdommen på diagnosetidspunktet findes egnet til operation. Behandlingen vil ofte være en kombination af kemoterapi efterfulgt af operation. Spørgsmålet kan ikke besvares med sikkerhed, men det forekommer ikke sandsynligt, at der ville have været flere/andre behandlingsmuligheder, hvis diagnosen var stillet i marts 2009.

Spørgsmål 4:

I Patientforsikringens lægeudtalelse fra F (bilag A), konkluderer det, at C's tumor som følge af diagnose forsinkelsen er

ændret fra en stadie III til en stadie IV tumor.

Er Retslægerådet enig heri?

Det må antages, at svulsten vokser over tid, men det er umuligt at afgøre, om forsinkelsen ændrer sygdommen fra stadium III til IV.

[Der er intet spørgsmål 5]

Spørgsmål 6:

I forlængelse af spørgsmål 4, anmodes Retslægerådet om at beskrive forskellen på den i sagen omhandlede kræftsygdom ved henholdsvis stadie II, III og IV, herunder hvori forskellene mellem kræftstadierne består både overlevelsese- og behandlingsmæssigt?

Det er afgørende, om sygdommen er egnet til operation, der i langt de fleste tilfælde kombineres med en forudgående behandling med kemoterapi. Hvis operation ikke er mulig, vil man i en del tilfælde behandle med en kombination af kemoterapi og strålebehandling.

Behandlingen er mere afhængig af muligheden for operation end sygdomsstadiet. Dog vil stadium IV kun undtagelsesvis kunne tilbydes behandling med kurativt sigte.

Overlevelse er først og fremmest afhængig af muligheden for operation og i mindre grad af sygdomsstadiet. Dog vil patienter med stadium IV kun undtagelsesvis være i live efter 1 år.

Spørgsmål 7:

Såfremt Retslægerådet finder, at C¹⁵ prognose blev forværret på grund af den manglende henvisning til kikkertundersøgelse, bedes Retslægerådet angive sandsynligheden (med angivelse i %) for at C med en optimal behandling kunne have levet:

1. mellem 1 og 3 måneder længere
2. mellem 3 og 6 måneder længere
3. mellem 6 måneder og 1 år længere
4. mellem 1 år og 3 år længere
5. 3 år til 5 år længere
6. mere end 5 år længere eller overlevet kræften

Som anført under besvarelsen af spørgsmål 1, vurderer Retslægerådet, at korttidsprognosen sandsynligvis blev forringet på grund af den forsinkede diagnostik, men at prognosen på længere sigt stadig var dårlig, og at det er mest sandsynligt (> 50%), at patienten ville være død af sin sygdom. Der kan ikke angives nogen procentsats på den foreslåede skala.

Spørgsmål 8:

Giver sagen i øvrigt Retslægerådet anledning til yderligere bemærkninger?

Nej.

Spørgsmål A:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, om helbredelse ved en kirurgisk intervention med overvejende sandsynlighed (dvs. mindst 50 %) ville have været mulig, hvis C's diagnose var stillet rettidigt?

Spørgsmålet er hypotetisk og kan ikke besvares.

Spørgsmål B:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, hvad den 5-årige overlevelsesprognose for C's kræftlidelse er. Såfremt der forefindes opgørelser, der baserer sig på anden tidshorisont end 5 år bedes Retslægerådet redegøre herfor og oplyse, hvad overlevelsesprognosen er ifølge denne/disse opgørelse(r).

Såfremt opgørelserne sonderer mellem diagnosticeringstidspunkter, anmodes Retslægerådet om at redegøre herfor, og oplyse hvad prognosen i den for C's relevante kategori ville have været, såfremt han var blevet diagnosticeret rettidigt.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål C:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, om C med overvejende sandsynlighed ville være død på et senere tidspunkt end tilfældet faktisk blev, hvis diagnosen var stillet rettidigt.

Der henvises til besvarelsen af spørgsmål 1.

Spørgsmål D:

Retslægerådet anmodes om at oplyse, om diagnoseforsinkelsen med overvejende sandsynlighed er årsag til at C afgår ved døden den 3. februar 2010.

Sagsøger afgik ved døden forårsaget af grundsygdommen. Hvorvidt diagnoseforsinkelse spillede en rolle i denne sammenhæng er hypotetisk.

Spørgsmål E:

Giver sagen iøvrigt Retslægerådet anledning til bemærkninger?

Nej.

Ankenævnet for Patientforsikring har efterfølgende den 6. marts 2015 afvist at genoptage sagen, idet ankenævnet ikke fandt, at der med udtalelsen fra Retslægerådet er fremkommet nye oplysninger i sagen, som kan føre til en ændret vurdering af sagen.

A har forklaret, at hendes mand, C, i 2005 blev diagnosticeret med og kom i behandling for testikelkræft. De var ikke

nervøse, da det var en mild form for kræft med en overlevelsesprognose på 95 %. Han var rask, men ikke raskmeldt, da han begyndte at opleve synkebesvær og væskeophobninger i kroppen. Han henvendte sig straks til sygehuset, da synkeproblemerne opstod i marts 2009. Lægerne sagde, at det umuligt kunne være symptomer på kræft, da han netop havde gennemgået en kraftig kemokur, og han blev af egen læge behandlet for spiserørskramper. Den nye kræftdiagnose i sommeren 2009 kom derfor fuldstændig bag på dem. Deres yngste søn, S, blev født dagen efter, at kræftdiagnosen blev stillet. Hendes mands behandling blev iværksat meget hurtigt efter diagnosen. Lægerne satsede på at kunne operere, og der blev iværksat præoperativ kemobehandling. Dette fremgår af journalerne. Operation var planlagt til at skulle finde sted i oktober 2009, og operationen blev da også indledt, men lægerne konstaterede, at det ikke var muligt at gennemføre operationen, da kræften havde bredt sig til bugen. Herefter kunne man på

alene tilbyde livsforlængende kemoterapi. De søgte selv hjælp hos en læge i Tyskland, men da knuden voksede trods kemoterapien, var der ikke noget at gøre. Hendes mand kom på hospice 10 dage før sin død. Han var meget syg de sidste 10 måneder af sit liv. Han kunne ingenting, men forsøgte til det sidste at passe sin virksomhed fra sygesengen. Han nåede ikke at afvikle virksomheden, men de nåede at få skrevet huset over i hendes navn få dage før hans død. Parrets ældste søn, L, var meget traumatiseret efter sin fars død, og han blev i den forbindelse indlagt på børnepsykiatrisk afdeling. Den yngste søn, S, har ingen erindring om sin far. Behandlingen af boet kom til at vare ca. 3 år, da virksomheden skulle afvikles som led i bobehandlingen.

Hendes mand ønskede realistiske prognoser for behandlingen, da han ønskede at få det bedste ud af sin sidste tid. De blev ikke oplyst om overlevelsesprognosen. Dette var baggrunden for, at hun indledte klagesagen. Hun undrer sig over den overlevelsesprognose, der opereres med i sagen, da nyere undersøgelser viser en overlevelsesprocent på 56 efter kurativ behandling.

Parternes synspunkter

Sagsøgeren har under hovedforhandlingen procederet i det væsentlige i overensstemmelse med sit påstandsdokument, der lyder som følger:

"Til støtte for den nedlagte påstand gøres gældende,

at C ikke modtog den optimale behandling på B i marts 2009 og frem til juli 2009

at der er enighed mellem parterne herom, og dette skal lægges til grund ved rettens vurdering af skadesfølgerne af den anerkendte patientskade.

Bevislempelse:

Ifølge lovforarbejderne og praksis både før og efter Patientforsikringslovens tilblivelse er det fast praksis at lempe bevisbyrden, når der er tale om patient-skade forårsaget ved en klar fejl.

En sådan klar fejl er der tale om i nærværende sag, idet jeg i det hele skal henvise til sagens bilag 6, hvor B kritiseres af Patientombuddet (i disciplinærsagen), hvor man sammenfattende finder, at behandlingen, som C modtog på B i perioden 2. februar 2009 til 3. februar 2010 var under normen for almindelig anerkendt faglig standard.

Denne afgørelse medfører, at bevisbyrden er lempet i forhold til "almindelige" patientforsikringssager, hvor udgangspunktet er "overvejende sandsynlighed".

Vedrørende lempelsesreglerne henviser jeg i øvrigt til U.2002.1690/2H, hvor der samtidig refereres en række tidligere Højesteretsafgørelser fra før Patientforsikringsloven; U.1965.680, U.1967.828, U.1968.452 med flere.

Jeg vil samtidig fremhæve U.2011.1607/2 H og U. 2009.1835 H, som ligeledes vedrørte lempelse af bevisbyrder reglerne efter Patientforsikringslovens indførsel.

Det er i lyset af denne lempede bevisbyrde, at følgerne af den anerkendte patientskade skal vurderes, hvor det overordnet gøres gældende, at den forsinkede diagnose fra den 27. marts til den 27. juli medførte en afgørende forskel for C's forventede behandlingsresultat, hvorfor den anerkendte patientskade skal anerkendes at have medført C dødsfald.

Fuld forsørgertabserstatning (Erstatningsansvarslovens § 12 – 14)

Det gøres principalt gældende,

at det, efter Retslægerådets udtalelse af 19. november 2014, kan lægges til grund, at C's dødsfald blev fremrykket på grund af den anerkendte patientskade. Dødsfaldet den 3. februar 2010 må derfor tilskrives den forsinkede diagnose af kræften.

Vi ved ikke, hvor længe C ville have levet med et sædvanligt/optimalt behandlingsforløb, men er sikre på, at patientskaden fremrykkede dødsfaldstidspunktet. Dette har en afgørende betydning ved vurderingen af erstatningskonsekvenserne af den anerkendte patientskade.

Bevisusikkerheden om det hypotetiske dødsfaldstidspunkt, ved et velbehandlet forløb, må tilfalde patientskademyndighederne og skal be-

dømmes i lyset af, at diagnoseforsinkelsen skyldtes en klar fejl fra sygehusets side, med heraf lempet beviskrav til årsagssammenhæng.

Det gøres i forlængelse af dette gældende,

at Patientforsikringens lægekonsulent, , i dennes vurdering af 14. november 2011 anførte, at ... ”der har været en diagnoseforsinkelse på 4-5 mdr. og at pt. ved rettidig diagnosticering ville have haft en stadium III tumor”. Altså et lavere tumorstadium med en bedre overlevelsessandsynlighed.

Retslægerådet anfører i svar på spørgsmål 6, at overlevelsen først og fremmest er afhængig af muligheden for operation, herunder at patienter med stadium IV kun undtagelsesvist ville være i live efter 1 år.

I den forbindelse gøres det gældende, at netop bevisusikkerheden om behandlingsmulighederne ved et korrekt behandlingsforløb skal komme efterladte til gode, herunder at blev frataget muligheden for en tidligere diagnosticering evt. med mulig operation, som kunne have helbredt ham.

Det gøres derfor samlet gældende, at dødsfald skal anerkendes som følge af den anerkendte patientskade, hvorfor Ankenævnet for patienterstatningen skal anerkende at betale forsørger-tabserstatning.

Sygdomsudvikling af grundlidelsen.

Det gøres gældende, at der ingen hjemmel er i KEL (Lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet) til at afvise erstatning, når patientskaden består i en *fremrykket udvikling af grundlidelsen*. En sådan skade falder ikke uden for lovens område.

Tværtimod fremgår det direkte af loven, at der ydes erstatning for forsinket diagnose jf. KEL §21, der knytter sig til grundlidelsen.

Der er endvidere ikke beskrevet nogen undtagelser til skadesdækningen i KEL § 19, som skulle understøtte sagsøgtes synspunkt herom.

Der er således ikke hjemmel til, at *dødsfald* som følge af fremrykket udvikling af grundlidelsen ikke kan betragtes som en skade i KEL's forstand. En sådan undtagelse findes ikke i KEL.

Ifølge praksis er der flere eksempler på, at der ydes erstatning i sager med forsinket diagnosticering medførende fremrykket udvikling af grundlidelsen.

Der henvises bl.a. til sagens bilag 9, anonymiseret nylig afgørelse fra Anke-

nævnet for Patienterstatningen, hvor man tilkendte erstatning for fremrykket behov for dialyse. Altså en forværring af grundlidelsen.

Der henvises i øvrigt til U.2012.2922H, som vedrørte en forsinket diagnose af kræft, der medførte døden. Dommen viser, at der skal være hjemmel, såfremt myndigheden afviser eller nedsætter erstatning efter KEL / EAL.

Mellemkommende død

I erstatningsretlig terminologi taler man om mellemkommende død, når en skadelidt, der har krav på erstatning eller

godtgørelse, dør inden erstatningen udbetales.

Patientskadeankenævnet har i dennes årsberetning i 2005 anført, at der ikke sker reduktion, hvis skadelidte lever 3-4 år med skaden og giver eksempler på reduktioner ved overlevelse imellem 1 måned og op til 3-4 års overlevelse.

I nærværende sag døde C for tid på grund af skaden og kunne altså – hvis han havde overlevet kræften med korrekt behandling – have levet længere.

Det gøres gældende, at der erstatningsmæssigt allerede ved overlevelser på mere end 3 år udbetales fuld erstatning, og at der allerede ved overlevelser fra 1 mdr. udbetales reduceret erstatning.

Ved en sædvanlig/optimal behandling ville C have levet efter den 3. februar 2010, og såfremt retten lægger til grund, at han ville have levet mere end 3 år, gøres det gældende, at der ikke skal reduceres forsørgertabserstatning jf. principperne om mellemkommende død.

Delvis forsørgertabserstatning (Erstatningsansvarslovens § 12 – 14)

Til støtte for at yde delvis forsørgertabserstatning gøres det gældende,

at såfremt retten måtte finde det mere sandsynligt, at han ville have levet mindre end 3 år, skal forsørgertab udbetales med reduktionsprincipperne for mellemkommende død.

Det gøres herunder gældende,

at bestemmelserne om forsørgertab først og fremmest tager sigte på den faktiske økonomisk forsørgelse, og at C, efterladte mistede deres forsørger, da han døde den 3. februar 2010.

Det gøres derfor gældende, at der som minimum skal ydes forsørgertabserst-

atning fra dette tidspunkt og frem til et senere "hypotetisk/forventeligt" dødsfaldstidspunkt, svarende til et velbehandlet behandlingsforløb.

Dette understøttes af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 og 7, hvor man bekræfter, at korttidsprognosen blev forværret af den forsinkede diagnose af kræften.

Faktisk forsørgelse

Det fremgår af Erstatningsansvarsloven og dennes forarbejder, at det ved erstatning for forsøger først og fremmest sigtes på efterladte, som har mistet en faktisk forsørgelse. Dette ses bl.a. i betænkning 2000 nr. 1383 side 16 og frem.

I nærværende sag er dette tilfældet, og C efterladte er derfor berettigede til at modtage erstatning for tabet af deres forsørger.

Tabet blev konkretiseret den 3. februar 2010, da C afgik ved døden, og A mistede sin samlever, og deres fælles børn mistede deres far.

Det gøres gældende, at der skal ydes erstatning for de faktiske måneder og år, familien mistede deres forsørger som følge af skaden, og at dette har en naturlig sammenhæng med bestemmelsens sigte om at erstatte den faktiske forsørgelse.

Bestemmelsen tager således også udgangspunkt i afdødes faktiske løn samt spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om samliv med en egentlig forsørgelse.

Det at miste en dag, en måned eller år af ens liv er et erstatningsberettigende tab, som skal dækkes.

Overgangsbeløb §14a

Det gøres gældende, at der skal betales overgangsbeløb, idet patientskaden medførte, at C i afgik ved døden den 3. februar 2010.

Hvorvidt han alligevel ville være afgået ved døden på et hypotetisk senere tidspunkt, kan ikke ændre herved, idet den faktiske død den 3. februar 2010 kan tilskrives den oversete diagnose af kræften. Overgangsbeløbet forfalder ved dødsfaldstidspunktet, hvor det fremrykkede dødsfaldstidspunkt utvivlsomt kan tilskrives patientskaden.

Tabt arbejdsfortjeneste og erhvervsevnetab

Såfremt retten ikke finder, at der kan betales midlertidig forsørgetabserstatning, gøres det gældende

at de efterladtes indtægtstab som følge af C's manglende arbejdsindtægt – i perioden mellem det faktiske og hypotetiske dødsfaldstidspunkt – skal erstattes som tabt arbejdsfortjeneste og/eller erhvervsevnetab.

C var i arbejde stort set indtil sin død og kunne have videreført sin forretning ved en korrekt behandling.

De efterladte har dermed lidt et forsørgelses/indtægtstab, som kræves erstattes.

Det gøres i den forbindelse gældende, at en udbetaling for tabt arbejdsfortjeneste og eller erhvervsevnetab ikke skal modregnes i en eventuel forsørgertabserstatning, og at der er praksis for at udbetale begge dele.

SAGSOMKOSTNINGER:

Sagen vedrører forsørgertabserstatning til afdødes efterladte. Dette tab udgør skønsmæssigt 1.200.000 kr., svarende til 30% af et fuldt erhvervsevnetab. Afdøde var selvstændig, og opgørelsen beror på et forsigtigt skøn"

Sagsøgte har under hovedforhandlingen procederet i det væsentlige i overensstemmelse med sit påstandsdokument, der lyder som følger:

"Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte sagsøgtes afgørelse af 25. oktober 2013 (bilag 5) eller sagsøgtes afgørelse af 6. marts 2015 (bilag C).

Det må ved bevisbedømmelsen tages i betragtning, at Ankenævnet for Patienterstatningen (tidligere Patientskadeankenævnet) på grund af sin sammensætning, der bl.a. omfatter medlemmer med lægevidenskabelig baggrund, brugen af speciallægekonsulenter ved afgørelserne, og gennem behandling af et stort antal sager har en særlig erfaring i at bedømme sager efter klage og erstatningsloven, og at der derfor skal være et sikkert grundlag for at tilsidesætte afgørelsen.

Det er sagsøgeren, der bærer bevisbyrden for, at der er grundlag for at tilsidesætte nævnets afgørelse, og det gøres overordnet gældende, at sagsøgeren ikke har løftet denne bevisbyrde.

Patientforsikringen anerkendte ved afgørelse af 27. november 2012 (bilag 3), at C var påført en patientskade i form af forsinket diagnosticering af kræft. Anerkendelsen blev efterfølgende tiltrådt af sagsøgte ved afgørelse af 25. oktober 2013 (bilag 5). Begge instanser tilkendte C en godtgørelse for varigt mén på 10 % for den psykiske belastning ved den for-

ringede overlevelsesprognose.

Twisten i nærværende sag angår retten til yderligere erstatning.

På baggrund af Retslægerådets erklæring af 19. november 2014 kan følgende lægges til grund angående sagens lægelige forhold:

C ville have levet længere, hvis diagnosen havde været stillet rettidigt, men ville, uanset om diagnosen var stillet rettidigt, være død af sin grundlidelse, da den 5 årige overlevelsesprognose kun er 10 % (spørgsmål 1).

Det er ikke muligt at fastslå, hvor meget længere C ville have levet (spørgsmål 7).

Behandlingsmulighederne – muligheden for operation – er afgørende for overlevelsen (spørgsmål 6). Diagnoseforsinkelsen havde ikke et omfang, der påvirkede C behandlingsmuligheder (spørgsmål 3).

Det er ikke muligt at afgøre, om diagnoseforsinkelsen forårsagede, at lidelsen gik fra stadie III til IV. (spørgsmål 4). Patienter med stadie IV vil kun undtagelsesvis være i live efter 1 år. (spørgsmål 6).

C døde som følge af grundlidelsen (spørgsmål D).

På denne baggrund gøres det gældende, at sagsøgeren ikke er berettiget til hverken fuld eller reduceret forsørgertabserstatning eller overgangsbetøb.

Der er ikke i erstatningsansvarsloven eller praksis i tilknytning hertil hjemmel til at yde erstatning i en situation som den foreliggende, hvor skadelidte dør som følge af grundlidelsen, men på et tidligere tidspunkt, end han ellers ville være død.

Selv hvis retten måtte nå frem til, at der er mulighed for at yde erstatning i et sådant tilfælde, er der ikke grundlag for at udmåle erstatning i det konkrete tilfælde.

Retslægerådet kan således ikke fastslå, hvor meget længere C ville have levet. Retslægerådet vil end ikke skønne, at han ville have levet f.eks. 1 til 3 måneder længere, jf. svaret på spørgsmål 7.

Det gøres gældende, at sagsøgeren ikke har dokumenteret, at der er grundlag for bevislempelse. Af forarbejderne til patientforsikringsloven fremgår, at bevislempelse vil kunne være rimeligt, hvis der klart er begået fejl ved behandlingen af patienten, som kan have forårsaget den konkrete skade. Senere retspraksis er i overensstemmelse hermed, jfr. f.eks. U2009.1835H og U2009.2376H.

Sagsøgeren har ikke i nærværende sag dokumenteret, at der er begået ansvarspådragende fejl.

Patientombuddets afgørelse af 6. november 2013 (bilag 6), hvorefter den behandling, C modtog, var under normen for almindelig anerkendt faglig standard er ikke i sig selv bevis herfor. Patientombuddets afgørelse er resultatet af en vurdering efter reglerne i sundhedsloven og har derfor ikke automatisk betydning for nuværende sag.

Retslægerådet har ikke udtalt sig om karakteren af den begåede fejl.

Hertil kommer, at uanset, om der måtte være grundlag for bevislempelse, vil dette ikke føre til en ændret vurdering, da der ikke er tvivl om, at C dør som følge af sin grundlidelse."

Rettens begrundelse og afgørelse

Efter klage- og erstatningsansvarslovens § 21, stk. 1, jf. § 20, stk. 1, nr. 1, erstattes skade som følge af, at der ikke blev stillet en rigtig diagnose af en patients sygdom kun, hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt angivne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende, og at skaden derved kunne være undgået. Retten kan tiltræde Patientforsikringen, sagsøgte og Patientsombuddets ubestridte vurdering af, at behandlingen på B ikke var i overensstemmelse med den erfarne specialists standard.

Af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 1 fremgår, at en korrekt diagnose på et tidligere tidspunkt med størst sandsynlighed (> 50%) ville have medført en længere overlevelse, men at det er mest sandsynligt (> 50%), at C ville være død af sin sygdom, og af besvarelsen af spørgsmål 7 fremgår, at Retslægerådet ikke har kunnet skønne, hvor længe C kunne have levet med en optimal diagnosticering. Videre fremgår det af Retslægerådets besvarelse af spørgsmål 3, at behandlingen af spiserørs- og mavesækskræft afhænger af, om sygdommen på diagnosetidspunktet findes egnet til operation, at behandlingen ofte vil være en kombination af kemoterapi efterfulgt af operation, og at det ikke forekommer sandsynligt, at der ville have været andre eller flere behandlingsmuligheder, hvis diagnosen var stillet i marts 2009. Endelig fremgår det af besvarelsen af spørgsmål D, at C afgik ved døden forårsaget af grundsygdommen.

På baggrund af Retslægerådets besvarelse finder retten det godtgjort, at C med overvejende sandsynlighed ville være afgået ved døden som følge af grundsygdommen - cardiacancer -, også selvom spiserørs- og mavesækskræften var blevet diagnosticeret rettidigt. Da den forsinkede diagnosticering således ikke har været årsag til dødsfaldet, er sagsøgeren ikke berettiget til erstatning for dødsfaldet, frifindes sagsøgte derfor.

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.

Sagsøgeren skal betale sagens omkostninger med 80.000 kr. Sagsomkostningerne er fastsat under hensyntagen til sagens karakter og omfang, herunder at sagen har været forelagt Retslægerådet, og dækker rimelige udgifter til advokatbistand inkl. moms.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Ankenævnet for Patienterstatning, frifindes.

Inden 14 dage betaler sagsøgeren, A 80.000 kr. i sagsomkostninger til sagsøgte, Ankenævnet for Patientforsikring.

Kirsten Mathisen Alex Nymark Lotte Virkelyst Johansen

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Odense, den 23. marts 2016.

Randi Jensen, kontorfuldmægtig