

26/95

MODTAGET

2. FEB. 1999

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

DOM

Afsagt den 1. februar 1999 af Østre Landsrets 4. afdeling
(landsdommerne Nils Erik Jensen, Nicolaisen og
M. Peschcke-Køedt (kst.)).

4. afd. nr. B-1947-96:

I [REDACTED]

(Advokat Søren Kjær Jensen)

mod

Patientskadeankenævnet

(Ka. v/advokat Henrik Nedergaard Thomsen).

Under denne sag har sagsøgeren, I [REDACTED], påstået sagsøgte, Patientskadeankenævnet, tilpligtet at anerkende, at sagsøger har krav på erstatning med ialt 505.528 kr. med tillæg af renter af 300.528 kr. fra den 24. februar 1994 til betaling sker, af 25.000 kr. fra sagens anlæg til betaling sker og af 180.000 kr. fra 15. oktober 1997 til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter rettens skøn med procesrente fra sagens anlæg.

Sagsøgte, Patientskadeankenævnet, har påstået frifindelse.

Sagen angår spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte er forpligtet til at betale erstatning i anledning af en fejloperation af sagsøger.

Sagsøgers krav er opgjort således:

Svie og smerte:

Skønsmæssigt sengeliggende dage kr. 17.640,00

Tabt arbejdsfortjeneste:

Skønsmæssigt kr. 25.000,00

Behandlingsudgifter:

Fysioterapi skønnet forbrug
70 behandlinger årligt x 109,29 = kr. 7.500,00

Kørsel til fysioterapi skønnet
årligt = kr. 1.500,00

Medicinforsbrug årligt
skønnet = kr. 6.000,00

Skønnede anslåede udgifter årligt
= kr. 15.000,00

15.000,00 x 12 = 180.000,00 kr. 180.000,00

Erhvervsevnetab:

Skønnet 100 procents erhvervs-
evnetab x 6 x årsløn kr.
205.000,000 = kr. 1.230.000,00
herfra fragår erhvervseventabs-
erstatning fra arbejdsskadefor-
sikring:
årlig løbende ydelse
12 x 9.096,00 = kr. 109.152,00
x kapitalfaktor 8,677 = kr. 947.112,00
Ialt kr. 282.888,00 kr. 282.888,00
Ialt.....kr. 505.528,00

Sagens nærmere omstændigheder er følgende:

Sagsøgeren fik den 16. april 1993 under arbejde som sygehjælper et slag mod nakken, hvorved hun blev påført nakkesmerter med udstråling til venstre arm og venstre hånds 1.-3. finger. Hun blev langtidssygemeldt, og i efteråret 1993 blev hun afskediget på grund af sygefraværet. Arbejdsskadestyrelsen har anerkendt sagsøgers skade som omfattet af arbejdsskadeforsikringsloven. Forskellige forsøg på konservativ behandling medførte ingen bedring i sagsøgers tilstand, og hun fik herefter foretaget myelografi af halshvirvelsøjlen, som viste en prolaps mellem 5. og 6. halshvirvel. Den 4. november 1993 blev hun på R [REDACTED] opereret herfor, og da hun umiddelbart

efter operationen var velbefindende, og røntgenkontrol af halshvirvelsøjlen viste tilfredsstillende forhold, blev hun udskrevet den 10. november 1993. Effekten af operationen var imidlertid beskeden, og sagsøger fik derfor foretaget en ny myelografi af halshvirvelsøjlen, som viste en venstresidig påvirkning af nerveroden mellem 6. og 7. halshvirvel. Sagsøger blev derfor den 21. februar 1994 genindlagt på R [redacted] med henblik på operation for diskusprolaps på niveau C6/7. Den 24. februar 1994 blev hun opereret, og den 3. marts 1994 blev hun på ny udskrevet. Operationen havde dog ingen effekt, og en efterfølgende røntgenkontrol viste, at operationen var udført på et niveau under det tilsigtede, idet sagsøger var opereret på niveau C7/TH1 i stedet for på niveau C6/7. På grund af fortsatte smerter blev sagsøger den 30. maj 1994 indlagt til ny myelografi af halshvirvelsøjlen, og den 2. juni 1994 blev hun igen udskrevet, men på ny indlagt den 7. juni 1994 og den følgende dag reopereret, denne gang på rette niveau.

I anmeldelse af 18. juli 1994 til patientforsikringsforeningen har overlæge dr. med. M [redacted] blandt andet anført:

"...Hun er sidst set amb. den 13.07.94, hvor der var en betydelig bedring af smerterne i nakken og armen, men dog persisterende moderate gener, som beskrevet i punkt 5. Symptomerne er dog belastningsafhængige, og pt. har på den baggrund indset, at hun formentlig ikke atter kan blive arbejdsfør som sygehjælper."

Af erklæring af 24. november 1994 til Skibby kommune fra overlæge, dr. med. M [redacted], R [redacted] neurokirurgisk afdeling, fremgår bl.a.:

"...Der er fortsat betydelige nakkesmerter, indskrænkning i bevægeligheden af halshvirvelsøjlen og betydelige dysæstetiske radikulære smerteklager svarende til den venstre 7. cervikale rod. De neurokirurgiske behandlingsmuligheder er udtømte. Expl.'s smertesyndrom må nu betragtes som kronisk, og der er derfor foretaget henvisning til viderebehandling på smerteklinik. Der er god overensstemmelse mellem expl.'s klager, hændelsesforløbet og de objektive fund. På baggrund af dette er der reel indskrænkning af expl.'s funktionsniveau, og hendes erhvervsevne er tilsvarende reduceret. Det bedømmes, at hendes arbejdsevne er nedsat med mindst 2/3 i ethvert erhverv..."

Ved Patientforsikringsforeningens afgørelse af 10. oktober

1994 blev sagsøger anset for at være påført en efter lov om patientforsikring § 2, stk. 1, nr. 1, erstatningsberettiget skade, idet Patientforsikringsforeningen fandt, at en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ikke ville have opereret på niveau C7/TH1, når det tilsigtede operationsniveau var C6/C7.

Sagsøger blev den 12. december 1994 indstillet til mellemste førtidspension, idet erhvervsevnen skønnedes nedsat med mindst 2/3.

Den 23. januar 1995 meddelte Patientforsikringsforeningen sagsøger afslag på erstatning efter lov om patientforsikring.

Afslaget blev af sagsøger indbragt for Patientskadeankenævnet, der den 23. januar 1996 tiltrådte patientforsikringsforeningens afgørelse. Nævnet fandt ikke, at erstatning og godtgørelse i sagsøgerens tilfælde oversteg 20.000 kr., hvorfor erstatning efter lov om patientforsikring ikke kunne ydes.

Arbejdsskadestyrelsen traf den 22. august 1995 afgørelse om, at sagsøgers tab af erhvervsevne vurderedes til 65%.

Der er under sagen afgivet forklaring af sagsøger og vidneforklaringer af overlæge M. [REDACTED] og læge P. [REDACTED].

Sagsøger, I. [REDACTED], har blandt andet forklaret, at hun havde været sygehjælper i 13 år inden arbejdsulykken. Hun har på nuværende tidspunkt de samme gener, som hun havde inden den første operation. Hun har faktisk kun mærket en bedring, da hun efter den 3. operation gik med en stiv halskrave. Hun troede i lang tid på, at hun kunne revalideres, men det var først, da hun talte med overlæge M. [REDACTED] den 13. juli 1994, at hun blev klar over, at hun aldrig ville kunne blive sygehjælper igen. Hun har nu konstante smerter, der forværres ved belastninger, blandt andet når hun bruger venstre arm, hvis hun står foroverbøjet, ved håndarbejde og ved madlavning. Hun kan kun skrive på maskine i meget korte perioder. Hendes tilstand forværres på dage med regnvejrs og storm. Hun har in-

vesteret i en særlig stol, således at hun kan ligge ned i stuen og hvile sig. Derudover har hun indkøbt et specielt sæde og en speciel pude til brug ved bilkørsel. Hun kan ikke cykle, fordi hun ikke kan hvile på venstre arm. Det gør også ondt i armen, når hun går. Hun får smerter under togkørsel, hun kan ikke gå til gymnastik, og hun kan heller ikke hænge tøj op. Familien har måttet anskaffe rengøringshjælp. Hun går nu til behandling hos en kinesisk massør, og det har bevirket, at hun nu kan bevæge armen sideværts, men ikke frem og tilbage. Hun får mellemste førtidspension. Det er ikke muligt for hende at søge nyt job, idet hun aldrig ved, om hun vil have en dag med mange smerter eller ej. Hendes medicinforbrug er på ca. 6.000 kr. årligt, idet hun konstant indtager 2 slags muskelafslappende mediciner - noget gigtmicin og et morfinpræparat. Derudover går hun til den kinesiske massør hver 14. dag, hvilket koster 300 kr. pr. gang. Hun bruger således 35.000 kr. pr. år til rengøringshjælp, medicin og behandlinger. Hun begyndte hos den kinesiske massør i december 1996. Herefter kunne hun nedsætte medicinforbruget fra 90 mg til 20 mg pr. dag. Hun stoppede samtidigt med fysioterapeutbehandlinger, fordi hun ikke kunne tåle dem. Hun er medlem af Sygesikringen Danmark og modtager tilskud til medicin, der ikke er fratrukket i opgørelsen over medicinudgifter. Hun er ikke klar over størrelsen af tilskuddet. Hendes fysioterapibehandling ville have været tilskudsberettiget i Sygesikringen Danmark, men det er behandlingerne hos den kinesiske massør ikke. Den gang hun gik til fysioterapeut, kørte hun 20 km ialt pr. gang, medens hun nu kører fra Skibby til København, når hun skal til den kinesiske massør.

Overlæge M har blandt andet forklaret, at en operation som den i nærværende sag foretages forfra på halsen. Operationen hedder en Clowardoperation for diskusprolaps. Det var meningen, at den skulle foretages på C6/7 niveau, men der blev opereret på et forkert sted, nemlig på C7/TH1 niveau. Der er simpelthen blevet talt et forkert antal halshvirvler. Da fejlen blev opdaget, var det ikke muligt at operere igen lige med det samme på grund af infektionsrisikoen, og fordi det så ville være 3. operation. Der var også tale om større risici på grund af arvævet og dermed en øget risiko for læsion af hals-

organer. På grund af de 3 operationer er halshvirvlen blevet mere stiv, hvilket medfører en relativ overbelastning af andre dele af halshvirvelsøjlen. Det var nødvendigt at fikseres med en skinne ved den 3. operation, og det ville formentligt ikke have været nødvendigt ved den 2. operation. Alt andet lige er restitutionsperioden efter den 3. operation længere end restitutionsperioden ville have været efter 2. operation, hvis den var blevet foretaget korrekt. Vidnet har ofte lavet erklæringer til pensionsvurderinger, og hvis hun var blevet spurgt, om sagsøger kunne blive sygehjælper igen, ville hun have svaret nej. Smertebehandling kan medføre en lindring, men er ikke kurativ. Smerterne er kroniske og skal formentlig behandles med medicin i al fremtid. Det er meget sandsynligt, at sagsøger vil få brug for fysioterapibehandlinger. Med hensyn til arten og placeringen af symptomerne var disse ens både før og efter fejloperationen, men intensiteten af dem er ikke ens. Først efter fejloperationen var der tale om kroniske skader på nervetrådene, således at det er sandsynligt, at disse skader er forårsaget af fejloperationen. Hvis en patient udskrives til hjemmet uden hjemmehjælp, må man gå ud fra, at hun kan klare sig selv.

Læge P [REDACTED] har blandt andet forklaret, at han har været personlig læge for sagsøgeren siden 1983. Efter arbejdsulykken fik sagsøgeren først konservativ behandling og senere operation. Han mener, at det er almindeligt, at man efter en sådan operation kan vende tilbage sit arbejde igen. Sagsøgeren var før arbejdsulykken et meget aktivt menneske. Han mener ikke, at hun i dag vil kunne bestride et job. På de bedste dage vil hun kunne præstere få timers arbejde. Hun vil altid fremover have et medicinforbrug. Det er sandsynligt, at dette vil beløbe sig til ca. 6.000 kr. årligt. Der er tale om et kronisk smertesyndrom, og derfor kan medicinforbruget formentlig udelukkende blive større og ikke mindre. Det er ikke ham, der har henvist sagsøgeren til den kinesiske massør, men han har kunnet konstatere, at massøren har hjulpet sagsøgeren.

Sagsøgeren har til støtte for sin påstand anført, at der er en meget høj sandsynlighed for, at fejloperationen var skyld i, at sagsøgeren blev invalid og ikke kunne revalideres. Det

fremgår af patientforsikringslovens § 2, at det skal være "overvejende sandsynligt". Det fremgår af forarbejderne, at meningen med loven var at gøre det lettere for patienten at godtgøre, at lægefejlen har forårsaget den skete skade. Det fremgår videre af forarbejderne, at kravene til beviset for årsagsforbindelse svækkes, når der er tale om en klar lægelig fejl. At der er tale om en sådan klar lægelig fejl, fremgår af M [REDACTED] vidneforklaring og hendes erklæring af 24. november 1994. Det er således godtgjort med den sandsynlighed, der kan præsteres i denne sag, at der er tale om en varig følge på grund af fejloperationen.

Vedrørende den størrelsesmæssige opgørelse af erstatningskravet har sagsøgeren gjort gældende vedrørende svie og smerte, at stationærtidspunktet må fastsættes til den 14. juli 1994, idet det fremgår af overlæge M [REDACTED] erklæring af 18. juli 1994, at sagsøgeren var i bedring helt frem til den 13. juli 1994. Det må antages, at sagsøger har haft sengeliggende dage indtil da, idet hun har måttet ligge utroligt meget. Subsidiært må det lægges til grund, at der har været tale om oppegående dage til den 13. juli 1994, hvilket giver 36 yderligere dage á 70 kr. altså ca. 2.500 kr., der bør tillægges de 8.190 kr., som patientskadeankenævnet i sin afgørelse af 23. januar 1996 har anerkendt, at sagsøger var berettiget til. Subsidiært bør sagsøger derfor have 10.690 kr. i godtgørelse for svie og smerte.

Vedrørende tabt arbejdsfortjeneste har sagsøger gjort gældende, at hun, hvis operationen var gået godt, ville have kunnet begynde at arbejde igen efter ca. 3 måneders restitutionsperiode - det vil sige i slutningen af maj måned 1994. Da sagsøgeren endvidere var stillet genansættelse i udsigt, har sagsøger lidt et tab af arbejdsfortjeneste i perioden som passende skønsmæssigt kan fastsættes til 25.000 kr. Stationærtidspunktet bør heller ikke i denne relation sættes til tidligere end den 14. juli 1994.

Vedrørende behandlingsudgifter har sagsøger gjort gældende, at der er lavet en prognose over, hvad sagsøgerens medicinudgifter og behandlingsudgifter vil blive. Der er ikke grund til at

tilsidesætte den af sagsøgeren fremlagte opgørelse over disse udgifter. Det fremgår af overlæge M. [redacted] forklaring, at sagsøgeren vil have konstant medicinforbrug i al fremtid. Beregningerne til medicinudgifter må kapitaliseres, og det må antages at være rimeligt at anvende en kapitaliseringsfaktor på 12. Den i erstatningsansvarslovens § 6 omhandlede kapitaliseringsfaktor på 6 er fastsat som følge af en på vedtagelsestidspunktet meget høj rente, der ikke længere er aktuel.

Vedrørende erhvervsevnetabserstatningen har sagsøgeren gjort gældende, at hun reelt ikke har nogen erhvervsevne af betydning, hvilket støttes af overlæge M. [redacted] og læge P. [redacted] vidneforklaringer. Det kan ikke tillægges afgørende betydning, hvad pensionsmyndighederne efter pensionsloven, eller hvad arbejdsskadestyrelsen efter arbejdsskadeforsikringsloven er nået frem til!

Sagsøgte har til støtte for sin påstand gjort gældende, at sagsøger ikke har dokumenteret at have et erstatningskrav, der overstiger 20.000 kr. jf. patientforsikringslovens § 5, stk. 2, og at sagsøger heller ikke har dokumenteret, at et eventuelt tab skyldes patientskaden. Sagsøger var allerede i et langt og alvorligt sygdomsforløb på grund af arbejdsulykken, der indtraf ca. et år før patientskaden. Det er ikke dokumenteret, at patientskaden har været den skade, der har forårsaget sagsøgers gener. Sagsøgte har anerkendt, at der er tale om en erstatningsberettigende skade, og erstatningsudmålingen skal herefter foregå efter patientforsikringslovens § 5. Erstatningsansvarslovens regler er fuldt ud overført ved selve udmålingen af erstatningen, hvilket indebærer, at de lempede beviskrav i patientforsikringslovens § 2 ikke gælder ved selve udmålingen i § 5. Ved udmålingen må der stilles de samme beviskrav som efter erstatningsansvarsloven. Dette indebærer, at sagsøgte ikke har nogen særlig oplysningspligt, og sagsøgte har da også stedse i processkrifterne opfordret sagsøger til selv at dokumentere sit krav. Sagsøger kan således kun få erstatning for det tab, som hun kan dokumentere.

Vedrørende de enkelte erstatningsposter har sagsøgte om svie og smerte gjort gældende, at stationærtidspunktet må fastsæt-

tes til den 8. juni 1994, der var tidspunktet for den 3. operation. Reoperationen i juni var tilfredsstillende, hvilket kontrolrøngtenfotograferingen viste. Dette fremgik også af speciallægeerklæringen af 24. november 1994 fra overlæge M [REDACTED]. Der kan derfor ikke tilkendes mere i svie og smerteerstatning end de 8.190 kr., som patientskadeankenævnet har anerkendt.

Vedrørende tabt arbejdsfortjeneste har sagsøger gjort gældende, at sagsøger var endeligt afskediget på grund af sygdom, da hun blev fejlopereret. Forløbet efter den 3. operation den 8. juni 1994 viser, at sagsøger ikke, selv hvis den korrekte operation var foretaget allerede den 24. februar 1994, ville være blevet raskmeldt inden udgangen af 1994, hvilket var forudsætningen for, at hun kunne genindtræde i sin stilling. Sagsøger har således ikke godtgjort, at behandlingsforløbet har medført en merskade i forhold til følgerne af den diskusprolaps, som hun pådrog sig ved arbejdsulykken i 1993. Såfremt landsretten måtte finde, at sagsøger er berettiget til tabt arbejdsfortjeneste, kan det udelukkende komme på tale for perioden fra den 24. maj 1994 til den 8. juni 1994, hvor tilstanden blev stationær, hvilket vil beløbe sig til ca. 5.500 kr.

Vedrørende helbredelsesudgifter har sagsøger gjort gældende, at disse ikke er dokumenteret. Sagsøger har oplyst, at hun ikke længere modtager fysioterapibehandlinger, og det er ikke dokumenteret, at hun har udgifter til ikke-lægehenvist behandling hos en kinesisk massør. I øvrigt er der tale om et helt nyt anbringende, der ikke bør tillades fremsat. Såfremt landsretten vil tillade anbringendet fremsat gøres det gældende, at der er tale om et helt uunderbygget krav. Det er heller ikke påvist af sagsøger, at der er et fremtidigt behov for behandling eller medicin. Sagsøger skal kunne godtgøre, at det skyldes fejloperationen, at hun har brug for behandling og medicin, hvilket ikke er godtgjort. Det er ikke meningen med reglerne i patientforsikringsloven, at sagsøger skal have dækning for fremtidige udgifter, idet hun ikke har kunnet få dem dækket efter arbejdsskadeforsikringsloven. Der findes ikke en regel, der svarer til arbejdsskadeforsikringslovens § 30 i patientforsikringsloven. Sagsøger har heller ikke godtgjort stør-

relsen af medicinudgifterne eller oplyst, hvor stort bidraget er fra Sygesikringen Danmark. Endelig er der ingen dokumentation for kørslen til den kinesiske massør. Såfremt landsretten finder, at der bør tildeles sagsøger erstatning for helbredelsesudgifter, kan der ikke blive tale om en kapitaliseringsfaktor, der er større end 6.

Vedrørende erhvervsevnetabet har sagsøgte gjort gældende, at arbejdsskadestyrelsen har fastsat erhvervsevnetabsprocenten til 65. Dette må retten tage til efterretning. Der findes kun sagsøgers egen forklaring, om at hun er helt uden arbejdsevne, og der findes ingen lægelig vurdering heraf.

På grund af regelen i patientforsikringslovens § 5, stk. 2, bortfalder erstatningen på de 8.190 kr. for svie og smerte.

Landsretten skal udtale:

Sagsøgte har erkendt, at fejloperationen af sagsøgeren den 24. februar 1994 er en erstatningsberettigende skade efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 1.

Det lægges til grund, at fejloperationen skyldes en klar lægelig fejl. Under hensyn hertil og efter bevisførelsen i øvrigt, navnlig overlæge M. [REDACTED] vidneforklaring, finder landsretten det tilstrækkelig sandsynliggjort, at de konstaterede skadevirkninger hidrører fra fejloperationen.

For så vidt angår de rejste erstatningskrav bemærkes følgende:

Svie og smerte:

Landsretten finder, at stationærtidspunktet under hensyn til det oplyste om forløbet efter operationen den 8. juni 1994 kan fastsættes til den 14. juli 1994. Der er ikke grundlag for, at antallet af sengeliggende dage kan fastsættes til mere end 13. Sagsøgeren tilkendes herefter 10.710 kr. i godtgørelse for 13 sengeliggende og 127 oppegående dage.

Tabt arbejdsfortjeneste:

Som ovenfor anført henføres de konstaterede skadevirkninger til fejloperationen. Herefter, og da sagsøgeren af Skibby kommune var tilbudt genansættelse, samt da det efter de foreliggende lægelige oplysninger må anses for overvejende sandsynligt, at hun kunne have genoptaget sit arbejde, findes sagsøgeren at have krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste for en periode fra slutningen af maj 1994 til stationærtidspunktet den 14. juli 1994. Erstatningen herfor fastsættes efter de foreliggende oplysninger skønsmæssigt til 20.000 kr.

Behandlingsudgifter:

Det af sagsøgeren under domsforhandlingen påberåbte nye anbringende tillades fremsat.

Det er efter bevisførelsen ikke godtgjort, at behandling hos den kinesiske massør er relevant i forhold til skadevirkningerne efter fejloperationen. Der kan derfor ikke tillægges sagsøgeren erstatning herfor eller for transportudgifter hertil. Efter de afgivne vidneforklaringer findes det godtgjort, at sagsøgeren har behov for smertestillende medicin. Udgiften hertil er imidlertid ikke nøjere specificeret, og det er oplyst, at Sygesikringen Danmark yder et ikke nærmere oplyst tilskud. Under hensyn hertil fastsættes den kapitaliserede erstatning for fremtidige medicinudgifter skønsmæssigt til 20.000 kr.

Erhvervsevnetab:

Landsretten finder ikke grundlag for at fravige den af Arbejdsskadestyrelsen den 22. august 1995 fastsatte erhvervsevnetabsprocent på 65. Der tilkommer derfor ikke sagsøgeren yderligere erstatning end den tilkendte løbende ydelse i henhold til arbejdsskadeforsikringsloven.

Der tilkendes herefter sagsøgeren en samlet erstatning og godtgørelse på 50.710 kr., der forrentes med procesrente således: Af 10.710 kr. (svie og smerte) fra den 24. februar 1994, af 20.000 kr. (tabt arbejdsfortjeneste) fra sagens anlæg den

22. juli 1996, og af 20.000 kr. (medicinudgifter) fra den 15. oktober 1997.

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

Inden 14 dage fra denne doms afsigelse betaler sagsøgte, Patientskadeankenævnet, til sagsøger, I [REDACTED], 50.710 kr., der forrentes med procesrente således: Af 10.710 kr. fra den 24. februar 1994, af 20.000 kr. fra sagens anlæg den 22. juli 1996, og af 20.000 kr. fra den 15. oktober 1997.

Inden samme frist betaler sagsøgte i sagsomkostninger til sagsøger 11.000 kr.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den

P.j.v.


Peter Jansen
Sektionsleder

- 1 FEB. 1999