

Som tilfældet er ved skader, der falder ind under nr. 1, vil nogle af de skader, der omfattes af nr. 2, kunne begrunde erstatningskrav efter dansk rets almindelige regler, i dette tilfælde reglerne om produktansvar. Retten til erstatning efter nr. 2 er imidlertid uafhængig af, om nogen ville kunne drages til ansvar efter produktansvarsreglerne. Patienten er afskåret fra at rejse krav efter reglerne om produktansvar i det omfang, skaden dækkes af patientforsikringen, jf. § 7. Patientforsikringen kan derimod i disse tilfælde rejse regreskrav mod den ansvarlige, jf. bemærkningerne til § 8.

Reglen i nr. 3 omfatter tilfælde, hvor skaden ikke – selv i objektiv forstand – kan henføres til nogen fejl fra medicinalpersoner eller ved det anvendte udstyr, idet det først efterfølgende, d.v.s. efter at behandlingen er blevet gennemført, og skaden er indtruffet, kan konstateres, at den kunne være undgået, hvis man i stedet havde valgt en anden behandlingsteknik eller behandlingsmetode. Reglen går således videre end reglen i nr. 1, idet det ikke er nogen betingelse, at en erfaren speciallist i den givne situation måtte antages at ville have valgt den anden teknik eller metode.

Betingelserne for, at der kan ydes erstatning efter denne regel, er følgende:

For det første er det en betingelse, at der på det tidspunkt, hvor behandlingen blev iværksat, faktisk fandtes en anden behandlingsteknik eller anden behandlingsmetode, og at denne faktisk stod til rådighed i den konkrete behandlingssituation, eventuelt i kraft af en henvisning af patienten til en specialist eller til en specialafdeling på et (andet) sygehus. Der kan således ikke tages hensyn til behandlingsmuligheder, som først er blevet taget i anvendelse efter behandlingstidspunktet, eller som dog ikke stod til rådighed i den givne situation, eventuelt ved henvisning eller overflytning af patienten.

For det andet er det en betingelse, at den anden behandlingsteknik eller behandlingsmetode måtte betragtes som ligeværdig med den valgte teknik eller metode, d.v.s. at den ud fra en medicinsk vurdering måtte antages at ville have været mindst lige så effektiv til behandling af patientens sygdom som den faktisk valgte teknik eller metode. Vurderingen heraf baseres på den medicinske videnskab og erfaring på behandlingstidspunktet. Målestøken er for så vidt på dette punkt den erfarne speciallists vurdering, jf. herved bemærkningerne til reglen i nr. 1. Hvis denne vurdering munder ud i, at den alternative behandlingsteknik eller behandlingsmetode i den givne situation ville have været så meget bedre end den faktisk valgte, at en erfa-

ren specialist ville have valgt den anden teknik eller metode, er skade, der herved kunne være undgået, omfattet af reglen i nr. 1. Hvis omvendt vurderingen munder ud i, at en anden behandlingsteknik eller -metode, bedømt på forhånd, måtte anses for at være ringere end den, der blev valgt, kan der ikke ydes erstatning efter denne regel. Ved denne vurdering skal der således ikke tages hensyn til den faktisk indtrufne skade. Der kan med andre ord ikke ydes erstatning i tilfælde, hvor lægen med rette afstod fra at anvende en anden teknik eller metode, fordi den erfaringsmæssigt ville være mindre effektiv til behandling af patientens sygdom, selv om det – med efterfølgende kendskab til den faktisk indtrufne skade – kan siges, at valg af den anden teknik eller metode ville have været bedre for den konkrete patient.

For det tredje er det en betingelse, at det med den viden om behandlingsforløbet, som foreligger på det tidspunkt, hvor erstatningssagen skal afgøres, kan konstateres, at skaden med overvejende sandsynlighed ville være blevet undgået, hvis man i stedet havde anvendt en anden – ligeværdig – behandlingsteknik eller behandlingsmetode. Ved denne rent efterfølgende vurdering af skadens undgåelighed kan der således bl.a. tages hensyn til den viden om patientens sygdom, helbreds-konstitution iøvrigt m.v., som den faktisk iværksatte behandling gav, uanset om disse forhold måtte have været uerkendelige for selv en erfaren specialist på det tidspunkt, hvor beslutningen om valg af behandlingsteknik eller -metode skulle træffes.

Det fremgår heraf, at det ikke gør nogen forskel, om valget stod mellem forskellige, ligeværdige måder at udføre en given behandling på (»behandlingsteknik«), eller valget stod mellem helt forskelligartede behandlingsprincipper, f.eks. medicinsk contra kirurgisk behandling (»behandlingsmetode«).

Reglen indebærer bl.a., at forsøgspatienter vil være berettiget til erstatning, hvis der i forbindelse med forsøgsmetoden indtræder skader, som ikke ville være indtrådt, hvis man i stedet havde anvendt hidtidige optimale behandlingsmetoder, under forudsætning af, at de gængse metoder på behandlingstidspunktet fremtrådte som (mindst) ligeværdige med forsøgsmetoden. Men reglen er ikke begrænset til tilfælde, hvor valget står mellem nye og gamle metoder eller teknikker.

Ved vurderingen af, hvilke skader der kan henføres til den valgte behandlingsteknik eller -metode, må der tages hensyn til de sandsynlige følger af en anvendelse af den alternative teknik eller metode. Hvis det må antages, at heller ikke den