

Patientforsikringen

Nytorv 5 · 1450 København K
Tlf. 33 12 43 43 · Fax 33 12 43 41
pf@patientforsikringen.dk
www.patientforsikringen.dk

Ministeriet for
Sundhed og Forebyggelse
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

20. december 2007

J.nr. 01371-20030001-28.kib/ho

J.nr. 2007-16200-80 - samlet analyse af sagerne om erstatning til ventende kræftpatienter

Ved e-post af 26. november 2007 har Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse anmodet Patientforsikringen om bidrag til et notat, der foretager en samlet analyse af de indbragte og afgjorte sager om erstatning til ventende kræftpatienter, når disse er afgjort af Patientforsikringen. Notatet skal sendes til Folketingets Sundhedsudvalg.

Ministeriet har i den forbindelse anmodet om en række generelle oplysninger om behandlingen af sager om erstatning til ventende kræftpatienter.

I den anledning vedlægges redegørelse for Patientforsikringens behandling af anmeldelser vedrørende brud på reglerne om maksimale ventetider for patienter med livstruende sygdomme (kræftsygdomme), bilag A.

Ministeriet har endvidere anmodet om en gennemgang af hver enkelt sag, hvori der er krævet erstatning i anledning af overskridelse af de maksimale ventetider.

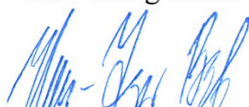
Der vedlægges en sådan gennemgang, bilag B.

Endelig har ministeriet anmodet om en redegørelse for de erstatningsretlige forhold, som efter Patientforsikringens opfattelse har været kendetegnende for bedømmelse af sagerne om erstatning til ventende kræftpatienter.

Der henvises til ovennævnte redegørelse, bilag A.

Der vedlægges endvidere bilag C, D og E. (I e-post er kun fremsendt bilag A).

Med venlig hilsen



Karen-Inger Bast
direktør

Bilag A, B, C, E og D med posten

Bilag A

Patientforsikringens redegørelse for behandlingen af anmeldelser vedrørende brud på reglerne om maksimale ventetider for patienter med livstruende sygdomme

20. december 2007

J.nr. 01371-20030001-28.me/ho

INDLEDNING

Sager vedrørende forsinket iværksat behandling af kræft skal som andre sager, hvor patienten ikke er behandlet rettidigt, vurderes efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet (KEL) § 21, stk. 1, jfr. § 20, stk. 1, nr. 1 (for skader forårsaget før 1. januar 2007 patientforsikringslovens § 3, stk. 1, jfr. § 2, stk. 1, nr. 1). Afgørende for om sagen kan anerkendes bliver en lægeligfaglig vurdering af, om undersøgelses- og behandlingsforløbet har levet op til den bedste specialiststandard, og hvis dette ikke er tilfældet, om patienten er påført en skade som følge af den forsinkede behandling.

I det følgende vil der først blive givet en kort redegørelse for Patientforsikringens praksis i sager, der vedrører brud på ventetidsreglerne, herunder vil det blive belyst, hvilke forhold/kriterier der udløser henholdsvis ikke udløser erstatning. Derefter vil de spørgsmål, Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse har stillet i brev af 26. november 2007, blive besvaret.

REDEGØRELSE FOR PATIENTFORSIKRINGENS PRAKSIS I SAGER OM OVERSKRIDELSE AF DE MAKSIMALE VENTETIDER I SAGER VEDRØRENDE KRÆFT

Et brud på ventetidsreglerne en afvigelse fra ”bedste specialiststandard”?

Reglerne om maksimale ventetider har primært den betydning, at de fastsætter præcise tidsmæssige grænser for, hvornår behandling skal ske, og hvordan et sygehus/region skal forholde sig, hvis det ikke er muligt at overholde ventetiderne på det sygehus, hvortil patienten er henvist.

Har sygehuset behandlet patienten inden for reglerne om de maksimale ventetider, må behandlingen for så vidt angår ventetidsreglerne efter Patientforsikringens vurdering normalt anses for at have levet op til bedste specialiststandard. Dette gælder dog ikke, hvis særlige forhold hos den enkelte patient fordrer, at behandlingen iværksættes tidligere end ventetidsreglerne foreskriver. Det kan være tilfældet, hvis canceren truer vitale funktioner hos patienten, eller hvis den er meget aggressiv, og derfor må forventes at udvikle sig betyde-

ligt inden for ventetiden. Ventetidsreglerne bygger på generelle gennemsnitsbetragtninger og tager ikke højde for ovennævnte individuelle forhold hos patienterne.

Har sygehuset ikke mulighed for at behandle patienten inden for ventetidsreglerne, skal sygehuset undersøge, om der er andre sygehuse her i landet eller i udlandet, der kan behandle patienten inden for ventetidsreglerne og i givet fald tilbyde patienten, at behandlingen fortsættes det pågældende sted. Kan der ikke findes alternative behandlingssteder, skal sagen sendes til Sundhedsstyrelsen, der fortsætter med at søge efter behandlingssteder, hvor patienten kan behandles inden for reglerne, herunder også i udlandet.

Har sygehuset og Sundhedsstyrelsen fulgt denne procedure, vil der ikke kunne ydes patienten erstatning efter lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, idet en eventuel skade som følge af ventetidsoverskridelsen i så fald vil være en følge af manglende ressourcer eller politiske prioriteringer. Det er ikke meningen med lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet, at den skal kompensere for negative virkninger af overordnede politiske beslutninger om, hvilke ressourcer der skal anvendes inden for sygehussektoren mv.

Har sygehuset derimod ikke behandlet patienten inden for ventetidsreglerne, og er der ikke søgt andet behandlingssted til patienten, vil dette være i strid med bedste specialiststandard, idet specialisten altid må forventes at følge gældende regler og patientrettigheder.

Kravet om "skade" og "overvejende sandsynlighed"

En forudsætning for, at en afvigelse fra bedste specialiststandard kan udløse erstatning er, jf. grundbetingelsen i KEL, §§ 19, stk. 1, og § 20, stk. 1, at behandlingsforsinkelsen med overvejende sandsynlighed har påført patienten en skade. Denne betingelse vil altid være opfyldt, hvis patientens sygeperiode forlænges som følge af behandlingsforsinkelsen, eller hvis den nødvendige behandling bliver mere omfattende, end den ville have været ved rettidig behandling. I disse situationer vil der blive ydet erstatning.

Det næste spørgsmål er, om det forhold, at patientens statistiske overlevelsesprognose er forringet som følge af behandlingsforsinkelsen, i sig selv opfylder kravet til at udgøre en "skade" i en situation, hvor hverken patientens gener eller omfanget og arten af den nødvendige behandling er påvirket af forsinkelsen.

Såvel Patientforsikringen som Patientskadeankenævnet har fundet, at en statistisk forringelse af en patients overlevelsesprognose opfylder skadesdefinitionen i lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet. Forringelsen skal dog være målbar, idet statistiske forringelser af helt ubetydelig karakter ikke erstattes. Det er Patientforsikringens praksis, at patientens statistiske 5-års overlevelsesprognose skal være forringet med mindst 5 %, før behandlingsforsinkelsen kan udløse en godtgørelse for varigt mén.

Med hensyn til kausalitet (årsagssammenhæng) stiller lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenet endvidere krav om, at patienten med Patientforsikringens bistand (pligt til at oplyse sagen) skal kunne godtgøre, at den opståede skade med ”overvejende sandsynlighed” er en følge af ventetidsoverskridelsen, og kun med mindre grad af sandsynlighed er en direkte og uundgåelig følge af patientens grundsygdom eller en udvikling, der er sket inden for rammerne af ventetidsreglerne.

Hvad kan erstattes?

I de sager, der kan anerkendes, udmåler Patientforsikringen erstatningen efter erstatningsansvarslovens udmålingsregler.

For at udmåle den erstatning, der tilkommer patienten for behandlingsforsinkelsen, er det nødvendigt at lave et skøn, dels over arten og omfanget af den behandling, patienten skulle have gennemgået, hvis behandlingen var iværksat rettidigt, dels over det forventede behandlingsresultat efter denne behandling, herunder over patientens chance for at overleve sygdommen¹.

De erstatningsberettigende følger (skader) udgør herefter forskellen mellem dette hypotetiske forløb og det faktiske forløb, patienten har været igennem.

1. Psykiske mén

Ved kortere tids forsinkelse vil skaden ofte alene bestå i, at patientens statistiske overlevelsesprognose er forringet, uden at der i øvrigt er sket en skade. I denne situation kan der, hvis forringelsen ikke er helt ubetydelig, ydes patienten en standardmæssig godtgørelse for den psykiske belastning patienten er påført ved kendskabet til, at behandlingen ikke blev iværksat rettidigt, og at dette statistisk set har forringet patientens muligheder for at overleve sygdommen. Der foretages ikke en individuel vurdering af omfanget af den psykiske belastning hos den enkelte patient, men gives i stedet en fast godtgørelse svarende til et varigt mén på enten 5 % eller 10 % afhængigt af, hvor meget patientens statistiske overlevelsesprognose, efter en lægelig vurdering, må antages at være forringet².

¹ Overlevelseschancerne angives traditionelt som en statistisk 5-års overlevelsesprognose, der udtrykkes i en procent og angiver patientens statistiske chance for fortsat at være i live efter 5 år.

² Der henvises til Patientskadeankenævnets årsberetning for 2002 side 85-91, der vedlægges som bilag C.

2. Erstatning for svie, smerte, tabt arbejdsfortjeneste og andet økonomisk tab

Er der tale om en længere ventetidsoverskridelse og dermed en større forsinkelse med iværksættelse af den nødvendige behandling, vil dette kunne betyde, at behandlingen bliver mere omfattende og længerevarende, end hvad der ellers ville have været nødvendigt ved rettidig iværksat behandling.

Hvis den tidsmæssige udstrækning af den nødvendige behandling øges, eller hvis generne af behandlingen bliver større som følge af ventetidsoverskridelsen, vil patienten være berettiget til godtgørelse for svie og smerte og eventuel erstatning for tabt arbejdsfortjeneste i den forlængede sygeperiode. Påføres patienten yderligere udgifter til f.eks. medicin, behandling eller sygetransport som følge af ventetidsoverskridelsen, vil disse ligeledes kunne erstattes.

3. Varigt mén og erhvervsevnetab

Får patienten varige gener som følge af ventetidsoverskridelsen, f.eks. fordi den nødvendige kirurgi bliver mere omfattende end, hvad der ellers var nødvendigt, vil der tillige kunne ydes godtgørelse for varigt mén. Får skaderne betydning for patientens fremtidige erhvervsevne, kan dette også erstattes.

4. Dødsfald – forsørgertabserstatning mv.

I værste fald kan forsinkelsen betyde, at patientens sygdom ikke længere kan behandles og i sidste ende, at patienten dør. To faktorer er helt afgørende for forsinkelsens betydning, nemlig kræftknudens type og evne til at danne metastaser samt forsinkelsesperiodens udstrækning. Begge disse faktorer kommer under ét til udtryk ved forringelsen i patientens statistiske overlevelsesprognose.

Forskellen mellem patientens statistiske overlevelsesprognose, såfremt kræftsygdommen var diagnosticeret og behandlet rettidigt (hypotetisk overlevelsesprognose), og patientens faktiske overlevelsesprognose på dødsfaldstidspunktet vil være afgørende for, om det må anses for overvejende sandsynligt, at døden er udløst af behandlingsforsinkelsen, hvilket er betingelsen for, at dødsfaldet kan erstattes.

Professor, dr. jur. Bo von Eyben har i et notat til Patientforsikringen af 28. maj 1995 om erstatning for "loss of a chance"³ nøje redegjort for betydningen af lov om klage- og erstatningsadgang inden for sundhedsvæsenets krav om overvejende sandsynlighed i relation til de efterladtes mulighed for at få erstatning for forsørgertab efter en afdød, hvis kræftdiagnose er blevet forsinket.

³ Notatet, der vedlægges i kopi som bilag D, er i store træk og lettere tilgængeligt gengivet i "Patient- och läkemedelsförsäkringarna vid ett vägskäl, Vänbok til Carl E Sturkell", side 79-102. Artiklen vedlægges tillige i kopi som bilag E.

Patientforsikringens praksis er, at følgende to betingelser skal være opfyldt, for at dødsfaldet med overvejende sandsynlighed kan anses for at være forvoldt af behandlingsforsinkelsen:

- Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed på dødstidspunktet skal være over 50 %. Betingelsen er opfyldt, hvis der statistisk set er over 50 % sandsynlighed for, at patienten havde været i live på det tidspunkt, hvor patienten faktisk dør, hvis behandlingen havde været optimal.
- Den faktiske overlevelsessandsynlighed som er patientens statistiske overlevelsesprognose på det tidspunkt, hvor den forsinkede behandlingen faktisk iværksættes, skal på dødstidspunktet have udviklet sig således, at den er mindre end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed.

I praksis betyder den første betingelse, at der kun kan gives erstatning for behandlingsforsinkelsen, hvis dødsfaldet indtræder på et tidspunkt, hvor mere end halvdelen af en patientgruppe med præcis de samme symptomer fortsat var i live. I modsat fald er behandlingsforsinkelsen ikke med overvejende sandsynlighed årsag til dødsfaldet.

Den anden betingelse er vanskeligere at forklare og forstå. Betingelsen indebærer, at patientens chancer for at overleve sygdommen skal være mere end halveret på dødstidspunktet som følge af behandlingsforsinkelsen, for at det kan siges med tilstrækkelig sikkerhed, at det er behandlingsforsinkelsen, der er årsag til dødsfaldet.

Begge overlevelsessandsynligheder tager udgangspunkt i statistiske vurderinger og er altså baseret på erfaringer med en gruppe patienter med samme kræftsygdom på samme udviklingsstadium. Gruppens faktiske overlevelsessandsynlighed kan derfor godt være en positiv værdi på det tidspunkt hvor den enkelte patient dør, hvis døden for den enkelte patient indtræder, før det er tilfældet for resten af gruppen.

Hvis det ved ovennævnte beregning må anses for overvejende sandsynligt, at dødsfaldet er en følge af ventetidsoverskridelsen, vil de efterladte være berettiget til forsørgertabserstatning, overgangsydelse eller dækning af begravelsesudgifterne.

Princippet anvendes tilsvarende i situationen, hvor patienten er blevet uhelbredeligt syg. I denne situation bliver det dog overlevelsessandsynligheden på det tidspunkt, hvor helbredelse opgives, der lægges til grund ved vurderingen. Er betingelserne opfyldt, således at det må anses for overvejende sandsynligt, at sygdommen er blevet uhelbredelig som følge af ventetidsoverskridelsen, vil der kunne ydes godtgørelse for varigt mén og erstatning for erhvervsevnetab.

SVAR PÅ ANMODNINGENS KONKRETE SPØRGSMÅL

Hvilke forhold/kriterier udløser henholdsvis udløser ikke erstatning?

Der henvises til redegørelsen ovenfor, hvor spørgsmåler er behandlet.

Hvorledes er medholdsprocenten i disse sager i forhold til andre sager?

Medholdsprocenten i de afgjorte sager vedrørende ventetidsoverskridelser er foreløbig kun 10 %. Til sammenligning er medholdsprocenten i Patientforsikringens øvrige sager vedrørende forsinket diagnosticering og dermed også forsinket behandling af kræft 21 % eller mere end dobbelt så høj. Patientforsikringens generelle medholdsprocent på alle sager afgjort i 2006 var 33 % eller mere end tre gange så høj.

Generelt adskiller sager, der drejer sig om forsinket diagnosticering og behandling, sig fra de øvrige sager, som Patientforsikringen behandler. Sagerne afgøres med henvisning til KEL § 21, stk. 1, hvilket betyder, at der kun kan gives erstatning, såfremt behandlingen har afvejet fra "bedste specialiststandard" jf. § 20, stk. 1, nr. 1, eller der er indtrådt skade som følge af en fejl eller et svigt i anvendt teknisk apparatur jf. § 20, stk. 1, nr. 2. Det følger således direkte af lovgivningen, at sager om behandlingsforsinkelse ikke kan vurderes efter "tålebestemmelsen" i KEL § 20, stk. 1, nr. 4, som vedrører grænserne for, hvad en patient bør tåle af komplikationer i forbindelse med en behandling, der i øvrigt lever op til bedste specialiststandard. Alene af denne grund har sager vedrørende behandlingsforsinkelse en lav medholdsprocent.

Uanset at denne forskel i lovgivningen umiddelbart kan virke urimelig og uforståelig, så er det en logisk konsekvens af lovgivningens systematik. Skader, der skyldes behandlingsundladelser/behandlingsforsinkelser, kan ikke betragtes som komplikationer til behandlingen, fordi disse skader jo netop er kendetegnet ved, at behandlingen slet ikke blev iværksat (rettidigt). Reglerne er de samme, uanset om det er sager, der indebærer et brud på ventetidsreglerne, eller det er patienter, hvor man, trods rettidig iværksat undersøgelse, overser klare symptomer på kræft.

En anden væsentlig årsag til den lave medholdsprocent er, at en betydelig del af sagerne ikke opfylder lovens grundbetingelse om, at ventetidsoverskridelsen skal have påført patienten skade. Der er tale om en lægelige vurderinger, og Patientforsikringen forelægger derfor sagerne for læger med erfaring og speciale i behandling af kræftsygdomme. Samlet set har de nu afgjorte sager været forelagt mere end 20 af landets førende specialister på kræftområdet.

Med hensyn til de generelle betingelser for anerkendelse henvises til gennemgangen af Patientforsikringens praksis ovenfor.

Hvor mange sager afvises med henvisning til, at patienten var for syg (havde mindre end 50 % overlevelseschance), henholdsvis at ventetiden ikke havde forringet overlevelseschancen nok (minimum 50 %)?

Som det fremgår af den generelle redegørelse ovenfor, følger de i spørgsmålet nævnte betingelser direkte af kausalitetsprincippet i lov om klage- og erstatning inden for sundhedsvæsenet.

Betingelserne indgår dog kun i vurderingen i de situationer, hvor patienten er blevet uhelbredeligt syg eller er afgået ved døden. I disse situationer bliver det et spørgsmål om, hvorvidt den uhelbredelige tilstand eller døden med overvejende sandsynlighed er en følge af ventetidsoverskridelsen og dermed behandlingsforsinkelsen, eller den mest sandsynligt er en følge af grundsygdommens udvikling uafhængig af ventetidsoverskridelsen.

Der vil således ikke være tale om, at en sag afvises med henvisning til de to nævnte kriterier, men der kan efter omstændighederne blive tale om, at visse dele af patientens tab ikke kan erstattes, fordi det vurderes, at tabene ikke med overvejende sandsynlighed er en følge af ventetidsoverskridelsen.

Ingen af de anmeldte sager er således afvist med henvisning til de to nævnte kriterier.

Kun i fire af de elleve anerkendte sager har Patientforsikringen haft grund til at tage stilling til, om de to kausalitetsbetingelser er opfyldt, fordi patienterne enten er blevet uhelbredeligt syge af deres kræft, eller fordi de er afgået ved døden som følge af sygdommen.

I tre af disse sager var kriterierne ikke opfyldt. To fordi grundsygdommen havde en så dårlig prognose, at det måtte anses for helt overvejende sandsynligt, at det var den og ikke behandlingsforsinkelsen, der var årsag til recidivet/dødsfaldet, og én fordi patientens statistiske overlevelseschance på tidspunktet, hvor sygdommen blev uhelbredelig, ikke var mindst halveret.

I den sidst af de fire sager fandt Patientforsikringen det overvejende sandsynligt, at behandlingsforsinkelsen var den væsentligste årsag til døden, og der blev derfor tilkendt den efterlevende ægtefælle såvel forsørgertabserstatning som overgangsydelse.

PATIENTFORSIKRINGENS GENERELLE BEMÆRKNINGER

Bo von Eybens to kausalitetsprincipper anvendes i dag i stort set uændret form i samtlige nordiske patientforsikringer og har også været styrende for Patientforsikringens praksis siden 1995. Det har dog vist sig vanskeligt både at anvende og ikke mindst at få patienter, sygehuse mv. til at forstå de opstillede principper.

Patientforsikringen har derfor i efteråret 2007 foretaget en mindre justering af praksis, således at der nu dels tages udgangspunkt i patientens dødsrisiko og dels i en model, der bygger på en ren matematisk sandsynlighedsregning. Der er dog kun tale om en mindre ændring i forhold til den tidligere praksis, principperne er i høj grad de samme, og patienternes erstatningsmuligheder er ikke blevet forringet ved praksisændringen. Det er Patientforsikringens vurdering, at den seneste ændring af betingelserne for at statuere kausalitet, gør det nemmere for sagens parter at forstå Patientforsikringens afgørelser.

Som eksempel på Patientforsikringens nye praksis kan nævnes en patient, hvis hypotetiske dødsrisiko (altså risikoen for at dø efter optimal behandling) var 20 % (modsvarende en overlevelseschance på 80 %) og hvis faktiske dødsrisiko (med det forsinkede behandlingsforløb) på død tidspunktet var 50 %. Samlet set er patientens dødsrisiko 50 %, 20 % som følge af grundsygdommen og 30 % som følge af forsinkelsen. Det er således $30/50 = 60\%$ eller overvejende sandsynligt, at behandlingsforsinkelsen er årsag til dødsfaldet, og der vil derfor kunne ydes fuld forsørgertabserstatning og dækning af begravelsesudgifter til de efterladte.

Som et andet eksempel kan nævnes en patient, hvis hypotetiske dødsrisiko (altså risikoen for at dø efter optimal behandling) var 20 % (modsvarende en overlevelseschance på 80 %) og den faktiske dødsrisiko (med det forsinkede behandlingsforløb) 30 % på død tidspunktet. Samlet set er patientens dødsrisiko øget til 30 %, 20 % som følge af grundsygdommen og 10 % som følge af forsinkelsen. Det er således $20/30 = 67\%$ eller overvejende sandsynligt, at grundsygdommen og ikke behandlingsforsinkelsen er årsag til dødsfaldet, og der vil derfor hverken kunne ydes forsørgertabserstatning eller dækning af begravelsesudgifter til de efterladte.

Som det fremgår af den anonymiserede gennemgang af de afgjorte ventetidssager, er langt størstedelen af afvisningerne imidlertid begrundet med, at ventetidsoverskridelsen ikke har påført patienten en skade. Det er således ikke en juridisk vurdering af kausalitetsspørgsmål, men derimod en ren lægelig vurdering af, hvilken betydning ventetidsoverskridelsen har haft for patienten, der har været udslagsgivende for afgørelsen af sagerne.

Som det fremgår af denne redegørelse, er det en forudsætning for at yde erstatning i disse sager, at der foreligger en skade, og at denne med overvejende sandsynlighed skyldes en overskridelse af de maksimale ventetider.

Dette har ikke været tilfældet i størstedelen af sagerne, og afslag på erstatning kan derfor naturligvis give anledning til skuffelse hos patienterne eller deres pårørende, hvilket Patientforsikringen er helt opmærksom på.

Patientforsikringsordningen har eksisteret længe før reglerne om maksimale ventetider blev formuleret, og det er Patientforsikringens opfattelse, at ordningen gennem årene har været til stor gavn for patienterne. For patienterne har ordningen betydet en hurtig og nem adgang til erstatning for behandlingsskader, og i 2006 modtog Patientforsikringen således også mere end 25 gange så mange anmeldelser, som sygehusenes ansvarsforsikringselskaber modtog årligt, da ordningen trådte i kraft i 1992. Antallet af kompenserede patienter er vokset tilsvarende. I 2006 blev der udbetalt ca. 410 mio. kr. i erstatning.

Det er Patientforsikringens opfattelse, at det danske patientforsikringssystem også internationalt er anerkendt som et af de bedste.

ANONYMISERET GENNEMGANG AF SAGER VEDRØRENDE BRUD PÅ REGLERNE OM MAKSIMALE VENTETIDER (KRÆFTSAGER)

20. december 2007

J.nr. 01371-20030001-28.cwr/ka

PERIODEN 28. FEBRUAR 2006 TIL OG MED 5. DECEMBER 2007.

Anmeldelser og afgørelser

Patientforsikringen har per 5. december 2007 registreret 151 anmeldelser og truffet 111 afgørelser, der vedrører 91 patienter¹.

Syv sager involverer Sundhedsstyrelsen. Tre af disse sager er afvist, én har fået medhold, og de resterende tre sager er endnu ikke afgjort.

Anerkendelser

11 patienter har foreløbig fået medhold, og der er tilkendt samlet knap 780.000 kr. i erstatning, svarende til i gennemsnit knap 71.000 kr. til hver patient.

Sagernes status

Det fremgår af nedenstående gennemgang, i hvilke sager patienten efter Patientforsikringens oplysninger er afgået ved døden. Det fremgår endvidere, hvilke sager Patientforsikringen har stillet i bero, idet der er truffet beslutning om at afvente Patientskadeankenævnets afgørelser i de ankede sager, før der træffes flere afgørelser. Endelig fremgår det af den ledsagende tekst i gennemgangen, hvilke sager der er anket til Patientskadeankenævnet. Der er i alt 12 patienter, der har anket deres sag til Patientskadeankenævnet. Alle 12 patienter har fået afslag på erstatning fra Patientforsikringen. Patientskadeankenævnet har foreløbig truffet afgørelse i én sag, hvor det blev tiltrådt, at patienten ikke var berettiget til erstatning. I denne sag var behandlingen dog ikke omfattende af ventetidsreglerne, hvilket patienten havde påberåbt sig.

Ventetidsreglerne

Ventetidsreglerne omfatter alle kræftsygdomme, bortset fra de kræftsygdomme, der kræver knoglemarvstransplantation, og hudkræft, der ikke er modermærkekræft.

¹ Hvis en anmeldelse vedrører flere potentielle skadevoldere, oprettes flere sager på samme patient.

De maksimale ventetider fremgår af bekendtgørelse nr. 1749 af 21. december 2006:

”§ 3. Medmindre hensynet til patientens helbredstilstand tilsiger noget andet, gælder for behandling af kræftsygdomme følgende maksimale ventetider:

1. Til forundersøgelse: 2 uger fra den dato, hvor sygehuset har modtaget lægehenviisning til forundersøgelse, til den dato sygehuset har tilbudt at påbegynde forundersøgelse.
2. Til operation: 2 uger fra den dato, hvor patienten på baggrund af information fra den behandelende sygehusafdeling om diagnose og behandlingsmuligheder m.v. har givet samtykke (informeret samtykke) til operation, til den dato sygehuset har tilbudt at foretage operation.
3. Til medicinsk behandling, som er primær behandling: 2 uger fra den dato, hvor patienten på baggrund af information fra den behandelende sygehusafdeling om diagnose og behandlingsmuligheder m.v. har givet samtykke (informeret samtykke) til medicinsk kræftbehandling, til den dato afdelingen har tilbudt at påbegynde behandling, og senest 4 uger fra den dato, hvor afdelingen har modtaget henvisning til behandling.
4. Til strålebehandling, som er primær behandling: 4 uger fra den dato, hvor den relevante sygehusafdeling har modtaget henvisning til strålebehandling, til den dato sygehuset har tilbudt at påbegynde behandling.
5. Til efterbehandling: 4 uger fra den dato, hvor den relevante sygehusafdeling har modtaget henvisning til efterbehandling, til den dato sygehuset har tilbudt at påbegynde behandling.

Stk. 2. For livmoderhalskræft er den maksimale ventetid til forundersøgelse 2 uger fra den dato, hvor sygehuset har modtaget lægehenviisning på baggrund af histologisk diagnose fra en speciallæge i patologisk anatomi og cytologi med henvisningsdiagnosen neoplasma malignum cervicis uteri, til den dato sygehuset har tilbudt at påbegynde forundersøgelse.”

Gennemsnitlig sagsbehandlingstid

Patientforsikringens gennemsnitlige sagsbehandlingstid i ventetidssagerne har været 169 dage regnet fra modtagelsen af patientens anmeldelse til den dato, hvor der er blevet truffet afgørelse i sagen.

Gennemsnitlig overskridelse af ventetidsreglerne i de afgjorte sager

Den gennemsnitlige overskridelse af ventetidsreglerne har været ca. 3 uger.

Patienternes gennemsnitsalder på anmeldelsestidspunktet i de afgjorte sager
Patienternes gennemsnitlige alder har været 59 år.

Fordeling på kræfttyper (antal patienter, afgjorte sager)

Brystkræft: 16	Prostatakræft: 7	Leverkræft: 3
Lungekræft: 12	Modermærkekkræft: 3	Tarmkræft: 1
Hjernesvulster: 10	Endetarmskræft: 3	Nyrekræft: 1
Hals- og mundhulekræft: 21	Livmoderhalskræft: 3	Mavekræft: 1
Spiserørskræft: 6	Blærekræft: 3	Lymfekræft: 1

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-0939/ 06-0965	43	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	4 uger			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket patientens behandling eller statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-3335	59	M	Sygehus	Tunge					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4051	60	M	Sygehus	Lunge		Ingen			Død
Afvist: Behandlingen af patientens sygdom vurderes at have fulgt almindeligt anerkendte retningslinier. Herudover vurderes det, at strålebehandling som alternativ til kemoterapien ikke ville have forlænget patientens liv eller have forhindret dannelsen af væske i lungehulerne. Patienten havde i øvrigt udbredte metastaser. En tidligere behandling havde ikke ændret på forløbet eller prognosen.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4572/ 07-3841	46	M	Sygehus	Endetarm	Operation + palliativ kemoterapi	4 uger + 6 dage			Død
Afvist: Forsinkelsen skønnes ikke at have påvirket patientens behandling, hans statistiske overlevelsesprognose eller hans forventede levetid i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4762	76	M	Sygehus	Stemmebånd	Strålebehandling	5 uger			Død
<p>Afvist: Det vurderes, at patienten tilsyneladende var blevet helbredt for sin kræftsygdom trods den ekstra ventetid på strålebehandlingen, at han havde flere alvorlige konkurrerende lidelser, og at han var svækket af disse lidelser samt af den langvarige strålebehandling. Det vurderes endvidere, at der ikke er nogen holdpunkter for, at en tidligere påbegyndelse af strålebehandlingen ville have ændret på forløbet eller den statistiske overlevelsesprognose. Patienten døde i øvrigt ikke af sin kræftsygdom.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4782	48	K	Sygehus	Lunge	Kemoterapi	2 dage			Død
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke haft indflydelse på behandlingen eller den statistiske overlevelsesprognose. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i></p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4832	47	M	Sygehus	Hjerne					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4834	66	K	Sygehus	Spiserør	Forundersøgelse + kemoterapi	10 dage + 2 uger			Død
<p>Afvist: Patientens statistiske overlevelsesprognose er blevet forringet med 1-2 %-point som følge af, at ventetidsreglerne blev overskredet i forbindelse med behandlingen. Efter Patientforsikringens praksis er en så beskeden forringelse af overlevelsesprognosen ikke tilstrækkeligt omfattende til at udløse erstatning efter loven.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4843	38	K	Sygehus	Livmoderhals	Strålebehandling	3 uger			
<p>Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på selve behandlingen og den statistiske overlevelsesprognose, at strålebehandlingen blev påbegyndt 3 uger for sent i forhold til ventetidsreglerne. Der er lagt vægt på, at sygdommen har en særdeles god prognose, og at denne prognose ikke er blevet ændret som følge af, at ventetidsreglerne er overskredet i forbindelse med strålebehandlingen.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4848	64	M	Sygehus	Lunge	Kemoterapi	8 dage			Død
<p>Afvist: Da der ikke har været tale om helbredende behandling, har Patientforsikringen vurderet, at overskridelsen på 8 dage ikke med overvejende sandsynlighed har medført en forringelse af patientens statistiske overlevelsesprognose.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4855	54	K	Sygehus	Bryst	Mammografi + strålebehandling	12 dage + 2 uger			
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen, risikoen for recidiv eller den statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4856/ 07-1712	71	K	Sygehus	Hjerne	Operation + strålebehandling	1 uge + 1,5 uger			Død
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. Sagen er anket til Patientskadeankævnævnet.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4898	60	M	Sygehus						
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4900	59	K	Sygehus	Mundhule	Strålebehandling	3 uger			
Afvist: Patienten blev tilbudt behandling et andet sted med kortere ventetid, men afslog dette, da hun kun ønskede at blive behandlet på pågældende sygehus. Da patienten således selv har medvirket til, at ventetidsreglerne blev overskredet, er hun ikke berettiget til erstatning for den skade, denne overskridelse måtte have udløst.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4928/ 06-4933	64	M	Sygehus	Tunge	Strålebehandling + kemoterapi	Ingen			Død
Afvist: Patienten er ikke blevet påført skade.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4943	42	K	Sygehus	Stemmelæbe	Strålebehandling	2 uger			
Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at patienten ikke er blevet påført en erstatningsberettigende skade som følge af, at strålebehandlingen blev ca. 2 uger forsinket. Patienten blev tilbudt henvisning til et andet sygehus, hvor strålebehandlingen kunne være blevet påbegyndt tidligere. Hun ønskede imidlertid ikke en sådan henvisning og har således selv medvirket til forsinkelsen.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4953	66	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	10 dage			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4960	55	M	Sygehus	Hjerne					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4964	46	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	5 uger			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-4997	40	M	Sygehus	Spiserør	Forundersøgelse	2,5 uger			Død
Afvist: Patientens kræftsygdom var allerede spredt ved henvisningen til sygehuset. Ifølge speciallægevurderingen ville det ikke have været muligt at tilbyde patienten strålebehandling, selvom behandlingen var blevet påbegyndt 2½ uger tidligere. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5009/ 07-0729	59	K	Sygehus	Bryst	Operation	3 uger			
Sagen er henlagt uden behandling. Patienten har oplyst, at hun udelukkende har indgivet klagen for at være med i statistikken over svigtede patienter. Hun ønsker ikke at få en prognose for sin sygdom.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5011	49	K	Sygehus	Hjerne	Forundersøgelse + operation + strålebehandling	2 dage + 4 dage + 1 dag			
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. Der var tale om et glioblastom, som er en meget ondartet svulst med en meget dårlig 5 års overlevelsesprognose, selv ved korrekt og rettidig behandling. Endvidere havde patienten betydelige neurologiske udfald allerede på det tidspunkt, hvor svulsten blev diagnosticeret, hvorfor der måtte forventes hastig sygdomsudvikling. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i></p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5018	55	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse	3 uger			
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5029/ 07-3919	45	K	Sygehus	Bryst	Kemoterapi + strålebehandling	7 uger			
<p>Afgørelse: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. Sagen er dog anerkendt af anden årsag, og der er ydet erstatning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5050	74	M	Sygehus	Hjerne	Strålebehandling	1 dag			Død
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5065	53	K	Sygehus	Blære	Kemoterapi	2 dage			

Afvist: Henset til, at der alene var mulighed for at tilbyde palliativ, dvs. ikke-helbredende behandling, har Patientforsikringen vurderet, at det forhold, at kemoterapi blev påbegyndt 2 dage for sent, ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på forløbet og den statistiske overlevelsesprognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5066	52	M	Sygehus	Lunge	Operation + strålebehandling	Ingen			

Afvist. Patienten er ikke blevet påført skade.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5086	71	K	Sygehus	Blære	Forundersøgelse	2 uger			Død

Afvist: Forsinkelsen har ikke med overvejende sandsynlighed påvirket patientens statistiske overlevelsesprognose eller forløbet i øvrigt. Allerede på undersøgelsestidspunktet havde patienten med stor sandsynlighed en kræftsvulst, der var vokset igennem blære væggen. *Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.*

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5089/ 07-2129	53	M	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Mavesæk	Operation + strålebehandling	8 dage 10 dage			

Afvist: Det vurderes, at forsinkelsen højest har medført en marginal forringelse af prognosen. Efter Patientforsikrings praksis er en sådan forringelse ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der kan ydes erstatning efter loven. Endelig er der lagt vægt på, at Sundhedsstyrelsen undersøgte mulighederne for at henvise patienten til operation et andet sted inden for ventetidsreglerne, og at man muligvis kunne have tilbudt operation 1-2 dage tidligere. Det er dog Patientforsikrings vurdering, at en mulig operation 1-2 dage tidligere ikke med overvejende sandsynlighed havde ændret på forløbet eller den statistiske overlevelsesprognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5101	61	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	2 uger			
<p>Afvis: Ifølge speciallægevurderingen var der som følge af en defekt i operationssåret tidligst mulighed for at påbegynde strålebehandlingen efter ventetidsreglernes udløb. Det bemærkes, at de fastsatte frister for behandling i reglerne om maksimale ventetider ikke finder anvendelse, når hensynet til patientens helbredstilstand tilsiger noget andet.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5109	71	K	Sygehus	Bryst	Forundersøgelse + strålebehandling	1 dag + 3 uger			
<p>Afvis: Der er lagt vægt på, at forsinkelsen ikke med overvejende sandsynlighed har påvirket behandlingsforløbet, idet forsinkelsen alene må antages at have medført en øget risiko for lokalrecidiv på 0,7 %, og en eventuel påvirkning af den statistiske overlevelsesprognose vil være endnu mindre.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5112	56	M	Sygehus	Blære					Død
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5122	52	K	Sygehus	Hals	Strålebehandling	6 dage			
<p>Afvis: Patientforsikringen har fundet, at forsinkelsen alene har medført en forringelse af den statistiske overlevelsesprognose på 2 % og ikke i øvrigt har ændret på behandlingsforløbet. Efter Patientforsikringens praksis er 2 % forringelse af prognosen ikke tilstrækkeligt omfattende til at udløse erstatning efter loven.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5123/ 06-5128	69	M	Sygehus	Hals					Død Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
06-5126/ 07-3945	49	K	Sygehus	Bryst					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0007/ 07-2562	48	M	Sygehus	Kæbe					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0031	67	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	6 uger			
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskridelsen af reglerne om maksimale ventetider i forbindelse med den postoperative strålebehandling ikke med overvejende sandsynlighed påvirket behandlingen eller patientens statistiske overlevelsesprognose i negativ retning. Således fremgår det af speciallægevurderingen, at forsinkelsen alene vil have medført en skønsmæssigt øget risiko for lokalrecidiv på 1,5 %, mens forsinkelsen ikke eller kun minimalt (under 1%) har forringet den statistiske overlevelsesprognose.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0038	73	M	Sygehus	Hjerne	Strålebehandling	4 uger			Død

Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at forsinkelsen af behandlingen kun har medført en ganske beskeden forringelse af prognosen, som ikke er tilstrækkeligt omfattende til at kunne udløse erstatning efter loven. Patienten ville selv med rettidigt påbegyndt strålebehandling have haft en yderst ringe statistisk overlevelsesprognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0046	59	M	Sygehus	Modermærke	Forundersøgelse + operation	9 dage + 7 dage			Død

Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed ville have haft indflydelse på patientens statistiske overlevelsesprognose, hvis man havde foretaget forundersøgelsen og operationen i overensstemmelse med ventetidsreglerne.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0054	56	M	Sygehus	Hjerne	Kemoterapi	8 dage			Død

Afvist: Ifølge speciallægevurderingen ville behandlingsforløbet og den statistiske overlevelsesprognose ikke have været anderledes, selvom behandlingen var blevet påbegyndt 8 dage tidligere.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0056	65	M	Sygehus	Hals	Forundersøgelse	1 uge			Død

Afvist: På grund af lunge- og knoglemetastaser var det ikke muligt at tilbyde helbredende behandling. Ifølge speciallægevurderingen ville det næppe have haft betydning for patientens overlevelsesprognose, hvis behandlingen var blevet påbegyndt en uge tidligere.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0094	73	K	Sygehus	Bugsytkirtel	Operation + kemoterapi	2 uger + 2 uger			
<p>Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed ville have ændret på behandlingens omfang eller patientens statistiske overlevelsesprognose, hvis operationen var blevet foretaget 2 uger tidligere, og kemoterapien tilsvarende var blevet påbegyndt 2 uger tidligere.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0111	50	K	Sygehus	Spiserør	Strålebehandling	3 uger			
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0120/ 07-2360	49	K	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Hals	Strålebehandling	5 uger	10 % mén	60.975 kr.	
<p>Anerkendt: Ikke påført skade på sygehuset. Sygehuset undersøgte mulighederne for at henvise patienten til strålebehandling et andet sted inden for ventetidsreglerne, men det var ikke muligt at tilbyde patienten sådan behandling. I overensstemmelse med gældende retningslinier foretog sygehuset herefter indberetning til Sundhedsstyrelsen, der imidlertid ikke foretog sig noget i anledning af indberetningen. Sagen er derfor anerkendt for så vidt angår Sundhedsstyrelsen.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0139	56	M	Sygehus	Mundhule	Strålebehandling	5 uger	10 % mén	56.232 kr	
<p>Anerkendt: Patienten ville med overvejende sandsynlighed have undgået, at overlevelsesprognosen var blevet forringet, hvis strålebehandling var blevet påbegyndt tidligere.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0150	68	M	Sygehus	Nyre	Operation	8 uger	85 % mén	454.872 kr.	Død
<p>Anerkendt: Ifølge speciallægevurderingen havde patienten ved diagnosen i februar 2006 en sygdomsudbredning svarende til en såkaldt T1 grad II uden spredning til blæren og uden metastaser. Det angives, at der ved dette sygdomsstadie er en statistisk overlevelsesprognose på gennemsnitligt ca. 60 %. Det fremgår desuden, at patientens sygdom ved operationen i maj 2006, hvor der var gennemvækst til nyrebækkenet, havde udviklet sig til stadium grad IV, hvor den statistiske overlevelsesprognose anses for at være tæt på 0. Der er derfor ydet erstatning for dødsfaldet.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0158	66	M	Sygehus	Hjerne	Kemoterapi	1 dag			Død
<p>Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed ville have ændret på forløbet eller patientens statistiske overlevelsesprognose, hvis kemoterapien var blevet påbegyndt 1 dag tidligere, eller hvis operationen var blevet foretaget hurtigere efter MR-scanningen, hvilket ellers var indikeret.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0160	67	M	Sygehus	Lunge	Strålebehandling	1 dag			Død
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen havde strålebehandling alene til hensigt at mindske patientens smerter. Den havde således ikke en helbredende eller levetidsforlængende effekt. Patientforsikringen har desuden vurderet, at en tidligere påbegyndelse af den lindrende strålebehandling ikke med overvejende sandsynlighed have ændret på patientens statistiske overlevelsesprognose eller behandlingsforløbet i øvrigt.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0162	53	K	Sygehus	Bryst	Operation + strålebehandling	2 uger + 3 uger			
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har det ikke haft indflydelse på behandlingsresultatet eller prognosen, at behandlingen blev påbegyndt for sent.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0177	57	M	Sygehus	Lunge	Operation	1 uge			Død
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen ville det ikke have ændret på tumorens størrelse eller sygdommens stadium, hvis operationen var blevet foretaget tidligere. Det ville således under alle omstændigheder have været nødvendigt at fjerne hele venstre lunge, ligesom den efterfølgende kemoterapi ville have været den samme. Patientens overlevelsesprognose ville også have været den samme, selvom operationen var blevet foretaget tidligere.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0178	62	K	Sygehus	Bryst	Mammografi + strålebehandling	2 uger + 2 uger			
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskridelsen af ventetidsreglerne ikke med overvejende sandsynlighed påvirket patientens behandling, risiko for recidiv eller statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0194	59	K	Sygehus	Tarm	Operation	2 uger			Død
<p>Afvist: Der er lagt vægt på, at overskridelsen af ventetidsreglerne med ca. 2 uger i forbindelse med operationen og 2 dage i forbindelse med fjernelse af metastasen i lysken ikke med overvejende sandsynlighed har påvirket patientens behandling, hendes statistiske overlevelsesprognose eller hendes forventede levetid i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0207/ 07-2350	51	M	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Hals	Strålebehandling	4 uger	10 pct. mén	29.810 kr	

Anerkendt: Det var ikke muligt for sygehuset at henvise patientens til behandling et andet sted inden for ventetidsreglerne. Man foretog dog først indberetning til Sundhedsstyrelsen efter udløbet af den maksimale ventetid på 4 uger og forhindrede dermed styrelsen i at undersøge mulighederne for at henvise patienten til behandling i udlandet inden for ventetidsreglerne. Sagen blev derfor anerkendt for så vidt angår sygehuset.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0223	44	K	Sygehus	Endetarm	Kemoterapi	Ikke omfattet af ventetidsreglerne			

Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at patienten ikke med overvejende sandsynlighed er blevet påført skade ved behandlingen, som findes at have været i overensstemmelse med, hvad der efter lægevidenskab og erfaring har været det bedst mulige i den givne situation. Behandlingen fandt i øvrigt sted før indførelsen af ventetidsreglerne for endetarmskræft, og sagen var derfor ikke omfattet af reglerne. *Sagen blev anket til Patientskadeankenævnet, som tiltrådte, at patienten ikke er blevet påført skade ved behandlingen.*

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0266	65	M	Sygehus	Lunge	Forundersøgelse	1 uge			Død

Afvist: Ifølge speciallægevurderingen havde det været hensigtsmæssigt at indkalde patienten til forundersøgelse tidligere. Dette ville dog ikke med overvejende sandsynlighed have ændret på den statistiske overlevelsesprognose eller sygdomsforløbet i øvrigt.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0287	54	M	Sygehus	Spiserør	Forundersøgelse	10 dage			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0301	39	M	Sygehus	Hjerne	Forundersøgelse	6 dage			
Afvist: Ifølge speciallægevurderingen var kombinationsbehandlingen den bedst mulige behandling, som kunne gives i den pågældende situation. Herudover er der ikke belæg for, at en tidligere start af kemoterapien skulle have nogen betydning for forløbet. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0331	52	M	Sygehus	Hjerne	Forundersøgelse	Ingen			
Afvist: Patienten blev behandlet i udlandet inden for ventetidsreglerne og har ansøgt om at få erstattet udgifterne. Ingen skade i lovens forstand. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0355	64	M	Sygehus	Hals	Strålebehandling	2 uger			Død
Afvist: På baggrund af speciallægevurderingen har Patientforsikringen vurderet, at forsikelsen kun har medført en forringelse af patientens statistiske overlevelsesprognose på godt 1 %-point. Derimod skønnes overskridelsen ikke at have haft indflydelse på forløbet i øvrigt. Efter Patientforsikringens praksis er en forringelse af den statistiske overlevelsesprognose på 1 %-point ikke tilstrækkeligt omfattende til at udløse erstatning efter loven.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0378	63	M	Sygehus	Hals	Strålebehandling	4 uger			

Afvist: Ifølge journaloplysningerne var patienten informeret om muligheden for at blive henvist til behandling i Ålborg eller Ørebro i Sverige. Patientforsikringen lagde derfor til grund, at patienten kunne være blevet henvist til et andet sygehus, og at han dermed kunne have påbegyndt strålebehandling inden for ventetidsreglerne. Patientten meddelte imidlertid, at han foretrak at blive behandlet på pågældende sygehus. Dermed har patienten selv medvirket til, at ventetidsreglerne ikke blev overholdt i forbindelse med hans behandling.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0403	46	M	Sygehus	Hjerne	Strålebehandling	2 uger			Død

Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at såvel de operative indgreb som den øvrige behandling blev udført i overensstemmelse med ”bedste specialiststandard”. Herudover var det efter Patientforsikringens vurdering korrekt, at strålebehandling blev udsendt, indtil patientens infektionstilstand var færdigbehandlet. Der var dog fortsat en vis forsinkelse af strålebehandling, men denne forsinkelse havde ikke med overvejende sandsynlighed betydning for forløbet og prognosen.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0415/ 07-2093	64	M	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Hals	Forundersøgelse + strålebehandling	4 dage + 2 uger			Død

Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har forsikringen medført en forringelse af patientens statistiske overlevelsesprognose på ca. 4 %, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at udløse erstatning efter loven. Endvidere blev patienten informeret om muligheden for at blive henvist til strålebehandling et andet sted, men han ønskede ikke dette. Patientten har dermed selv medvirket til, at han ikke blev tilbudt behandling inden for ventetidsreglerne. Dette forhold indebærer i sig selv, at der ikke kan ydes erstatning for den forringelse af overlevelsesprognosen, som forsikringen af strålebehandling har medført. Patientforsikringen har endelig vurderet, at de 4 dages forsinkelse i forbindelse med forundersøgelsen (en forsinkelse, som patienten ikke selv medvirkede til), ikke med overvejende sandsynlighed har haft selvstændig betydning for forløbet eller den statistiske overlevelsesprognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0561	57	M	Sygehus	Strube	Strålebehandling	8 dage			Død

Afvist: Patientforsikringen fandt det ikke overvejende sandsynligt, at det har haft indflydelse på forløbet og patientens statistiske overlevelsesprognose, at ventetidsreglerne blev overskredet med 8 dage i forbindelse med strålebehandlingen. Der var i øvrigt tale om en yderst alvorlig kræftsygdom, som selv velbehandlet har en dårlig prognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0675	62	K	Sygehus	Endetarm	Strålebehandling + operation	4 uger + 19 dage			Død

Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0697/ 07-0710	62	M	Sygehus	Lymfe					

Ikke afgjort

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0706	48	M	Sygehus	Hals	Strålebehandling + kemoterapi	3-5 uger			

Afvist: Ifølge speciallægevurderingen er det umuligt at sige præcis, hvornår patientens kræft spredte sig til knoglerne, og om en forkortelse af tidsintervallet mellem diagnosticeringen af kræftsygdommen og strålebehandlingen ville have mindsket risikoen for spredning af sygdommen. Det skønnes dog, at svulsten i næsesvælget har været til stede i mange måneder, og at det derfor ikke er sandsynligt, at en fremskyndelse af strålebehandlingen på nogle få uger ville have ændret væsentligt på risikoen for fjernmetastaser. Det er derfor efter speciallægens vurdering ikke sandsynligt, at en fremskyndelse af behandlingen ville have ændret på behandlingsforløbet og den statistiske overlevelsesprognose.

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0750	69	M	Sygehus	Lunge	Strålebehandling	6 uger			Død
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen havde ikke med overvejende sandsynlighed haft indflydelse på patientens statistiske overlevelsesprognose eller behandlingsforløbet i øvrigt, hvis man havde foretaget strålebehandling 6 uger tidligere, da patienten på diagnosticeringstidspunktet var uhelbredeligt syg af lungekræft og ikke kunne tilbydes nogen form for helbredende behandling.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0762/ 07-4052	45	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	2 uger			
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskridelsen af ventetidsreglerne ikke med overvejende sandsynlighed påvirket patientens behandling eller statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0764	59	M	Sygehus	Hals	Strålebehandling	31 dage	5 % mén	20.325 kr.	
<p>Anerkendt: Ifølge speciallægevurderingen er patientens statistiske overlevelsesprognose blevet forringet som følge af behandlingsforsinkelsen. (Også forsinkelse i forbindelse med henvisning fra andet sygehus, men uden for ventetidsreglerne. Erstatningen er blevet fordelt mellem sygehusene.)</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0811	60	K	Sygehus	Bryst					Bero
<p>Ikke afgjort</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0893	70	M	Sygehus	Lunge	Forundersøgelse	1 uge			Død
Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at selvom man havde set patienten til forundersøgelse 1 uge tidligere, ville dette ikke med overvejende sandsynlighed have ændret på patientens statistiske overlevelsesprognose eller sygdomsforløbet i øvrigt.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0922/ 07-0923	62	K	Sygehus	Spiserør	Forundersøgelse + operation	2 dage + 4 dage			Død
Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på patientens overlevelsesprognose eller sygdomsforløb i øvrigt, hvis man havde foretaget forundersøgelsen 2 dage tidligere end aktuelt.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0932	79	M	Sygehus	Strube	Strålebehandling	8 uger	5 % mén	20.325 kr.	
Anerkendt: Patientforsikringen har vurderet, at patienten med overvejende sandsynlighed ville have undgået, at overlevelsesprognosen var blevet forringet, samt undgået den mere omfattende strålebehandling og en senere operation, hvis strålebehandling var påbegyndt tidligere.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0937	57	M	Sygehus	Modermærke	Strålebehandling	8 uger	10 pct. mén	55.555 kr	Død
Anerkendt: Ifølge speciallægevurderingen skete der en forringelse af patientens statistiske overlevelsesprognose på skønsmæssigt 2 % for hver uges forsinkelse af strålebehandling.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0951/ 07-0142	61	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse + operation + strålebehandling	3 dage + 4 uger + 4,5 uger			Død
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-0968	65	M	Sygehus	Spiserør	Strålebehandling	2,5 uger			Død
Afvist: Ifølge speciallægevurderingen var det på baggrund af patientens almene tilstand ikke muligt at påbegynde strålebehandling før 6 dage tidligere end den dato, hvor behandlingen faktisk blev påbegyndt. Det ville dog ikke med overvejende sandsynlighed have ændret på forløbet eller patientens statistiske overlevelsesprognose, hvis behandlingen var blevet påbegyndt 6 uger tidligere.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1030/ 07-2205	82	M	Sygehus	Lymfe	Operation + strålebehandling	5 dage + 4 dage			Død
Afvist: Det var Patientforsikringens opfattelse, at optimal behandling havde tilsagt, at den palliative strålebehandling var blevet iværksat i august 2006, og at patienten herved med overvejende sandsynlighed kunne have været smertelindret i de sidste dage af sit liv. Patientskaden kunne dog ikke udløse erstatning på mindst 10.000 kr. svarende til lovens undergrænse.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1126/ 07-1127	54	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse + operation	3 uger + 2 uger			
Afvist: Patientforsikringen har fundet det overvejende sandsynligt, at der allerede var spredning af patientens sygdom i maj måned 2006. Det har derfor ikke med overvejende sandsynlighed haft indflydelse på behandlingen og patientens statistiske overlevelsesprognose, at reglerne om maksimale ventetider ikke blev overholdt. <i>Sagen er dog anerkendt for så vidt angår den forudgående behandling hos egen læge (07-0980), da denne burde have fået mistanke om prostatacancer tidligere. Dette falder dog uden for ventetidsreglerne.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1146	73	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse	3 dage			Død
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen havde patienten allerede metastaserende lungekræft ved røntgenundersøgelsen den 10. december 2002. Det vurderes på den baggrund, at der var tale om en uhelebrekelig sygdom, og at det ikke ville have ændret på forløbet eller patientens statistiske overlevelsesprognose, hvis undersøgelsen den 16. januar 2003 var blevet foretaget 3 dage tidligere</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1285/ 07-2988	70	M	Sygehus	Modermærke	Operation + strålebehandling	5 dage + 5dage			Død
<p>Afvist: Det er Patientforsikringens vurdering, at det ikke med overvejende sandsynlighed havde ændret på forløbet eller prognosen, hvis behandlingen var blevet påbegyndt rettidigt. Der var i øvrigt tale om en meget ondartet kræftsvulst, som, sammenholdt med patientens alder og hans neurologiske udfald ved diagnosticeringen af sygdommen, selv ved rettidig behandling havde en yderst dårlig overlevelsesprognose.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1286	57	M	Sygehus	Lunge	Forundersøgelse	3 uger			Død
<p>Afvist: Patientforsikringen har ved sin vurdering lagt vægt på, at selvom man havde foretaget operation af patientens lungekræft allerede i starten af september måned 2005, ville dette med overvejende sandsynlighed ikke have ændret på patientens statistiske overlevelsesprognose eller sygdomsforløbet i øvrigt. Dette set i lyset af, at man ved operationen den 26. september 2005 konstaterede multiple over 1 cm store metastaser.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræft type	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1317	60	K	Sygehus	Livmoderhals	Strålebehandling	5 dage			
Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på patientens statistiske overlevelsesprognose eller selve behandlingen, at strålebehandlingen blev påbegyndt 5 dage for sent.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1362/ 07-2751	76	M	Sygehus	Blære	Operation + strålebehandling + kemoterapi	2 uger + 5 uger + 2 uger			Død
Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at det ikke med overvejende sandsynlighed havde ændret på forløbet eller prognose, hvis behandlingen var blevet påbegyndt rettidigt. Der var i øvrigt tale om en meget aggressiv blærekræft, som med overvejende sandsynlighed allerede var metastaserende nogle måneder før behandlingsforsinkelsen.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1377	49	M	Sygehus	Tunge					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1509	78	M	Sygehus	Spiserør					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1516	67	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse	9 dage			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1531	68	M	Sygehus	Kæbe					Død
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1585/ 07-3834	71	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	3 uger			
Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskridelsen af reglerne om maksimale ventetider ikke med overvejende sandsynlighed påvirket patientens behandlingsforløb, idet overskridelsen alene må antages at have medført en øget risiko for lokalrecidiv på 0,7 %, og idet en eventuel påvirkning af den statistiske overlevelsesprognose vil være endnu mindre.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1597	51	M	Sygehus	Lunge	Forundersøgelse	Ingen			Død
Anerkendt: Optimal behandling havde tilsagt, at henvisningen fra skadestuen til røntgenundersøgelse af lungerne på mistanke om kræft var blevet fulgt op med en røntgenundersøgelse. Ved en tidligere diagnosticering af kræftsygdommen ville patienten have haft en bedre statistisk overlevelsesprognose. Sagen er således anerkendt, og der er ydet erstatning, men der er ikke sket overskridelse af ventetidsreglerne.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1649/ 07-0097	52	K	Sygehus	Lever	Forundersøgelse + kemoterapi + eksperimentel kemoterapi	2,5 uger + 2 uger			Død
<p>Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at overskridelsen af ventetidsreglerne ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på patientens statistiske overlevelsesprognose. Der var tale om en såkaldt Klatskin tumor med spredning, hvilket indebærer, at der var tale om en inoperabel og meget alvorlig kræftsygdom med en dårlig prognose. I øvrigt er eksperimentel kemoterapi ikke omfattet af ventetidsreglerne. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i></p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1663	59	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse	5 dage			Død
<p>Afvist: Patientforsikringen har vurderet, at overskridelsen af ventetidsreglerne ikke med overvejende sandsynlighed har haft indflydelse på behandlingens omfang og patientens statistiske overlevelsesprognose.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1712/ 06-4856	71	K	Sygehus	Hjerne	Operation + strålebehandling	1 uge + 1,5 uge			
<p>Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i></p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1775	33	K	Sygehus	Bryst	Forundersøgelse	9 uger	5 % mén	16.937 kr.	
<p>Anerkendt: Hvis man havde foretaget mammografi tidligere, ville patientens behandling med overvejende sandsynlighed være blevet påbegyndt tilsvarende tidligere, således at patienten havde undgået at få forringet overlevelsesprognosen. (Der skete desuden fejltolkning af mammografi på et andet sygehus. Erstatningen er derfor blevet fordelt mellem sygehusene.)</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1814	57	K	Sygehus	Bryst	Strålebehandling	1 dag			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. <i>Sagen er anket til Patientiskadeankenevnet.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1864	57	M	Sygehus	Kæbe	Forundersøgelse + operation	2 uger + 1 uge	10 % mén	18.067 kr.	Død
Anerkendt: Patientforsikringen har vurderet, at hvis man havde behandlet patienten rettidigt, ville han med overvejende sandsynlighed have undgået, at overlevelsesprognosen var blevet forringet. Der er derfor ydet godtgørelse for varigt mén. Patientforsikringen vurderede endvidere, at patienten med overvejende sandsynlighed ville have haft det samme behandlingsforløb og ville være afgået ved døden som følge af sin kræftsygdom, selvom behandlingen var blevet iværksat rettidigt. Der kunne derfor ikke ydes erstatning for dødsfaldet.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1878/ 07-0504	67	K	Sygehus	Tunge	Operation	5 dage			Død
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1915	81	M	Sygehus	Lunge					Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-1978/ 07-1982	55	K	Sygehus	Mundhule					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2115	62	M	Sygehus	Hals	Forundersøgelse + strålebehandling	4 dage + 3 uger			
<p>Afvist: Det var ikke muligt at henvise patienten til behandling et andet sted i Danmark inden for de maksimale ventetider. 1 uge før udløbet af fristen for påbegyndelse af strålebehandling fik patienten på egen foranledning foretaget en undersøgelse i Østerg, hvor man vurderede, at det ikke var nødvendigt at påbegynde behandling tidligere end planlagt. Patientforsikringen vurderede derfor, at patienten ikke med overvejende sandsynlighed ville være blevet tilbudt behandling tidligere, hvis man havde foretaget indberetning til Sundhedsstyrelsen tidligere, og hvis styrelsen herefter havde medvirket til at undersøge mulighederne for at henvise patienten til behandling i udlandet.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2125	55	K	Sygehus	Bryst	Forundersøgelse + kemoterapi + strålebehandling	4 dage + 5 dage + 11 dage.			
<p>Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskruidelsen ikke med overvejende sandsynlighed påvirket forløbet eller patientens statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.</p>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2146	65	K	Sygehus	Lunge		Ingen			Død
Afvist: Reglerne vedrørende maksimale ventetider vurderes at være overholdt. Selvom Sundhedsstyrelsen havde henvist patienten til behandling i udlandet, ville dette ikke med overvejende sandsynlighed have ændret på hendes statistiske overlevelsesprognose eller sygdomsforløbet i øvrigt.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2155	58	K	Sygehus	Lever	Eksperimentel kemoterapi	Ikke omfattet af ventetidsreglerne			Død
Afvist: Patientens dødsfald skyldes grundsygdommen i form af uhelelig leverkræft. Ventetidsreglerne gælder ikke for eksperimentel kemoterapi.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2267/ 07-1249	66	M	Sygehus	Prostata	Forundersøgelse + strålebehandling	1 uge + 9 uger			
Afvist: Forsinkelsen har ikke påvirket behandlingen eller overlevelsesprognosen i negativ retning. Patientens PSA indikerede, at der var spredning af sygdommen til lymfeknuder uden for strålebehandlingsfeltet. Der var desuden tale om Gleason score 6, hvilket er en langsomt udviklende sygdom. <i>Sagen er anket til Patientskadeankenævnet.</i>									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2275	72	M	Sygehus	Mundhule	Strålebehandling	7½ uger	10 % mén	43.150 kr.	
Anerkendt: Ifølge speciallægevurderingen har behandlingsforsinkelsen medført en forringelse af patientens statistiske overlevelsesprognose på ca. 15 %.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2409	55	M	Sygehus	Lymfe					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2418/ 07-2208	59	K	Sundhedsstyrelsen	Bryst					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2522	50	M	Sygehus	Hals					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2558/ 07-1101	48	K	Sygehus	Lever	Kemoterapi	3 dage			Død
Afvist: Ifølge speciallægevurderingen ville en eventuel hurtigere behandling hverken have ændret patientens behandlingsforløb eller statistiske overlevelsesprognose.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2619/ 07-2722	50	K	Sygehus	Endetarm					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2707/ 07-3214	65	M	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Hals					Død
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-2797/ 07-2798	57	M	Sygehus	Hjerne					Død
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3103	56	K	Sygehus	Livmoderhals	Strålebehandling	16 dage			
Afvist: Ifølge speciallægevurderingen har overskridelsen hverken påvirket patientens behandling, risiko for recidiv eller statistiske overlevelsesprognose i negativ retning.									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3157/ 07-4436	43	M	Sygehus	Næsehule					Død
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3280	54	K	Sygehus	Bryst					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3557	72	K	Sygehus	Æggestokke					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3604	66	M	Sygehus	Spiserør					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-3657/ 07-3662	52	M	Sundhedsstyrelsen + sygehus	Mandler					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-4051/ 07-2418	59	K	Sygehus + Sundhedsstyrelsen	Bryst					
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-4512	40	M	Sygehus	Hjerne					Død Bero
Ikke afgjort									

Sag	Alder	Køn	Skadevolder	Kræfttype	Behandling	Forsinkelse	Erstatningstype	Beløb	Status
07-5465	33	K	Sygehus	Bryst					
Ikke afgjort									

BILAG C

klare en fuldtidsstilling. Han fik derfor et flexjob som hjemmavejleder i en kommune med en arbejdstid på 28 timer om ugen i et nedsat arbejdstempo, således at arbejdsindsatsen svarede til cirka halvdelen af den normale arbejdsindsats i et 37 timers job. A oppebar i flexjobbet en højere løn end forud for patientskaden.

Patientforsikringen fandt, at A havde lidt et erhvervsevnetab på 25 % som følge af patientskaden.

Patientskadeankenævnet fandt, at patientskaden havde medført et erhvervsevnetab på 50 %. Der blev ved vurderingen lagt vægt på, at patientskaden havde medført erhvervsmæssige begrænsninger svarende til et erhvervsevnetab på 50 %, selvom A ikke aktuelt havde en lønmedgang. Nævnet lagde i den forbindelse vægt på, at der i jobbet var indlagt skånehensyn, og at A ikke kunne forventes at bestride et normalt arbejde på fuld tid. Såfremt A skulle bestride et job uden for flexordningen, ville han formodentlig have en lønmedgang på cirka 50 %.

J.nr. 1999-00-609: Ikke ubetydelig usikkerhed om fremtidig arbejdsevne.

En 50-årig kvinde (A) blev ved en operation af venstre storetå påført en skade i form af forøgede gener, herunder blandt andet nedsat bevægelighed og konstante smerter. Skaden blev anerkendt efter § 2, stk. 1, nr. 1. Forud for patientskaden arbejde A som sygeplejerske 30 timer om ugen på et offentligt sygehus. Efter patientskaden blev hun ansat i et flexjob samme sted, således at hendes reelle arbejdstid kun var på 22 timer om ugen, idet kommunen via løntilskuddet betalte for de sidste 8 timer.

Patientforsikringen fandt, at A's erhvervsevne var nedsat med mindre end 15 % som følge af patientskaden.

Patientskadeankenævnet fandt, at A som følge af patientskaden var påført et erhvervsevnetab på 40 %. Nævnet lagde ved vurderingen vægt på, at A's reelle arbejdstid kun var 22 timer om ugen, og at hun havde måttet opgive at bestride et mindre bijob i hjemmehjælpen. Nævnet lagde endvidere vægt på, at der måtte antages at være en ikke ubetydelig usikkerhed om, hvorvidt A ville kunne bestride flexjobbet på længere sigt. Endelig var det nævnets vurdering, at en del af erhvervsevnetabet måtte tilskrives grundlidelser.

J.nr. 2000-00-821: Kun 18½ times effektivt arbejde ugentligt, men forudbestående arbejdshindrende gener.

En 48-årig mand (A) blev i forbindelse med en hofteoperation påført en infektion, der medførte behov for flere reoperationer. Skaden anerkendtes efter patientforsikringslovens § 2, stk. 1, nr. 4. A var udlært bager, men havde haft en løs tilknytning til arbejdsmarkedet med mange syge- og arbejdsløshedspårer, og man havde allerede forud for patientskaden overvejet at iværksætte revalidering. A fik efter patientskaden indtræden et flexjob som pedelmedhjælper. Der blev ydet halvt løntilskud fra kommunen, således at den effektive arbejdstid var på 18½ time om ugen.

Patientforsikringen fandt, at A's erhvervsevne var nedsat med mindre end 15 % som følge af patientskaden.

Patientskadeankenævnet fandt, at A som følge af patientskaden var påført et erhvervsevnetab på 20 %. Nævnet lagde ved vurderingen vægt på, at A's reelle arbejdstid kun var på 18½ time, hvorfor hans samlede erhvervsevnetab svarede til 50 %. Nævnet fandt imidlertid, at der var betydelige forudbestående arbejdshindrende gener, således at A's overgang til flexjob kun i et vist omfang kunne tilskrives patientskaden. Der blev i den forbindelse lagt vægt på, at A udover generne som følge af den anerkendte patientskade, havde slidtgener i den anden hofte, venstre knæ, ryggen og begge skuldre samt føleforstyrrelser i fingre og fødder.

7.2 Forsinket diagnose af kræft, varigt mén

Hvis der ikke er blevet stillet en rigtig diagnose af patientens sygdom, eller at diagnosen er blevet stillet for sent, kan der efter patientforsikringslovens § 3, stk. 1, ydes erstatning i to situationer:

— Hvis en erfaren specialist på det pågældende område under de i øvrigt givne forhold ville have handlet anderledes ved undersøgelse, behandling eller lignende (jf. § 2, stk. 1, nr. 1). Det er en betingelse, at skaden med overvejende sandsynlighed dermed ville være undgået. Det er derimod ikke en betingelse, at der er begået

fejl af lægen eller andre i forbindelse med undersøgelsen eller behandlingen.

- Hvis skaden skyldes fejl eller svigt i teknisk apparatur, redskaber eller andet udstyr, der anvendes ved eller i forbindelse med undersøgelse, behandling eller lignende (jf. § 2, stk. 1, nr. 2).

Det er efter patientforsikringsloven en betingelse, at der ved behandling eller undersøgelse er blevet påført patienten en fysisk skade. Det er endvidere en betingelse, at den fysiske skade med overvejende sandsynlighed er en følge af den foretagne behandling eller undersøgelse og ikke skyldes patientens grundsygdom (§ 1, stk. 1, jf. § 2, stk. 1).

I sager, hvor der er sket en forsinket diagnose af kræft, skal der således være sket en fysisk skade som følge af forsinkelsen af diagnosen. Den fysiske skade kan i dette tilfælde være, at kræftsygdommen i forsinkelsesperioden har udviklet sig i et sådant omfang, at behandlingen bliver mere omfattende, end den ville have været, hvis man havde diagnosticeret sygdommen rettidigt.

Hvis behandlingen for kræftsygdommen fortsat er den samme, som hvis diagnosen var blevet stillet rettidigt, men prognosen statistisk er blevet forringet, kan der efter Patientskadeankenævnets praksis ydes godtgørelse for op til 10 procent mén for den psykiske belastning ved bevidstheden om, at prognosen for at overleve sygdommen statistisk er blevet forringet. Der ydes efter praksis godtgørelse for 5 procent mén, hvis prognosen statistisk er forringet og 10 procent i godtgørelse, hvis prognosen er væsentligt forringet. Der er ikke grundlag for at yde godtgørelse, hvis prognosen ikke eller kun ubetydeligt er forringet som følge af forsinkelsen af diagnosen.

I tilfælde, hvor prognosen er blevet væsentligt forringet, og behandlingen også er mere omfattende som følge af den forsinkede diagnosticering, er der ud over den nævnte godtgørelse for den psykiske belastning ved bevidstheden herom også mulighed for at yde godtgørelse som følge af den mere omfattende behandling, f.eks. tab af et bryst, kemoterapi m.v., idet sådanne forhold udgør fysisk skade, jf. § 1, stk. 1, i loven.

Ved vurderingen af en eventuel prognoseforringelse lægger Patient-skadeankenævnet vægt på beskrivelsen af tumor, spredning samt dansk statistisk materiale vedrørende prognose for de konkrete kræftsygdomme.

J.nr. 2001-00-240: Forringet prognose – samme behandling.

En 41-årig kvinde fik foretaget en mammografiundersøgelse efter at have følt en knude i venstre bryst. Undersøgelsen viste svære vævsforandringer (fibroadenomatose) samt et område med tydelige suspekterede mikrofokalknuder. Man henviste herefter kvinden til biopsitagninger. Under 2 uger senere foretog man pinning af de suspekterede mikrofokalknuder og tog en biopsi, som viste fibroadenomatose. I undersøgelsesrapporten fra patologisk afdeling var det specifikt anført, at der ikke var histologiske holdepunkter for ondartet proces (malignitet). Efter henvisning fra egen læge 4 måneder senere foretog man på ny mammografi, som viste fibroadenomatose, og at de fleste mikrofokalknuder var blevet fjernet ved den tidligere biopsi. I efterfølgende udviklede der sig en knude under arret på det sted, hvor biopsien var taget, og egen læge henviste ca. 11 måneder senere igen til fornyet mammografi. Denne mammografi gav mistanke om malignitet. Fin-nålsbiopsi viste kræftceller. Man fjernede herefter venstre bryst og lymfeknuder fra armhulen. Der var ikke spredning til lymfeknuderne, og man behandlede kvinden med kemoterapi.

Patientforsikringen fandt, at kvinden med overvejende sandsynlighed ikke var blevet påført en fysisk skade som følge af behandlingen.

Patient-skadeankenævnet ændrede denne afgørelse, idet nævnet fandt, at den anden undersøgelse ikke var i overensstemmelse med bedste specialliststandard. Sagen blev herefter oversendt til Patientforsikringen til fastsættelse af erstatningens størrelse.

Patientforsikringen fandt, at kvinden ikke var berettiget til erstatning, idet den samlede erstatningssum ikke oversteg 10.000 kr., jf. patientforsikringslovens § 5, stk. 2.

Patient-skadeankenævnet ændrede denne afgørelse således, at kvinden var berettiget til et varigt mén på 5 procent som følge af den psykiske belastning forbundet med bevidstheden om, at prognosen med overvejende sandsynlighed var blevet forringet som følge af forsin-

kelsen af den stillede diagnose. Prognosen vurderedes dog at være særdeles god uanset forsinkelsen.

J.nr. 2001-00-528: Ikke forringet prognose som følge af diagnoseforsinkelse.

En 55-årig kvinde blev henvist til undersøgelse på grund af mistanke om kræft i halsen. En ultralydsundersøgelse og en kikkertundersøgelse viste normale forhold, og man tog biopsier, som viste normale forhold. Scintigrafi af skjoldbruskkirtlen viste også normale forhold. En måned senere henvendte kvinden sig på et andet sygehus, som foretog endnu en ultralydsscanning og finnålsbiopsi. Scanningen var normal, men biopsierne gav mistanke om kræft. Ved operation ca. 1 måned senere fik kvinden fjernet venstre mandel. Det viste sig, at der var kræft i mandlen med spredning til 2 glandler på halsen, og kvinden blev herefter henvist til strålebehandling.

Patientforsikringen fandt, at der var sket en forsinket diagnose af kræftsygdommen, idet man burde have iværksat yderligere undersøgelser på tidspunktet for den anden henvendelse til det andet sygehus. Man tilkendte erstatning for tabt arbejdsfortjeneste og godtgørelse for svie og smerte i forsinkelsesperioden svarende til 22 dage. Man fandt ikke grundlag for tilkendelse af godtgørelse for varigt mén, idet prognosen ikke var blevet forringet som følge af forsinkelsen.

Patientskadeankenævnet fandt, at man allerede i slutningen af forløbet efter den første henvendelse burde have iværksat yderligere undersøgelser og fandt, at diagnosetilfælde var forsinket med i alt 51 dage. Nævnet tilkendte herefter kvinden yderligere godtgørelse for svie og smerte. Der var ikke grundlag for yderligere erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, da kvinden i den første periode ikke havde været sygemeldt fra sit arbejde. Nævnet fandt ligesom Patientforsikringen, at der ikke var grundlag for fastsættelse af varigt mén, da prognosen med overvejende sandsynlighed ikke var blevet påvirket af den forsinkede diagnose.

J.nr. 2000-00-634: Forringet prognose, samme behandling.

En 47-årig kvinde fik foretaget mammografi, efter hun havde haft tiltagende ømhed og hævelse af højre bryst. Ved mammografien sås sammenholdt med en undersøgelse 8 år tidligere, at der nu var betydelige vævsforandringer, som blev tolket, som de forandringer der kom-

mer i løbet af cyklus hos kvinder i den fertile alder (fibroadenomatose). Der var ingen tegn på ondartede fortætninger. Der sås enkelte spredte mikroforkalkninger i højre bryst, og ultralyd viste flere op til 1½ cm i diameter store cyster i højre bryst. Man tog ikke nogen vævsprøve og konkluderede, at der ikke var tegn på kræft i brystet. Ca. 2½ måned senere blev kvinden undersøgt igen på grund af forøgede gener. Ved undersøgelsen konstaterede man en 2 x 2 cm velafgrænset knude i højre bryst, og en vævsprøve viste, at det var kræft. Kvinden fik fjernet brystet, og efterfølgende histologisvar viste, at der var metastaser i samtlige kirtler.

Patientforsikringen fandt, at kvinden ikke var blevet påført en fysisk skade i henhold til patientforsikringslovens § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, idet man fandt, at forsinkelsen i diagnosticeringen ikke havde betydning for behandlingsforløbet og prognosen for sygdommen.

Patientskadeankenævnet ændrede afgørelsen efter patientforsikringslovens § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, idet man fandt, at kvindens prognose med overvejende sandsynlighed var blevet væsentligt forringet, da tumor i perioden var vokset betydeligt, og da det drejede sig om en særdeles ondartet svulst. Nævnet fandt, at selvom kræftknuden var blevet opdaget ved den første undersøgelse, ville man have foretaget samme behandling som ved operationen efter den anden undersøgelse, og de fysiske gener og mén på grund af behandlingen ville derfor have været de samme. Det blev bemærket, at forringelsen af den statistiske overlevelseschance ikke er en fysisk skade, der kan ydes erstatning for. Nævnet valgte ved samme afgørelse at tilkende kvinden en skønsmæssig godtgørelse på 10 procent i varigt mén som følge af den psykiske belastning.

J.nr. 2000-00-219: Forringet prognose, mere omfattende behandling.

En 68-årig mand fik fjernet hæmoroïder flere gange på grund af blødning fra endetarmen. På grund af gentagen blødning fra endetarmen blev han indlagt med henblik på nærmere undersøgelser. Man foretog undersøgelse af mavesækken (gastroskopi) og tarmen (koloskopi). Undersøgelserne gav ingen forklaring på tarmlbødningerne, og han blev udskrevet og forløbet afsluttet. 8 måneder senere blev han på ny henvist til undersøgelser på grund af fortsat blødning fra endetarmen. Ved undersøgelse af endetarmen (rectoskopi) fandt man let

irritation af slimhinden, men man foretog ikke yderligere undersøgelse. Ved kontrol ca. 4 måneder senere i anden anledning klagede patienten over vekslende afføring og tarmlidning. Ved en røntgenundersøgelse af tyktarmen fandt man tegn på en tumor på overgangen til den S-formende del. Efter nærmere undersøgelser konstaterede man, at det var en kræftsvulst, og man fjernede den ved operation. Der blev efterfølgende iværksat kemoterapi.

Patientforsikringen fandt, at der var ansvarsgrundlag efter patientforsikringslovens § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 1, nr. 1, idet man ved genhenvisningen burde have iværksat yderligere undersøgelser. Man fandt samtidig grundlag for godtgørelse for svie og smerte samt 10 procent i varigt mén, da prognosen var forringet, og behandlingen var mere omfattende end ved en rettidig diagnosticering.

Patientskadeankendevnet fandt, at optimal behandling havde tilsagt, at man allerede i forbindelse med den første indlæggelse havde iværksat yderligere undersøgelser, hvorfor den erstatningsberettigende periode blev forlænget, og der var grundlag for yderligere godtgørelse for svie og smerte som følge af patientskaden. Nævnet tiltrådte, at der var et varigt mén på 10 procent for den psykiske belastning, som bevidstheden om den forringede prognose medførte, samt da behandlingen med kemoterapi med overvejende sandsynlighed kunne have været undgået med en rettidig diagnosticering. Nævnet fandt efter indhentelse af yderligere undersøgelser, at der ikke var grundlag for yderligere varigt mén som følge af kemoterapibehandlingen, da der alene havde været forbigående gener heraf.

J.nr. 2001-00-029: Ikke forringet prognose, samme behandling.

En 59-årig kvinde havde gennem nogle år lidt af gentagne blærebetændelser. Hun blev henvist til nærmere undersøgelser, da der begyndte at komme blod i urinen. Man foretog røntgenundersøgelse af urinvejene og fik mistanke om nyresten i venstre side af det lille bæcken. Ved en kikkertoperation ville man fjerne stenen, men den kunne ikke genfindes. Man fandt normale forhold. Kvinden havde herefter smerter, og man foretog en røntgenundersøgelse, som viste sten i urinlederen, og hun blev henvist til et andet sygehus til nærmere udredning. Ved disse undersøgelser fandt man en ca. 5 cm stor kræftsvulst i blæren. Man fjernede lymfeknuder fra området, og da der ikke

var tegn på spredning af sygdommen, fjernede man blæren og lavede en såkaldt Brickerblære.

Patientforsikringen fandt, at der var sket en forsinket diagnosticering af kræft i blæren.

Patientskadeankendevnet fandt, at man ved kikkertundersøgelsen burde have konstateret tumoren. Nævnet fandt, at prognosen som følge af diagnoseforsinkelsen ikke var blevet forringet, og at kvinden skulle have anlagt Brickerblære, uanset om diagnosen var blevet stillet rettidigt. Der var herefter ikke grundlag for varigt mén som følge af patientskaden.

7.3 Arv af krav på godtgørelse, EAL § 18, stk. 2

Efter EAL § 18, stk. 2, falder krav om godtgørelse for personskade i arv, når det er anerkendt eller gjort gældende ved sagsanlæg eller under en straffesag ved kravets fremsættelse i retten eller et anklageskrift eller en stævning, der er indleveret til retten.

Der er ikke regler om, hvornår erstatningsposterne tabt arbejdsfortjeneste, erhvervsevnetab og forsørgertab falder i arv, og man antager derfor, at disse poster falder i arv uden videre.

Ved lov nr. 35 af 21. januar 2003 om ændring af lov om erstatningsansvar og lov om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser, som er trådt i kraft den 23. januar 2003, er EAL § 18, stk. 2, ophævet. Godtgørelseskrav vil herefter som udgangspunkt falde i arv fra samme tidspunkt som krav på erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, erhvervsevnetab og forsørgertab, det vil sige uanset, om skadelidte inden sin død har gjort kravet gældende. Denne nye retstilstand for godtgørelseskrav har virkning for skader, der indtræder efter den 23. januar 2003.

For skader, der er indtrådt før den 23. januar 2003, gælder EAL § 18, stk. 2, fortsat.

BILAG D

**ERSTATNING EFTER PATIENTFORSIKRINGSLOVEN
FOR NEDSAT OVERLEVELSESSANDSYNLIGHED
AF
BO VON EYBEN
MAJ 1995**

Indholdsfortegnelse:

1. Problemstilling	1
2. Fremmed ret	3
2.1. USA	3
2.2. England	5
2.3. Canada	7
2.4. Sverige	8
3. Dansk ret	9
3.1. Følger af forsinkelsen, der kan erstattes	9
3.2. Godtgørelse for selve forringelsen af sandsynligheden for helbredelse eller overlevelse	10
3.3. Kausalitetsproblemet	12
3.3.1. Indholdet af kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng	13
3.3.2. Kan kravet til årsagssammenhæng modificeres?	17
3.3.3. Forholdsmæssig erstatning for formindsket overlevelseschance	18
4. Konklusion	20

Tak til professor Niels Keiding, Biostatistisk Afdeling, Københavns Universitet, for sagkyndig bistand især vedrørende fremstillingen under pkt. 3.3.1. Endvidere tak til Ulla Lockne, forsikrings-selskabet Folksam, for tilvejebringelse af oplysninger om praksis efter den svenske patientforsikringsordning.

1. Problemstilling

Dette notat omhandler spørgsmålet om, i hvilket omfang - og, i givet fald, på hvilken måde - erstatning kan ydes for den nedsættelse af sandsynligheden for patientens helbredelse eller overlevelse, som kan henføres til en mangelfuld diagnosticering af patientens sygdom (med særligt henblik på alvorlige kræftsygdomme). Det forudsættes i det følgende, at patienten eller dennes efterladte principielt er berettiget til erstatning på grundlag af reglen i patientforsikringslovens § 3, stk. 1, om skader som følge af, at der ikke blev stillet en rigtig diagnose. Af sammenhængen mellem § 3, stk. 1, og § 2 følger bl.a., at formuleringen "skade som følge af" i § 3, stk. 1, skal forstås i overensstemmelse med de almindelige krav til bevis for årsagssammenhæng, som opstilles i § 2, 1. pkt., dvs. et krav om "overvejende sandsynlighed", hvilket ifølge motiverne skal forstås således, at beviskravet er opfyldt, når blot der foreligger en minimal sandsynligheds- overvægt, altså (lidt) over 50% sandsynlighed.

Spørgsmålet er i første række, hvad dette krav til beviset for årsagssammenhæng indebærer i tilfælde, hvor det erstatningsbegrundende forhold er en manglende eller mangelfuld diagnosticering af patientens sygdom, som formindsker patientens chancer for helbredelse eller overlevelse. Spørgsmålet opstår i praksis især ved mangelfuld diagnosticering af kræftsygdomme, hvor sygdommen har udviklet sig i tiden, indtil den rigtige diagnose bliver stillet, således at forsinkelsen med iværksættelse af behandling har formindsket patientens sandsynlighed for at overleve sygdommen. Selv om der principielt opstår samme problemer i tilfælde, hvor der ikke er tale om formindsket sandsynlighed for overlevelse, men om formindsket sandsynlighed for helbredelse, vil hovedvægten blive lagt på de førstnævnte tilfælde. Den "skade", som den mangelfulde diagnosticering har medført, kan således siges at bestå i *forskellen* mellem den sandsynlighed for overlevelse, som patienten ville have haft, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret korrekt (med heraf følgende iværksættelse af optimal behandling), og den sandsynlighed for overlevelse, som patienten har på grundlag af det sygdomsbillede, der tegner sig på det tidspunkt, hvor den rigtige diagnose faktisk bliver stillet. Som betegnelser for disse to sandsynlighedsvurderinger anvendes i det følgende udtrykkene den "hypotetiske sandsynlighed" (for overlevelse), respektive den "faktiske sandsynlighed" (for overlevelse). Af hensyn til den principielle diskussion forudsættes det i det følgende, at begge sandsynlighedsvurderinger kan angives eksakt. I virkeligheden er denne forudsætning sjældent - eller aldrig - opfyldt, hvilket rejser spørgsmålet om betydningen af den usikkerhed, hvormed sandsynligheden for overlevelse kan angives; dette spørgsmål berøres nedenfor under pkt. 3.3.2.

Spørgsmålet er dels, om der kan ydes erstatning til *patienten selv*, principielt uafhængigt af, om patienten faktisk overlever (med den selvfølgelige modifikation, at der kan opstå spørgsmål, om erstatningskravet falder i arv, dersom patienten inden sagens afgørelse afgår ved døden - som følge af sygdommen eller af andre grunde). Dels er spørgsmålet, om der kan ydes erstat-

ning til *de efterlevende* (forsørgertabserstatning), hvis patienten faktisk dør af den sygdom, som ikke blev diagnosticeret korrekt. Problemstillingen er principielt helt forskellig i de to situationer:

For så vidt angår *patientens* ret til erstatning, opstår der principielt ingen særlige kausalitetsproblemer. Patienten er blevet påført en vis skade og kan utvivlsomt få erstatning for følgerne heraf i det omfang, de omfattes af erstatningsposterne i erstatningsansvarsloven og ikke rammes af de særlige begrænsninger i patientforsikringsloven. Dette rejser imidlertid to spørgsmål: Det første er, om en reduktion af overlevelsessandsynlighed er en skade af en sådan art, at den kan "rummes" i en af de erstatningsposter, som erstatningsansvarsloven hjemler. Det andet er, om det erstatningskrav, der i så fald ville opstå, udelukkes af patientforsikringslovens særlige krav om, at der skal foreligge en "fysisk" skade.

For så vidt angår *de efterlevendes* ret til (forsørgertabs)erstatning opstår der derimod særlige kausalitetsproblemer. Som nævnt forudsætter problemstillingen, at patienten faktisk dør af den pågældende sygdom, og spørgsmålet er derfor, om der er den fornødne årsagsforbindelse mellem den mangelfulde diagnosticering og dette dødsfald. Lovens krav hertil synes umiddelbart at føre til et krav om, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed skal være over 50%. Spørgsmålet er derfor for det første, om dette krav må fastholdes, eller - i benægtende fald - hvilken størrelsesorden den hypotetiske overlevelsessandsynlighed da skal have. Spørgsmålet er dernæst, i hvilket omfang der tillige må stilles krav til *omfanget* af reduktionen i overlevelsessandsynlighed. Hvis man f.eks. tænker sig, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er 51%, og den faktiske overlevelsessandsynlighed er 49%, kan det vel siges, at patienten med overvejende sandsynlighed ville have overlevet, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret korrekt, men det ville være absurd at hævde, at diagnosticeringsfejlen med overvejende sandsynlighed er årsag til dødsfaldet, når reduktionen i overlevelsessandsynlighed kun er 2 procentpoint (absolut bedømt) eller 4 % (relativt bedømt).

Dertil kommer spørgsmålet om, *hvordan* reduktionen i overlevelsessandsynlighed nærmere skal måles. Konventionelt anvendes en tidshorisont på 5 år, men dette er i og for sig udtryk for et arbitrært valg. Eftersom problemstillingen forudsætter, at patienten faktisk dør af sygdommen, kan man ikke se bort fra betydningen af, på hvilket tidspunkt dødsfaldet sker, idet forskellen mellem den hypotetiske og den faktiske overlevelsessandsynlighed kan stille sig vidt forskellig afhængigt af, hvilket punkt på overlevelseskurverne man hæfter sig ved. Som det vil fremgå, vil det typisk være således, at jo længere tid patienten faktisk overlever, jo mindre vil forskellen mellem den hypotetiske og den faktiske overlevelsessandsynlighed være - og jo mindre sandsynligt er det derfor, at dødsfaldet kan siges at være forårsaget af diagnosticeringsfejlen. Selve varigheden af overlevelsen kan således påvirke vurderingen af sandsynligheden for, at der er årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejlen og dødsfaldet.

Der findes ikke i dansk ret nogen praksis eller teori, der kan belyse disse problemer. Nogle henvisninger til behandlingen af emnet i forskellige retssystemer findes hos *D. Giesen: International Medical Malpractice Law* (1988) s. 166-168. Under pkt. 2 omhandles først de bidrag, der kan hentes fra fremmed ret, i første række amerikansk ret, hvor spørgsmålet om erstatning for "loss of a chance" er blevet behandlet ret indgående. I forlængelse heraf omtales nogle markante domstolsafgørelser om spørgsmålet fra England og Canada (der tillige belyser indstillingen i fransk ret). Til supplerung af dette materiale, som vedrører de almindelige erstatningsretlige regler, er der endvidere indhentet oplysninger om praksis i den svenske patientforsikringsordning. På dette grundlag behandles i pkt. 3 spørgsmålet om, i hvilket omfang der efter dansk ret må antages at kunne ydes erstatning i de nævnte situationer.

2. Fremmed ret

2.1. USA

Så vidt ses, blev spørgsmålet om erstatning for "mistede chancer" i (bl.a.) lægeansvarssager for første gang i amerikansk teori behandlet indgående i en artikel af *J. H. King* i *Yale Law Journal* 1981, vol. 90, s. 1353-1397 ("Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences"). Hans synspunkter er senere blevet fulgt op i artikler af *S. F. Brennwald* i *Catholic University Law Review* 1985, vol. 34, s. 747-790 ("Comment: Proving Causation in "Loss of Chance" Cases: A Proportional Approach"), og af *P. L. Andel* i *Pepperdine Law Review* 1985, vol. 12, s. 973-998 ("Medical Malpractice: The Right to Recover for the loss of a Chance of Survival"). Hovedsynspunktet hos alle tre forfattere er, at en reduceret overlevelsessandsynlighed (der kan henføres til et ansvarsbegrundende forhold i forbindelse med en læges - manglende - diagnosticering af sygdommen) må betragtes som "loss of a chance", der bør anerkendes som *en skade i sig selv*, der derfor må udløse en erstatning til *patienten* for det tab, som den mistede chance må vurderes til.

Baggrunden for denne opfattelse er, at man finder det både utilfredsstillende og unødvendigt at anlægge en almindelig erstatningsretlig kausalitetsvurdering, således at erstatning kun kan ydes i det omfang, *dødsfaldet* herefter kan siges at være forårsaget af diagnosticeringsfejlen. Udgangspunktet for kravene til bevis for kausalitet er i amerikansk ret traditionelt en såkaldt "but for"-prøve, der reelt er identisk med patientforsikringslovens krav om overvejende sandsynlighed ("more likely than not"). Dette medfører, at der ikke kan gives erstatning for følgerne af dødsfaldet, hvis den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var 50% eller derunder, men at der omvendt ydes fuld erstatning, hvis den oversteg 50%. Anvendelsen af det almindelige krav til kausalitet medfører således "alt eller intet"-løsninger, og det indebærer, at der savnes en erstat-

ningsretlig "sanktion" i alle tilfælde, hvor en lægelig fejl har frataget patienten en chance for overlevelse, der ikke passerer 50%-grænsen. Et tidligt eksempel herpå er en dom fra 1938 (*Kuhn v. Banker*, fra staten Ohio), hvor erstatning blev nægtet, da den hypotetiske overlevelsessandsynlighed kun var 35%; en afgørelse fra 1971 fra samme stat (*Cooper v. Sisters of Charity*) har fulgt samme synspunkt. Dette udelukker dog naturligvis ikke, at der kan ydes erstatning til patienten for den *forværring* af helbredstilstanden, som kan henføres til forsinkelsen med iværksættelse af behandling (f.eks. yderligere "pain and suffering"), eller for den *fremskyndelse* af dødsfaldet, der måtte kunne henføres hertil. I en afgørelse fra 1984 (*Evers v. Dollinger*, fra staten New Jersey) blev der således givet erstatning til en patient, for hvem en 7 måneders forsinkelse med diagnosticering af brystkræft medførte en væsentlig forøgelse af risikoen for recidiv med heraf følgende "mental and emotional distress".

De amerikanske domstole har da også reageret mod konsekvenserne af kausalitetsbetingelsen ved i nogle tilfælde at afsvække kravet, således at det kan være tilstrækkeligt, at den lægelige fejl fratog patienten "*a substantial possibility*" for overlevelse. Herved åbnes der således mulighed for, at dødsfaldserstatning kan ydes, selv om den hypotetiske overlevelsessandsynlighed ikke oversteg 50%. Da en stillingtagen til (bl.a.) spørgsmålet om kausalitet overlades til jury'er, betyder dette princip, at det tillades juryen at statuere årsagsforbindelse, selv om det ikke var overvejende sandsynligt, at patienten ville have overlevet, dersom diagnosticeringsfejlen ikke var blevet begået. Princippet er kommet til udtryk i adskillige domstolsafgørelser (f.eks. *Hicks v. United States* fra 1966, hvor det udtaltes, at når den lægelige fejl "effectively terminated a person's chance of survival", kunne lægen ikke herimod rejse spekulationer vedrørende størrelsen af patientens chancer, og *Jeanes v. Milner* fra 1970, hvor forsinkelse med diagnosticering af strubekræft havde medført, at sygdommen var progredieret fra fase 1 til fase 2, hvilket reducerede overlevelsessandsynligheden fra 35% til 24%; heller ikke i dette tilfælde kunne man på forhånd afskære juryen for at fastslå, at der var årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald). Den mest kendte af disse afgørelser er sagen *Herskovits v. Group Health Cooperative* (fra 1983, staten Washington), hvor erstatning blev tilkendt i et tilfælde, hvor 6 måneders forsinkelse med diagnosticering af lungekræft reducerede overlevelsessandsynligheden (baseret på et 5-års estimat) fra 39% til 25%. En anden metode til at slække på kravet til årsagsforbindelse har været en anvendelse af en særlig ansvarsregel - udtrykt i Restatement (Second) of Torts, sec. 323(a), om tilfælde, hvor nogen har påtaget sig at "render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or thing", hvor ansvar for "failure to exercise reasonable care to perform his undertaking" bl.a. kan indtræde, når dette "increases the risk of such harm". Denne regel er bl.a. blevet anvendt i sagen *Hamel v. Bashline* (fra 1966, staten Pennsylvania) om manglende diagnosticering af en hjerteinfarkt, hvor den

lægelige fejl havde forøget risikoen for patientens død; det måtte da overlades til juryen at vurdere, hvad der kunne være sket, hvis denne fejl ikke var blevet begået, og realiteten bliver da den samme som i de ovenfor nævnte sager, nemlig en vurdering af, om den forøgede risiko var en "substantial factor" i relation til dødsfaldet.

Også disse afgørelser kritiseres i de nævnte artikler. Det indvendes mod dem, at de gør det ganske uklart, hvor meget der skal til, for at der foreligger en *væsentlig* - men altså ikke nødvendigvis overvejende - sandsynlighed for overlevelse. Når domstolene accepterer en reduktion på kun 11 procentpoint (svarende til godt 30%, relativt bedømt) som tilstrækkelig (og muligvis endda ville kunne acceptere endnu mindre overlevelseschancer som tilstrækkelige), tømmer man kausalitetsbetingelsen for indhold, især når man samtidig fastholder "alt eller intet"-princippet.

Hovedsynspunktet er derfor, at domstolene i stedet for at manipulere med kravene til (bevis for) kausalitet bør indse, at den skade, som disse sager vedrører, ikke er dødsfaldet, men den mistede eller formindskede *chance for overlevelse*. Anerkender man dette, forsvinder nemlig kausalitetsproblemet, idet der ikke er nogen tvivl om (selv ud fra det traditionelle "more likely than not"-kriterium), at diagnosticeringsfejlen er årsag til *foringelsen* af overlevelsessandsynligheden. Dermed forsvinder også svaghederne ved "alt eller intet"-løsningen, idet erstatningen da må fastsættes ud fra en vurdering af "værdien" af den mistede chance for overlevelse. Principielt må chancen vurderes som en til sandsynligheden for overlevelse svarende del af "fuld erstatning" under tilsvarende omstændigheder. Hvis f.eks. den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var 40%, skal juryen således udmåle erstatningen som 40% af den erstatningsmæssige "værdi" af patientens liv, om denne havde overlevet. Eftersom erstatningen ikke er en erstatning for dødsfaldet eller følgerne heraf, er det principielt uden betydning for denne vurdering, om patienten faktisk overlever.

De tre forfattere erkender imidlertid, at der ikke kan påvises klare præjudikater i amerikansk ret for denne teori. I stedet argumenteres der for, at afgørelser om erstatning for "mistet chance" på andre områder bør tillægges betydning også for lægeansvarsområdet (f.eks. afgørelser om den såkaldte "man overboard"-situation, hvor folk på skibet undlader at komme den nødstedte til hjælp, men hvor der ikke er grundlag for at fastslå, at den pågældende med overvejende sandsynlighed kunne være blevet reddet). Desuden henvises til afgørelser om mistede lotterisedler og lign., jf. nedenfor om en berømt engelsk dom om en sådan situation.

2.2. England

I engelsk ret er udgangspunktet for kausalitetsvurderingen den samme "but for"-prøve som i

amerikansk ret med heraf følgende krav om, at det ansvarsbegrundende forhold med overvejende sandsynlighed ("on the balance of probabilities") skal være årsag til skadens indtræden, jf. f.eks. *B. S. Markesinis & S. F. Deakin: Tort Law* (1994) s. 260 ff (med omtale bl.a. af sagen *Barnett v. Chelsea*, hvor en patient, der havde pådraget sig en arsenikforgiftning, fik det råd af lægen, at han skulle gå hjem og drikke en kop te; han døde 5 timer senere, men erstatning blev nægtet, da det ansås for overvejende sandsynligt, at øjeblikkelig behandling ikke ville kunne have afværget dødsfaldet). Også i engelsk ret forekommer der eksempler på en vis - ikke nærmere defineret - slækkelse af kravet, f.eks. i afgørelsen *McGhee v. National Coal Board* (1972), hvor det fandtes tilstrækkeligt, at fejlen "materially increased the risk of injury".

En principiel stillingtagen til spørgsmålet om erstatning for en "mistet chance" for helbredelse kom imidlertid med opgørelsen i sagen *Hotson v. East Birkshire* (fra 1987). Sagen drejede sig således ikke om formindsket overlevelsessandsynlighed, men som nævnt indledningsvis er problemstillingen principielt den samme. Den vedrørte en dreng, der havde beskadiget hoften ved en faldulykke. På sygehuset undersøgte man imidlertid ikke hoften, men kun drengens knæ, og han blev sendt hjem med en bandage om knæet. Hofteskaden blev først opdaget 5 dage senere, da han påny henvendte sig på sygehuset. Der var ingen tvivl om, at sygehuset var ansvarligt for denne forsinkelse med iværksættelse af behandling. Hofteskaden medførte nedsat førlighed, men spørgsmålet var, om forsinkelsen havde haft nogen betydning for resultatet. I underrettens afgørelse blev det lagt til grund, at der selv ved korrekt diagnosticering og behandling havde været 75% sandsynlighed for, at hofteskaden ville få de følger, som den faktisk fik. Omvendt udtrykt havde den lægelige fejl altså frataget patienten en 25% chance for at undgå disse følger. Retten fandt, at drengen var berettiget til erstatning herfor. En "fuld" erstatning for hofteskaden blev vurderet til £ 46.000 og retten tilkendte herefter en erstatning på 25% heraf, dvs. £ 11.500. Desuden blev han tilkendt et mindre beløb for de ekstra smerter og gener, der kunne henføres til, at behandlingen blev iværksat 5 dage for sent. Appelretten stadfæstede dommen, idet den bl.a. udtalte: "As a matter of common sense, it is unjust that there should be no liability for failure to treat a patient, simply because the chances of a successful cure by that treatment were less than 50%" - altså en betragtning, der nøje svarer til den, som blev gjort gældende i amerikansk teori.

Afgørelsen blev imidlertid underkendt i House of Lords. Det blev her fastslået, at kausalitetsbetingelsen *skal* være opfyldt, før der opstår noget spørgsmål om udmåling af erstatning for skaden. Underinstansens afgørelse var i realiteten udtryk for, at man foretog en erstatningsudmåling, selv om man ikke først havde statueret, at kausalitetsbetingelsen var opfyldt. Der må således fastholdes et krav om, at forsinkelsen med iværksættelse af behandling "on a balance of probabilities was at least a material contributory cause", og bevis herfor var ikke ført i det

konkrete tilfælde. Dommerne fremhævede den usikkerhed, der ville opstå, hvis man ikke fastholdt dette krav, og henviste desuden til de udmålingsproblemer, der som en konsekvens ville opstå i de tilfælde, hvor kausalitetsbetingelsen er opfyldt; dette - væsentlige - punkt tages op nedenfor pkt. 3.3.3.

I dommen tages der således implicit afstand fra teorien om (forholdsmæssig) erstatning for en "mistet chance", om end nogle af dommerne tilføjede, at de ikke hermed tog stilling til, om der overhovedet kunne tænkes at være tilfælde indenfor lægeansvarsområdet, hvor teorien herom kunne tillægges betydning. Som "analogi" for en anvendelse af teorien påberåbtes navnlig dommen *Chaplin v. Hicks* (fra 1911), hvor en deltager i en konkurrence, hvis vinder fik en indbringende skuespillerkontrakt, på grund af en fejl ikke fik besked om, at hun havde kvalificeret sig til semifinalerunden; hun fik tilkendt en forholdsmæssig erstatning for den økonomiske værdi af den pågældende kontrakt, baseret på hendes - statistiske - chance for at vinde konkurrencen. Domstolen afviste imidlertid denne analogislutning, især under henvisning til, at den tidligere sag vedrørte et kontraktsmæssig forhold, hvor chancen for at vinde havde en klar økonomisk værdi.

2.3. Canada

En principiel stillingtagen til teorien om erstatning for "mistet chance" i en lægeansvarssag foreligger i en canadisk højesteretsdom fra 1991 (*Lawson v. Lafférière*; dommen er kort omtalt i *Medical Law Review* 1993 s. 124-126). Sagen drejede sig om en kvinde, som i 1971 fik fjernet en knude i brystet; undersøgelser heraf viste, at det drejede sig om brystkræft, men patienten blev ikke informeret herom, og lægen iværksatte ingen behandling i den anledning. I 1975 fik patienten flere symptomer på sygdommen og søgte behandling hos en anden læge, som fandt frem til diagnosen fra 1971 og informerede hende herom. Sygdommen var da progredieret, og selv om behandling nu blev iværksat, kunne det ikke forhindre, at hun i 1978 døde af sygdommen. Underrettsdommeren vurderede de behandlingsmuligheder, som ville have stået til rådighed i 1971 (rækkende fra fjernelse af hele brystet og efterfølgende røntgenbehandling til kun fjernelse af kræftknuden), og konkluderede, at patientens chance for overlevelse ikke i så fald ville have været større, hvorfor erstatning blev nægtet.

Appelretten fastslog derimod, at den manglende information til patienten havde frataget hende muligheden for at modtage korrekt behandling, og at hun derfor havde ret til erstatning for den chance for overlevelse (eller - måske - helbredelse), som behandling ville have givet hende. Dommen indeholder ikke oplysninger om størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed, men appelrettens udmåling af erstatningen, der skulle afspejle sandsynligheden for, at

rettidigt iværksat behandling ville have lykkedes, antyder, at muligheden ikke blev anset for stor, og den mistede chance blev vurderet til \$ 50.000. Dommen bygger på retstilstanden i Quebec, der er påvirket af *fransk ret*, hvor der findes eksempler på, at erstatning er blevet givet for en mistet chance, også i lægeansvarssager, hvis den pågældende chance kunne betegnes som "real and serious".¹

Højesteretsdommen indeholder en meget udførlig gennemgang af navnlig den teoretiske behandling af spørgsmålet i fransk (og belgisk) ret. Det fremgår heraf, at der er stor uenighed om teorien og - især - om dens anvendelighed på det foreliggende problem, ligesom det er usikkert, hvilke krav der stilles til størrelsen af den mistede chance. Bortset fra en enkelt dommer forkastede den canadiske højesteret imidlertid anvendelsen af denne teori i lægeretlig sammenhæng og fastslog derfor, at et erstatningskrav måtte forudsætte, at den almindelige kausalitetsbetingelse ("on the balance of probabilities") var opfyldt, hvilket ikke var bevist i den konkrete sag. Derimod tilkendtes der erstatning for den "psychological suffering", som skyldtes, at patienten først 4 år efter, at diagnosen var stillet, fik denne oplyst, og for den "better quality of life and greater comfort", som korrekt information og behandling (samt bevidstheden herom) ville have givet hende.

Dommen er således ganske på linie med den ovenfor nævnte engelske afgørelse i House of Lords. Den canadiske højesteret lagde dog mere vægt på den omstændighed, at den skade, som patienten havde mistet chancen for at undgå, rent faktisk var indtrådt. Betragtningen var den, at "chancen" - og den erstatningsmæssige vurdering af chancen som sådan - har udspillet sin rolle i det øjeblik, skaden er indtrådt (principielt på samme måde, som vurderingen af gevinstchancen ved en lotteriseddel mister sin relevans i det øjeblik, udfaldet af lodtrækningen kendes). Når skaden (dvs. dødsfaldet i den konkrete sag) er indtruffet, må en eventuel erstatning derfor gives for denne og ikke for den mistede eller forringede, teoretiske chance for at undgå den. Derfor må man fastholde almindelige krav til årsagsforbindelse mellem fejlen og denne skade.

2.4. Sverige

Der foreligger ikke fra den svenske patientforsikringsordning eksempler på en stillingtagen til spørgsmålet om erstatning for forringet overlevelsessandsynlighed som sådan. I de tilfælde, hvor man har måttet vurdere følgerne af en - i øvrigt - erstatningsberettigende diagnosticeringsfejl,

1. Det skal nævnes, at en kort kommentar af *E. Deutsch* i *Neue Juristische Wochenschrift* 1986 s. 1541 viser, at teorien ikke accepteres i tysk retspraksis; det anbefales her, at tysk ret skal følge fransk og engelsk ret, idet der herom henvises til *Hotson v. East Birkshire* - men kommentaren er skrevet før, House of Lords underkendte teorien.

har man anlagt en almindelig kausalitetsvurdering, der også her følger princippet om "overvejende sandsynlighed". Spørgsmålet er derfor i første række, om sygdomsforløbet med overvejende sandsynlighed er blevet påvirket af forsinkelsen af diagnosticering af sygdommen.

Som eksempel kan nævnes et tilfælde vedrørende kræft i tyktarmen, hvor diagnosen blev stillet 7 måneder for sent; bl.a. fordi det måtte antages, at der allerede forelå spredning af kræftsygdommen på det tidligere tidspunkt, blev det anset for overvejende sandsynligt, at sygdommen ville have haft samme forløb, selv om diagnosen var blevet stillet tidligere. Erstatning kunne derfor ikke gives for de aktuelle følger af sygdommen, men derimod fik patienten godtgørelse for svie og smerte for den 7 måneders periode, som forsinkelsen med iværksættelse af behandling udgjorde.

En aktuel sag, som er under behandling, vedrører 6 måneders forsinkelse med diagnosticering af brystkræft, hvor det - tilsvarende - blev vurderet, at der allerede forelå metastaser på det tidligere tidspunkt, således at det selv da næppe ville have været muligt at gennemføre en brystbevarende operation eller at undgå postoperativ kemoterapi. Imidlertid vurderes det, at forsinkelsen medførte mere omfattende kirurgisk indgreb end ellers (bl.a. tre operative indgreb i stedet for et) og mere omfattende behandling i øvrigt (kemoterapi m.v.), ligesom patientens prognose var blevet forværret. Invaliditetsgraden for de psykiske følger heraf er blevet vurderet til 25%, men det antages, at godtgørelse herfor næppe kan ydes på grund af forsikringsvilkårenes krav om, at der skal foreligge en fysisk (kropslig) skade.

Det er således klart, at erstatning kan ydes til patienten for økonomiske og ikke-økonomiske skadefølger i "forsinkelsesperioden" og for den forværring af tilstanden, som kan henføres til forsinkelsen, mens der i øvrigt til følgerne af sygdommen fastholdes et krav om, at den hypotetiske sandsynlighed for helbredelse eller overlevelse i hvert fald skal have oversteget 50%. Der foreligger tilsyneladende ikke eksempler på en stillingtagen til, hvordan kausalitetsbetingelsen i øvrigt skal opfyldes i tilfælde, hvor diagnosticeringsfejlen alene reducerer den hypotetiske overlevelsessandsynlighed fra lidt over 50% til en faktisk overlevelsessandsynlighed på lidt under 50%. Lægerne synes her at være utilbøjelige til at sætte præcise tal herpå.

3. Dansk ret

3.1. Følger af forsinkelsen, der kan erstattes

Det volder - ligesom i de omtalte eksempler fra fremmed ret - ingen problemer at fastslå, at erstatning kan ydes for alle følger af grundsygdommen for så vidt angår den periode, hvormed iværksættelse af behandling er blevet forsinket som følge af diagnosticeringsfejlen. En forudsætning herfor er dog naturligvis, at disse følger kan karakteriseres som en "merskade", dvs. at

erstatning kun kan ydes i det omfang, de går ud over de følger, som sygdommen ville have haft i den samme periode, dersom optimal behandling var blevet iværksat rettidigt; herunder går selvsagt også en vurdering af de følger, som selve behandlingen ville have haft i denne periode. Hvis man således må antage, at patienten - med overvejende sandsynlighed - ville have været mindre besværet af sygdommen og af behandlingen mod denne, end patienten faktisk har været som følge af den ubehandlede sygdom, kan der i samme udstrækning gives godtgørelse for svie og smerte (formentlig typisk efter den "lave" takst) og erstatning for tabt arbejdsfortjeneste samt for positive udgifter (f.eks. til undersøgelser og behandlinger, som ikke ville være blevet sat i værk, hvis diagnosen var blevet stillet korrekt). En merskade kan endvidere bestå i, at behandlingen som følge af forsinkelsen bliver mere omfattende eller indgribende, end den ellers ville have været, jf. f.eks. det nævnte brystkræft-eksempel fra svensk ret.

Der er heller ikke tvivl om, at erstatning kan ydes for fremtidige (varige) følger af grundsygdommen i det omfang, den aktuelle helbredstilstand varigt er blevet forringet i forhold til den, som patienten med overvejende sandsynlighed ville have haft ved rettidig diagnosticering og behandling. En sådan forværring (merskade) kan også være aktuel ved dødsfald, nemlig i det omfang forsinkelsen kan antages at have *fremskyndet* dødsfaldet, jf. *Bo von Eyben: Patientforsikring* (1993) s. 234 f. Det skal understreges, at dette intet har at gøre med spørgsmålet om erstatning for reduceret overlevelsessandsynlighed, idet den delvise erstatning, der kan gives ved "fremskyndet" dødsfald, ikke fremkommer som et resultat af en *diskontering* af fuld erstatning ud fra en vurdering af sandsynligheden for overlevelse, men ganske enkelt ud fra en vurdering af det antal år, hvormed diagnosticeringsfejlen - med overvejende sandsynlighed - har forkortet patientens liv.

3.2. Godtgørelse for selve forringelsen af sandsynligheden for helbredelse eller overlevelse

Reduceret overlevelsessandsynlighed som følge af en diagnosticeringsfejl er principielt en merskade. Nedenfor under pkt. 3.3. behandles kravene til årsagssammenhæng herimellem og et faktisk indtruffet dødsfald, og spørgsmålet om "forholdsmæssig" erstatning for (især) økonomisk tab kan ydes alene ud fra en sandsynlighedsvurdering, selv om kausalitetsbetingelsen ikke er opfyldt i relation til en (eventuelt) indtrådt skade. Uafhængigt af hvordan disse spørgsmål besvares, kan det spørgsmål rejses, om der kan ydes *godtgørelse til patienten* for de ikke-økonomiske følger af, at patientens overlevelsessandsynlighed er blevet forringet. Erstatningen knyttes da ikke til nogen aktuel eller potentiel skade, men derimod til følgerne af patientens *bevidsthed* om, at hans eller hendes udsigt til at overleve sygdommen er blevet formindsket. Som tidligere nævnt er problemstillingen principielt den samme som ved en mistet chance for helbredelse, og

ofte vil der formentlig være en tæt forbindelse mellem "chancerne" (f.eks. i tilfælde, hvor en af følgerne af forsinkelsen er en øget risiko for recidiv, og hvor denne risiko er hovedårsagen til, at overlevelsessandsynligheden er blevet formindsket). Men det er klart, at bevidstheden om en forhøjet dødsrisiko normalt vil være mere belastende end bevidstheden om, at man "blot" er gået glip af en vis chance for at opnå en højere grad af helbredelse end den, der faktisk blev opnået.

Da der i givet fald er tale om en varig, ikke-økonomisk følge, kan den kun kompenseres inden for rammerne af reglerne om godtgørelse for *varigt mén*. Adgang til at kræve godtgørelse herfor er uafhængig af, om der opstår følger af den art, som omtales under pkt. 3.1. Der er ingen tvivl om, at formindsket overlevelsessandsynlighed kan tillægges betydning ved fastsættelse af méngraden, således at der for så vidt kunne gives godtgørelse herfor efter *erstatningsansvarsloven*.² Méntabellen indeholder af gode grunde ingen angivelse af, hvordan disse tilfælde skal vurderes, men en vis vejledning kan hentes i oplysninger om vurderingen af kræftlidelser i almindelighed, jf. *Friis & Behn: Arbejdsskadeforsikringsloven* (2. udg., 1995) s. 374 f, hvoraf fremgår, at der ydes en mindre mén godtgørelse (ofte 8%) i tilfælde, hvor sygdommen tilsyneladende er behandlet med held, men hvor der er en kendt risiko for tilbagefald og derfor behov for tilbagevendende kontrol, samt at godtgørelsen kan forhøjes til 15%, hvis der er tale om en kræftform med stor risiko for tilbagefald. Hvis man derfor tænker sig, at følgerne af diagnosticeringsfejlen er en væsentlig forhøjelse af risikoen for recidiv (som "forklarer" forskellen mellem hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed), kunne ménet herved principielt sættes til *forskellen* mellem disse to tal.

Problemet er herefter, om godtgørelse herfor alligevel er udelukket på grund af *patientforsikringslovens* krav om, at der skal foreligge en "fysisk" skade. Skadefølgen er i disse tilfælde klart af *psykisk* karakter, jf. herved *Friis & Behn* *ibid.*, hvor den nævnte forhøjelse af méngraden henføres til den "yderligere psykiske belastning" samt tilsvarende de tidligere nævnte eksempler fra fremmed ret. Kravet om, at der skal foreligge en fysisk skade, udelukker imidlertid ikke, at erstatning (og godtgørelse) kan ydes for *psykiske følger* af en fysisk skade. Dette vil kunne være tilfældet, hvis der f.eks. er tale om den yderligere psykiske belastning, som følger af, at patienten skal gennemgå mere omfattende behandling mod en kræftlidelse som følge af forsinkelsen

2. Jf. tilsvarende fremhævelsen i en nylig svensk betænkning om "Ersättning för ideell skada vid personskada" (SOU 1995:33) s. 439 af muligheden for at yde godtgørelse for den uro for fremtidige skader, som kan opleves af den, der ved en ansvarsbegrundende handling er blevet udsat for en *risiko* for at blive ramt af sygdom (eller risiko for at blive smittet af HIV-virus), uanset om risikoen materialiserer sig.

med diagnosticering - men dette følger allerede af det under pkt. 3.1. anførte. Tilbage står spørgsmålet, om selve bevidstheden om en reduceret overlevelsessandsynlighed kan anses som en psykisk følge af en fysisk skade, idet problemet er, at der ikke foreligger en aktuelt indtrådt (fysisk) skade, men kun en *potentiel* (fysisk) skade i form af en (forhøjet) risiko herfor. Som nævnt under pkt. 2.4. anses dette ikke for at være tilfældet efter den svenske patientforsikring, jf. herved også eksemplet nævnt hos *Bo von Eyben: Patientforsikring* (1993) s. 184 om manglende erstatning for angsten ved risikoen for, at en indopereret kunstig hjerteklap skulle gå løs.

Efter min opfattelse må konklusionen for dansk rets vedkommende være den samme, men der *kan* argumenteres for en modsat konklusion. Der kan således navnlig henvises til, at kravet om en "fysisk" skade må fortolkes ud fra *formålet* med denne begrænsning, som næppe kan siges at "ramme" en situation som den foreliggende, og at det må forekomme mindre hensigtsmæssigt, at man måtte henvise patienten til at kræve godtgørelse for *denne* følge på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler (især når det må erkendes, at en diagnosticeringsfejl i patientforsikringslovens forstand typisk vil udgøre en culpøst forhold, således at grundlaget for et sådant erstatningskrav typisk er til stede). Det vil selvsagt også være vanskeligt at udskille denne følge fra sådanne andre (psykiske) følger, som patienten måtte være berettiget til at få (erstatning og) godtgørelse for i henhold til det under pkt. 3.1. anførte. Det må dog nok alligevel erkendes, at man "strækker" lovens og motivernes ord temmelig langt, hvis man anerkender, at godtgørelse kan ydes for de psykiske følger af en potentiel fysisk skade. Det bedste ville naturligvis være, om man helt fik fjernet kravet om en "fysisk" skade fra loven.

3.3. Kausalitetsproblemet

Som det fremgik af omtalen af fremmed ret rejser spørgsmålet om erstatning for forringet overlevelsessandsynlighed (udover den ovenfor nævnte mulighed for at yde godtgørelse for den psykiske belastning herved) i realiteten tre forskellige problemer: Det første er at fastlægge det nærmere indhold af kravet om "overvejende sandsynlighed" for årsagsforbindelse, når der foreligger en forringet overlevelsessandsynlighed, og patienten faktisk dør af sygdommen; dette spørgsmål behandles under pkt. 3.3.1. Dernæst behandles under pkt. 3.3.2. spørgsmålet, om der er nogen mulighed for at slække på det almindelige kausalitetskrav, og endelig behandles under pkt. 3.3.3. spørgsmålet, om der efter dansk ret kan ydes erstatning ud fra teorien om "mistet chance", dvs. en forholdsmæssig erstatning fastsat ud fra størrelsen af den reducerede overlevelsessandsynlighed, uafhængigt af den faktiske overlevelse.

3.3.1. Indholdet af kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng

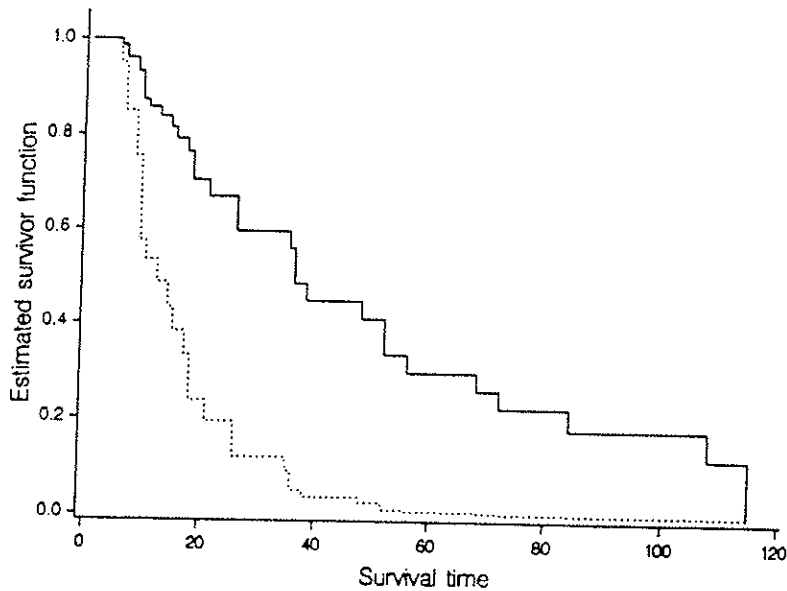
Som det er fremgået, er kravet til bevis for årsagssammenhæng i den danske patientforsikringslov principielt det samme som i de fremmede retssystemer, der omtales i afsnit 2. Spørgsmålet er derfor, hvilke betingelser en reduktion i overlevelsessandsynlighed skal opfylde, for at der kan anses at foreligge en overvejende sandsynlig årsagssammenhæng mellem en diagnosticeringsfejl og et dødsfald, der skyldes den sygdom, som fejlen vedrører.

Det fremgik endvidere, at man i fremmed ret ved besvarelsen af dette spørgsmål alene har interesseret sig for størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed (nemlig om den var over eller under 50%) og ikke for, hvilke krav der eventuelt tillige må stilles til forskellen mellem den hypotetiske og den faktiske overlevelsessandsynlighed. Kun *J. H. King* omtaler kort dette spørgsmål (*Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, s. 1378 note 85), hvor han som eksempel nævner et (tænkt) tilfælde, hvor overlevelsessandsynligheden reduceres fra 80% til 35%; han konkluderer da, at formindskelsen i overlevelsessandsynlighed udgør 45 procentpoint (uden at diskutere, om det er den rigtige måde at vurdere forskellen på, jf. nedenfor), således at kravet om "overvejende sandsynlighed" efter traditionel udformning ikke er opfyldt, hvis patienten dør af sygdommen. Det skal dog tilføjes, at hans pointe jo var, at tilfældet slet ikke burde behandles som et spørgsmål om erstatning for dødsfaldet, men som en forholdsmæssig erstatning for den mistede chance (på 45%) for overlevelse.

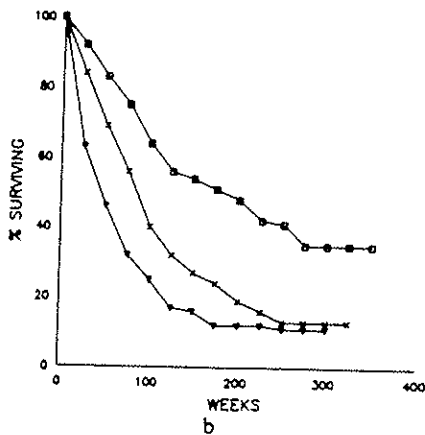
Dertil kommer, at man intet steds diskuterer grundlaget for anvendelsen af de værdier for overlevelsessandsynlighed, der indgår i eksemplerne og i retssagerne. Man må gå ud fra (som det også fremgik explicit af et enkelt af eksemplerne), at der er anvendt den konventionelt brugte 5-års overlevelse, dvs. at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er den statistiske chance for, at patienten ville have været i live, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret på det tidligere tidspunkt, og optimal behandling var blevet sat ind da, og at den faktiske overlevelsessandsynlighed (i det omfang den overhovedet er oplyst) tilsvarende er den statistiske chance for, at patienten vil være i live 5 år efter det tidspunkt, hvor sygdommen faktisk diagnosticeres, og optimal behandling - i relation til det *nu* foreliggende sygdomsbillede - iværksættes.

Som antydnet indledningsvis kan man imidlertid ikke blot tage udgangspunkt i forskellen mellem disse to tal. Spørgsmålet om årsagssammenhæng opstår overhovedet kun, hvis patienten faktisk dør af sygdommen. Hvis f.eks. patienten dør 6 år senere, er det klart, at 5-års overlevelsessandsynligheden er uden interesse, men det er lige så klart, at man ikke af den grund på forhånd kan afvise, at der kan være en (overvejende sandsynlig) årsagssammenhæng mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald. Man bliver derfor nødt til *medinddrage betydningen af, hvilke tidspunkt patienten faktisk dør på*. Denne betydning kan illustreres ved hjælp af nogle (tilfældige)

eksempler på kurver for overlevelsen ved visse sygdomme, baseret på nogle typiske tilfælde, jf. figur 1 (eksemplet er taget fra *D. Collett: Modelling Surviving Data in Medical Research (1994)* vedrørende overlevelsen ved nyrekræft for patienter med og uden nephrectomy, dvs. operativ fjernelse af nyren) og figur 2 (eksemplet er taget fra *C. Kamby m.fl.: The Pattern of Metastases in Human Breast Cancer, Acta Oncologica 27 (1988) Fasc. 6a s. 717* vedrørende overlevelse ved recidiv af brystkræft afhængigt af stedet for forekomsten af metastaser.



Figur 1: Estimated survivor functions for patients aged less than 60 with (-) and without (...) a nephrectomy.



Figur 2. Survival after first recurrence in relation to dominant site of recurrence. □ soft tissue (n = 277); x bone (n = 225); ▼ viscera (n = 361).

Hvis man nu tænker sig, at følgen af en diagnosticeringsfejl er den forskel, som figur 1 omhandler, ses det tydeligt, at forskellen mellem hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed er vidt forskellig, alt efter hvilken overlevelsestid man tager udgangspunkt i. Vælger man således den konventionelle 5-års tidshorizont (60 måneder), ses det, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed kun er omkring 30%, og at den faktiske overlevelsessandsynlighed er meget ringe, hvilket umiddelbart kunne føre til den konklusion, at årsagsbetingelsen ikke er opfyldt, allerede fordi det er overvejende sandsynligt, at patienten under alle omstændigheder ville dø. Men hvis man i stedet betragter forholdet mellem kurverne på et tidligere tidspunkt (f.eks. efter 20 måneder), ses det, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed her er omkring 70%, mens den faktiske overlevelsessandsynlighed er omkring 25%. Hvis derfor patienten faktisk dør af sygdommen på dette tidspunkt, synes konklusionen umiddelbart at blive den modsatte, idet det er overvejende sandsynligt, at patienten - i det hypotetiske forløb - ville have overlevet dette tidspunkt samtidig med, at den faktiske overlevelsessandsynlighed er meget væsentlig forringet. Hvis man betragter forholdet mellem den øverste og den nederste kurve i figur 2 (idet diagnosticeringsfejlen forudsættes at have medført den forskel i kræftlidelsens udvikling, som de to kurver afspejler), ses det tilsvarende, at begge kurver befinder sig under 50%-grænsen ved en tidshorizont på 5 år (260 uger), men forskellen bliver omtrent som i figur 1, hvis man i stedet ser på sandsynligheden for overlevelse efter 100 uger.

Konklusionen er således, at den relevante forskel mellem kurverne for hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed er den, som vedrører det tidspunkt, hvor patienten faktisk dør af sygdommen. Alt andet vil føre til helt vilkårlige resultater, først og fremmest fordi man ellers helt overser tidsfaktorens betydning for størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed. Som det fremgår af figur 1, mødes de to kurver, når tidshorizonten er tilstrækkelig langt (knap 10 år, svarende til forældelsesfristen i patientforsikringsloven); sagt på en anden måde: Hvis patienten faktisk overlever tilstrækkeligt længe, har de mulige følger af den tidligere diagnosticeringsfejl udspillet deres rolle.

Med denne præcisering kan det herefter diskuteres, hvordan forholdet mellem kurverne skal være på dødsfaldstidspunktet, for at det almindelige kausalitetskrav kan anses for at være opfyldt.

For det første må det fastholdes, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed skal være over 50%. Herom er der, som det er fremgået, almindelig enighed. Dette krav følger umiddelbart af, at det skal være overvejende sandsynligt, at patienten ville have overlevet, hvis diagnosticeringsfejlen ikke var blevet begået.

For det andet må der stilles et krav til størrelsen af forringelsen af overlevelsessandsynligheden, jf. det indledningsvis nævnte eksempel med en reduktion fra 51% til 49%. At begge krav

må stilles, ses tydeligt, hvis man teoretisk tænker sig et tilfælde, hvor overlevelsessandsynligheden er blevet reduceret fra 2% til 1%. Man kan naturligvis ikke hævde, at kravet om overvejende sandsynlighed da er opfyldt, blot fordi overlevelsessandsynligheden er blevet halveret, når der er 98% sandsynlighed for, at patienten under alle omstændigheder ville være afgået ved døden.

Spørgsmålet er kun, om kravet til forringelsen af overlevelsessandsynlighed skal udformes som et "absolut" krav om en reduktion på over 50 procentpoint eller som et "relativt" krav om en forringelse på over 50% (dvs. mere end en halvering af overlevelseschancen). Som nævnt gik *J. H. King* uden diskussion ind for den førstnævnte løsning, men der er ingen tvingende grund til at vælge denne. Det skal understreges, at der ikke gives noget "logisk" svar på dette spørgsmål. *Kings* løsning stiller større krav til forringelsen af overlevelseschancen, end hvis man vælger den sidstnævnte løsning. Hvis f.eks. den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er 60%, indebærer *Kings* løsning, at kausalitetsbetingelsen kun er opfyldt, hvis den faktiske overlevelsessandsynlighed er under 10%, mens det efter den anden løsning er tilstrækkeligt, at den er under 30%. Generelt kan siges, at *Kings* løsning harmonerer mindre godt med patientforsikringsordningens almindelige sigte om et "afsvækket" kausalitetskrav, og når intet tvinger til at antage denne løsning, må det være tilstrækkeligt, at overlevelseschancen er blevet (mere end) halveret.

Konklusionen er således, at kravet om årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald (kun) er opfyldt, hvis følgende to betingelser begge er opfyldt: *Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed på dødsfaldstidspunktet skal være over 50%, og den faktiske overlevelsessandsynlighed på dette tidspunkt skal være mindre end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed.*

Sættes disse betingelser i relation til kurverne på figur 1, ses det, at den første betingelse ikke er opfyldt ved dødsfald, der indtræder senere end efter ca. 3 år. Ved dødsfald efter ca. 10 måneder er den første betingelse opfyldt (hypotetisk overlevelsessandsynlighed ca. 90%), men ikke den anden (faktisk overlevelsessandsynlighed ca. 60%), hvorimod begge betingelser er opfyldt ved dødsfald efter ca. 20 måneder (hvor forringelsen af overlevelsessandsynlighed som nævnt udgør forskellen mellem ca. 70% og ca. 25%). Kausalitetsbetingelsen vil således i dette eksempel kun være opfyldt ved dødsfald, der indtræder inden for et tidsinterval på ca. 1½ år - 3 år efter diagnosticeringen, dvs. det tidspunkt, hvor den rigtige diagnose skulle være stillet, selv om dette giver en vis tidsmæssig forskydning i forhold til beregningen af den faktiske overlevelsessandsynlighed. Ser man på figur 2, vil kausalitetsbetingelsen tilsvarende være opfyldt for en lidt længere periode, hvis den relevante forskel skal findes i forholdet mellem den øverste og den nederste kurve, hvorimod forskellen mellem f.eks. den midterste og den nederste kurve på intet tidspunkt er tilstrækkeligt stort til at kunne opfylde den anden betingelse.

3.3.2. Kan kravet til årsagssammenhæng modificeres?

Spørgsmålet er dernæst, om det ovenfor nævnte krav til årsagssammenhæng generelt eller under visse særlige omstændigheder kan slækkes, således at kausalitet kan statuere, når blot diagnosticeringsfejlen har medført *en vis, væsentlig forringelse af sandsynligheden for overlevelse*, jf. navnlig eksemplerne herpå i amerikansk ret omtalt under pkt. 2.1.; i *Herskovits*-afgørelsen var således ingen af de to ovennævnte betingelser opfyldt (forringelsen af overlevelsessandsynlighed var forskellen mellem 39% og 25%). Navnlig kunne man forestille sig en slækkelse i de tilfælde, hvor den første del af kausalitetsbetingelsen ikke er opfyldt, men hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed dog lå forholdsvis tæt på 50%, samtidig med, at den anden del af kausalitetsbetingelsen er opfyldt (f.eks. en forringelse af overlevelsessandsynligheden fra 40% til under 20%).

Ifølge motiverne til patientforsikringsloven udelukker kravet om "overvejende sandsynlighed" ikke, at der kan tages hensyn til sådanne andre forhold, som efter almindelige bevisretlige principper kan medføre en lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng. Det må imidlertid understreges, at der herved navnlig tænkes på tilfælde, hvor der ikke i øvrigt er grundlag for at fastslå, om skaden med overvejende sandsynlighed er forvoldt af det ansvarsbegrundende forhold eller må henføres til grundsygdommens følger. I hvert fald som udgangspunkt kan derfor en særlig lettelse af beviskravet ikke komme på tale i tilfælde, hvor der faktisk kan sættes (præcise) tal på sandsynligheden for hypotetisk og faktisk overlevelse - og dette er jo netop principielt forudsat i det foregående. Det må i den forbindelse tages i betragtning, at kravet om "overvejende sandsynlighed" i patientforsikringsloven *i forvejen* er udtryk for en lettelse af beviskravet i forhold til det, som gælder i den almindelige erstatningsret.

En særlig bevislettelse kan derfor som udgangspunkt kun anvendes i tilfælde, hvor det *ikke* på statistisk grundlag kan fastslås, om de ovenfor nævnte krav til "overvejende sandsynlighed" er opfyldt (f.eks. fordi der ikke foreligger tidligere undersøgelser om overlevelsen i henholdsvis "før"- og "efter"-situationen). Som nævnt indledningsvis er de tal for hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed, som kan opstilles, i virkeligheden ikke udtryk for et fuldstændigt kendskab til sandsynligheden, men i bedste fald systematiske, statistiske skøn ("estimerer") med systematisk beregnede, såkaldte sikkerhedsintervaller og i andre tilfælde mere subjektive, lægelige vurderinger, som også inddrager mere generelle kliniske erfaringer. Der er ingen tvivl om, at der kan tages hensyn til den (statistiske) *usikkerhed*, der således måtte være forbundet med de resultater, der kan udledes af de foreliggende undersøgelser (f.eks. hvis en angivelse af en hypotetisk overlevelsessandsynlighed på 50% i virkeligheden blot er udtryk for, at den sandsynligvis ligger inden for et interval på f.eks. 45%-55%, hvor det derfor vil være muligt at vælge

det "høje" tal).

Som fremhævet i motiverne kan man navnlig lade usikkerheden i kausalitetsvurderingen komme patienten til gode i de tilfælde, hvor diagnosticeringsfejlen var "klar" - ud fra den betragtning, at det ville være urimeligt at henvise patienten til at rejse krav efter almindelige erstatningsregler blot for at kunne nyde fordelene af den bevislættelse, der gælder i disse tilfælde.

Med disse modifikationer må kravet om "overvejende sandsynlighed" fastholdes. Som også fremhævet i amerikansk teori fører enhver (yderligere) slækkelse af beviskravet til usikkerhed og vilkårlighed, idet der savnes et objektivi- holdepunkt for at fastslå, hvor grænsen så skal sættes.

3.3.3. Forholdsmæssig erstatning for formindsket overlevelseschance

Amerikansk teoris kritik af retspraksis' "manipulation" med beviskravene vedrørende årsagssammenhæng må naturligvis ses på baggrund af forslaget om, at erstatning i stedet ydes for den "mistede chance" som sådan, dvs. for selve forringelsen af sandsynligheden for overlevelse, beregnet som en til forringelsen svarende del af "fuld" erstatning. Følges denne tankegang, opstår der ingen særlige kausalitetsproblemer, og spørgsmålet om betydningen af patientens død samt tidspunktet herfor mister sin betydning.

Som det fremgik, udspringer teorien af den enkle betragtning, at det forekommer urimeligt, at erstatning uden videre må nægtes i tilfælde, hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed ikke oversteg 50%, og at lægen da uden videre går fri for ansvar for culpøse diagnosticeringsfejl i disse tilfælde. Hertil kan dog dels anføres, at der jo kan blive tale om erstatning for *andre* følger af diagnosticeringsfejlen (jf. ovenfor afsnit 3.1.), og at culpabetragtningen er mindre relevant i forhold til patientforsikringsloven; hvis der foreligger (klar) culpa, kan der som nævnt ovenfor i højere grad end ellers tages hensyn til usikkerhed om, hvorvidt den almindelige kausalitetsbetin- gelse er opfyldt.

Der kan imidlertid fremføres to væsentligere indvendinger mod teorien, dels en (mere) formel, dels en reel.

Det formelle problem er, om der overhovedet er *hjemmel* til en sådan løsning i dansk ret. Forskellen mellem dansk og amerikansk erstatningsret er (bl.a.), at erstatningsudmålingen her- hjemme er lagt i faste rammer, fastsat ved lovgivning, hvorimod udmålingen i amerikansk ret overlades til en jurys skøn. Efter dansk ret kan erstatning for en mistet eller forringet overlevel- seschance derfor kun ydes, hvis det kan ske inden for rammerne af en af de af erstatningsan- svarsloven hjemlede poster. Spørgsmålet om der kan ydes godtgørelse efter reglerne om *godt- gørelse for varigt mén* er besvaret ovenfor pkt. 3.2., idet det er klart, at en sådan godtgørelse

ikke kan ydes for *selve* den mistede eller forringede overlevelseschance, men kun for de *aktuelle* (mentale) følger af patientens bevidsthed herom. Tilbage står herefter de erstatningsposter, som vedrører økonomisk tab. *Forsørgertabserstatning* er udelukket, da den forudsætter et faktisk indtruffet dødsfald (samt at der efterlades personer, der forsørges af patienten) og - følgelig - årsagssammenhæng mellem dødsfaldet og diagnosticeringsfejlen, jf. ovenfor. Den eneste mulighed er herefter, at der ydes en vis *erhvervsevnetabserstatning*, som - ifølge teorien - måtte udmåles til en sådan procentdel af fuld erhvervsevnetabserstatning, som svarer til formindskelsen af overlevelsessandsynligheden. En sådan løsning er imidlertid i strid med de grundlæggende betingelser for erhvervsevnetabserstatning i erstatningsansvarslovens § 5, stk. 1. Erstatningsansvarsloven udelukker ganske vist ikke løsninger med delvis erstatning i tilfælde, hvor dette følger af almindelige erstatningsretlige regler (f.eks. om årsagskonkurrence, jf. herved ovenfor pkt. 3.1. om tilfælde, hvor et dødsfald fremskyndes), men som nævnt foreligger der ingen årsagskonkurrence, hvis man anlægger betragtningen om erstatning for "mistet chance". Dertil kommer, at det ville være problematisk at tage udgangspunkt i reglerne om erstatning for erhvervsevnetabserstatning, når "skaden" vedrører en øget risiko for dødsfald. Løsningen synes altså at forudsætte, at der fandtes en erstatningspost, der satte en "værdi" på selve dette at være i live, således at erstatning kunne ydes for "forkortelse af liv" (uafhængigt af forsørgelsesmæssige forhold) og dermed muligvis også for en øget risiko herfor. En sådan erstatningspost findes ikke i dansk ret, og den kan ikke indføres uden ved lovgivning.

Den anden - mere reelle - indvending mod teorien er, at diskonteringsløsningen *ikke kan begrænses* til de tilfælde, hvor kausalitetsbetingelsen *ikke* er opfyldt, men konsekvent også må anvendes i tilfælde, hvor den *er* opfyldt. Hvis man f.eks. ud fra teorien yder 40% af "fuld" erstatning i tilfælde, hvor sandsynligheden for overlevelse er blevet reduceret fra 40% til 0%, må *samme* løsning anvendes i tilfælde, hvor den er blevet reduceret fra f.eks. 60% til 20%. Teorien om erstatning for "mistet chance" skal ses som en reaktion mod den almindelige kausalitetslæres "alt eller intet"-løsninger, men det ville ikke være meningsfuldt *at forlade* "intet"-løsningen til fordel for en forholdsmæssig erstatning i de tilfælde, hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var under 50%, hvis man samtidig *fastholdt* "alt"-løsningen i de tilfælde, hvor den var over 50%. Dette anerkendes da også af de amerikanske forfattere, som går ind for teorien. Konsekvensen heraf ville være, at fuld erstatning kun kunne ydes i tilfælde, hvor overlevelsessandsynligheden er reduceret fra (noget nær) 100% til (noget nær) 0%, mens en reduktion fra f.eks. 80% til 0% kun ville resultere i 80% af fuld, normal erstatning. Denne tankegang kan dernæst ikke engang begrænses til den foreliggende problemstilling, idet den - konsekvent - må indebære en diskonteringsløsning i *alle* tilfælde, hvor et (fremtidigt) tab ikke er "sikkert". Dette ville således indebære en fuldstændig omkalfatring af hele erstatningsretten (og andre retsområ-

der for den sags skyld) - hvilket blot illustrerer, at rent matematiske løsningsmodeller kan være udemærkede hjælperedskaber, men at konsekvenserne heraf under alle omstændigheder må konfronteres med og vurderes ud fra juridiske principper.

Som tidligere nævnt var dommerne i House of Lords i *Hotson*-sagen opmærksomme på denne problemstilling, og en del af begrundelsen for afvisningen af teorien om erstatning for "mistet chance" var netop, at man ikke kunne acceptere, at der skulle gives mindre end fuld erstatning i tilfælde, hvor der var tilvejebragt en overvejende sandsynlighed - men ikke "sikkerhed" - for et vist tab. Som det fremgik af fremstillingen under pkt. 2, har teorien da heller ikke vundet tilslutning i retspraksis i de undersøgte lande (til dels bortset fra Frankrig). Den må - både af formelle og reelle grunde - også afvises for dansk rets vedkommende.

4. Konklusion

På grundlag af ovenstående kan Patientforsikringsforeningens konkrete spørgsmål (i skrivelsen af 22/3 1995) besvares som følger:

Spørgsmål A vedrører det tilfælde, hvor patienten faktisk er i live (på afgørelsestidspunktet), og hvor spørgsmålet dels er, om en forringet overlevelsesprognose er en fysisk skade i lovens forstand, dels om erstatning kan ydes i tre hypotetiske tilfælde, hvor reduktionen i overlevelsessandsynlighed er 60%/40%, 90%/51% og 49%/0%.

Svarene herpå er:

- 1) Erstatning og godtgørelse kan i alle tilfælde ydes patienten ud fra det under pkt. 3.1. anførte, men dette beror ikke på selve forringelsen af overlevelsessandsynlighed, men på, at forsinkelsen med diagnosticeringen har medført en - midlertidig eller varig - "merskade". Omfanget af formindskelsen af overlevelsessandsynlighed har derfor ingen selvstændig betydning herfor.
- 2) Den forringede overlevelsesprognose er ikke en fysisk skade, men en potentiel sådan, og spørgsmålet er derfor, om godtgørelse for varigt mén kan ydes for de (aktuelle) psykiske følger heraf. Spørgsmålet må formentlig besvares benægtende, men helt oplagt er dette dog ikke, jf. ovenfor pkt. 3.2.
- 3) Der kan ikke i øvrigt ydes erstatning til patienten for forringelsen af overlevelsessandsynlighed, og det i så henseende uden betydning, hvordan tallene for henholdsvis den hypotetiske og faktiske overlevelsessandsynlighed nærmere tager sig ud, jf. ovenfor pkt. 3.3.3.

Spørgsmål B vedrører spørgsmålet, om der kan gives erstatning for forsørgertab, hvis patienten faktisk dør af (kræft)sygdommen. Svaret er bekræftende under forudsætning af, at lovens almindelige krav til årsagssammenhæng mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald er opfyldt,

hvilket indebærer et krav om, (1) at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var over 50%, og (2) at forringelsen af overlevelsessandsynlighed udgør over 50% - med den væsentlige tilføjelse, at det afgørende er forskellen i overlevelsessandsynlighed på det tidspunkt, hvor patienten faktisk dør af sygdommen, jf. pkt. 3.3.1. Hvis tallene i de tre eksempler under spørgsmål A2 opfylder denne betingelse, er svaret derfor, at forsørgertabserstatning ikke kan ydes i noget af tilfældene (i eksempel 1 og 2 er betingelse 2 ikke opfyldt, og i eksempel 3 er betingelsen 1 ikke opfyldt). Hvis derimod kausalitetsbetingelsen er opfyldt, skal forsørgertabserstatning udmåles efter de almindelige regler i erstatningsansvarsloven. Er der usikkerhed om, hvorvidt den almindelige kausalitetsbetingelse er opfyldt, kan kravene hertil efter omstændighederne slækkes, jf. pkt. 3.3.2.

Endelig spørges, om Patientforsikringsforeningen gennem sin praksis bør ændre retstilstanden og i så fald, hvordan reglerne skal tilpasses. Hvis der hermed tænkes på, om man bør anerkende teorien om erstatning for "mistet chance", er svaret benægtende. Hvis der derimod sigtes til spørgsmålet om muligheden for at yde godtgørelse for varigt mén (for de psykiske følger af en reduceret overlevelsessandsynlighed), kan man måske tillade sig at fortolke lovens krav om "fysisk" skade indskrænkende, men det bedste - og i hvert fald sikreste - ville være at få fjernet dette krav fra loven. Den foreliggende problemstilling kan vel siges at udgøre (endnu) et godt argument herfor.

BILAGE

Erstatning for "loss of a chance"?

af

professor, dr. jur. Bo von Eyben

Retsvidenskabeligt Institut ved Københavns Universitet¹

1. Problemstilling

En ikke helt sjælden problemstilling i patientforsikringen opstår i følgende situation: En patient henvender sig med sygdomssymptomer, som i virkeligheden skyldes cancer (f.eks. brystkræft), men sygdommen bliver ikke korrekt diagnosticeret, fordi symptomerne ikke undersøges og udredes optimalt ud fra "specialistmålestokken". Adækvat behandling mod sygdommen bliver derfor ikke iværksat. Der foreligger således en diagnosticeringsfejl i patientforsikringsordningernes forstand,² som principielt berettiger til erstatning for den (eventuelle) "merskade", som kan henføres hertil. Sygdommen progredierer i den følgende tid, indtil patienten - måneder eller år senere - igen henvender sig. Den rigtige diagnose bliver nu stillet, og behandling iværksættes. Progressionen af sygdommen har imidlertid bevirket, at mulighederne for at tilbyde en effektiv behandling er blevet forringet. Det kan på dette stadium fastslås, at dersom diagnosen var blevet stillet ved den første henvendelse, og adækvat behandling var blevet iværksat da, ville patientens chance for at overleve - konventionelt forstået som sandsynligheden for, at patienten ville være i live 5 år senere - være ganske stor (f.eks. 60% eller deromkring). Som situationen er nu efter den anden henvendelse, er prognosen - trods efterfølgende optimal behandling - væsentligt mere dystert, f.eks. en (tilsvarende) sandsynlighed for overlevelse på kun 10% eller deromkring. Patienten dør af sygdommen få år efter. Har de efterladte da ret til erstatning for tab af forsørger? Hvad gælder, hvis procenttallene for overlevelsessandsynlighed i stedet er en forringelse fra 60% til 40%? Eller fra 40% til 10%? Og hvad gælder, hvis patienten først dør 6 år senere?

Problemstillingen er især aktuel ved kræftsygdomme, hvor "merskaden" således typisk (bl.a.) omfatter en større eller mindre grad af forringelse af patientens - statistisk bedømte - chance (sandsynlighed) for at overleve sygdommen. Men den kan også opstå ved mindre alvorli-

-
1. Artiklen bygger på et notat, som jeg i maj 1995 udarbejdede til den danske Patientforsikringsforening. I forbindelse hermed havde jeg nyttige drøftelser med professor Niels Keiding, Biostatistisk Afdeling, Københavns Universitet, særligt om det i afsnit 3.2. omtalte kausalitetsproblem. For en god ordens skyld skal det fremhæves, at de fremsatte anskuelser alene står for min egen regning.
 2. Der er på dette punkt stort set parallelitet mellem ordningerne i Sverige, Finland, Norge og Danmark, jf. *Bo von Eyben: Patientforsikring* (1993) s. 111 ff og 154 ff. Forslagene i SOU 1994:75 vil ikke medføre nogen ændring heri for Sveriges vedkommende, jf. s. 144 f, 149 og 181 f. - Det forudsættes således i det følgende, at *grundlaget* for et erstatningskrav mod patientforsikringen er til stede.

ge lidelser, hvor det i stedet drejer sig om en forringelse af patientens chance for at opnå enten fuldstændig helbredelse eller i hvert fald en højere grad af helbredelse end den, der faktisk opnås - f. eks. i tilfælde, hvor en fraktur overses i første omgang, men hvor der selv ved rettidig diagnosticering og optimal behandling ville have været en større eller mindre risiko for, at bruddet i sig selv eller følgevirkninger heraf ville have medført et vist mén. Rettidig behandling ville imidlertid have givet patienten en chance for at undgå disse følger, og denne chance mistes eller forringes, fordi behandlingen iværksættes for sent.

Problemstillingen er naturligvis ikke specifik for patientforsikringen. Den kan opstå ganske tilsvarende i lægeansvarssager, der skal afgøres efter almindelige erstatningsretlige regler, og hvor diagnosticeringsfejlen kan tilskrives et culpøst forhold hos lægen. Som det vil fremgå, er problemstillingen hidtil kun blevet behandlet i teori og praksis i lande, der *ikke* har patientforsikringsordninger, men det er klart, at den - alt andet lige - hyppigere vil opstå under patientforsikringsordningerne, fordi ansvarsgrundlaget er mere objektivt end culpereglen. Det kan dog naturligvis så diskuteres, om *denne* forskel har betydning for problemstillingen. Dertil kommer, at patientforsikringsordningerne i de nordiske lande i større eller indre grad opererer med et "afsvækket" kausalitetskræterium i forhold til de krav til bevis for årsagssammenhæng, som i almindelighed stilles efter almindelige erstatningsretlige regler. Dette gælder i hvert fald for Danmarks og Sveriges vedkommende, hvor kriteriet i patientforsikringen er et krav om "overvejende sandsynlighed",³ samt for Finland, hvor der muligvis er tale om en vis, yderligere slækkelse på beviskravet. At der ikke er foreslået særlige regler om beviskravene i Norge, hænger til dels sammen med, at sandsynlighedsovervægt generelt antages at opfylde det beviskrav, som opstilles i den almindelige erstatningsret.⁴

Hovedproblemet er således at fastlægge, hvad et krav om "overvejende sandsynlighed" egentlig betyder i tilfælde, hvor "skaden" består i en vis forringelse af sandsynligheden for overlevelse eller helbredelse, dvs. i *forskellen* mellem den sandsynlighed for overlevelse/helbredelse, som patienten ville have haft, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret korrekt (med heraf følgende iværksættelse af optimal behandling), og den sandsynlighed for overlevelse/helbredelse, som patienten har på grundlag af det sygdomsbillede, der tegner sig på det tidspunkt, hvor den rigtige diagnose faktisk bliver stillet. Som betegnelser for disse to sandsyn-

3. Jf. herved *Bo von Eyben: Patientforsikring* (1993) s. 83 ff og - særligt om Sverige - *SOU* 1994:75 s. 104 f og 181, hvilket kan sammenholdes med svensk erstatningsrets krav om en "klar" sandsynlighedsovervægt, jf. *Hellner: Skadeståndsrätt*, 5. uppl. (1995) s. 199 ff.

4. Jf. *Lødrup: Lærebok i erstatningsrett*, 3. utg. (1995) s. 278 f; se også *Nygaard m.fl.: Årsak og bevis ved ansvar for skade* (1986) s. 92.

lighedsvurderinger anvendes i det følgende udtrykkene den "hypotetiske sandsynlighed", respektive den "faktiske sandsynlighed".

Kausalitetsproblemet opstår navnlig i tilfælde, hvor patienten *faktisk dør* af den sygdom, som oprindeligt ikke blev diagnosticeret korrekt. Spørgsmålet er, under hvilke betingelser forringelsen af overlevelsessandsynligheden tilfredsstiller kravet om, at dødsfaldet "med overvejende sandsynlighed" er forvoldt af diagnosticeringsfejlen. I almindelighed indebærer dette krav kun, at sandsynligheden for det alternative, gunstigere (hypotetiske) forløb skal være over 50%, men det er indlysende, at man ikke i denne situation kan nøjes med et krav om, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed skal være over 50%. Hvis man nemlig f.eks. tænker sig, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er 51%, og den faktiske overlevelsessandsynlighed er 49%, kan det vel siges, at patienten med overvejende sandsynlighed ville have overlevet, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret korrekt, men det ville være absurd at hævde, at diagnosticeringsfejlen med overvejende sandsynlighed er årsag til dødsfaldet, når reduktionen i overlevelsessandsynlighed kun er 2 procentpoint (absolut bedømt) eller 4% (relativt bedømt). Lige så indlysende er det, at man ikke kan nøjes med et krav om, at overlevelsessandsynligheden mindst skal være blevet halveret. Hvis man nemlig - lige så teoretisk - forestiller sig et tilfælde, hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er (lidt over) 2%, og den faktiske overlevelsessandsynlighed er 1%, ville det være tilsvarende absurd at hævde, at diagnosticeringsfejlen er årsag til dødsfaldet - patienten ville jo med (knap) 98% sandsynlighed alligevel være død af sygdommen.

Spørgsmålet er dernæst, om erstatning kan ydes for *selve dette*, at patientens chance for overlevelse eller helbrødelse er blevet forringet i større eller mindre grad. Dette er principielt ikke et spørgsmål om kausalitet, men derimod om, hvorvidt "loss of a chance" kan anerkendes som en *erstatningsberettigende skade i sig selv*. Hvis dette anerkendes, er det for så vidt uden betydning, om patienten faktisk dør af sygdommen.⁵ Spørgsmålet er derimod, hvad man i så fald vil give erstatning for, dels for så vidt angår udmålingen af erstatning for økonomisk tab, dels for så vidt angår godtgørelse for ikke-økonomisk skade. I sidstnævnte henseende opstår endvidere det særlige spørgsmål, om en vis erstatning til patienten blokeres af patientforsikringsordningernes særlige krav - indtil videre gældende i Danmark, Norge og Sverige - om, at der skal foreligge en *fysisk* skade.

Selv om der således er tale om to principielt forskellige problemstillinger, hænger de

5. Bortset fra, at der kan opstå spørgsmål, om erstatningskravet i så fald falder i arv, dersom patienten inden sagens afgørelse afgår ved døden. I så henseende er det imidlertid uden betydning, om døden skyldes den sygdom, som diagnosticeringsfejlen vedrører, eller noget helt andet.

naturligvis sammen. Jo større krav der stilles til (bevist for) årsagssammenhæng, jo større er behovet for at anerkende, at en forringelse af overlevelsessandsynligheden kan erstattes som en skade i sig selv. Hvis man i betingelsen om "overvejende sandsynlighed" lægger, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed under alle omstændigheder skal være over 50%, bliver konsekvensen jo, at erstatning (til de efterladte) må nægtes f.eks. i tilfælde, hvor diagnosticeringsfejlen medfører, at overlevelsessandsynligheden reduceres fra 40% til 0%. Patienten ville i dette tilfælde have haft en betydelig chance for overlevelse, hvis sygdommen var blevet diagnosticeret korrekt, men må nu se den visse død i øjnene. Der er ingen tvivl om, at man i et sådant tilfælde vil have svært ved at acceptere en påstand om, at diagnosticeringsfejlen ikke har medført nogen (erstatningsberettigende) skade. Vanskeligheden ved at acceptere dette resultat har været baggrunden for den stigende interesse, som problemstillingen har mødt navnlig i amerikansk teori og retspraksis, hvor den netop har været formuleret som et spørgsmål, om man *enten* kunne modificere kravet om "overvejende sandsynlig" årsagssammenhæng *eller* anerkende "loss of a chance" som en erstatningsberettigende skade i sig selv. Det er derfor naturligt at tage udgangspunkt i indstillingen i amerikansk ret (jf. afsnit 2.1.); en fuldstændig komparativ oversigt tilsigtes ikke,⁶ men enkelte markante domstolsafgørelser fra andre lande bør dog også nævnes (jf. afsnit 2.2.), inden problemstillingen sættes i relation til de nordiske patientforsikringsordninger (jf. afsnit 3).

Inden da er et væsentligt memento dog på sin plads: I behandlingen af problemstillingen - som nævnt især i amerikansk teori og praksis - er man uden videre gået ud fra, at de tal for sandsynligheden for overlevelse, som den lægelige ekspertise kan give, er "sikre", dvs. baseret på et fuldstændigt kendskab til sandsynligheden. I virkeligheden er denne forudsætning sjældent - eller aldrig - opfyldt. I bedste fald er der tale om systematiske, statistiske *skøn* ("estimer") med en hertil knyttet usikkerhed, og ofte inddrages også mere subjektive, lægelige vurderinger, som bygger på mere generelle kliniske erfaringer. Dertil kommer, at overlevelsessandsynligheden som nævnt konventionelt fastsættes ud fra en 5-års tidshorizont, men dette er i virkeligheden udtryk for et principielt arbitrært valg. Overlevelsessandsynligheden kan se ganske anderledes ud, hvis man vælger kortere eller længere tidshorisonter; som det vil fremgå, nødsages man hertil i tilfælde, hvor patienten faktisk dør af sygdommen på et tidligere eller et senere tidspunkt end det, som den konventionelle tidshorizont vedrører.

6. Se herved henvisninger hos *Giesen: International Medical Malpractice Law* (1988) s. 166 ff.

2. Fremmed ret

2.1. Amerikansk ret

Den første indgående, teoretiske behandling af problemet i amerikansk ret foreligger i en artikel af *Joseph H. King* fra 1981,⁷ hvis grundlæggende synspunkter senere teori har tilsluttet sig.⁸ Den har navnlig beskæftiget sig med kausalitetsbetingelsen i de tilfælde, hvor patienten faktisk dør af sygdommen, og hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var 50% eller derunder. Derimod har den kun i mindre grad beskæftiget sig med spørgsmålet om kravet til *omfanget* af den forringelse af overlevelsessandsynlighed, som kan henføres til den lægelige diagnosticeringsfejl. Man har således som "prototype" for diskussionen valgt tilfælde, hvor patienten uanset diagnosticeringsfejlen alligevel med overvejende sandsynlighed ville være død af sygdommen, og hvor diagnosticeringsfejlen har elimineret chancen for overlevelse, for så vidt som overlevelse faktisk ikke sker.

Diskussionen har - uanset forskellen i henseende til ansvarsgrundlag - direkte interesse i patientforsikringsammenhæng, fordi kausalitetsbetingelsen i amerikansk erstatningsret traditionelt udformes efter den såkaldte "but for"-test, der reelt er identisk med kravet om "overvejende sandsynlighed" ("*more likely than not*"). Udgangspunktet er derfor, at der ydes (fuld) erstatning, hvis den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var over 50%, men ingen erstatning, hvis den var mindre. Det er navnlig denne sidstnævnte konsekvens, man finder uacceptabel: Skal lægen virkelig være ansvarsfri, og patienten (de efterladte) nægtes erstatning i alle tilfælde, hvor en lægelig fejl har frataget patienten en chance for overlevelse, blot fordi den ikke passerer 50%-grænsen? Selv om man naturligvis må acceptere, at erstatningsretten som sanktions- (præventions)- og kompensationsinstrument ikke kan træde i funktion, hvis et culpøst forhold ikke har medført nogen skade, så er der jo i disse tilfælde utvivlsomt sket en form for "skade",

-
7. *J. H. King: Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 *Yale Law Journal* 1981 s. 1353-1397.
 8. Litteraturen er allerede omfattende, se bl.a. *L. L. Wolfstone & T. J. Wolfstone: Recovery of Damages for the Loss of a Chance*, 1982 *Medical Trial Technique Quarterly* s. 121-144, *S. F. Brennwald: Comment: Proving Causation in "Loss of Chance" Cases: A Proportional Approach*, 34 *Catholic University Law Review* 1985 s. 747-790, *P. L. Andel: Medical Malpractice: The Right to Recover for the loss of a Chance of Survival*, 12 *Pepperdine Law Review* 1985 s. 973-998 og *R. S. Bruer: Loss of a Chance as a Cause of Action in Medical Malpractice Cases*, 59 *Missouri Law Review* 1994 s. 969-996; yderligere henvisninger findes i den sidstnævnte artikel s. 973, note 32.

og indvendingen er således, at denne "skade" burde kunne udløse en eller anden form for erstatning.

Der findes adskillige eksempler i amerikansk retspraksis på, at erstatning er blevet nægtet i tilfælde, hvor den hypotetiske sandsynlighed (for overlevelse eller helbredelse) ikke var over 50%. Som eksempler kan nævnes to afgørelser fra staten Ohio,⁹ hvor man i den ene havde overset, at en fraktur ikke var helet op, og da det blev opdaget, var det for sent at reoperere; lægelig ekspertise udtalte imidlertid, at selv om man i tide havde opdaget den manglende heling, var sandsynligheden for en heling ved reoperation kun 35%. Retten afviste eksplicit, at erstatning kunne ydes for "loss of a chance of recovery", når denne chance ikke havde mere end 50% sandsynlighed for sig. Den anden sag vedrørte en overset hjernekvæstelse, som medførte patientens død; én læge udtalte, at man ikke med nogen grad af sikkerhed kunne sige, om patienten ville have overlevet ved et rettidigt indgreb, mens en anden udtalte, at chancen for overlevelse da ville have været omkring 50%. I begge tilfælde fandt retten, at der ikke var godtgjort en overvejende sandsynlighed for årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejlen og skaden.

Domstolenes reaktion på denne konsekvens af den almindelige udformning af kausalitetsbetingelsen var i første række at *afsvække* betingelsen, således at det - efter omstændighederne - kunne være tilstrækkeligt, at den lægelige fejl fratog patienten "*a substantial possibility*" for overlevelse/helbredelse. Herved åbnedes der altså mulighed for at yde erstatning, selv om den hypotetiske sandsynlighed ikke var over 50%. Da spørgsmålet om årsagsforbindelse sædvanligvis overlades til juryens afgørelse, var det herefter tilladt juryen at statuere årsagsforbindelse, selv om det almindelige krav om "more likely than not" ikke var opfyldt.

En ofte citeret passus herom hidrører fra afgørelsen *Hicks v. United Sattes*,¹⁰ hvor retten udtalte: "When a defendant's negligent action or inaction has effectively terminated a person's chance of survival, it does not lie in the defendant's mouth to raise conjectures as to the measure of the chances he has put beyond the possibility of realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable".

Som eksempel på anvendelsen af dette princip kan nævnes afgørelsen *Jeanes v. Milner*,¹¹ hvor en 13-årig dreng var død af strubekræft; en (uagtsom) forsinkelse med iværksættelse af behandling havde bevirket, at sygdommen var nået at progrediere fra fase 1 til fase 2, hvilket reducerede overlevelsessandsynligheden fra 35% til 24%. Her blev det ligeledes fastslået, at man ikke kunne afskære juryen fra at finde, at der var årsagsforbindelse mellem fejlen og

9. *Kuhn v. Banker*, 133 Ohio St. 304, 13 N.E. 2d 242 (1938), og *Cooper v. Sisters of Charity*, 27 Ohio St. 2d 242, 272 N.E. 2d 97 (1971).

10. 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966).

11. 428 F.2d 598 (8th Cir. 1970).

dødsfaldet. Den mest kendte af disse afgørelser er *Herskovits v. Group Health Cooperative*,¹² hvor en 6 måneders forsinkelse med diagnosticering af lungekræft reducerede overlevelsessandsynligheden fra 39% til 25%.

Støtte for det ræsonnement, at en (væsentlig) forøgelse af risikoen for den skade, som faktisk indtræder, kan være tilstrækkelig for juryen til at statuere årsagsforbindelse, selv om det ikke er overvejende sandsynligt, at skaden ellers ville være undgået, har man fundet i princippet i *Restatement (Second) of Torts, sec. 323(a)*, hvorefter den, der har påtaget sig at "render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or thing", ifalder ansvar for "failure to exercise reasonable care to perform his undertaking", bl.a. når dette "increases the risk of such harm". Det mest kendte præjudikat for denne regel er afgørelsen i *Hamil v. Bashline*,¹³ hvor en patient ved henvendelse på et sygehus med alvorlige bryst smerter ikke fik taget et elektrokardiogram, fordi den pågældende maskine ikke virkede, hvorefter patienten blev sendt hjem, da man ikke kunne fremskaffe en anden maskine; patienten gik herefter straks til sin egen læge og døde her af et hjerteanfald, mens lægen var ved at udføre et elektrokardiogram. I sagen fremkom højst divergerende lægelige vurderinger af patientens sandsynlighed for overlevelse ved adækvat diagnosticering og behandling på sygehuset (rækkende fra 75% sandsynlighed for overlevelse til, at ingen behandling kunne have forhindret dødsfaldet), men i sidste instans fastslog retten, at dersom det kunne fastslås, at sygehuselets uagtsomhed havde forøget risikoen for dødsfaldet, så måtte det være op til juryen at vurdere, om denne forøgelse var en "substantiel factor" i relation til dødsfaldet; i så fald forelå der (juridisk) årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald.

Disse afgørelser kritiseres i de i note 7 og 8 omtalte artikler. Den afgørende indvending er, at det ønskede resultat - en vis erstatning til patienten eller de efterladte - kun nås ved hjælp af en manipulation med kausalitetsbetingelsen, der dels er anstrengt og i strid med almindelig sprogbrug og sund fornuft, dels rejser - uafklarede - spørgsmål om, *hvor* man så vil sætte grænsen, i relation til såvel størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed som til størrelsen af reduktionen i overlevelsessandsynlighed. Både i *Jeanes*- og i *Herskovits*-afgørelsen var såvel den hypotetiske overlevelsessandsynlighed som reduktionen i overlevelsessandsynlighed kun ca. 1/3, og dommene udelukker ikke, at en jury kunne fastslå årsagssammenhæng, selv om begge tal var mindre end dette. I forlængelse heraf indvendes det derfor mod afgørelserne, at afsvækkelsen af kausalitetsbetingelsen gør det inkonsekvent at fastholde erstatningsudmålingen som et alt eller intet. Når man formulerer spørgsmålet således, at det primært drejer sig om at fastslå kausalitet, følger det af almindelige erstatningsretlige principper, at der ydes fuld erstatning, *når* kausalitet er fastslået - og i modsat fald ingen erstatning.

Hovedsynspunktet har derfor været, at domstolene i stedet for at manipulere med kravene til (bevis for) kausalitet burde anerkende, at den skade, som disse sager vedrører, ikke er dødsfaldet eller den manglende helbredelse som sådan, men netop den mistede eller formind-

12. 99 Wash. 2d 609, 664 P.2d 474 (1983).

13. 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978).

skede *chance for overlevelse/helbredelse*.¹⁴ Anerkender man dette, forsvinder nemlig kausalitetsproblemet, idet der jo ikke er nogen tvivl om - selv ud fra det traditionelle "more likely than not"-kriterium - at diagnosticeringsfejlen er årsag til *foringelsen* af sandsynligheden for overlevelse eller helbredelse. Dermed forsvinder også svaghederne ved "alt eller intet"-løsningen, idet erstatningen da må fastsættes ud fra en vurdering af "værdien" af den mistede/foringede chance. Principielt må chancen vurderes som en til sandsynligheden for overlevelse svarende del af "fuld erstatning" under tilsvarende omstændigheder. Hvis f.eks. den hypotetiske overlevelses-sandsynlighed var 40%, skal juryen således udmåle erstatningen som 40% af den erstatningsmæssige "værdi" af patientens liv, om denne havde overlevet. Eftersom erstatningen ikke er en erstatning for dødsfaldet eller følgerne heraf, er det principielt uden betydning for denne vurdering, om patienten faktisk overlever.

På tidspunktet for *J. H. Kings* artikel forelå der ingen klare præjudikater på lægeansvarsområdet for domstolenes accept af "loss of chance"-teorien. I stedet henvises til analogier fra andre områder, hvor erstatning tidligere er blevet tilkendt for mistede gevinstchancer - f.eks. i tilfælde, hvor en deltager i en præmiekonkurrence ved en fejl er blevet afskåret fra at deltage i dens finalerunde el. lign., og de såkaldte "man overboard"-situationer, hvor man undlader at komme den nødstedte til hjælp, uden at det kan fastslås, at man med overvejende sandsynlighed ville kunne have reddet den pågældende. I de senere år foreligger der imidlertid fra en række enkeltstater eksempler på, at "loss of chance"-teorien er blevet anvendt på lægelige diagnosticeringsfejl, herunder teoriens anvisninger på en forholdsmæssig erstatningsudmåling.¹⁵ Disse domme afviser det "afsvækkede" kausalitetskriterium, herunder anvendelsen af sec. 323(a) fra Restatement of Torts, men de stiller til gengæld krav om, at den chance, der mistes, skal være "substantial" (el. lign. formuleringer) for at berettige til (delvis) erstatning. Dommene har imidlertid afvist at sætte tal på, *hvor* stor *foringelsen* af overlevelsessandsynlighed skal være for at opfylde dette krav. Dette er således overladt til juryens afgørelse. Det skal dog tilføjes, at der

14. Jf. *J. H. King* (op. cit. i note 7) s. 1376 ff og de i note 8 nævnte artikler: *Wolfstone(s)* s. 130 ff, *S. F. Brennwald* s. 766 ff, *P. L. Andel* s. 974 ff, 982 f og 996 f og *R. S. Bruer* s. 979 ff.

15. Jf. *R. S. Bruer* (op. cit. i note 8) s. 980 ff, der nævner afgørelserne: *Deburkarte v. Louvar*, 393 N.W.2d 131 (Iowa 1986), *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W. 2d 44 (Michigan 1990), *Perez v. Las Medical Center*, 805 P.2d 589 (Nevada 1991), *Mayhue v. Sparkman*, 627 N.E.2d 1354 (Indiana Ct. App. 1994) og (s. 969 og s. 989 f) *Wollen v. De Paul Health Center*, 828 S.W.2d 681 (Missouri 1992).

langt fra er tale om nogen generel tilslutning til teorien.¹⁶

2.2. Andre lande

I *engelsk* ret er udgangspunktet for kausalitetsvurderingen den samme "but for"-test som i amerikansk ret med heraf følgende krav om, at det ansvarsbegrundende forhold med overvejende sandsynlighed ("on the balance of probabilities") skal være årsag til skadens indtræden.¹⁷ Også i engelsk ret forekommer der eksempler på en vis - ikke nærmere defineret - slækkelse af kravet til bevís for årsagssammenhæng, f.eks. i afgørelsen *McGhee v. National Coal Board*,¹⁸ hvor det fandtes tilstrækkeligt, at fejlen "materially increased the risk of injury".

En principiel stillingtagen til spørgsmålet om erstatning for en "mistet chance" for helbredelse kom imidlertid med afgørelsen i sagen *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*.¹⁹

Sagen vedrørte en dreng, der havde beskadiget hoften ved en faldulykke. På sygehuset undersøgte man imidlertid ikke hoften, men kun drengens knæ, og han blev derfor sendt hjem med en bandage om knæet. Hofteskaden blev først opdaget 5 dage senere, da han påny henvendte sig på sygehuset. Der var ingen tvivl om, at sygehuset var ansvarligt for denne forsinkelse med iværksættelse af behandling. Hofteskaden medførte nedsat førlighed, men spørgsmålet var, om forsinkelsen havde haft nogen betydning for dette resultat. I underrettens afgørelse blev det lagt til grund, at der selv ved korrekt diagnosticering og behandling havde været 75% sandsynlighed for, at hofteskaden ville få de følger, som den faktisk fik. Omvendt udtrykt havde den lægelige fejl altså frataget patienten en 25% chance for at undgå disse følger.

Retten i første instans fandt, at drengen var berettiget til erstatning for "loss of a chance". En "fuld" erstatning for hofteskaden blev vurderet til £ 46.000, og retten tilkendte herefter en erstatning på 25% heraf, dvs. £ 11.500. Desuden blev han tilkendt et mindre beløb for de

16. Jf. *R. S. Bruer* (op. cit. i note 8) s. 985 f med note 119 om domstolsafgørelser fra stater, der ikke har accepteret den.

17. Jf. f.eks. *B. S. Markesinis & S. F. Deakin: Tort Law* (1994) s. 260 ff (med omtale bl.a. af sagen *Barnett v. Chelsea*, hvor en patient, der havde pådraget sig en arsenikforgiftning, fik det - meget engelske - råd af lægen, at han skulle gå hjem og drikke en kop te; patienten døde 5 timer senere, men erstatning blev nægtet, da det ikke ansås for overvejende sandsynligt, at øjeblikkelig behandling kunne have afværget dødsfaldet.

18. 3 All ER 1008 (1972).

19. 1 All ER 210 (1987) (Court of Appeal) og 2 All ER 909 (1987) (House of Lords); se om dommen, *L. J. Anderson* i 131 *Solicitor's Journal* 1987 s. 1258-1261.

ekstra smerter og gener, der kunne henføres til, at behandlingen var blevet iværksat 5 dage for sent. Court of Appeal stadfæstede dommen, idet den bl.a. udtalte: "As a matter of common sense, it is unjust that there should be no liability for failure to treat a patient, simply because the chances of a successful cure by that treatment were less than 50%" - altså en betragtning, der nøje svarer til den, som blev gjort gældende i amerikansk teori.

Afgørelsen blev imidlertid *underkendt* i House of Lords. Det blev her fastslået, at kausalitetsbetingelsen *skal* være opfyldt, før der kan opstå noget spørgsmål om udmåling af erstatning for skaden. Underinstansernes afgørelser var i realiteten udtryk for, at man havde foretaget en erstatningsudmåling, selv om man ikke først havde statueret, at kausalitetsbetingelsen var opfyldt. Der måtte således fastholdes et krav om, at forsinkelsen med iværksættelse af behandling "on the balance of probabilities was at least a material contributory cause", og bevis herfor var ikke ført i det konkrete tilfælde. Dommerne fremhævede den usikkerhed, der ville opstå, hvis man ikke fastholdt dette krav, og henviste desuden til de udmålingsproblemer, der som en konsekvens ville opstå i de tilfælde, hvor kausalitetsbetingelsen *er* opfyldt; dette - væsentlige - punkt tages op nedenfor afsnit 3.3.

I dommen blev der således taget afstand fra teorien om "forholdsmæssig" erstatning for en "mistet chance", om end nogle af dommerne tilføjede, at de ikke hermed tog stilling til, om der overhovedet kunne tænkes at være tilfælde inden for lægeansvarsområdet, hvor teorien herom kunne tillægges betydning.

Ligesom i amerikansk ret påberåbtes en "analogi" fra præmiekonkurrencesituationer og lign., navnlig dommen *Chaplin v. Hicks* (fra 1911), hvor en deltager i en konkurrence, hvis vinder fik en indbringende skuespillerkontrakt, på grund af en fejl ikke fik besked om, at hun havde kvalificeret sig til semifinalerunden; hun fik tilkendt en forholdsmæssig erstatning for den økonomiske værdi af den pågældende kontrakt, baseret på hendes - statistiske - chance for at vinde konkurrencen. Retten afviste denne analogislutning, især under henvisning til, at den tidligere sag vedrørte et kontraktmæssigt forhold, hvor gevinstchancen havde en klar økonomisk værdi.

En tilsvarende stillingtagen til teorien om erstatning for "mistet chance" i en lægeansvarssag foreligger i en *canadisk* højesteretsdom fra 1991.²⁰

Sagen drejede sig om en kvinde, som i 1971 fik fjernet en knude i brystet; undersøgelser heraf viste, at det drejede sig om brystkræft, men patienten blev ikke informeret herom, og lægen iværksatte ingen behandling i den anledning. I 1975 fik patienten flere symptomer på sygdommen og søgte behandling hos en anden læge, som fandt frem til diagnosen fra 1971 og infor-

20. *Lawson v. Lafférière*, 78 D.L.R. 4th 609 (1991); se om dommen, *Medical Law Review* 1993 s. 124-126.

merede hende herom. Sygdommen var da progredieret, og selv om behandling blev iværksat, kunne det ikke forhindre, at hun i 1978 døde af sygdommen. Underrettsdommeren vurderede de behandlingsmuligheder, som ville have stået til rådighed i 1971, og konkluderede, at patientens chance for overlevelse ikke i så fald ville have større, hvorfor erstatning blev nægtet.

Appelretten fastslog derimod, at den manglende information til patienten havde frataget hende muligheden for at modtage korrekt behandling, og at hun derfor havde ret til erstatning for den chance for overlevelse (eller - måske - helbredelse), som behandling ville have givet hende. Dommen indeholder ikke oplysninger om størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed, men appelrettens udmåling af erstatning, der skulle afspejle sandsynligheden for, at rettidigt iværksat behandling ville have lykkedes, antyder, at muligheden ikke blev anset for stor, og den mistede chance blev vurderet til \$ 50.000. Dommen bygger på retstilstanden i Quebec, der er påvirket af *fransk* ret, hvor der findes eksempler på, at erstatning er blevet givet for en mistet chance, også i lægeansvarssager, hvis den pågældende chance kunne betegnes som "real and serious".

Højesteretsdommen indeholder en meget udførlig gennemgang af navnlig den teoretiske behandling af spørgsmålet i fransk (og belgisk) ret. Det fremgår heraf, at der er stor uenighed om teorien og - især - om dens anvendelighed på det foreliggende problem; ligesom det er usikkert, hvilke krav der stilles til størrelsen af den mistede chance. Bortset fra en enkelt dommer *forkastede* den canadiske højesteret imidlertid anvendelsen af teorien i lægeretlig sammenhæng og fastslog derfor, at et erstatningskrav måtte forudsætte, at den almindelige kausalitetsbetingelse ("on the balance of probabilities") var opfyldt, hvilket ikke var bevist i den konkrete sag. Derimod tilkendtes der erstatning for den "psychological suffering", som skyldtes, at patienten først 4 år efter, at diagnosen var stillet, fik denne oplyst, og for den "better quality of life and comfort", som korrekt information og behandling (samt bevidstheden herom) ville have givet hende.

Dommen er således ganske på linie med den ovenfor nævnte engelske afgørelse i House of Lords. Den canadiske højesteret lagde dog mere vægt på den omstændighed, at den skade, som patienten havde mistet chancen for at undgå, rent faktisk var indtrådt. Betragtningen var den, at "chancen" - og den erstatningsmæssige vurdering af chancen som sådan - har udspillet sin rolle i det øjeblik, skaden er indtrådt - principielt på samme måde, som vurderingen af gevinstchancen ved en lotteriseddel mister sin relevans i det øjeblik, udfaldet af lodtrækningen kendes. Når skaden (dvs. dødsfaldet i den konkrete sag) er indtruffet, må en eventuel erstatning derfor gives for denne og ikke for den mistede eller forringede chance for at undgå den. Derfor måtte man fastholde almindelige krav til årsagsforbindelse mellem fejlen og denne skade.

3. Patientforsikringen

3.1. Indledning

Som det fremgik, udsprang bestræbelserne på at kunne yde en vis erstatning - enten i kraft af en slækkelse af beviskravene til årsagssammenhæng eller i kraft af en anerkendelse af den mistede/forringede chance som en erstatningsberettigende skade i sig selv - af den opfattelse, at når patienten ved en lægelig fejl er blevet påført en vis skade (forstået som en vis - væsentlig - forringelse af sandsynligheden for overlevelse eller helbredelse), vil det være urimeligt og stridende med erstatningsreglernes "formål", om den ikke udløste en hertil svarende erstatning.

I det omfang man betoner den lægelige fejl som grundlaget for denne opfattelse, har den selvsagt mindre bærekraft i relation til patientforsikringen. På den anden side må det erkendes, at netop ved diagnosticeringsfejl er afstanden mellem en culpabedømmelse og patientforsikringens objektiverede fejlbedømmelse forholdsvis mindst. Det kan heller ikke afvises, at selve den omstændighed, at patientforsikringsordningerne generelt tilsigter at udvide patienternes mulighed for at få erstatning, vil gøre det vanskeligt at forstå, at der ikke skulle kunne ydes erstatning i de omhandlede tilfælde. Hvis erstatning kan ydes på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler (dvs. på culpagrundlag), bør det i hvert fald også være muligt alene på grundlag af patientforsikringens regler (dvs. selv om diagnosticeringsfejlen ikke er culpøs). I det omfang kausalitetskriteriet "overvejende sandsynligt" i sig selv indebærer en afsvækkelse af det krav, som stilles efter almindelige erstatningsretlige regler (jf. ovenfor afsnit 1), må det omvendt erkendes, at det gør det vanskeligere at argumentere for den form for yderligere slækkelse af beviskravet, som man så tendenser til i amerikansk og engelsk ret ("substantial factor"-kriteriet og lign.).

Hertil kommer, at en diagnosticeringsfejl meget vel (tillige) kan resultere i sådanne former for "merskade", som helt utvivlsomt kan kræves erstattet af patientforsikringen, f.eks. for den forværring af grundsygdommens følger, som kan henføres til forsinkelsen med iværksættelse af behandling, for de gener m.v., som patienten har haft af grundsygdommen i den periode, hvormed behandlingens iværksættelse blev forsinket (jf. tilsvarende i den engelske *Hotson*-sag), eller for den fremskyndelse af et dødsfald, som måtte kunne henføres hertil (dvs. tilfælde, hvor det er overvejende sandsynligt, at patienten ville dø af grundsygdommen, men hvor det samtidig kan fastslås med overvejende sandsynlighed, at patienten som følge af diagnosticeringsfejlen er afgået ved døden på et så meget tidligere tidspunkt end dette, at der er grundlag for at tilkende en - eventuel - forsørgertabserstatning for en hertil svarende periode). Herom er der som sagt ingen tvivl, og disse former for erstatning vil derfor ikke blive berørt yderligere. Det skal blot noteres, at en afvisning af at yde erstatning for "loss of a chance" (i en eller anden

form) således ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at der overhovedet ikke kan ydes erstatning til patienten eller de efterladte. Det særlige spørgsmål, om der som led i erstatningen for en "merskade" kan ydes erstatning i form af godtgørelse for varigt mén for selve dette, at patientens chance for overlevelse/helbredelse er blevet forringet, tages op i afsnit 3.4.

Ved den videre behandling af problemstillingen vil det - ligesom i fremmed ret - være naturligt at tage udgangspunkt i *kausalitetsbetingelsen* (jf. afsnit 3.2.) for derefter at vurdere behov og muligheder for at *erstatte den mistede/forringede chance som sådan* (jf. afsnit 3.3.).

3.2. Kausalitetsbetingelsen

3.2.1. Indholdet af kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng

Inden man - meningsfuldt - kan diskutere spørgsmålet, om kausalitetsbetingelsen kan "afsvækkes" i en eller anden udstrækning, må man naturligvis først gøre sig klart, hvad princippet om "overvejende sandsynlighed" egentlig betyder i denne sammenhæng. Som det fremgik, har man i fremmed ret stort set kun interesseret sig for det krav, der ud fra dette kriterium må stilles til den hypotetiske sandsynlighed for overlevelse/helbredelse (nemlig om den var over 50% eller mindre end dette), og kun i mindre grad for, hvilke krav der eventuelt tillige må stilles til forskellen mellem den hypotetiske og den faktiske sandsynlighed - og slet ikke for, ud fra hvilken tidshorisont overlevelsessandsynligheden skal vurderes.

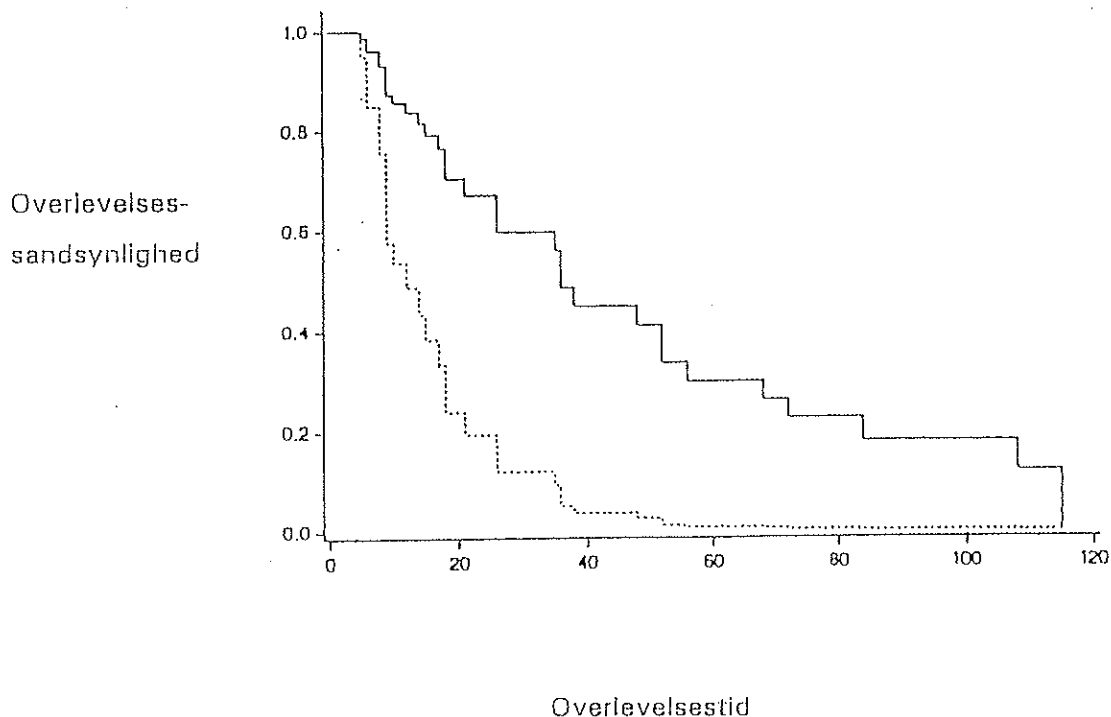
Kun *J. H. King* omtaler kort spørgsmålet om kravet til forringelse af sandsynligheden,²¹ idet han som eksempel nævner et (tænkt) tilfælde, hvor overlevelsessandsynligheden reduceres fra 80% til 35%. Efter hans opfattelse er det traditionelle krav om "overvejende sandsynlighed" ikke opfyldt i et sådant tilfælde, idet han lægger vægt på, at selv om den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er over 50%, er forringelsen af overlevelsessandsynligheden kun på 45 procentpoints. *King* diskuterer overhovedet ikke, om omfanget af forringelsen nødvendigvis skal måles på denne måde, jf. herom nedenfor. Denne manglende diskussion skal dog naturligvis ses på baggrund af, at han som nævnt gik ind for, at en sådan sag slet ikke burde behandles som en sag om erstatning for følgerne af et dødsfald, men som en forholdsmæssig erstatning for den forringede sandsynlighed (på 45%) for overlevelse.

Af nogle af de nævnte eksempler fremgår det, at de tal for overlevelsessandsynlighed, som man har lagt til grund for afgørelserne, er de konventionelt valgte 5-års tal, dvs. at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er patientens statistiske chance for at være i live 5 år senere, dersom sygdommen var blevet diagnosticeret på det tidligere tidspunkt, og optimal behandling blevet sat ind da, og at den faktiske overlevelsessandsynlighed - i det omfang den overhovedet er

21. Jf. *J. H. King* (op. cit. i note 7) s. 1378 note 85.

oplyst - tilsvarende er patientens statistiske chance for at være i live 5 år efter det tidspunkt, hvor sygdommen faktisk diagnosticeres, og optimal behandling - i relation til det *nu* foreliggende sygdomsbillede - iværksættes.

Som antydnet indledningsvis kan man imidlertid ikke blot tage udgangspunkt i forskellen mellem disse tal. Spørgsmålet om årsagssammenhæng opstår overhovedet kun, hvis patienten *faktisk dør af sygdommen*. Hvis f.eks. patienten dør 6 år senere, er det klart, at 5-års overlevelsessandsynligheden er uden interesse, men det er lige så klart, at man ikke af den grund på forhånd kan afvise, at der kan være en (overvejende sandsynlig) årsagssammenhæng mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald. Man bliver derfor nødt til at *medinddrage betydningen af, hvilket tidspunkt patienten faktisk dør på*. Denne betydning kan illustreres ved hjælp af et (tilfældigt) eksempel på en kurve for overlevelsen ved en kræftsygdom, jf. figur 1.²²



22. Eksemplet er taget fra D. Collett: Modelling Surviving Data in Medical Research (1994) s. 103; det vedrører overlevelsen ved nyrekræft for patienter, der er under 60 år, med og uden nephrectomy, dvs. operativ fjernelse af nyren.

Hvis man nu tænker sig, at følgen af en diagnosticeringsfejl er den forskel, som figur 1 omhandler (dvs. at følgen heraf er, at der ikke blev foretaget en operativ fjernelse af nyren på det pågældende tidspunkt), ses det tydeligt, at forskellen mellem hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed er vidt forskellig, alt efter hvilken overlevelsestid man tager udgangspunkt i. Vælger man således den konventionelle 5-års tidshorizont (60 måneder), ses det, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed kun er omkring 30%, og at den faktiske overlevelsessandsynlighed er meget ringe, hvilket umiddelbart kunne føre til den konklusion, at årsagsbetingelsen da *ikke* kan være opfyldt, allerede fordi det er overvejende sandsynligt, at patienten under alle omstændigheder ville dø af sygdommen. Men hvis man i stedet betragter forholdet mellem kurven på et tidligere tidspunkt (f.eks. efter 20 måneder), ses det, at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed her er omkring 70%, mens den faktiske overlevelsessandsynlighed er omkring 25%. Hvis derfor patienten faktisk dør af sygdommen på dette tidspunkt, synes konklusionen umiddelbart at blive den modsatte, idet det da er overvejende sandsynligt, at patienten - i det hypotetiske forløb - ville have overlevet dette tidspunkt samtidig med, at den faktiske overlevelsessandsynlighed er meget væsentligt forringet.

Konklusionen er derfor, *at den relevante forskel mellem kurverne for hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed må være den, som vedrører det tidspunkt, hvor patienten faktisk dør af sygdommen*. Alt andet ville føre til helt vilkårlige resultater, først og fremmest fordi man ellers helt overser tidsfaktorens betydning for størrelsen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed. Som det fremgår af figur 1, mødes de to kurver, når tidshorizonten gøres tilstrækkeligt lang (knap 10 år) - eller sagt på en anden måde: *Hvis patienten faktisk overlever tilstrækkeligt længe, har de mulige følger af den tidligere diagnosticeringsfejl udspillet deres rolle*.

Med denne præcisering kan det herefter diskuteres, hvordan forholdet mellem kurverne skal være på dødsfaldstidspunktet, for at det almindelige kausalitetskrav kan anses for at være opfyldt:

For det første må det fastholdes, *at den hypotetiske overlevelsessandsynlighed skal være over 50%*. Herom er der, som det er fremgået, almindelig enighed. Dette krav følger umiddelbart af, at det skal være overvejende sandsynligt, at patienten ville have overlevet, hvis diagnosticeringsfejlen ikke var blevet begået. Spørgsmålet, om man - eventuelt kun under særlige betingelser - kan slække på dette krav, tages som nævnt op i det følgende afsnit.

For det andet må der stilles et krav til *størrelsen af forringelsen* af overlevelsessandsynlighed, jf. det indledningsvis nævnte eksempel med en reduktion fra 51% til 49%. Spørgsmålet er kun, om dette krav skal udformes som et "absolut" krav om en reduktion på over 50 procent-

point eller som et "relativt" krav om en forringelse på over 50% (dvs. mere end en halvering af overlevelseschancen). Som nævnt gik *J. H. King* ind for den førstnævnte løsning, men der er ingen tvingende grund til at vælge denne. Det skal understreges, at der ikke gives noget "logisk" svar på dette spørgsmål. Kings løsning stiller større krav til forringelsen af overlevelseschancen, end hvis man vælger den sidstnævnte løsning. Hvis f.eks. den hypotetiske overlevelsessandsynlighed er 60%, indebærer Kings løsning, at kausalitetsbetingelsen kun er opfyldt, hvis den faktiske overlevelsessandsynlighed er under 10%, mens det efter den anden løsning er tilstrækkeligt, at den er under 30%. Generelt kan siges, at Kings løsning harmonerer mindre godt med patientforsikringsordningens almindelige sigte om et "afsvækket" kausalitetskrav, og når intet tvinger til at antage denne løsning, må det være tilstrækkeligt, at overlevelseschancen er blevet (mere end) halveret.

Konklusionen er således, at det almindelige krav om en "overvejende sandsynlig" årsagsforbindelse mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald (kun) er opfyldt, hvis følgende to betingelser begge er opfyldt: *Den hypotetiske overlevelsessandsynlighed på dødsfaldstidspunktet skal være over 50%, og den faktiske overlevelsessandsynlighed på dette tidspunkt skal være mindre end halvdelen af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed.*

Sættes disse betingelser i relation til kurverne på figur 1, ses det, at den første betingelse ikke er opfyldt ved dødsfald, der indtræder senere end efter ca. 3 år. Ved dødsfald efter ca. 10 måneder er den første betingelse opfyldt (hypotetisk overlevelsessandsynlighed ca. 90%), men ikke den anden (faktisk overlevelsesandsynlighed ca. 60%), hvorimod begge betingelser er opfyldt ved dødsfald efter ca. 20 måneder (hvor forringelsen af overlevelsessandsynlighed som nævnt udgør forskellen mellem ca. 70% og ca. 25%). Kausalitetsbetingelsen vil således i dette eksempel kun være opfyldt ved dødsfald, der indtræder inden for et tidsinterval på ca. 1½ år - 3 år efter diagnosticeringen, dvs. det tidspunkt, hvor den rigtige diagnose skulle være stillet, selv om dette giver en vis tidsmæssig forskydning i forhold til beregningen af den faktiske overlevelsessandsynlighed.

3.2.2. Kan kravet til årsagssammenhæng modificeres?

Spørgsmålet er dernæst, om det ovenfor nævnte krav til årsagssammenhæng generelt eller under visse særlige omstændigheder kan slækkes, således at kausalitet kan statueres, når blot diagnosticeringsfejlen har medført *en vis, væsentlig forringelse af sandsynligheden for overlevelse*, svarende til "substantial factor"-kriteriet i amerikansk ret. Det er jo klart, at ingen af de to "led" i den almindelige kausalitetsbetingelse (som defineret ovenfor) var opfyldt i de amerikanske sager, hvor der var sat præcise tal på både den hypotetiske og den faktiske overlevelses-

sandsynlighed (*Jeanes v. Milner*: 35%/24%; *Herskovits v. Group Health Cooperative*: 39%/25%). I den engelske sag var det andet led i betingelsen opfyldt, men ikke det første (25%/0%). Det er givet, at tilbøjeligheden til at slække på kravet vil være størst i tilfælde, hvor det ene led i betingelsen klart er opfyldt, samtidig med at det andet led er tæt på at være det, især i tilfælde, hvor den hypotetiske sandsynlighed ligger i området 40%-50%, og hvor den faktiske sandsynlighed er væsentligt mindre end halvdelen end dette (f.eks. noget nær 0) - hvilket altså heller ikke var tilfældet i nogen af disse tre afgørelser.

Den "rene" sandsynlighedsteori har mødt udbredt skepsis i nyere, bevisretlig teori, bl.a. under henvisning til, at det i almindelighed ikke er muligt på en meningsfuld måde at sætte præcise tal på sandsynligheden for de muligheder, der er bevistemaets genstand, og til, at der oftest må regnes med flere end to muligheder, herunder muligheder, som man ved for lidt om til, at de kan indgå i en sammenligning. Det betones derfor, at sandsynlighedsvurderinger i hvert fald normalt ikke kan stå alene, men at også andre faktorer må inddrages i bevisbedømmelsen. I motiverne til den danske patientforsikringslov og i forslaget til en lovreguleret ordning i Norge, fremhæves det, at sådanne andre forhold også kan indgå i den bevisbedømmelse, som skal foretages i patientforsikringsager.²³ Heraf følger, at hvis der foreligger forhold, som *efter almindelige bevisretlige principper* medfører en lempelse af kravet til bevis for årsagssammenhæng, så gælder dette også i patientforsikringsager, herunder sager, hvor bevistemaet er, hvilke følger en diagnosticeringsfejl har haft.

Der er derfor særlig grund til at fremhæve den i indledningen nævnte *usikkerhed*; der er forbundet med den lægelige sandsynlighedsvurdering, især naturligvis tallet for den hypotetiske sandsynlighed, der ifølge sagens natur må bygge på en efterrationalisering, da erstatningsproblemet jo netop kun opstår, fordi patienten på det tidligere stadium ikke blev undersøgt optimalt. Det er således vigtigt, at der udvises sund skepsis over for de fremlagte sandsynlighedstal, og at man søger oplyst, hvilken usikkerhed de er forbundet med.²⁴ Hvis f.eks. den hypotetiske

23. Jf. *Bo von Eyben*: Patientforsikring (1993) s. 89 ff og NOU 1992:6 s. 64, 80 og 93.

24. Et godt eksempel på en vis mangel på skepsis frembyder en dansk domstolsafgørelse (UFR 1980.792 V) om "fremskyndelse" af et dødsfald (jf. ovenfor afsnit 3.1.), der dog ikke omhandler en diagnosticeringsfejl, men et "almindeligt" tilfælde af hypotetisk årsagskonkurrence (en mand, der led af en alvorlig hjertelidelse, blev dræbt ved en trafikulykke). Ved dommen fik de efterladte tilkendt forsørgertabserstatning for 3 år under henvisning til de "sikre lægelige oplysninger om afdødes alvorlige sygdom, der måtte forventes at have fået dødelig udgang i løbet af få år". De lægelige oplysninger var imidlertid ikke mere "sikre", end at de fremhævede, at (1) der var en ikke ringe individuel variation i prognostisk henseende hos patienter med denne sygdom, og at

overlevelsessandsynlighed angives til at være 50%, men usikkerheden herved i virkeligheden dækker over, at den ligger inden for et interval på f.eks. 45%-55%, kan afgørelsen ikke *alene* baseres på en vurdering af sandsynligheden, men der må inddrages andre faktorer i bevisbedømmelsen, herunder faktorer, der kan tale om, at man lægger den for patienten gunstigste bedømmelse til grund (i eksemplet: en vurdering af den hypotetiske overlevelsessandsynlighed til at være mere end 50%). Som eksempel på sådanne faktorer kan - i hvert fald for dansk rets vedkommende - nævnes den omstændighed, at diagnosticeringsfejlen er *klart culpøs*.²⁵ Selv om dette spørgsmål ikke i øvrigt er relevant for patientforsikringen, kan det vel næppe undgås, at sagsbehandlingen afslører eventuelle klare, subjektive fejl, og det ville være uhensigtsmæssigt, om den heraf følgende bevislættelse vedrørende kausalitet ikke også slog igennem i patientforsikringsafgørelsen.

Det må imidlertid understreges, at sådanne andre faktorer netop kun kan inddrages i det omfang, der hersker *tvivl* om, hvorvidt kravet om overvejende sandsynlig årsagssammenhæng er opfyldt. De generelle indvendinger mod at bygge bevisbedømmelsen alene på sandsynlighedsvurderinger rammer ikke tilfælde, hvor det faktisk er muligt at sætte præcise tal på sandsynligheden, og hvor vurderingen ikke "forstyrres" af, at der tillige kan foreligge andre, ukendte muligheder. I denne situation foreligger spørgsmålet således rent: Kan der statueres kausalitet, selv om den hypotetiske sandsynlighed ikke er over 50%, og/eller forringelsen i sandsynlighed ikke er over 50%?

Efter min opfattelse må svaret herpå være et klart nej. Grunden hertil er, at der i modsat fald *savnes ethvert holdepunkt for at fastslå, hvor grænsen så skal gå*. Dette var jo i realiteten også amerikansk teoris kritik af "substantial factor"-kriteriet - endog selv om man i amerikansk ret har den "fordel", at man ikke behøver at fastslå indholdet af dette væsentlighedskrav i en juridisk regel, men blot kan overlade det til konkrete juryafgørelser. Når det er muligt at udmønte patientforsikringsordningernes generelle krav om "overvejende sandsynlighed" i præcise krav til omfanget af den hypotetiske sandsynlighed og til omfanget af forringelsen af sandsynligheden, og der ikke foreligger særlige (bevisretlige) grunde til at modificere disse krav, kan man ikke mere generelt gennemføre en yderligere og principielt vilkårlig slækkelse heraf.

(2) det var "overvejende sandsynligt", at døden ville indtræde som følge af sygdommen i løbet af ca. 3 år eller mindre. En angivelse af usikkerheden ved dette skøn kunne måske have hindret denne juridiske (over)fortolkning af den lægefaglige vurdering.

25. Jf. *Bo von Eyben; Patientforsikring* (1993) s. 89 ff.

3.3. Forholdsmæssig erstatning for forringet chance for overlevelse/helbredelse

Med den ovenfor angivne konklusion kan der siges at være et klart behov for - også i patientforsikringen - at anerkende teorien om erstatning for "loss of a chance", altså en erstatning for selve forringelsen af sandsynligheden for overlevelse eller helbredelse. Selv om ansvarsgrundlaget ikke er culpa, kan det også her opfattes som urimeligt - og formentlig som uforståeligt for patienten - om man ikke anerkender, at patienten *er* blevet påført en *skade*, når f.eks. diagnosticeringsfejlen reducerer overlevelsessandsynligheden fra 40% til det ubetydelige. Som også anført i amerikansk teori undgår man herved det element af vilkårlighed, som knytter sig til enhver afsvækkelse af kravet om overvejende sandsynlig årsagsforbindelse. Der opstår nemlig principielt *ikke* spørgsmål om, at forringelsen i sandsynlighed i så fald skal have en eller anden mindstestørrelse for at udløse ret til erstatning. Når erstatningen i givet fald er en *forholdsmæssig* erstatning, svarende til størrelsen af forringelsen, kunne den i princippet gives ved selv en minimal forringelse, når blot den kan udmøntes i tilstrækkeligt "sikre" tal for henholdsvis hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed. Selv om begge tal måtte være behæftet med en vis usikkerhed, ville det i denne sammenhæng være mindre problematisk at vælge f.eks. midterværdien af dem begge. Det er for så vidt ulogisk, at de amerikanske afgørelser, som har accepteret teorien, så at sige genindfører "substantial"-kriteriet i form af et krav om en vis, *væsentlig* forringelse, men der er således ingen nødvendig grund hertil, og derfor er den heraf følgende vilkårlighed i afgørelsen ikke i samme grad invaliderende for teorien. Men man kan naturligvis udmærket vælge at afvise "uvæsentlige" forringelser ved, at der i så fald må antages at knytte sig betydelig usikkerhed til, *om* der overhovedet foreligger nogen forringelse.

Teorien kan således synes at have gode grunde for sig og at føre til logisk uangribelige resultater. De i afsnit 2.2. omtalte afgørelser, som forkastede teorien, anførte reelt ingen argumenter imod den. Betragtningen i House of Lords i *Hotson*-afgørelsen var således helt formel, når der henvistes til, at man først må statuere kausalitet, før man kan skride til en erstatningsudmåling. Forholdet er jo det, at sandsynlighedsforringelsen *er* kausal i forhold til diagnosticeringsfejlen, og det reelle spørgsmål er kun, om man vil anerkende den som en erstatningsberettigende skade - og først hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, opstår spørgsmålet om, hvordan man praktisk vil udmåle erstatningen for denne skade.

Dommerne i *Hotson*-afgørelsen havde imidlertid som nævnt fat i én indvending mod teorien om erstatning for mistet/forringet chance, men den forekommer til gengæld også helt afgørende - nemlig følgende:

Hvis man accepterer teorien om, at erstatningen må fastsættes som en til "sandsynlighedsforringelsen" svarende forholdsmæssig del af "fuld" erstatning, kan denne teori *ikke*

begrænses til de tilfælde, hvor kausalitetsbetingelsen *ikke* er opfyldt, men må konsekvent også anvendes i tilfælde, hvor den *er* opfyldt. Hvis man f.eks. ud fra teorien yder 40% af "fuld" erstatning i tilfælde, hvor sandsynligheden for overlevelse er blevet reduceret fra 40% til 0%, må *samme* løsning anvendes i tilfælde, hvor den er blevet reduceret fra f.eks. 60% til 20%. Teorien om erstatning for "mistet chance" skal ses som en reaktion mod den almindelige kausalitetslæres "alt eller intet"-løsninger, men det ville ikke være meningsfuldt *at forlade* intet-løsningen til fordel for en forholdsmæssig erstatning i de tilfælde, hvor den hypotetiske overlevelsessandsynlighed var *under* 50%, hvis man samtidig *fastholdt* "alt"-løsningen i de tilfælde, hvor den var *over* 50%. Dette anerkendtes da også af *J. H. King*.²⁶ Konsekvensen heraf ville imidlertid være, at fuld erstatning kun kunne ydes i tilfælde, hvor overlevelsessandsynligheden er reduceret fra (noget nær) 100% til (noget nær) 0%, mens en reduktion fra f.eks. 80% til 0% kun ville resultere i 80% af fuld, normal erstatning.

Denne tankegang kan dernæst ikke engang begrænses til den foreliggende problemstilling, idet den - konsekvent - må indebære en "diskonteringsløsning" i *alle* tilfælde, hvor et vist tab ikke er "sikkert". Og det er det i virkeligheden aldrig. Enhver tabsvurdering indebærer en sammenligning mellem et faktisk og et hypotetisk forløb, og det sidstnævnte kan principielt aldrig fastslås med "sikkerhed". Særligt tydeligt er dette naturligvis i relation til vurderingen af fremtidige tab, hvor usikkerheden ikke alene knytter sig til det hypotetiske forløb, men også til det faktiske. For så vidt er et tab altid et tab af en "chance", således at en konsekvent anerkendelse af chance-teorien praktisk må føre til, *at princippet om fuldstændig erstatning må opgives*. Økonomisk kan man naturligvis hævde, at der ingen forskel er mellem f.eks. en 90% sandsynlighed for at lide et tab på 10% (f.eks. erhvervsevnetab) og en 10% sandsynlighed for at lide et tab på 90%, således at man - hvis et "sikkert", fuldstændigt tab skulle takseres til 1 mio. kr. - i begge tilfælde tilkendte en erstatning på 90.000 kr. I det lange løb ville erstatningsbyrden for den erstatningsansvarlige blive den samme som efter traditionelle udmålingsprincipper. Men prisen betales af de skadelidte, som efter de gældende regler får fuld erstatning for tab, som med overvejende sandsynlighed er forvoldt af det erstatningsberettigende forhold. Denne pris vil utvivlsomt blive anset for at være for høj - og det ikke kun fordi den strider mod tilvante forestillinger.

Dertil kommer en mere formel indvending mod diskonteringsløsningen. Også på dette punkt "lettes" løsningen i amerikansk ret af den omstændighed, at erstatningsudmålingen er overladt til en jurys skøn. I nordisk ret er rammerne og principperne for erstatningsudmålingen

26. Jf. *J. H. King* (op. cit. i note 7) s. 1387.

derimod fastsat ved lovgivning (som patientforsikringsordningerne henholder sig til), således at erstatning kun kan ydes i det omfang, det er hjemlet under en af de erstatningsposter, som lovgivningen opererer med. Spørgsmålet er derfor, *under hvilken erstatningspost* man i givet fald skulle yde erstatning for en mistet/forringet chance for overlevelse. Det kan selvsagt ikke være under posten *forsørgertabserstatning*, da det jo forudsætter (1) et dødsfald, (2) (overvejende sandsynlig) årsagssammenhæng mellem diagnosticeringsfejl og dødsfald, og (3), at patienten faktisk forsørgede en eller flere personer. Det kan heller ikke dreje sig om godtgørelse for *varigt mén*, da denne erstatningspost ikke kan omfatte selve den mistede eller forringede overlevelseschance, men højst de aktuelle (mentale) følger af patientens bevidsthed herom, jf. nærmere nedenfor. Tilbage står herefter alene erstatning for *erhvervsevnetab*, men også denne post er problematisk, når "skaden" består i en øget risiko for dødsfald. Der synes således - i givet fald - at være behov for en helt anden erstatningspost, der sætter en "værdi" på selve dette at være i live, således at erstatning herefter kunne gives for en "forkortelse af liv" (uafhængigt af forsørgelsesmæssige forhold) - og dermed i givet fald også for en forøgelse af risikoen herfor. Men en sådan erstatningspost findes ikke i nordisk ret.

3.4. Godtgørelse for følgerne af "loss of a chance"

Tilbage står spørgsmålet, om der kan ydes *godtgørelse til patienten for de ikke-økonomiske* ("ideelle") følger af, at patientens chance for overlevelse/helbredelse er blevet forringet eller er mistet. Erstatningen knyttes i så fald ikke til nogen aktuel eller potentiel skade, men derimod især til patientens *bevidsthed* om, at hans eller hendes udsigt til at overleve sygdommen eller til at blive helbredt (mere) er blevet forringet. Ofte vil der være en forbindelse mellem chancen for overlevelse og for helbredelse, f.eks. i tilfælde, hvor en følge af forsinkelsen er en øget risiko for recidiv, og hvor denne risiko er hovedårsagen til, at overlevelsessandsynligheden er blevet formindsket. Men det er klart, at bevidstheden om en forhøjet dødsrisiko normalt vil være mere belastende end bevidstheden om, at man "blot" er gået glip af en vis chance for at opnå en højere grad af helbredelse end den, der faktisk blev opnået.

Da der i givet fald er tale om en *varig, ikke-økonomisk følge*, kan den kun kompenseres inden for rammerne af reglerne om godtgørelse for *varigt mén*. Adgangen til at kræve godtgørelse herfor er uafhængig af, om der opstår følger af den art, som omtales i afsnit 3.1. Noget særligt kausalitetsproblem opstår ikke. Der er dernæst ingen tvivl om, at en formindsket overlevelsessandsynlighed *kan* tillægges betydning ved fastsættelse af méngraden, således at der for

så vidt kunne gives godtgørelse efter almindelige erstatningsretlige regler.²⁷ Méntabellen indeholder af gode grunde ingen angivelse af, hvordan disse tilfælde skal vurderes, men en vis vejledning kan hentes i oplysninger om vurderingen af kræftlidelser i almindelighed,²⁸ hvoraf fremgår, at der ydes en mindre méngodtgørelse (ofte 8%) i tilfælde, hvor sygdommen tilsyneladende er behandlet med held, men hvor der er en kendt risiko for tilbagefald og derfor behov for tilbagevendende kontrol, samt at godtgørelsen kan forhøjes til 15%, hvis der er tale om en kræftform med stor risiko for tilbagefald. Hvis man derfor tænker sig, at følgerne af en diagnosticeringsfejl er en væsentlig forhøjelse af risikoen for recidiv (som "forklarer" forskellen mellem hypotetisk og faktisk overlevelsessandsynlighed), kunne ménet herved principielt sættes til *forskellen* mellem disse to tal.

Problemet er herefter, om en godtgørelse herfor alligevel er udelukket på grund af *patientforsikringsordningernes* særlige krav om, at der skal foreligge en "fysisk" skade.²⁹ Skadefølgen er jo i disse tilfælde klart af *psykisk* karakter. Bevidstheden om, at sandsynligheden for overlevelse er blevet forringet, udgør naturligvis i sig selv en (yderligere) psykisk belastning, men man kan vel heller ikke se bort fra betydningen af patientens kendskab til, at denne forringelse kunne være undgået, dersom diagnosticeringsfejlen ikke var blevet begået.

Kravet om, at der skal foreligge en fysisk skade, udelukker imidlertid ikke, at erstatning (og godtgørelse) kan ydes for *psykiske følger* af en fysisk skade. Dette vil kunne være tilfældet, hvis der f.eks. er tale om den yderligere psykiske belastning, som følger af, at patienten skal gennemgå mere omfattende behandling mod en kræftlidelse som følge af forsinkelsen med diagnosticering - men dette følger allerede af det i afsnit 3.1. anførte. Tilbage står spørgsmålet, om selve bevidstheden om en reduceret overlevelsessandsynlighed kan anses som en *psykisk følge af en fysisk skade*, ldet problemet er, at der ikke foreligger en aktuelt indtrådt (fysisk) skade, men kun en *potentiel* (fysisk) skade i form af en (forhøjet) risiko herfor.

27. Jf. således fremhævelsen i den svenske betænkning om "Ersättning för ideell skada vid personskada" (SOU 1995:33) s. 439 af muligheden for at yde godtgørelse for den uro for fremtidige skader, som kan opleves af den, der ved en ansvarsbegrundende handling er blevet udsat for en *risiko* for at blive ramt af en sygdom (eller risiko for at være blevet smittet med HIV-virus), uanset om risikoen materialiserer sig.

28. Jf. (for dansk rets vedkommende), *Friis & Behn: Arbejdsskadeforsikringsloven* (2. udg., 1995) s. 374 f.

29. Dette krav er foreslået ophævet i Norge, jf. NOU 1992:6 s. 90, og i Sverige, jf. SOU 1994:75 s. 134 f.

Umiddelbart synes dette spørgsmål at måtte besvares benægtende,³⁰ men der *kan* argumenteres for en modsat konklusion. Der kan navnlig henvises til, at kravet om en "fysisk" skade må fortolkes ud fra *formålet* med denne begrænsning, som næppe kan siges at "ramme" en situation som den foreliggende, og at det må forekomme mindre hensigtsmæssigt, at man måtte henvise patienten til at kræve godtgørelse for *denne* følge på grundlag af almindelige erstatningsretlige regler (især da det må erkendes, at en diagnosticeringsfejl i patientforsikringsordningens forstand ofte vil udgøre et culpøst forhold, således at grundlaget for et sådant erstatningskrav for så vidt er til stede). Det vil selvsagt være vanskeligt at udskille denne følge fra sådanne andre (psykiske) følger, som patienten måtte være berettiget til at få (erstatning og) godtgørelse for i henhold til det i afsnit 3.1. anførte. Det må dog nok alligevel erkendes, at man "strækker" lovens og motivernes ord temmelig langt, hvis man anerkender, at godtgørelse kan ydes for de psykiske følger af en *potentiel* fysisk skade.

Dette har den danske Patientforsikringsforening ikke desto mindre valgt at gøre i en række afgørelser, hvoraf de første blev truffet i juni 1995. Som eksempel kan nævnes et tilfælde af manglende diagnosticering af brystkræft, hvor grundlaget for patientens ret til erstatning var, at en "erfaren specialist" ved den tidligere undersøgelse (d. 1/7 1992) ville have foretaget en grundigere undersøgelse og ikke blot have skrevet patienten op til mammografi et år senere. Diagnosen blev stillet senere på året, således at der i december 1992 blev iværksat behandling i form af kemoterapi og strålebehandling. Denne behandling var dog ikke mere omfattende, end den ville have været ved rettidig diagnosticering, og for så vidt havde forsinkelsen ikke medført nogen skade, jf. ovenfor afsnit 3.1. Imidlertid var patientens overlevelsesprognose forringet (uden at det dog af afgørelsen fremgår, hvor meget den var forringet med), og patienten fik herfor tilkendt en godtgørelse for varigt mén, baseret på en méngrad på 10%, jf. ovenfor. Det udtales i afgørelsen, at "den fastsatte godtgørelse beror på et skøn over generne og den psykiske belastning som følge af den forsinkede diagnose og deraf følgende forringede prognose". Ved fremhævelsen af "generne" understreges det, at der foreligger en form for "fysisk skade", selv om den afgørende fysiske skade (dødsfaldet) ikke er indtrådt - og vel også, at det i disse tilfælde næppe er muligt fuldt ud at gennemføre en sondring mellem fysisk og psykisk skade.

4. Afslutning

Det kan undre, at spørgsmålet om erstatning for "loss of a chance" ikke tidligere er blevet rejst i de nordiske patientforsikringsordninger. En tænkelig forklaring kunne være, at de lægelige

30. Jf. således det svenske Patientskadenämnds afgørelse (nr. 112/89, trykt i: Rättsfall - Försäkring och Skadestånd, Patientskadenämnden 1988-90 (1993) s. 83) om nægtelse af erstatning til en patient, der havde fået indopereret en kunstig hjerteklap, som senere viste sig at kunne gå løs; reoperation var i det konkrete tilfælde ikke mulig, og spørgsmålet var derfor, om erstatning kunne ydes for den angst, som patienten måtte leve med, for risikoen for senere løsning af hjerteklappen.

sagkyndige er mindre tilbøjelige til at sætte så præcise tal på overlevelsessandsynligheden, som man har kunnet se af eksemplerne fra fremmed ret, således at problemstillingen for så vidt sjældnere har foreligget "rønt". Der er imidlertid næppe tvivl om, at der jævnligt forekommer tilfælde, hvor sandsynligheden kan vurderes forholdsvis præcist (om end med den i afsnit 3.2.2. nævnte usikkerhed). I disse tilfælde nytter det ikke at basere kausalitetsvurderingen på mere eller mindre subjektive skøn. For at undgå vilkårlighed i afgørelserne er det nødvendigt at gøre sig klart, hvad kriteriet "overvejende sandsynlighed" helt præcist indebærer - og at fastholde dette betydningsindhold. Teorien om erstatning for "loss of a chance" kan umiddelbart synes at udgøre en fristende udvej til at komme uden om kausalitetsbetingelsen i tilfælde, hvor retsfølelsen rummer en stærk appel om at nå til det resultat, at patienten bør have ret til en vis erstatning. Men denne fristelse bør modstås. En nærmere analyse viser, at man med denne teori - om den skal gennemføres konsekvent - i bedste fald kun opnår at udskifte en urimelighed med en anden. Dette indebærer imidlertid ikke, at man er ganske afskåret fra at tilkende patienten en vis erstatning, herunder i tilfælde, hvor diagnosticeringsfejlen ikke med overvejende sandsynlighed kan anses for årsag til et dødsfald eller til en manglende/mangelfuld helbredelse. Reglerne om godtgørelse for varigt mén er tilstrækkeligt rummelige til at sikre en kompensation for den psykiske belastning m.v., som kan henføres til bevidstheden om en formindsket chance for overlevelse eller helbredelse. For patienten er spørgsmålet om den præcise erstatningspost sikkert mindre afgørende end selve dette, at der ydes en vis erstatning - og den heri liggende anerkendelse af, at patienten er blevet påført en vis skade. I det omfang patientforsikringsordningernes krav om, at der skal foreligge en fysisk skade, antages at blokere for denne løsning, ligger heri et (yderligere) argument for at afskaffe dette krav.