

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) B

(advokat Karsten Høj, besk.)

2) C v/

værge B

(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, B og C v/værge B, har påstået stadfæstelse.

B har haft fri proces for by- og landsret.

Supplerende sagsfremstilling

Der er mellem sagens parter enighed om, 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.

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 (bindevævs-rummet 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's statistiske 5-årige overlevelsesprognose blev forringet som følge af den forsinkede diagnosticering af recidivet, da var A's 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 overgangsbeløb.

Afgørelse

A's 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's 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's 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.

Overgangsbeløb efter erstatningsansvarslovens § 14 a og Begravelsesomkostninger § 12

Vi har vurderet, at der ikke er grundlag for at yde overgangsbeløb 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 diagnostetidspunktet i august 2011 var reduceret til 30 procent. I forlængelse heraf vurderer nævnet, at sygdomsudviklingen og A's 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's 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's 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. – urografien 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's kræftsygdom. Retslægerådet bedes herunder angive, om det er sandsynligt, at der allerede i august 2010 var spredning af A's kræftsygdom?

I givet fald bedes Retslægerådet beskrive, hvorledes A's 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's 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."

Hvorafor 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's 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's endelige behandlingsresultat og prognose, at diagnosticeringen og behandlingen af A's 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 truffe 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's 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 foretage 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 igangsat 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 D, 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 Patientskadeankenævnet) 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's kræftsygdom formentlig reducerede hans prognose for overlevelse, er det dog mest sandsynligt, at sygdomsudviklingen og den deraf følgende død må tilskrives A's 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's 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's 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's svulst var af en speciel type, der udgør en særligt ondartet undergruppe. Derved havde A's en dårligere overlevelseshprognose.

Selvom ankenævnet anerkender, at behandlingen hos A's 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 bevislempe. Derimod vil et fejlskøn end ikke udgøre en tilsidesættelse af specialistmålestokken 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 bevislempe.

Der er heller ikke støtte for, at der skal ske bevislempe 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's kræftsygdom. Derimod er det overvejende sandsynligt, at dødsfaldet skyldes A's 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 B og C's 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's 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 død tidspunkt 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 statistiske oplysninger tyder på, at forsinkelsen har ydet et væsentligt bidrag til, at A døde i august 2012, der er større grundlidelsens bidrag, er der ført den nødvendige bevis for, at patientskaden med overvejende sandsynlighed er årsag til A's 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 ”specialist-reglen”.

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 A 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, E, der er praktiserende læge, angiver klart, at egen læge burde have sendt patienten til andre undersøgelser i august 2010. Det samme mener F, speciallæge i urologi og

kirurgi. Ankenævnets lægekonsulent i almen medicin, G 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, D, 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's 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's 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's 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's specifikke cancer tilhørte en særligt ondartet undergruppe, ligesom det må indgå, at der efter oplysningerne om A's 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