

## Obrácení důkazního břemene při odpovědnosti za újmu způsobenou chybou při ošetření a při poučení v německém občanském zákoníku

**Autor:** Prof. Dr. Bernd-Rüdiger Kern

**Pracoviště:** Juristenfakultät der Universität Leipzig

**Abstract:** This paper introduces the legal provision regarding the so called simplification of burden of proof in medico-legal disputes according to S. 630h of German Civil Code (BGB). The legal provision concerned was enacted via novelisation of the BGB by the Act on Patients' Rights (Patientenrechtegesetz) of 26th of February 2013. It both follows in principle and consolidates the fairly established rules on burden of proof laid down by German courts.

**Key words:** burden of proof, medico-legal disputes, novelisation of the BGB

## I. Úvod\*

### 1. 1 Zákon o právech pacientů (*Patientenrechtegesetz*)

Práva pacientů v Německu dosud existovala v mnoha jednotlivých zákonech. Z toho důvodu byla zcela zásadní soudní judikatura. Tento stav byl ukončen zákonem o právech pacientů (*Patientenrechtegesetz*), který vstoupil v platnost dne 26. února 2013 a který spojil dosavadní práva do jednoho zákona. Přitom se ovšem nejedná o samostatný zákon o právech pacientů. Bylo pouze vloženo 8 paragrafů do občanského zákoníku (§ 630a–h občanského zákoníku, dále také jen BGB).

### 1.2 Důkazní břemeno

V soudních řízeních o náhradě újmy způsobené lékařem má důkazní břemeno ústřední význam. Důkazním břemenem se rozumí povinnost každé strany předložit důkazy pro svá tvrzení; důkazní břemeno navíc rozhodujícím způsobem určuje rozdělení rizika pro případ nejasností (*non liquet*). Zůstane-li nějaká skutečnost neprokázána, bude spor rozhodnut podle pravidel důkazního břemene a prohraje ten, kdo ponese důkazní břemeno.

Pacient zásadně nese důkazní břemeno, pokud tvrdí, že došlo k chybě v ošetření a v poučení,<sup>1</sup> jakož i co se týče zavinění a vzniku újmy. Pacient také prokazuje příčinnou souvislost mezi porušením povinností lékaře a vzniklým poškozením zdraví; to platí jak pro chybu při ošetření, tak také pro porušení povinnosti poskytnout poučení.<sup>1</sup>

Jelikož obzvláště dokazování příčinné souvislosti jakožto podmínky pro dovození odpovědnosti za škodu je mimořádně obtížné, vytvořila německá judikatura z důvodů „rovnosti zbraní“ pro pacienta mnohá ulehčení dokazování. Jsou nyní – s výjimkou evidentního důkazu (*prima facie*) – zakotvena v § 630h BGB. Skutečnou novinku – v dogmatickém odůvodnění, nikoli ve výsledku – tak představuje jen obrácení důkazního břemene tehdy, když pacient tvrdí, že lékař porušil povinnost poskytnout poučení. Dobře strukturovaný tak § 630h BGB není. Ustanovení o důkazním břemenu při prokazování poučení a souhlasu je totiž systematicky zařazeno mezi pravidla o důkazním břemenu při prokazování chyb při ošetření.

---

\* Německý text *Beweislastumkehr in BGB. § 630h BGB. Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler* se svolením prof. Kerna upravila Helena Peterková. Tento text vznikl díky finanční podpoře projektu GA ČR GAP408/12/1316 – České zdravotnické právo v evropském kontextu: strukturální analýza a perspektivy (2012-2014, GA0/GA).

<sup>1</sup>Zákon o právech pacientů to původně upravoval jinak, nyní však tento závěr vyplývá jak z § 630 odst. 2 občanského zákoníku, tak také z § 630h odst. 2 občanského zákoníku.

<sup>2</sup> K tomuto srov. KERN. *Gesundheitsrecht*. 2009, s. 1 a násl.

Ne všechna ulehčení dokazování dle § 630h BGB obsahují obrácení důkazního břemene při prokazování příčinné souvislosti. U každého ustanovení je proto nutno dbát přesně na to, jaká ulehčení skutečně poskytuje a jaká tato mají důsledky pro hodnocení důkazů.

## II. Pravidla důkazních břemen

### 2.1 Důkazní břemeno u plně kontrolovatelných rizik

*§ 630h odst. 1 BGB: Má se za to, že ošetřující lékař pochybil, když se materializovalo takové obecné riziko spojené s ošetřením, které bylo pro ošetřujícího zcela kontrolovatelné a které vedlo ke smrti pacienta nebo k poškození jeho zdraví.*

Institut plně kontrolovatelného rizika je judikaturou i literaturou plně uznávaný.<sup>2</sup> Z dogmatického hlediska však není jeho vymezení jak vůči evidentnímu důkazu, tak také vůči obrácení důkazního břemene z důvodu hrubé chyby při ošetření vždy jednoduché.

§ 630h odst. 1 BGB obsahuje pouze domněnku objektivního porušení povinnosti v podobě chyby při ošetření. Žalobce tak musí prokázat, že k poškození zdraví, respektive smrti pacienta došlo v důsledku materializace obecných rizik spojených s ošetřením.<sup>3</sup> Pokud se to podaří, musí lékař nebo poskytovatel zdravotních služeb dokázat, že se *ad hoc* nejednalo o plně kontrolovaná rizika, za která by byli plně odpovědní, neboť nebyla rozeznatelná při plánování ošetření nebo operace. Dále je nutné prokázat, že tato rizika mohla s určitou pravděpodobností rovněž vést k poškození pacienta. V této souvislosti je zejména nutno myslet na okolnosti, za které odpovídá sám pacient, jako je jeho zvláštní dispozice k poškození.<sup>4</sup>

Při dokazování příčinné souvislosti dochází k ulehčení dokazování jen zcela výjimečně. O takový případ se může jednat při hrubém porušení organizačních povinností. Naopak u méně závažných chyb v organizaci musí ošetřující strana vyvrátit domněnku zavinění nebo objektivního porušení povinností. Ulehčení dokazování se v tomto případě nevztahuje na kauzalitu, nemožnost objasnit příčinnou souvislost mezi chybou a poškozením zdraví je v neprospěch pacienta.<sup>5</sup> Další ulehčení důkazů odstavec 1 neobsahuje.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 20. 3. 2007 – VI ZR 158/06, NJW 2007, 1682; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 24. 1. 1995 – VI ZR 60/94, NJW 1995, 1618.

<sup>4</sup> Vrchní zemský soud Schleswig, rozsudek z 6. 6. 2003 – 4 U 70/02, NJW-RR 2004, 237.

<sup>5</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 24. 1. 1995 – VI ZR 60/94, NJW 1995, 1618.

<sup>6</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 1. 2. 1994 – VI ZR 65/93, NJW 1994, 1594 = JZ 1994, 787 s pozn. od UHLENBRUCK.

<sup>7</sup> BT-Drs. 312/12, s. 41; Návrh zákona o právech pacientů, s. 36; srov. také REUTER – HAHN. VuR 2012, 247, 257.

## 2.2 Evidentní důkaz – důkaz *prima facie*

Evidentní důkaz není v BGB upraven, v judikatuře i v literatuře je však uznáván. Používá se ovšem stále řidčeji. V judikatuře se dnes omezuje spíše na plně kontrolovatelné riziko. To může být také důvodem, že zákonodárce tento právní institut do BGB nezačlenil.

### 2.2.a Požadavky na důkaz *prima facie*

U událostí s typickým průběhem je dokazování ulehčeno evidentním důkazem (*prima facie*). Od *prima facie* není téměř možné odlišit případy plně kontrolovaného rizika. To se ukazuje zvláště u případů aplikace injekcí.<sup>7</sup>

Pokud je dána jistá skutková podstata, která podle praktických zkušeností ukazuje na určitou příčinu, musí strana nesoucí důkazní břemeno (pacient) pouze ozřejmit okolnost, která podle zkušeností ukazuje na pochybení lékaře v příčinné souvislosti s poškozením pacienta. Pokud se soud přesvědčí o existenci výchozí skutkové podstaty, je tím tato určitá příčina dokázána.<sup>8</sup>

Je na žalovaném, aby předložil seriózní možnost netypického průběhu děje, a tím důkazu *prima facie* odebral základ a opět plně obnovil důkazní břemeno<sup>9</sup> protistrany (protidůkaz). Abstraktní domněnka k tomu však nestačí. Lékař musí objasnit, že v úvahu vážně přichází jiná příčina.<sup>10</sup> V nouzi musí konkrétní skutečnosti, z nichž toto vyvozuje, také doložit.<sup>11</sup>

Je nejasné, jaká míra důkazní síly je potřebná, aby byl soudce přesvědčen o existenci typického stavu věci odůvodňujícího důkaz *prima facie*. Zatímco v odborné literatuře<sup>12</sup> se vychází zčásti z toho, že lze připustit nižší míru přesvědčení soudu, než je tomu u standardního dokazování, vyžaduje Spolkový soudní dvůr<sup>13</sup> zčásti rozpornými formulacemi větší míru přesvědčení.

---

<sup>8</sup> K tomuto srov. LAUFS – KERN in: Laufs – Kern. § 108 Rn. 13 a násl. a § 109.

<sup>9</sup> Srov. STEIN – JONAS – LEIPOLD. § 268 Rn. 129 a násl.

<sup>10</sup> Objektivní důkazní břemeno naproti tomu není institutem evidentního důkazu přesunuto. LAUMEN. NJW 2002, 3739, 3742 s dalšími odkazy.

<sup>11</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 17. 1. 1995 – X ZR 82/93, VersR 1995, 723.

<sup>12</sup> STEIN – JONAS – LEIPOLD. § 268 Rn. 139; Zöller – Greger. § 284 Rn. 29.

<sup>13</sup> STEIN – JONAS – LEIPOLD. § 268 Rn. 133 s dalšími odkazy.

<sup>14</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 15. 6. 1982 – VI ZR 119/81, NJW 1982, 2668. Tak také ZÖLLER – GREGER, Vor. § 284 Rn. 29; BERG – WINTERS, s. 71.

## 2.2.b Účinky *prima facie*

*Prima facie* ulehčuje především dokazování příčinné souvislosti. K pravému obrácení důkazního břemene zde však nedochází.<sup>14</sup> Protože přichází v úvahu jen u typických průběhů dějů<sup>15</sup>, tedy v případech, v nichž jistá okolnost ukazuje podle zkušeností na určitou příčinu, zůstává jeho prostor v soudních řízeních v medicínsko-právních sporech spíše omezený. Je tomu tak z důvodu, že lékař při zákroku naráží na různé skutečnosti, které spoluurčují skutkový děj.<sup>16</sup> Typičnost v lékařských nálezech zásadně chybí.<sup>17</sup>

## 2.2.c Kazuistiky

### 2.2.ca Připuštění evidentního důkazu

Pokud se po porodu provedeným na klinice pouze porodní asistentkou při ztíženém vybavení raménka ukáže poškození brachiálního plexu, pak je evidentní, že této „Erbově obrně“ bylo možné zabránit lékařským vedením porodu, které bylo z medicínského hlediska namístě.<sup>18</sup>

Pokud dojde při perkutánní biopsii jater, punkci naslepo, k perforaci žlučníku, mluví *prima facie* pro pochybení lékaře.<sup>19</sup>

Lékař, který bez závažného důvodu operuje třináct hodin po zlomenině hlezenního kloubu v otoku, se dopouští chyby. Její příčinnou souvislost s následně rozvinutou infekcí v zóně lomu s následným ztuhnutím hlezenního kloubu může soud konstatovat vzhledem k medicínské empirické praxi na základě důkazu *prima facie*, zvláště tehdy, pokud se zánět projevil natolik bezprostředně po operaci, že jiné příčiny lze racionálně vyloučit.<sup>20</sup>

Za chybu při operaci pomocí vysokofrekvenčního chirurgického přístroje odpovídá lékař u vzniklých endogenních popálenin podle principů *prima facie*.<sup>21</sup>

Pokud je při extrakci zubu moudrosti rotujícím nástrojem primárně poškozen nerv (nervus lingualis), hovoří důkaz *prima facie* pro pochybení operátora.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> K různým přístupům srov. také BERG – WINTERS, s. 80 a násl.

<sup>16</sup> K pochybným konstelacím, v nichž bylo možné zjistit průběh událostí jen vylučovacím postupem, srov. Jungmann. ZP 207, 459. K typičnosti BERG – WINTERS, s. 17 a násl.

<sup>17</sup> STEFFEN – PAUGE. Rn. 495.

<sup>18</sup> MÜLLER, G. NJW 1997, 3049, 3052. Pro infekci HIV v důsledku transfúze krve srov. ale Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 30. 4. 1991 – VI ZR 178/90, BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948 s pozn. DEUTSCH, 1937 = JZ 1991, 785 s pozn. SPICKHOFF, 756. Diferencovaný obraz u LEPA. In: FS für Deutsch, s. 635 a násl.

<sup>19</sup> Vrchní zemský soud Bremen, rozsudek z 21. 3. 1979 – 3 U 24/77, VersR 1979, 1060.

<sup>20</sup> Vrchní zemský soud Celle, rozsudek z 13. 10. 1976 – 9 U 47/76, VersR 1976, 1178.

<sup>21</sup> Vrchní zemský soud v Hammu, rozsudek z 4. 5. 1987 – 3 U 323/86, VersR 1988, 807.

<sup>22</sup> Vrchní zemský soud v Saarbrücken, rozsudek z 30. 5. 1990 – 1 U 69/89, VersR 1991, 1289.

Pokud dojde k poškození po podání ještě neregistrovaného léčiva, bude předpokládána příčinná souvislost podle zásad *prima facie*.<sup>23</sup>

Pokud nebude pacient informován o doporučených očkováních, lze pomocí důkazu *prima facie* doložit příčinnou souvislost mezi porušením povinnosti řádně pacienta informovat a pozdější nákazou pacienta.<sup>24</sup>

Řada rozsudků týkajících se právní odpovědnosti lékaře se zabývá poškozením zdraví po injekcích.<sup>25</sup> Také na tomto poli přichází v úvahu důkaz *prima facie*, přičemž zvýšenou pozornost si zaslouží časová souvislost.<sup>26</sup> Nestačí jen to, že je věrohodná časová souvislost mezi injekcí a nástupem infekce.

Jelikož se infekcím nedá vždy zabránit, ani při dodržení všech povinností, připustí se důkaz *prima facie* jen tehdy, pokud byl pacient delší dobu nebo obzvláště intenzivně v kontaktu s trvalým přenašečem (kterému bylo možné zamezit) bez dodržení hygienických zásad, a jiné cesty nákazy jsou vyloučeny.<sup>27</sup> Tyto skutkové předpoklady musí pacient vyložit a případně dokázat předtím, než mu může prokázání kauzality ulehčit důkaz *prima facie*. Toto zahrnuje zejména také důkaz, že v ošetřované oblasti byly odpovídající zárodky. Pokud je naproti tomu jisté, že se vyskytovaly závažné hygienické nedostatky, bude se zpravidla jednat dokonce o hrubou chybu při ošetření. Jestliže mnoho pacientů zubního lékaře trvale vylučujícího původce hepatitidy B onemocní touto infekcí, pak mluví důkaz *prima facie* pro to, že pacienti byli nakaženi tímto lékařem. To platí v každém případě tehdy, když měl zubní lékař popraskané ruce a při práci je občas nechával nechráněné.<sup>28</sup>

Pokud se ráno natáhnou injekce „*an bloc*“ a následně nebudou během dne odborně skladovány, musí lékař dokázat, že toto jednání nebylo v příčinné souvislosti s infekcemi pacientů.<sup>29</sup>

Pokud se po intragluteální injekci antirevmatika do hýžďového svalu okamžitě vyskytnou značné bolesti a obrny, pak mluví důkaz *prima facie* pro nesprávnou injekční techniku.<sup>30</sup> Z nástupu rozsáhlé tkáňové nekrózy po intragluteální injekci léku toxického pro cévy lze dovozovat chybu lékaře.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 10. 11. 1998 – 14 U 34/98 VersR 1999, 1018, viz ale také *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 17. 11. 1998 – 14 U 69/97, VersR 1999, 1500.

<sup>24</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 3. 2007 – VI ZR 55/05, BGHZ 172, 1, 3 f = NJW 2007, 2767, 2768 = VersR 2007, 995, 996.

<sup>25</sup> DEUTSCH, VersR 2003, 801, 805.

<sup>26</sup> Srov. také MEINECKE. *Haftungskriterien für Injektionsschäden*, 1997.

<sup>27</sup> Instruktivní s mnoha příklady JAEGER. VersR 1989, 994 a násl.; viz také LEPA in: *FS für Deutsch*, s. 635, 640.

<sup>28</sup> Srov. DEUTSCH – SPICKHOFF. Rn. 520; BERG – WINTERS, s. 144.

<sup>29</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 17. 12. 1984 – 7 U 27/8, MedR 1986, 200; vymezující *Vrchní zemský soud v Oldenburgu*, rozsudek z 12. 06. 1990 – 5 U 160/89, MedR 1991, 203. K dalším případům: DEUTSCH – SPICKHOFF, Rn. 520.

<sup>30</sup> *LG München*, rozsudek z 7. 7. 2004 – 9 O 18834/00, GesR 2004, 512.

<sup>31</sup> *LG Ravensburg*, rozsudek z 28. 12. 1987 – 2 O 259/87, VersR 1988, 1076.

<sup>32</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 10. 11. 1983 – 8 U 159/81, VersR 1984, 241.

Pravidla důkazu *prima facie* ulehčují prokazování příčinné souvislosti mezi infekcí HIV a předchozí transfúzí krve ovšem jen tehdy, když je jisté, že pacient dostal krevní konzervu infikovaného dárce.<sup>32</sup> Navíc nesmí být zřejmé žádné další příčiny nemoci mimo oblast odpovědnosti ošetřujícího lékaře. Tak je důkaz *prima facie* vyloučen, pokud pacient patří ohledně HIV k rizikové skupině nebo pokud jeho životní styl vykazuje zvýšený rizikový potenciál.<sup>33</sup> Pokud onemocní AIDS také manžel(ka) příjemce krve, lze na základě důkazu *prima facie* dovozovat, že se nakazil(a) od svého partnera.<sup>34</sup> Také u produktu krevní plazmy je předpokladem pro přijetí důkazu *prima facie* to, že původce nemoci byl prokazatelně přítomen v nosné substanci.<sup>35</sup>

## 2.2.cb Odmítnutí důkazu *prima facie*

*Prima facie* se převážně neuplatní, pokud neexistuje tak obecný empirický princip, podle kterého by příčinou vzácné nebo nanejvýše vzácné komplikace, jako je insuficience stehu po apendektomii, byla chyba lékaře.<sup>36</sup> Pokud se v nějaké lékařské praxi vyskytly po injekcích u více pacientů infekce, tato okolnost ještě nevede k domněnce, že lékař pochybil, na základě důkazu *prima facie*.<sup>37</sup> Neexistuje také evidentní důkaz pro to, že by injekce do kolenního kloubu nebo vedle něj vedla k zánětu jen tehdy, když místo vpichu nebylo dříve důkladně očištěno a dezinfikováno.<sup>38</sup> Stejně tak nelze dospět na základě infekce rány po operaci k závěru, že kůže nebyla před zákrokem dostatečně dezinfikována.<sup>39</sup> Pokud se po intraartikulární injekci zjistí v dotčeném kloubu infekce, nelze bez dalšího usuzovat na nesprávný postup ze strany ošetřujícího lékaře.<sup>40</sup> Pokud dojde během operace při punkci krční žíly a zavádění žilního katetru k poškození nervu, nestačí sama tato okolnost pro domněnku, že lékař při anestézii pochybil.<sup>41</sup>

Vzhledem ke specifickému riziku celého zákroku je důkaz *prima facie* vyloučen i tehdy, když se po vyšetření s katetrizací srdce, u kterého byl nejdříve zkoušen přístup přes pravé předloktí, vyskytnou

<sup>33</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 19. 12. 1996 – 8 U 39/96, VersR 1998, 103. Srov. také *Vrchní zemský soud Celle*, rozsudek z 12. 6. 1996 – 9 U 204/95, NJW-RR 1997, 1456 (k evidentnímu důkazu pro kauzalitu substituční léčby imunoglobulinovým preparátem u infekce virem hepatitidy C); dále *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 12. 11. 1997 – 1 U 533–94, NJW-RR 1998, 167 (HIV infekce u pacienta s onemocněním krve); *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 14. 6. 2005 – VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614, 2615. K tomuto *Magnus*, ZP 120, 347, 350.

<sup>34</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 14. 6. 2005 – VI ZR 179/04, NJW 2010, 1331, 1332.

<sup>35</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 14. 6. 2005 – VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614, 2615.

<sup>36</sup> *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 26. 9. 2000 – 14 U 32/00, VersR 2002, 577.

<sup>37</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 10. 3. 1992 – VI ZR 64/91, NJW 1992, 1560.

<sup>38</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 6. 12. 1984 – 24 U 854/82, VersR 1986, 496.

<sup>39</sup> *Vrchní zemský soud v Oldenburgu*, rozsudek z 7. 3. 1986 – 6 U 224/85, VersR 1987, 390; viz také *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 25. 2. 1998 – 5 U 144/97, NJW 1999, 1790; *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 12. 6. 1997 – 8 U 143/96, VersR 1998, 1242.

<sup>40</sup> *Vrchní zemský soud Hamburg*, rozsudek z 22. 2. 2002 – 1 U 35/00, MDR 2002, 1315.

<sup>41</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 12. 6. 1997 – 8 U 143–96, NJW-RR 1998, 170.

<sup>42</sup> *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 17. 12. 1987 – 14 U 21/87, VersR 1988, 1137.

uzávěry a ucpání cév zásobujících předloktí.<sup>42</sup> Samotná časová souvislost mezi tonzilektomií a ztrátou vnímání chuti nedovoluje konstatovat chybu lékaře podle zásad důkazu *prima facie*.<sup>43</sup>

K poškození nervu (nervus recurrens) při operacích strumy dochází již jen vzácně, „ještě stále však představují učebnicový příklad operačního rizika, kterému lékař nemůže bezpečně zabránit.“<sup>44</sup> Z okolnosti, že operace vede k poranění nervu (nervus recurrens), proto také nelze usuzovat na nesprávný postup lékaře podle principů důkazu *prima facie*.<sup>45</sup> Z poranění cévy v rámci laparoskopie nelze dovozovat pochybení při zavádění jehly nebo trokaru.<sup>46</sup> Pokud dojde při nesprávně provedené transaxilární resekcii prvního žebra při ošetření syndromu horní hrudní apertury k poškození nervů (nervus medianus a nervus ulnaris), nelze chybu lékaře při operaci prokázat jen na základě vzniklé léze.<sup>47</sup> Neexistuje ani evidentní důkaz pro chybu chirurga, který neúspěšně provedl mnohočetné operace píštělí u pacienta, když poté jiný operatér problém definitivně odstranil jediným zákrokem.<sup>48</sup>

Pokud v krátkém časovém horizontu od podvázání vejcovodů dojde k těhotenství, nevyplývá z toho *prima facie* chyba lékaře.<sup>49</sup> Mezi léčbou novorozence v inkubátoru a jeho následným onemocněním retrolentární fibroplazií neexistuje příčinná souvislost, která by byla nutná nebo vysoce pravděpodobná; pro takovou souvislost proto nemluví ani žádný důkaz *prima facie*.<sup>50</sup> Otázku, ve které lékařské praxi došlo k chybě vedoucí k nesprávnému určení krevní skupiny, nelze zodpovědět podle pravidel evidentního důkazu.<sup>51</sup>

Z toho, že novorozenec během porodu utrpěl ublížení na zdraví, nelze bez zohlednění dalších okolností vyvodit závěr, že došlo k chybě při ošetření.<sup>52</sup> Pokud při infarktu mozkového kmene přichází v úvahu jako příčina jak mobilizační léčba ortopédem, tak také běžný každodenní pohyb pacienta, nelze považovat za příčinu infarktu provedené léčebné opatření, pokud mezi léčbou a infarktem uběhlo 24 hodin.<sup>53</sup>

## 2.3 Důkaz o poskytnutí souhlasu a poučení a hypotetický souhlas

<sup>43</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, rozsudek z 12. 6. 2008 – 5 U 1630/07, MedR 2008, 672.

<sup>44</sup> Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, rozsudek z 11. 2. 1987 – 8 U 135/85, VersR 1988, 742.

<sup>45</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 22. 1. 1980 – VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333.

<sup>46</sup> Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, rozsudek z 13. 8. 1987 – 8 U 94/86, VersR 1989, 191.

<sup>47</sup> Vrchní zemský soud v Zweibrücken, rozsudek z 12. 9. 2000 – 5 U 5/00, VersR 2002, 317, 318.

<sup>48</sup> Vrchní zemský soud v Hammu, rozsudek z 18. 4. 2005 – 3 U 259/04, MedR 2006, 649.

<sup>49</sup> Vrchní zemský soud v Hammu, rozsudek z 30. 4. 1986 – 3 U 203/85, VersR 1987, 1119.

<sup>50</sup> Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, rozsudek z 14. 6. 1984 – 8 U 166/83, VersR 1985, 457; Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, rozsudek z 3. 6. 1985 – 8 U 137/84, VersR 1987, 412. Srov. také Vrchní zemský soud v Saarbrücken, rozsudek z 10. 6. 1987 – 1 U 97/85, VersR 1988, 831.

<sup>51</sup> Vrchní zemský soud v Hammu, 28. 6. 1982 – 3 U 27/82, VersR 1983, 885.

<sup>52</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 20. 6. 1989 – VI ZR 320/88, NJW 1989, 2943.

<sup>53</sup> Vrchní zemský soud v Schleswigu, rozsudek z 26. 6. 1996 – 4 U 143/94, VersR 1997, 831.



Tento odstavec obsahuje dvě právní zásady – rozložení důkazního břemene a možnost obrany lékaře, který neposkytl dostatečné poučení.

### 2.3.a Důkaz o poskytnutí souhlasu a poučení

*§ 630h odst. 2 věta 1 BGB: Ošetřující je povinen dokázat, že získal souhlas podle § 630d a poskytl poučení v souladu s požadavky § 630e.*

Rozmach tzv. souhlasových sporů lze vysvětlit obtížným dokazováním toho, že došlo k lékařskému pochybení v příčinné souvislosti s poškozením pacienta. Pokud žalobce, kterému nebyl zákrok proveden úspěšně nebo jehož stav se i po zákroku zhoršuje, neunesse důkazní břemeno pro své tvrzení, že došlo k pochybení lékaře v příčinné souvislosti s poškozením zdraví, tak musí naopak lékař v dalším stadiu řízení, v němž mu žalobce vytýká nedostatečné poučení, předložit důkaz o souhlasu pacienta, a přesvědčit tak soud o dostatečném poučení pacienta, pokud nechce prohrát proces.

Lékař musí dokázat, že pacienta poučil a získal jeho informovaný souhlas se zákrokem. Přitom se jedná o pravé obrácení důkazního břemene. Jelikož musí být poučení podle § 630e odst. 2 BGB „provedeno ústně ošetřujícím...“, vznikají pro lékaře problémy při dokazování. Lze se sice následně odvolávat „na podklady“, ale tyto podklady mohou rozhovor jen připravit nebo doplnit, ne nahradit. Proto se nabízí otázka, jak tedy řádné poučení má být poskytnuto.

Podle stálé judikatury Spolkového soudního dvora se na lékaře při prokazování řádného poučení nesmí klást nepřiměřené a přehnané požadavky. V důsledku toho musí soud při svém rozhodování zohlednit zvláštní situaci, v níž se lékař nachází při ošetřování pacienta, stejně jako nebezpečí, které může vzniknout z toho, že pacient zneužije lékařovy povinnosti unést důkazní břemeno za účelem právních nároků plynoucích z odpovědnosti lékaře. Na toto nedávno opětně důrazně poukázal bývalý předseda 6. civilního senátu Spolkového soudního dvora: „Soudce přitom ovšem musí mít na paměti, že poučení formou rozhovoru, které je důležité nejen jako zdroj poznání, nýbrž také pro spolupráci lékaře a pacienta, není nahrazen nutností, aby se lékař i pacient museli pro zamezení obtíží při prokazování zabývat vyplňováním a podepisováním formulářů a dokumentů.“<sup>54</sup>

Opakovaně je doporučováno, aby poučení bylo poskytováno prostřednictvím formulářů. Také je myslitelné použití předtisků; je však též problematické. Bez individuálních dodatků budou stačit jen ve velmi vzácných případech. Pouhé předání formuláře s poučením<sup>55</sup> stačí stejně tak málo, jako

<sup>54</sup> Vrchní zemský soud v Jeně, rozsudek z 18. 5. 2005 – 4 U 641/04, NJW-RR 2006, 135.

<sup>55</sup> STEFFEN, prezentace problému k: Vrchní zemský soud v Hammu, MedR 2011, 439, 440.

<sup>56</sup> Vrchní zemský soud v Kolíně, ArztR 2003, 309 = GesR 2003, 85.

formulář, který při zákroku s podstatnými riziky obsahuje prohlášení o souhlasu v obecné rovině<sup>56</sup>. Pokud není ve formuláři uvedeno právě riziko, o němž pacient musí být poučen, má se za to, že poučení nebylo poskytnuto.<sup>57</sup> Pokud je ve formuláři s poučením za sebou seřazena řada medicínských rizik bez komentáře, nepředstavuje to pro pacienta dostatečnou informaci.<sup>58</sup> Nevyplněný a nepodepsaný formulář s poučením nepředstavuje důkaz o poskytnutí ústního poučení, nýbrž důkaz proti němu.<sup>59</sup> Pokud ovšem formulář s poučením uvádí přesně vzniklou komplikaci, je vhodný jako důkaz přinejmenším tehdy, když obsahuje rukou provedené zápisy k takovému riziku a je podepsán pacientem.<sup>60</sup> Takový formulář je navíc důkazem pro lékaře, že poskytování řádného poučení tvoří pravidelnou součást jeho pracovní náplně.<sup>61</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi zamítl žalobu, neboť nebylo prokázáno pochybení lékaře, když pacient potvrdil, že si přečetl formulář s poučením a pochopil ho.<sup>62</sup>

Spolkový soudní dvůr právem vystupuje proti tendencím poskytovat výlučně písemné poučení, které se v posledních letech občas objevují v judikatuře.<sup>63</sup> Poučení o vedlejších účincích léků je lékař povinen poskytnout sám a nesmí jen odkázat na informace k použití od farmaceutického výrobce<sup>64</sup>.

Soudy mají ovšem stále větší sklon k tomu, nezpochybňovat použití formulářů jako prostředek k poskytnutí poučení.<sup>65</sup>

Kvůli uvedeným obtížím „jsou písemné záznamy o provedení rozhovoru s poučením v chorobopisu a o jeho podstatném obsahu ... užitečné a lze je naléhavě doporučit“<sup>66</sup>. Zvláště je nutno dokumentovat ústní souhlas pacienta.

Jakmile byl předložen nějaký důkaz svědčící pro soustavné svědomité poskytování poučení ze strany lékaře, mělo by se v případech pochybností věřit lékaři, že poučení bylo také v jednotlivém případě provedeno řádným způsobem.<sup>67</sup> Může tedy zásadně stačit, že dotčený lékař dokáže, že rozhovory s

---

<sup>57</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, FamRZ 2008, 1533 = Vrchní zemský soudR Koblenz 2008, 178; rozhodnutí z 22. 10. 2007 – 5 U 1288/07; VersR 2008, 690 = MedR 2008, 286 = ArztR 2008, 192.

<sup>58</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 6. 7. 2010 – VI ZR 198/09 = GesR 2010, 481; MDR 2010, 1052; NJW 2010, 3230.

<sup>59</sup> Vrchní zemský soud Nürnberg, ArztR 2005, 248 = NJW-RR 2004, 1543.

<sup>60</sup> Vrchní zemský soud v Mnichově, MedR 2006,431; Spolkový soudní dvůr, rozhodnutí z 20. 12. 2005, VI ZR 285/04.

<sup>61</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, MedR 2008, 672, 673.

<sup>62</sup> Vrchní zemský soud v Mnichově, Chefarzt aktuell 2009, 73; Vrchní zemský soud v Mnichově, rozsudek z 25. 2. 2010 – 1 U 2408/09.

<sup>63</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi 12. 6. 2008 – 5 U 1630/07 = ArztR 2009, s. 154.

<sup>64</sup> K tomuto srov. KERN. Der Einsatz von Aufklärungsbögen. Kommt die schriftliche Aufklärung? *Der Internist*. 2001, M 128 = Der Arzt und sein Recht , s. 103.

<sup>65</sup> Spolkový soudní dvůr, VersR 2005, 834 = NJW 2005, 1716 = ArztR 2006, 128.

<sup>66</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, rozsudek z 1. 8. 2011 – 10 O 326/08 = MDR 2011, s. 1287, 1288.

<sup>67</sup> Spolkový soudní dvůr, VersR 1985, 361 (362).

<sup>68</sup> Srov. Spolkový soudní dvůr, NJW 1985, 1399.

poučením co do způsobu a obsahu bezvýjimečně odpovídají jeho stálé praxi. Pacientem podepsaný formulář s poučením navíc představuje důkaz o řádném rozhovoru s poučením.<sup>68</sup>

Pokud se lékaři nepodaří unést důkazní břemeno týkající se ústního poučení pacienta tím, že toliko předloží podepsaný formulář, a chybí-li také záznamy v dokumentaci pacienta, má lékař k dispozici více dalších důkazních možností.

Rozhovor lékaře s poučením a jeho obsah lze prokázat např. následným vyslechnutím lékaře při konfrontaci s pacientem, když existuje dostatečná opora pro to, že vylíčení věci lékařem odpovídá skutečnosti<sup>69</sup>. Platí zde důkaz běžné praxe.

### 2.3.b Hypotetický souhlas

*§ 630h odst. 2 věta . BGB: Pokud poučení nesplňuje požadavky § 630e, může se ošetřující lékař odvolávat na to, že pacient by se zákrokem souhlasil i v případě řádného poučení o něm.*

Věta 2. obsahuje úpravu příznivou pro lékaře v případě, že jeho poučení nebylo dostatečné, takzvaný hypotetický souhlas.

Pokud se lékař dopustí chyby při poskytnutí poučení, může se proti nárokům pacienta bránit argumentem, že tento by se zákrokem souhlasil i při řádném a úplném poučení (hypotetický souhlas).<sup>70</sup> Lékař nese pro toto tvrzení důkazní břemeno.<sup>71</sup> Jelikož předložení jednoznačného důkazu by však bylo obtížné, jsou požadavky na dokazování spíše malé. Lékař ovšem nese břemeno tvrzení; musí uplatňovat hypotetický souhlas.<sup>72</sup> Pokud lékař argumentuje hypotetickým souhlasem, musí pacient pro jeho vyvrácení hodnověrně vylíčit, že se při provedeném poučení dostal do konfliktu, zda se zákrokem souhlasit, či nikoliv.<sup>73</sup> Argument lékaře, že pacient by se zákrokem i při řádném poučení souhlasil, který byl ještě v 80. letech minulého století silně diskutován, získává stále větší význam. To ukazuje v neposlední řadě mnoho novějších rozsudků.

---

<sup>69</sup> Vrchní zemský soud v Mnichově, rozsudek z 25. 2. 2010 – 1 U 2408/09.

<sup>70</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, FamRZ 2008, 1583 = Vrchní zemský soud Koblenz 2008, 178; Beschl. v. 22. 10. 2007 – 5 U 1288/07; VersR 2008, 690.

<sup>71</sup> K tomuto srov. KERN in: Laufs – Kern. *Handbuch des Arztrechts*, § 165, 10; a LAUFS in: Laufs – Kern. § 137, 10.

<sup>72</sup> Spolkový soudní dvůr, VersR 2005, 942 = NJW 2005, 2072 = Arztr 2006, 186.

<sup>73</sup> Vrchní zemský soud v Kolíně, Arztr 2003, 309 = GesR 2003, 85; Vrchní zemský soud v Kolíně, MedR 2010, 716.

<sup>74</sup> Zásadní: Spolkový soudní dvůr, MedR 1991, 137.

<sup>75</sup> Takto ještě také SCHELLENBERG. Aufklärungsmängel, hypothetische Einwilligung und der „echte“ Entscheidungskonflikt im Arzthaftungsrechtsstreit, VersR 2008, 1298-1303, 1299.

Pokud musel podle starší judikatury přednést tento argument lékař pak je podle novějšího rozhodnutí<sup>74</sup> – v každém případě u této zvláštní formy případu – nutno jej zohlednit i tehdy, když se na něj žalovaný lékař neodvolává. Tomuto odporuje Vrchní zemský soud v Kolíně<sup>75</sup> i Spolkový soudní dvůr<sup>76</sup>, když konstatují, že první přednesení hypotetického souhlasu ve 2. instanci je opožděné. Pokud je argumentováno hypotetickým souhlasem teprve ve druhé instanci, jedná se zásadně o nový prostředek obhajoby ve smyslu § 531 odst. 2 občanského soudního řádu (ZPO).<sup>77</sup> To potvrzuje Vrchní zemský soud v Oldenburgu,<sup>78</sup> když požaduje tvrzení hypotetického souhlasu již v první instanci, pokud je na základě rozhodnutí o důkazu nutno vzít v úvahu, že by soud mohl žalobě na nedostatečné poučení vyhovět. To platí i tehdy, když bude následně znalec považovat poučení z medicínského hlediska za dostatečné.

Za pouhé porušení práva na vlastní rozhodnutí nepřísluší v případech hypotetického souhlasu zpravidla žádné odškodnění.<sup>79</sup>

Při použití léku neregistrovaného v Německu je na hypotetický souhlas nutno klást zvláště přísné požadavky.<sup>80</sup>

Pro připuštění tvrzení, že pacientovi bylo nedostatečným poučením zasaženo do práva rozhodovat o léčbě, není nutné splnění přehnaných požadavků.<sup>81</sup> Hodnověrnost žalobcova tvrzení nesmí soudce první instance zpravidla posoudit bez osobního vylisování pacienta.<sup>82</sup> Své vlastní posuzování pacientova konfliktu, zda by se zákrokem souhlasil, či nikoliv, nesmí stavět na místo pacientova<sup>83</sup>.

Zásah do práva pacienta na rozhodování je zjevný, pokud má být nasazen lék, u kterého lze s 35% pravděpodobností počítat se závažnými zdravotními následky, a pacient o riziku nebyl poučen<sup>84</sup>.

Zásah do práva na rozhodování je uznán také tehdy, když pacient uvádí, že při znalosti rizika poranění nervu by se nechal operovat neurochirurgem a ne urologem<sup>85</sup>.

Pokud pacient věrohodně přednese, že při znalosti zvláštního rizika poranění nervu by se nechal operovat neurochirurgem (namísto urologem), lze zásah do pacientova práva na rozhodování o léčbě

---

<sup>76</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, MedR 2002, 408 = VersR 2003, 253 = Arztr 2002, 78.

<sup>77</sup> Vrchní zemský soud v Kolíně, Arztr 2003, 309 = GesR 2003, 85.

<sup>78</sup> Viz také Spolkový soudní dvůr, NJW 2009, 1209, 1211; Spolkový soudní dvůr, GesR 2009, 154.

<sup>79</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 18. 11. 2008 – VI ZR 198/11 = GesR 2009, 154.

<sup>80</sup> Vrchní zemský soud v Oldenburgu, rozsudek z 27. 5. 2009 – 5 U 43/08 = MedR 2010, 570; GesR 2010, 207.

<sup>81</sup> KG, VersR 2004, 1320.

<sup>82</sup> Spolkový soudní dvůr, MedR 2007, 631.

<sup>83</sup> Vrchní zemský soud v Hammu, MedR 2005, 411.

<sup>84</sup> Spolkový soudní dvůr, NJW 2005, 1364.

<sup>85</sup> Spolkový soudní dvůr, NJW 2005, 1364; takto také Vrchní zemský soud v Koblenzi, MedR 2007, 175 = VersR 2007, 111.

<sup>86</sup> Spolkový soudní dvůr, MedR 2007, 718.

<sup>88</sup> Vrchní zemský soud v Kolíně, MedR 2009, 280.

dovodit i tehdy, pokud operace spadá i do odbornosti operujícího urologa a tento je ve svém oboru považován za uznávanou kapacitu.<sup>86</sup>

Při akutně indikovaném zákroku je naproti tomu nutno tvrzení lékaře, že by pacient udělil souhlas i po řádném poučení, přijmout.<sup>87</sup>

To platí také tehdy, když vedlejší účinky, o kterých nebylo poskytnuto poučení, nejsou závažné.<sup>88</sup> Za zásah do práva pacienta rozhodovat o léčbě se nepovažuje, když pacient souhlasil s dřívějšími zákroky, které proběhly bez komplikací.<sup>89</sup> Z hypotetického souhlasu lze vycházet také tehdy, pokud nelze uvažovat o jiné metodě jako seriózní alternativě ošetření.<sup>90</sup> Pokud by si pacient při poskytnutém poučení vyžádal radu jiného lékaře, který by navrhl stejné ošetření, zásah do práva na rozhodování v každém případě nenastává.<sup>91</sup>

## 2.4 Ulehčení dokazování při neúplné dokumentaci<sup>92</sup>

*§ 630h odst. 3 BGB: Pokud ošetřující lékař v rozporu s § 630f odst. 1 nebo odst. 2 nezaznamenal ve zdravotnické dokumentaci pacienta provedená opatření vyžádaná zdravotním stavem pacienta a jejich výsledek, nebo pokud v rozporu s § 630f odst. 3 neuchovává zdravotnickou dokumentaci pacienta, předpokládá se, že tato opatření neučinil.*

Absence záznamu ve zdravotnické dokumentaci ukazuje v první řadě jen to, že bylo opomenuto opatření, jež je lékař povinen zaznamenat, což ulehčuje pacientovi prokazování chyby lékaře. Nedostatky v dokumentaci zpravidla nevedou k obrácení důkazního břemene ohledně kauzality. „Výjimečně ovšem může absence záznamu ve zdravotnické dokumentaci získat nepřímo význam také pro prokazování příčinné souvislosti, pokud je presumovaná chyba ošetření, které nasvědčuje absence požadovaného záznamu, hodnocená jako hrubá, nebo pokud se jedná o porušení zvláštní povinnosti lékaře zajistit nálezy, a z těchto důvodů může senát při rozhodnutí formulovat zásady pro ulehčení důkazního břemene pro pacienta při prokázání kauzality.“<sup>93</sup> Pro případy opomenutí vyhotovit formuláře ohledně sebevražděných sklonů však toto právní pravidlo nebylo přijato.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Vrchní zemský soud v Kolíně, rozsudek z 28. 4. 2008 – 5 U 192/07 = VersR 2009, 1119; MedR 2009, 280.

<sup>90</sup> LG Cottbus, MedR 2004, 231.

<sup>91</sup> Vrchní zemský soud v Mnichově, MedR 2009, 591.

<sup>92</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, MedR 2004, 502 = VersR 2005, 118.

<sup>93</sup> Vrchní zemský soud v Oldenburgu, VersR 2006, 517.

<sup>94</sup> Vrchní zemský soud v Koblenzi, MedR 2002, 408 = VersR 2003, 253 = Arztr 2002, 78.

<sup>95</sup> K tomuto srov. SCHLUND in: Laufs – Kern. *Handbuch des Arztrechts*, Kap. 10.

<sup>96</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 24. 1. 1989 – VI ZR 170/88, NJW 1989, 2330; viz např. také *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 14. 12. 1993 – VI ZR 67/93, *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 6. 7. 1999 – VI ZR 290/98, NJW 1994, 1596; 1999, 3408.

<sup>97</sup> *Vrchní zemský soud v Braunschweigu*, rozsudek z 11. 2. 2008 – 1 U 2/08, NJW-RR 2008, 1060.

Pokud se důkaznímu břemenu pacienta ulehčí, protože lékař poruší svou povinnost vést zdravotnickou dokumentaci, „zůstává pacientovi přesto povinnost objasnit a případně dokázat, že jako příčina vzniklého poškození přichází v úvahu chyba zaviněná lékařem“.<sup>95</sup>

*Non liquet* u vedení zdravotnické dokumentace v pochybnostech ohledně chyby lékaře nebo kauzální souvislosti nevede k naprostému obrácení důkazního břemene; jde k tíži lékaře bez dalšího jen tehdy, pokud pacient v důsledku mezer ve zdravotnické dokumentaci utrpí škodu, protože například musí opakovat placené vyšetření, které je potřebné pro další opatření, avšak není prokazatelně v podkladech.<sup>96</sup>

V rámci řízení o náhradě újmy způsobené chybou lékaře jde o to, aby byly nedostatky ve zdravotnické dokumentaci vždy posuzovány v souvislosti s komplexním hodnocením důkazů. Opomenutí vést řádně zdravotnickou dokumentaci přitom může podle dalších okolností vést v jednotlivých případech od ulehčení dokazování až k úplnému obrácení důkazního břemene, pokud se jím ztíží nebo zmaří objasňování přinejmenším pravděpodobné příčinné souvislosti mezi chybou lékaře při ošetření a poškozením zdraví, a nálezy měly být zajištěny právě z důvodu zvýšeného rizika sporného průběhu.<sup>97</sup>

## 2.5 Důkazní břemeno při nedostatečné způsobilosti ošetřujícího

*§ 630h odst. 4 BGB: Pokud nebyl ošetřující způsobilý pro jím prováděné ošetření, má se za to, že tato nedostatečná způsobilost byla příčinou smrti pacienta nebo poškození jeho zdraví.*

Pokud ošetřující není pro zákrok způsobilý, pak se v případě ublížení na zdraví nebo smrti předpokládá, že příčinou byla nedostatečná způsobilost ošetřujícího. V návrhu zákona bylo původně ještě uvedeno, že jakmile nebyl ošetřující schopný ošetření nebo pro ně způsobilý, předpokládá se příčinná souvislost mezi tímto nedostatkem a následkem v podobě poškození pacienta.<sup>98</sup> Pod způsobilostí se rozumí nutná odborná kvalifikace.<sup>99</sup> Schopností byla naproti tomu míněna spíše tělesná a/nebo duševní kondice (přetížení, přepracování)<sup>100</sup>. Podle znění i odůvodnění je pak relevantní pouze kvalifikace (§ 630h odst. 4 návrhu BGB).<sup>101</sup>

Pacientovi vyplývá z toho, že jeho léčbu převzala nemocnice, nárok na lékařskou péči odpovídající standardu péče poskytované odborným lékařem. Vyšší riziko poškození pacienta, které se přirozeně

<sup>98</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 9. 11. 1982 – VI ZR 23/81, NJW 1983, 332 = JR 1983, 192 s pozn. *Baumgärtel*.

<sup>99</sup> *Baumgärtel*, § 823 Příloha C II, Rn. 62. Srov. také BERGMANN, s. 156; STEFFEN – PAUGE, Rn. 462.

<sup>100</sup> Srov. *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 3. 2. 1987 – VI ZR 56/86, NJW 1987, 1482.

<sup>101</sup> Návrh zákona o právech pacientů, s. 8.

<sup>102</sup> Návrh zákona o právech pacientů, s. 38; BR-Drs. 312/12, s. 43.

<sup>103</sup> Návrh zákona o právech pacientů, s. 38.

<sup>104</sup> BR-Drs. 312/12, s. 5; BR-Drs. 312/12, s. 43.

může pojit se vzděláváním mladých lékařů, musí být plně kontrolovatelné osobami odpovědnými za činnost mladých lékařů a kompenzováno zvláštními opatřeními.<sup>102</sup> Při operaci prováděné nezkušeným lékařem proto musí být zajištěn stálý dozor lékaře s odpovídající specializovanou způsobilostí připraveného a schopného kdykoliv zakročit.<sup>103</sup> Pokud takovému dozoru brání operačně-technické překážky, nesmí být zákrok začínajícím lékařem prováděn samostatně.<sup>104</sup>

Medicínské vědomosti a lékařská praxe vyžadují vedle teoretické výuky praxi, která umožní zacvičení; toto však nesmí být na úkor pacienta. Nebezpečí vyplývající z faktu, že operuje začínající lékař, musí být kompenzováno vhodnými opatřeními. Dobro a bezpečnost pacienta mají vždy přednost před výukou.

Spolkový soudní dvůr se k problematice operací prováděných začínajícím lékařem vyjádřil ve stěžejním rozsudku z roku 1983.<sup>105</sup> Podle tohoto rozsudku je chybou při ošetření, pokud samostatně prováděné operace byly svěřeny k tomu ještě nedostatečně kvalifikovanému lékaři: „Porušení povinnosti lékaře poskytnout poučení však zásadně nezakládá nárok na odškodnění.“<sup>106</sup> Začínající lékař by pod dozorem měl postupně provádět operace různých stupňů obtížnosti. Než školitel svěří mladému kolegovi zákrok prováděný samostatně na jeho vlastní odpovědnost, „musí podle objektivních kritérií prověřit, a poté dospět k medicínsky obhajitelnému závěru, že tím pro pacienta nevznikne žádné dodatečné riziko. Vždy musí být zaručen standard zkušeného chirurga.“

Při chirurgickém zákroku, který nezbytně vyžaduje asistenci dalšího lékaře, musí mít tento asistující lékař doklad o získání specializované způsobilosti.<sup>107</sup> Při jiných operačních zákrocích, které lze zásadně provádět bez asistence dalšího lékaře, může naproti tomu lékař nacházející se v předatestační přípravě samozřejmě operovat, a to i bez přímého dozoru, pokud je k tomu skutečně způsobilý. Pokud mu tato způsobilost chybí, musí mu asistovat další lékař.

Výše uvedené zásady platí odpovídajícím způsobem pro všechny ostatní obory a v rámci oborů také pro ostatní činnosti začínajícího lékaře, například pro diagnostiku a neoperační výkony. Přitom je nutno i pro tyto obory a činnosti zohlednit judikaturu Spolkového soudního dvora: „V důsledku by musely stejné (omezené) požadavky na sledování lékařů v procesu dalšího vzdělávání platit nejen pro narkózy, nýbrž také pro takové operační zákroky, které se zpravidla provádějí bez asistence dalšího

---

<sup>105</sup> Srov. Spolkový soudní dvůr NJW 1993, 2989. K požadavkům na noční pohotovostní službu srov. Spolkový soudní dvůr NJW 1996, 2429.

<sup>106</sup> Vrchní zemský soud v Oldenburgu VersR 1998, 1380 u 1381.

<sup>107</sup> Vrchní zemský soud v Oldenburgu MDR 1998, 47.

<sup>108</sup> Spolkový soudní dvůr Z 88, 248 = NJW 1984, 655 = JZ 1984, 327; k tomuto DEUTSCH. NJW 1984, 650 f; GIESEN. JZ 1984, 331; FRANZKI, H. MedR 1984, 186; MÜLLER-GRAFF. JuS 1985, s. 352 a násl.; ke stavu judikatury do roku 1990 srov. KERN. DMW 1990, 1368, = S-H ÄBl. 1991, 31. Podrobně MEHRINGER.

<sup>109</sup> Takto již KERN. *Der Chirurg*. 1983, 124; MARTIS – WINKHART. *Arzthaftungsrecht*, s. 73, A 371.

<sup>110</sup> V rozhodnutí Spolkový soudní dvůr NJW 1993, 2989 by toto mělo platit jen proto, protože „při chirurgickém zásahu ... byla beztoho potřebná asistence dalšího lékaře, a proto šlo jen o otázku, zda měl být operatérovi, který byl v procesu dalšího vzdělávání na stupeň odborného lékaře, dán k takové asistenci zkušený lékař“.

lékaře. Takové zákroky nejsou jen v chirurgii [...], nýbrž ještě častěji např. v oftalmologii a otorinolaryngologii,<sup>108</sup> ale také v gynekologii.<sup>109</sup>

S operacemi prováděnými začínajícím lékařem se pojí souhrn povinností zabezpečující standard poskytované péče. K němu patří povinnost profesního začátečníka „dokumentovat průběh jím samostatně prováděné operace v podstatných bodech i při takzvaných rutinních zákrocích“.<sup>110</sup> Tato dokumentace je v zájmu zdokonalování lékaře a ještě více v zájmu pacienta, v jehož prospěch tak vzniká důkazní prostředek.<sup>111</sup>

Sám profesní začátečník je jen výjimečně odpovědný za nedbalostní pochybení:<sup>112</sup> „Právě od začínajícího lékaře je nutno očekávat, že bude zvláště sebekritický vůči svým schopnostem a bude si vědom toho, že může ohrozit život pacienta bezmyšlenkovým lpěním na nějakém plánu ošetření, nedostatečnou obezřetností nebo unáhleným vytěsněním svých pochybností.“<sup>113</sup> Pokud začínající lékař sezná, že není způsobilý k potřebnému zákroku, musí o tom pacienta informovat, aby takovému postupu zabránil. Informovaný souhlas udělený pacientem i přes poučení neospravedlňuje provedení zákroku začínajícím lékařem.

## 2.6 Obrácení důkazního břemene při hrubé chybě při ošetření

*§ 630h odst. 5 BGB: Pokud dojde k hrubé chybě při ošetření a tato je zásadně schopna přivodit smrt pacienta nebo poškození jeho zdraví takového druhu, k němuž skutečně došlo, má se za to, že chyba při ošetření byla příčinou takového poškození. Toto platí také tehdy, když ošetřující opomenul včas provést nebo zajistit nálezy potřebné z medicínského hlediska, pokud by tyto s dostatečnou pravděpodobností vedly k tomu, že by byla učiněna další opatření, a pokud by bylo opomenutí takových opatření hrubou chybou.*

### 2.6.a Přehled

Pokud se lékař dopustil hrubé chyby při ošetření, nastoupí ve prospěch pacienta obrácení důkazního břemene pro prokázání příčinné souvislosti mezi chybou při ošetření a ublížením na zdraví.<sup>114</sup> Hrubou

<sup>111</sup> WEIßAUER – OPDERBECKE. *MedR.* 1993, 447, 450 (pozn. k Spolkový soudní dvůr NJW 1993, 2989).

<sup>112</sup> Spolkový soudní dvůr, NJW 1994, 3008; 1998, 2736.

<sup>113</sup> Spolkový soudní dvůr NJW 1985, 2193; Vrchní zemský soud v Düsseldorfu VersR 1991, 1138.

<sup>114</sup> Ke sporné otázce povinnosti lékaře zajistit důkazy; BENDER. VersR 1997, 918, 924.

<sup>115</sup> BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 s pozn. DEUTSCH = JZ 1984, 327 s pozn. GIESEN; Spolkový soudní dvůr NJW 1985, 2193. Spolkový soudní dvůr NJW 1989, 2321; Spolkový soudní dvůr NJW 1993, 2989; Spolkový soudní dvůr NJW 1994, 1596 a 3008; Spolkový soudní dvůr NJW 1998, 2736.

<sup>116</sup> Spolkový soudní dvůr NJW 1988, 2298, 2300 = *MedR* 1988, 249, 250. – K neodpovědnosti asistujícího lékaře operujícího pod dohledem a vedením, který nejednal unáhleně ani svévolně, srov. Vrchní zemský soud v Zweibrücken VersR 1997, 833; Vrchní zemský soud v Hammu VersR 1998, 104.

<sup>117</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011 = *MedR* 2004, 561 = VersR 2004, 909; *Vrchní zemský soud v Brandenburg*, rozsudek z 31. 3. 2011 – 12 U 44/10, BeckRS 2011, 07488; LAUMEN. NJW 2002, 3739, 3744; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 08. 1. 2008 – VI ZR 118/06, *MedR* 2009, 228.



chybou při ošetření se rozumí takové nesprávné jednání, které se již jeví jako nepochopitelné a neobhajitelné nikoli ze subjektivních důvodů spočívajících v osobě jednajícího lékaře, nýbrž z objektivního medicínského pohledu při použití měřítka vzdělanosti a vědomostí platných pro lékaře, protože taková chyba se ošetřujícímu lékaři „prostě nesmí stát“.<sup>115</sup> Následkem je to, že hlavní dokazování musí provádět lékař a nikoli pacient, tedy že lékař musí přesvědčit soud o tom, že poškození nebylo způsobeno hrubou profesní chybou.

„Základy ... jsou nejasné a pravděpodobně naráží na ekvitu. Německá judikatura řeší tímto způsobem podle principu „buď vše, nebo nic“ problém nejasných průběhů, který francouzská judikatura zčásti kompenzuje doktrínou *loss of chances*.“<sup>116</sup> Jako pravá alternativa se však jeví pouze možnost přesunout problém na úroveň hodnocení důkazů. Spravedlivé posouzení jednotlivých případů, kterého tím lze nejspíše dosáhnout, by bylo ovšem vykoupeno právní nejistotou. Spolkový soudní dvůr se rozhodl proti této pravé alternativě také s argumentem, že spravedlnosti v jednotlivém případě lze do určitého stupně dosáhnout ještě tím, že bude soudci první instance vyhrazeno hodnocení průběhu ošetření jako hrubě chybného.<sup>117</sup> Není tak ovšem přednesen žádný argument proti zásadní další kritice v literatuře, že obrácení důkazního břemene nelze dogmaticky ospravedlnit<sup>118</sup>. Ani literatura ovšem dosud nevyvinula žádný nosný přístup, který by obstál v praxi.<sup>119</sup>

K odůvodnění své judikatury Spolkový soudní dvůr konstatoval již v roce 1967, že lékař, který závažným porušením postupu *lege artis* způsobil, že nelze zjistit, jaký by byl průběh nemoci při řádně provedeném výkonu, je „blíže k tomu“, aby nesl důkazní břemeno, než pacient, který sotva může nějak přispět k objasnění skutkového stavu. Podle judikatury soudu se nejedná o sankci za pochybení lékaře. Obrácení důkazního břemene „se spíše pojí s tím, že kvůli závažnosti chyby při ošetření bylo zvláštním způsobem ztíženo objasňování děje při ošetření a jejího významu pro ošetření, takže lékař nemůže od pacienta v dobré víře očekávat úplný důkaz kauzality“.<sup>120</sup> To platí ale jen v případech, v

---

<sup>118</sup> Srov. Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227; Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2822.

<sup>119</sup> DEUTSCH – MATTHIES. *Arzthaftungsrecht. Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen*. 3. Aufl. 1988, 61 K myšlenke podílové pravděpodobnostní odpovědnosti lékaře srov. KASCHE. *Verlust von Heilungschancen*. 1999; FLEISCHER. JZ 1999, 766, s. 771 a násl.; KATZENMEIER. § 8 IV.3.c; SPICKHOFF. NJW 2004, 2345, 2346.

<sup>120</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, MedR 2004, 561, 563 = Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013. Kriticky k tomuto STRÄTER, 59.

<sup>121</sup> Přehled různých dogmatických přístupů u STRÄTER, s. 60 a násl.; SUNDMACHER, s. 32 a násl.; KATZENMEIER in: Laufs – Katzenmeier – Lipp. s. 397.

<sup>122</sup> SCHMIDT. MedR 2007, 693, 700 obhájí vynětí poškození zdraví ze skutkové podstaty. HEIDEL, s. 159, navrhuje, aby se § 280 odst. 1 věta 2 občanského zákoníku pro oblast odpovědnosti lékaře nevztahovala k výsledku vykládala tak, že po zjištění obecné způsobilosti chyby při ošetření přivodit poškození zdraví musí lékař dokázat, že ani správné ošetření by nevedlo k lepšímu výsledku. STEINER. VersR 2009, s. 473, 474, doporučuje „poměrnou odpovědnost“.

<sup>123</sup> NJW 1967, 1508; Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2822. Kriticky HEIDELK, s. 145.

nichž lékař vědomě a chtěně převzal závazky vyplývající z poskytování zdravotní péče.<sup>121</sup> V judikatuře zčásti zaznívá, že obrácení důkazního břemene lze ospravedlnit tím, že je lze považovat za srovnatelné se zásadami týkajícími si maření důkazů. V oblasti hrubé chyby při opatřování nálezů je toto odůvodňováno tím, že důkazní situace je negativně ovlivňována již neopatřením nálezů.<sup>122</sup>

### 2.6.b Ulehčení důkazu při porušení kontrolních povinností

Nakonec vyvstává otázka, zda by ulehčení důkazu ve prospěch pacienta mělo obecně platit i tehdy, když lékař poruší povinnosti, které buď mají zabránit právě nekontrolovanému průběhu děje, nebo existují právě proto, že škodlivé následky nebyly ještě zcela zřetelně rozpoznány, jako např. při léčebných pokusech.<sup>123</sup> Pokud porušení takových důležitých kontrolních povinností ztěžuje následné objasňování a rekonstrukci děje, pak bude zřejmě i zde na základě dosavadní soudní rozhodovací praxe zdokonalující právo namíste ulehčení dokazování.

### 2.6.c Způsobilst závažné chyby přivodit poškození

Hrubá chyba při ošetření musí zásadně být způsobilá zapříčinit ublížení na zdraví, ke kterému skutečně došlo. Šestý senát Spolkového soudního dvora opakovaně zdůraznil, „že v úvahu připadající ulehčení dokazování u způsobilsti závažné chyby způsobit poškození pacienta spočívá na jiném základě než je tomu u evidentního důkazu; v každém případě v tomto smyslu nemusí být příčinná souvislost mezi hrubou chybou při ošetření a poškozením zjevná nebo dokonce typická, aby to ospravedlňovalo ulehčení dokazování“.<sup>124</sup> Obrácení důkazního břemene by však mělo být vyloučeno, pokud je příčinná souvislost mezi chybou při ošetření a poškozením nanejvýše nepravděpodobná.<sup>125</sup>

### 2.6.d Závažná chyba při ošetření jako právní otázka

Zda se jedná o hrubou nebo (lépe) závažnou chybu při ošetření, je otázkou právní;<sup>126</sup> toto hodnocení proto provádí soud na základě jemu předložených skutečností (v rámci celkového pohledu na průběh ošetření).<sup>127</sup> Zpravidla jindy nepostradatelný znalec z oboru medicíny nesmí takovou kvalifikaci provést.<sup>128</sup> Vazba na závěry znalce však existuje potud, pokud z nich vyplývá prostě nepochopitelné

<sup>124</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, NJW-RR 2008, 1474 k neaplikovatelnosti obrácení důkazního břemene při hrubé chybě náhodného pomocníka lékaře při ošetření v případě nouze (Rozhodnutí o nepřipustnosti *Spolkový soudní dvůr* BeckRS 2008, 13309).

<sup>125</sup> *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 30. 11. 2006 – 5 U 209/06, VersR 2007, 1565 = MedR 2007, 439; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 23. 3. 2004 – VI ZR 428/02, NJW 2004, 1871, 1872 = MedR 2004, 559, 561.

<sup>126</sup> V tomto smyslu STEFFEN – PAUGE, Rn. 548.

<sup>127</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 21. 9. 1982 – VI ZR 302/80, NJW 1983, 333 s pozn. MATTHIES.

<sup>129</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 20. 7. 2011 – 5 U 206/07, VersR 2012, 109 = RDG 2012, 81.

<sup>130</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227, 228.

<sup>132</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 25. 10. 2011 – VI ZR 139/10, NJW 2012, 227, 228; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 5. 2000 – VI ZR 321/98, NJW 2000, 2737; srov. k formulacím znalce HAUSCH. VersR 2002, 670, 675.

<sup>131</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 3. 12. 1985 – VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540.

chování lékaře.<sup>129</sup> Ačkoli je tedy „posouzení průběhu ošetření jako hrubě chybného posouzením právním, (...) musí se přece jen v plném rozsahu zakládat na skutečnostech sdělených znalcem v oboru medicíny a moci se opírat o medicínské posouzení průběhu ošetření znalcem.“<sup>130</sup> Zvláště judikatura vrchních zemských soudů však přenáší vyjasnění této otázky výslovně na znalce, který vlastně ve většině případů fakticky rozhoduje.

### 2.6.e. Dokazování závažné chyby při ošetření

Pro zjištění hrubé chyby zůstává vždy rozhodující posouzení celkového děje. Závěr, zda se jedná o závažnou chybu lékaře, vyplývá ze skutkových okolností jednotlivého případu. Hodnocení proto spočívá z větší části na soudci první instance, protože může být rozsáhlá kazuistika k otázce existence hrubé chyby při ošetření jen omezenou pomocí. Tím se vysvětluje například to, že neprovedení uvolnění varlete při podezření na torzi není v judikatuře vždy hodnoceno jako hrubá chyba.<sup>131</sup> Hodnocení musí v jednotlivém případě přesvědčivě vyargumentovat, že *ad hoc* postup byl nesprávný a průměrně zodpovědně uvažující lékař by jej ne zvolil, avšak ještě nepředstavuje hrubou chybu.<sup>132</sup>

Hrubá chyba se vyskytuje při takovém nesprávném jednání, které se již jeví jako nepochopitelné a neobhajitelné nikoli ze subjektivních důvodů spočívajících v osobě jednajícího lékaře, nýbrž z objektivního medicínskému pohledu při použití měřítka vzdělanosti a platných vědomostí lékaře, protože taková chyba se ošetřujícím lékaři „prostě nesmí stát“. Záleží tedy jen na tom, zda je chování lékaře jednoznačně v rozporu s jistými a osvědčenými medicínskými poznatky a zkušenostmi.<sup>133</sup> Jisté medicínské poznatky jsou v této souvislosti nejen takové poznatky, které se staly součástí principů, směrnic nebo jiných výslovných pokynů k léčbě, nýbrž také jednoduchá základní medicínská pravidla příslušného oboru.<sup>134</sup>

O takový případ se může jednat například tehdy, když není reagováno na jednoznačné nálezy podle pevně stanovených pravidel *lege artis*, nebo pokud bezdůvodně nejsou použity standardní postupy pro boj proti možným známým rizikům a pokud chybí zvláštní okolnosti, které by do určité míry omlouvaly chyby při ošetření.<sup>135</sup> V úvahu přichází také hrubé organizační nedostatky a hrubé nedostatky při poučení (poradenství) o bezpečnosti (léčby)<sup>136</sup> jako navazující bod.<sup>137</sup>

<sup>133</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 29. 5. 2001 – VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792, 2794.

<sup>134</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 7. 6. 2011 – VI ZR 87/10, NJW 2011, 2508, 2509.

<sup>135</sup> *Srov. LG Augsburg*, rozsudek z 7. 12. 2010 – 4 O 4224/07 BeckRS 2011, 23408 s dalšími odkazy.

<sup>136</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081.

<sup>137</sup> *Ständige Rechtsprechung: Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 26. 11. 1991 – VI ZR 389/90, NJW 1992, 754; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080, 2081; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 2. 12. 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814.

<sup>138</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 20. 9. 2011 – VI ZR 55/09, NJW 2011, 3442.

<sup>139</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 10. 5. 1983 – VI ZR 270/81, NJW 1983, 2080; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 2. 12. 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814.

<sup>140</sup> *Srov. Rn. 54.*

<sup>141</sup> *Vrchní zemský soud Bremen*, rozsudek z 13. 1. 2006 – 4 U 23/05, MedR 2007, 660; KERN. GesR 2009, 1.

Hrubá chyba při ošetření však nepředpokládá hrubou nedbalost.<sup>138</sup> Nelze toliko ze závažné chyby při rozhodování o volbě léčby usuzovat na hrubou chybu při ošetření. Je nutno zjistit, zda taková chyba je závažná jen s ohledem na následky, anebo s ohledem na odchylku od standardů řádné péče.<sup>139</sup>

Chyba musí objasňování průběhu ošetření obzvláště významně ztížit.<sup>140</sup> V úvahu přichází především porušení základních lékařských pravidel a vědomostí. Ani méně závažné chyby nesmí v úhrnu zatěžovat objasňování děje tak, že by se jevilo ospravedlněné obrácení důkazního břemene.<sup>141</sup> Naopak platí: Tak, jako mohou určité okolnosti ubrat na závažnosti chyb lékaře,<sup>142</sup> mohou určité zvláštní okolnosti neutralizovat ztížení objasňování.<sup>143</sup>

## 2.6.f Kazuistika

Narůstá počet řízení, ve kterých žalobce tvrdí, že došlo k hrubé chybě při ošetření. Judikatura potud docela rozlišuje určité skupiny chyb pro kvalifikaci hrubé chyby.

### 2.6.fa Chyby při diagnostice

K tomu, aby nesprávné diagnózy hodnotila jako chyby při ošetření, přistupuje judikatura jen velmi zdrženlivě.<sup>144</sup> Obdobně vzácně přichází v úvahu hodnotit chyby v diagnóze jako hrubou chybu. To je odůvodněno tím, že diagnózy, nejen ty předběžné, které je nutno stanovit s ohledem na zvláštní postup, zůstávají často zatíženy nejistotami.<sup>145</sup> Proto je podle Spolkového soudního dvora nutno<sup>146</sup> „vysoko stanovit práh, od kterého se bude omyl při diagnostice hodnotit jako závažné porušení pravidel *lege artis*, které právě s sebou nese riziko, že příčinný vztah nebude objasněn“. Omyl při diagnostice ve smyslu nesprávné interpretace opatřených nálezů se považuje za hrubý jen tehdy, když se jedná o zásadní nepochopení.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 26. 11. 1991 – VI ZR 389/90, NJW 1992, 754 = MedR 1992, 214; GEISS – GREINE. Rn. B 252. Z totožnosti obou pojmů naproti tomu vychází STRÄTER, s. 83.

<sup>144</sup> Vrchní zemský soud Naumburg, rozsudek z 14. 8. 2008 – 1 U 8/08, MedR 2009, 292, 294.

<sup>145</sup> Vrchní zemský soud Stuttgart, rozsudek z 29. 12. 1998 – 14 U 33/98, MedR 2000, 35. HEIDELK, s. 144 poukazuje na to, že ztížení objasňování postulovaná u hrubých chyb nejsou empiricky doložená.

<sup>146</sup> GEIß – GREINER. Rn. 253; Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 29. 5. 2001 – VI ZR 120/00, NJW 2001, 2792, 2793. Hrubá chyba při ošetření byla předpokládána u tří chyb při ošetření v souvislosti s ošetřováním následných krvácení po operaci mandlí: Vrchní zemský soud Celle VersR 2002, 1558. Dále při opakovaném zakládání suprapubických katetrů, jejichž datum použitelnosti bylo překročeno o více let: Vrchní zemský soud v Kolíně VersR 2003, 1444. Ke shrnutí prostých opomenutí zubního lékaře srov. Vrchní zemský soud v Koblenzi, rozsudek z 6. 12. 2007 – 5 U 709/07, MedR 2008, 657.

<sup>147</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 8. 3. 1988 – VI ZR 201/87, NJW 1988, 1511.

<sup>148</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 28. 6. 1988 – VI ZR 217/87, NJW 1988, 2949.

<sup>149</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 8. 7. 2003 – VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827, 2828.

<sup>150</sup> K chybě v diagnostice obecně srov. KERN in: Laufs – Kern. § 48; Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 8. 7. 2003 – VI ZR 304/02, NJW 2003, 2827.

<sup>151</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 14. 7. 1981 – VI ZR 35/79, VersR 1981, 1033.

<sup>152</sup> Spolkový soudní dvůr, rozsudek z 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672, 1673.

Lékař nesmí přehlédnout příznaky těžké bakteriální infekce nebo je dokonce potlačit injekcí.<sup>148</sup> Alarmující vzestup tělesné teploty pacienta operovaného na hlezenním kloubu musí lékař považovat za důvod k provedení inspekce rány.<sup>149</sup> Trombotický děj v oblasti pánevních žil se nesmí podcenit.<sup>150</sup> Pokud je namíste stanovit pracovní hypotézu bronchiálního karcinomu, je nutno ji zkoumat až k jejímu vyloučení.<sup>151</sup> Pokud lékař zjistí komplikovanou migrénu, dopouští se hrubé chyby, pokud nestanoví diagnózu podezření na tranzitorní ischemickou ataku.<sup>152</sup> Pokud je nesprávně vyhodnocen nález CT, který ukazuje jednoznačně zhoršení otoku mozku a spolu s klinickými nálezy vyžaduje okamžitý zákrok, jedná se o zásadní chybu při diagnostice.<sup>153</sup>

Z hrubé chyby naproti tomu nelze vycházet, pokud byl na CT přehlédnut nádor, který se na tomto místě vyskytuje jen velmi vzácně, a v rámci dotazování provedeného znalcem tuto odchylku rozeznali jen 4 z 8 lékařů.<sup>154</sup> Hrubá chyba při diagnostice se nepředpokládala ani tehdy, když na rentgenovém snímku nebylo rozeznáno vymknutí středního článku prsteníčku.<sup>155</sup> Hrubá chyba se dále může vyskytnout tehdy, když nebude stanovená obhajitelná diagnóza v dalším průběhu léčby prověřena, ačkoliv dosavadní léčba nevykázala žádný účinek.<sup>156</sup>

## **2.6.fb Omyly při opatřování a zajišťování nálezů**

Přísnější měřítka než při omylech při diagnostice v užším slova smyslu platí v oblasti nedostatečného opatřování a zajišťování nálezů,<sup>157</sup> pokud nelze jako hrubou chybu hodnotit již samotné opomenutí opatření nálezu. Chyby v této oblasti lze často obtížně oddělit od chyb při diagnostice.<sup>158</sup> Druhé uvedené lze předpokládat jen tehdy, když byly vyžadované nálezy opatřeny, avšak nesprávně interpretovány.<sup>159</sup> Rozdílně se hodnotí případ, v němž vede nesprávná diagnostika k tomu, že nebudou opatřeny další potřebné nálezy. Zatímco zde literatura zčásti vychází z chyby při opatřování

<sup>153</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 28. 5. 1985 – VI ZR 264/83, VersR 1985, 886.

<sup>154</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 4. 11. 1986 – VI ZR 12/86, VersR 1987, 408.

<sup>155</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 23. 8. 2000 – 3 U 229/99, VersR 2002, 315; také k opomenutému hodnocení nálezu.

<sup>156</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 2. 4. 2001 – 3 U 160/00, VersR 2002, 578.

<sup>157</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 3. 6. 2004 – 1 U 5250/03, VersR 2005, 657.

<sup>158</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 27. 10. 2011 – 1 U 1946/05, BeckRS 2011, 26258.

<sup>159</sup> *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 30. 11. 2006 – 5 U 209/06, VersR 2007, 1565 = MedR 2007, 439 = NJW-RR 2007, 532.

<sup>160</sup> *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 31. 8. 2006 – 5 U 588/06, VersR 2006, 1547 = NJW-RR 2006, 1612 = Arztr 2007, 162; a A. JAEGER, pozn. k *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, VersR 2006, 1547, 1548.

<sup>161</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 10. 4. 2003 – 8 U 38/02, VersR 2005, 117.

<sup>162</sup> To platí také v rámci organizace kooperativního sledování sérií jednotlivých kontrol, srov. *Vrchní zemský soud v Mnichově*, 24. 2. 2005 – 1 U 4624/03, NJW-RR 2006, 33. K zajištění nálezu srov. DEUTSCH – SPICKHOFF. Rn. 527. *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 30. 11. 2006 – 5 U 209/06, VersR 2007, 1565 = MedR 2007, 439 = NJW-RR 2007, 532. Vrchní zemský soud Bamberg aplikoval tuto judikaturu odpovídajícím způsobem na případ opomenutého předání nálezu, srov. Vrchní zemský soud Bamberg, rozsudek z 25. 4. 2005 – 4 U 61/04, VersR 2005, 1244. Krit. pozn. BAXHENRICH. VersR 2006, 79, který upřednostňuje řešení jako opomenutí v dokumentaci.

<sup>163</sup> Srov. SCHULTZE – ZEU. VersR 2008, 898; SUNDMACHER, s. 77; WEBER-STEINHAUS – V MICKWITZ; k vymezení také *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672.

<sup>164</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 21. 12. 2010 – VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672, 1673.

nálezu<sup>160</sup>, judikatura vrchních soudů<sup>161</sup> převážně předpokládá chybu při diagnostice. Také Spolkový soudní dvůr vycházel v případě mimořádně obtížného stanovení diagnózy, v němž patolog opomenul ověřit posouzení jím opatřeného nálezu vyžádáním druhého názoru, jen z dovození chyby při diagnostice.<sup>162</sup>

Chyby při opatřování nálezů je nutno hodnotit jako hrubé chyby tehdy, když lékař podstatnou měrou neopatří diagnostické a kontrolní nálezy k léčbě,<sup>163</sup> když opomene jednoduché a samozřejmě vyžadované diferencially-diagnostické úvahy a vyšetření.<sup>164</sup> Na stejné úrovni jako opomenutí opatřit nálezy je příliš pozdní opatření nálezů.<sup>165</sup>

Porušení povinnosti opatřit a zajistit lékařské nálezy a řádně uschovat médium s nálezem otevírá možnost k obrácení důkazního břemene pro pacienta v tom smyslu, že se má za to, že se jednalo o nálezy, na který měl lékař povinnost reagovat, pokud je takový nálezy dostatečně pravděpodobný.<sup>166</sup> Naproti tomu není možné dovozovat příčinný vztah mezi opomenutím vyhodnotit nálezy a utrpením poškození zdraví pacienta. Toto je možné jen v případech, v nichž je samotné opomenutí opatřit nálezy hrubou chybou<sup>167</sup>, pokud není příčinná souvislost zakládající odpovědnost lékaře nanejvýše nepravděpodobná<sup>168</sup>. To však nelze předpokládat tehdy, když jsou vedle opomenutí reagovat na výsledek vyšetření, ke kterému došlo v důsledku toho, že nebyl opatřen nálezy, u vzniklého poškození zdraví myslitelné také mnohé další příčiny.<sup>169</sup>

Toto důkazní riziko má totiž nést právě ošetřující strana.<sup>170</sup> Pokud vyškolený radiolog nerozezná viditelnou lézi o rozměrech cca 22 x 13 x 18 mm, pak se dopustil při hodnocení nálezů MRT lebky hrubé chyby.<sup>171</sup> „Opomenutí vyšetřit vestibulární aparát při stížnostech na závrať, jejíž příčina není

<sup>165</sup> SCHULTZE – ZEU. VersR 2008, 898, 900.

<sup>166</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 20. 7. 2005 – 5 U 200/04, NJW 2006, 69, 70 = VersR 2005, 1740; *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 12. 4. 2007 – 1 U 2267/04. Takto také SUNDMACHER, s. 77.

<sup>167</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 9. 1. 2007 – VI ZR 59/06, NJW-RR 2007, 744 = VersR 2007, 541 = MedR 2008, 44.

<sup>168</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 21. 9. 1982 – VI ZR 302/80, NJW 1983, 333 s pozn. MATTHIES = MedR 1983, 144 s pozn. KERN; *Vrchní zemský soud v Oldenburgu* NJW-RR 2000, 403.

<sup>169</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 7. 6. 1983 – VI ZR 284/81, VersR 1983, 983; *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 22. 4. 1998 – 5 U 12/96, VersR 1999, 491; na druhé straně *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 26. 8. 1998 – 1 U 776/97-153, MedR 1999, 181.

<sup>170</sup> *Vrchní zemský soud v Zweibrücken*, rozsudek z 24. 4. 2007 – 5 U 2/06, NJW-RR 2008, 537 = MedR 2008, 363.

<sup>171</sup> Nezávisle na tom, zda se jedná o prosté nebo hrubé opomenutí lékaře, srov. *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 2. 4. 2008 – 5 U 1412/07, VersR 2008, 1493.

<sup>172</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 13. 1. 1998 – VI ZR 242/96, NJW 1998, 1780 (pokračování BGHZ 132, 47); *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 30. 11. 2006 – 5 U 209/06, VersR 2007, 1565 = MedR 2007, 439; *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 8. 11. 2006 – 1 U 582/05, MedR 2007, 486, 488; srov. GROSS in: *FS für Geiß*, 429, s. 433 a násl.

<sup>173</sup> V případě *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 8. 11. 2006 – 1 U 582/05, MedR 2007, 486, 488 předpokládáno neprávem. Srov. také pozn. SCHMIDT – RECLA. MedR 2007, 489.

<sup>174</sup> Takto ale *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 8. 11. 2006 – 1 U 582/05, MedR 2007, 486, 488.

<sup>175</sup> Tak také SCHMIDT – RECLA. MedR 2007, 489.

<sup>176</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově* BeckRS 2012, 04398.

vyjasněná, sice představuje jednoznačné porušení osvědčených pravidel pro lékařské ošetření, není však bez dalšího hrubou chybou při ošetření.”<sup>172</sup> Opomenutí závěrečného vyšetření nepředstavuje (hrubou) chybu při ošetření, pokud nebylo nutné očekávat výsledek vyžadující další reakci.<sup>173</sup>

Dále může i méně závažná chyba při opatřování nebo zajišťování nálezu vést k obrácení důkazního břemene tehdy, když by se jednalo o takový nález, na který by bylo s dostatečnou pravděpodobností nutno reagovat a přehlédnutí tohoto nálezu nebo nereagování na něj by se jevilo jako zásadní nebo hrubá chyba.<sup>174</sup> „Naproti tomu není předpokladem (...), aby nerozeznání nálezu a opomenutí poskytnout indikovanou léčbu muselo být zcela nepochopitelné.”<sup>175</sup> Spolkový soudní dvůr v těchto případech vychází z dvojstupňové kontroly kauzality.<sup>176</sup> Nejdříve musí pacient dokázat, že méně závažnou chybou<sup>177</sup> bylo s dostatečnou pravděpodobností zapříčiněno neopatření nálezu.<sup>178</sup> Soudy v této oblasti převážně vyžadují stupeň jistoty vyšší než 50 procent.<sup>179</sup> V druhém stupni zvažuje Spolkový soudní dvůr hypotetickou situaci, totiž tu, že nález byl opatřen. Za předpokladu, že by nález byl k dispozici, by vzhledem k nálezu opomenutí poskytnout indikovanou léčbu muselo představovat hrubou chybu.<sup>180</sup> Tato úvaha zdůvodňuje obrácení důkazního břemene, k němuž tedy dochází jen v druhém stupni. Aby bylo možné připustit obrácení důkazního břemene, musí být v souladu s obecnými zásadami u hrubých chyb při ošetřování to, že nebyl rozpoznán závažný nález nebo na něj nebylo reagováno, obecně způsobit vzniklé poškození zdraví a tato souvislost nesmí být nanejvýš nepravděpodobná<sup>181</sup>. Z tohoto důvodu bylo neopatření nálezu irelevantní v případě rozhodovaném Spolkovým soudním dvorem, neboť bylo jisté, že také při provedení potřebného ošetření by s 90procentní pravděpodobností došlo k poškození pacienta.

<sup>177</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně* BeckRS 2010, 29875.

<sup>178</sup> *Vrchní zemský soud v Jeně* BeckRS 2012, 06099.

<sup>179</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 13. 9. 2011 – VI ZR 144/10, NJW 2011, 3441 s dalšími odkazy; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013. Krit. HAUSCH. VersR 2003, 1489, 1492, který zcela odmítá judikaturu pro opomenuté hodnocení nálezu. Srov. také SCHULTZE – ZEU. VersR 2008, 898.

<sup>180</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 7. 6. 2011 – VI ZR 87/10, NJW 2011, 2508.

<sup>181</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 23. 3. 2004 – VI ZR 428/02, NJW 2004, 1871, 1872. Srov. také SPICKHOFF. NJW 2004, 2345.

<sup>182</sup> Skutečné předpoklady pro toto musí pacient dokázat. Totéž platí pro předpoklady pro doplňující povinnost hodnocení nálezu, srov. k tomu *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 22. 7. 2007 – 5 U 880/07, VersR 2008, 123.

<sup>183</sup> Toto nelze směřovat s otázkou, zda chyba při hodnocení nálezu zapříčinila vzniklé poškození zdraví; k tomuto srov. *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 23. 3. 2004 – VI ZR 428/02, NJW 2004, 1871, 1872 = MedR 2004, 559, 561.

<sup>184</sup> *Vrchní zemský soud v Drážďanech*, rozsudek z 21. 5. 2010 – 4 U 1545/09, BeckRS 2011, 16628; *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 28. 5. 2003 – 5 U 77/01, VersR 2004, 247; *Vrchní zemský soud v Drážďanech*, rozsudek z 6. 6. 2002 – 4 U 3112/01, VersR 2004, 648; *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 10. 8. 2006 – 1 U 2438/06, MedR 2007, 361. Srov. SUNDMACHER, s. 138. Pravděpodobnost pod 50 procent považuje za dostačující *Vrchní zemský soud v Zweibrücken*, 20. 11. 2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540.

<sup>185</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 18. 8. 2010 – 5 U 7/10, BeckRS 2010, 29875.

<sup>186</sup> Tak *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 8. 11. 2006 – 1 U 582/05, MedR 2007, 486 s pozn. SCHMIDT – RECLA MedR 2007, 489.

Při příznacích sepse na noze a kyčli po císařském řezu musí lékař konfrontovat konkrétní nález s obvykle opatřovanými nálezy; nesmí necílenou medikací zastřít projevy onemocnění.<sup>182</sup> Je nutné bezodkladné histologické vyšetření, pokud je v krátkém čase zjištěn nápadně rostoucí nádor.<sup>183</sup>

Při srdečních obtížích musí lékař vždy předpokládat nejvíce ohrožující stav a podle toho postupovat.<sup>184</sup> U pacienta, který se dostaví s bolestmi na hrudníku, je proto nezávisle na jeho věku nutno pořídit EKG a zjistit hodnoty markerů infarktu v krvi.<sup>185</sup> Při silných bolestech v oblasti ramen a paží musí být pacient poslán do nemocnice za účelem dalších diagnostických výkonů nutných při možném srdečním infarktu, které lékař sám nemůže provést.<sup>186</sup> Podezření na zánět mozkových blan vyžaduje, aby praktický lékař okamžitě odeslal pacienta do nemocnice.<sup>187</sup> Pokud je během těhotenství pomýšleno na zarděnky, je toto nutno diagnosticky vyjasnit.<sup>188</sup> Před chiroterapeutickým ošetřením je dále nutno diagnosticky vyjasnit možnost výhřezu meziobratlové ploténky.<sup>189</sup>

### 2.6.fc Chyby při léčbě

Hrubých chyb při léčbě se může lékař dopustit tehdy, když nevychází z jednoznačných nálezů jako východisek pro svůj postup, pokud bezdůvodně nepoužije zavedený postup k minimalizaci známých rizik, nesprávnou organizací péče pacientovi znemožní kvalifikovanou pomoc nebo neprovede vyžadované kontroly účinnosti zvolených léčebných prostředků.<sup>190</sup>

Hrubě nesprávně tak jedná lékař, který neučiní aseptická opatření.<sup>191</sup> Hrubé chyby se dopustí lékař, který neprohlédne okolí operativně ošetřené zlomeniny s perforační ranou a neprovede revizi rány.<sup>192</sup> Za hrubou chybu při ošetření se považuje to, když lékař přes zřetelné varovné příznaky vyžadující okamžitý porod císařským řezem opustí porodní sál, aby poobědval doma,<sup>193</sup> nebo když chirurg při operaci kýly u kojence bez závažných důvodů upustí od korigování vysoké polohy varlete.<sup>194</sup> Pokud se vyskytnou jednoznačné příznaky čerstvé torze varlete, je nutné neprodleně

<sup>188</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 10. 11. 1987 – VI ZR 39/87, NJW 1988, 1513. Další dokumenty, členěné podle oborů, u STEFFEN – PAUGE. Rn. s. 526 a násl.

<sup>189</sup> *Vrchní zemský soud v Jeně*, rozsudek z 23. 5. 2007 – 4 U 437/05, VersR 2008, 401 = MedR 2008, 520 s pozn. JAEGER.

<sup>190</sup> LG München I, rozsudek z 28. 5. 2003 – 9 O 14993/99, VersR 2004, 649 = NJW-RR 2003, 1179.

<sup>191</sup> LG Berlin, rozsudek z 4. 12. 2000 – 6 O 385/99, VersR 2002, 1029.

<sup>192</sup> *Spolkový soudní dvůr* NJW 1994, 801; srov. také *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 2. 12. 1997 – VI ZR 386/96, NJW 1998, 814; *Vrchní zemský soud Bamberg*, rozsudek z 4. 7. 2005 – 4 U 126/03, VersR 2005, 1292 ke změnám v EKG.

<sup>193</sup> *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 31. 10. 1996 – 14 U 52/95, MedR 1997, 275; *Vrchní zemský soud v Oldenburgu*, rozsudek z 20. 2. 1996 – 5 U 146/95, NJW-RR 1997, 1117.

<sup>194</sup> *Vrchní zemský soud Karlsruhe*, rozsudek z 20. 6. 2001 – 13 U 70/00, VersR 2002, 1426.

<sup>195</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 24. 10. 2001 – 3 U 123/00, VersR 2003, 1132.

<sup>196</sup> STEFFEN – PAUGE. Rn. s. 532 a násl., s četnými doklady.

<sup>197</sup> *Vrchní zemský soud Karlsruhe*, rozsudek z 17. 8. 1988 – 7 U 36/86, VersR 1989, 195; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 8. 1. 2008 – VI ZR 118/06, MedR 2009, 228.

<sup>198</sup> *Vrchní zemský soud Stuttgart*, rozsudek z 14. 1. 1988 – 14 U 8/87, VersR 1989, 199.

<sup>199</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 1. 2. 1993 – 3 U 65/92, VersR 1994, 730.

<sup>200</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 23. 1. 1997 – 24 U 804/93, NJW-RR 1997, 600.



operační uvolnění varlete.<sup>195</sup> Pokud při porodu dojde k dystokii raménka, je použití Kristellerovy exprese před uvolněním zaklíněného raménka dítěte hrubou chybou.<sup>196</sup> Hrubou chybou je rovněž to, když je při akutních příznacích mimoděložního těhotenství sice vyškrabána děloha, není však provedena abdominoskopie a pravidelná kontrola beta-HCG.<sup>197</sup> Pokud budou zavedena opatření ukončující porod teprve 19 minut po prolapsu pupeční šňůry a vymizení srdečních ozev dítěte, je to hrubou chybou.<sup>198</sup> Pokud ošetřující posune kus masa, který uvázl v jícnu, ve směru žaludku, namísto aby jej odstranil přes ústa, jedná se o hrubou chybu při ošetření.<sup>199</sup>

Lékař, který ošetřuje neobvyklou metodou, se nutně nedopouští chyby při ošetření s důkazně-právními následky.<sup>200</sup> Je ovšem hrubou chybou znovu použít postup nacházející se v experimentálním stadiu, jehož přednosti a nedostatky nejsou dostatečně známé, když tento byl při prvním použití neúčinný.<sup>201</sup> Neprovedení defibrilace při fibrilaci komor je hrubou chybou.<sup>202</sup> Totéž platí pro neodstranění již diagnostikovaného nádoru při první resekci konečnicku<sup>203</sup>, jakož i opomenutí odeslat pacienta na kliniku při hrozící hypertonické dehydrataci.<sup>204</sup>

Částečné zatížení dolní končetiny opatrnou chůzí s předloketními berlemi již čtyři týdny po operaci zlomeniny bérce sice zůstává i při dobrém usazení osteosyntetického materiálu a správné poloze úlomků riskantní, ale lékař, který je dovolí, se nedopouští hrubé chyby.<sup>205</sup>

Obrácení důkazního břemene lze předpokládat, když pacient, u kterého byla po neznámou dobu indikována výměna kardiostimulátoru, utrpí během čekání na výměnu kardiostimulátoru kolaps s nejasnou příčinou a při okamžité kontrole bude s dostatečnou pravděpodobností zjištěna nespolehlivost kardiostimulátoru.<sup>206</sup> Totéž platí pro opomenutí provést indikované kontrolní ultrazvukové vyšetření, při kterém by se s pravděpodobností hraničící s jistotou ukázala začínající subluxace, na kterou by bylo nutno reagovat.<sup>207</sup> Pokud bude kvůli neúplné koloskopii přehlédnut nádor střeva, dojde rovněž k obrácení důkazního břemene ve prospěch pacienta.<sup>208</sup> Pokud nebude

<sup>201</sup> *Vrchní zemský soud v Brandenburgu*, rozsudek z 14. 11. 2001 – 1 U 12/01, VersR 2002, 313; *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 23. 1. 2002 – 5 U 85/01, VersR 2003, 860.

<sup>202</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 30. 1. 2003 – 8 U 49/02, VersR 2005, 654.

<sup>203</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 20. 7. 2011 – 5 U 206/07, VersR 2012, 109.

<sup>204</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 23. 12. 2011 – 1 U 3410/09, BeckRS 2012, 00115.

<sup>205</sup> *Vrchní zemský soud v Brandenburgu*, rozsudek z 31. 3. 2011 – 12 U 44/10, RDG 2011, 185.

<sup>206</sup> Srov. *Spolkový soudní dvůr*, 22. 5. 2007 – VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774 nn.; k otázce odpovědnosti při aplikaci nového postupu *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 13. 6. 2006 – VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477 nn. s pozn. KERN. LMK H. 8, 2006, 189313.

<sup>207</sup> *Vrchní zemský soud Karlsruhe*, rozsudek z 11. 9. 2002 – 7 U 102/01, VersR 2004, 244 k ošetření oka laserem.

<sup>208</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 13. 2. 2002 – 5 U 95/01, NJW-RR 2003, 458 = VersR 2004, 1459.

<sup>209</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově*, rozsudek z 21. 4. 2011 – 1 U 2363/10, VersR 2011, 1012.

<sup>210</sup> *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 22. 9. 2010 – 5 U 211/08, BeckRS 2010, 29872.

<sup>211</sup> *Vrchní zemský soud Nürnberg*, rozsudek z 20. 1. 1988 – 4 U 1164/87, VersR 1989, 256. srov. také *Vrchní zemský soud Stuttgart*, 23. 3. 1989 – 14 U 41/87, VersR 1990, 858.

<sup>212</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 23. 3. 2004 – VI ZR 428/02, NJW 2004, 1871, 1872 = MedR 2004, 559, 561.

<sup>213</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 6. 2. 2002 – 3 U 238/00, VersR 2003, 116.

<sup>214</sup> *KG*, rozsudek z 5. 7. 2007 – 20 U 29/06, VersR 2008, 136.

před částečnou resekci prostaty provedena důkladnější diagnostika ve formě biopsie a určení hodnoty volného PSA, lze předpokládat obrácení důkazního břemene, pokud by diagnostika vedla ke zjištění karcinomu a výsledek by jednoznačně zakládal povinnost reagovat (provést ozařování nebo totální resekci prostaty).<sup>209</sup> Pokud je u novorozence zvýšené riziko kritické hypoglykémie a po porodu přesto nejsou prováděny kontroly glykémie, může za výše uvedených předpokladů dojít k obrácení důkazního břemene.<sup>210</sup> Pokud se po operaci bypassu vyskytnou obtíže (krev v kalhotách, bolesti zad a břicha) a při vyšetření by byla s vysokou pravděpodobností rozeznána skrytě proběhlá perforace vředu, která by vyžadovala okamžitou reakci, dojde rovněž k obrácení důkazního břemene.<sup>211</sup>

Jedná se o hrubou organizační chybu, když se na klinice vyskytne streptokoková infekce a vedení kliniky tuto okolnost opakovaně opomene sdělit primářům.<sup>212</sup> Provozovatel nemocnice se může vyvinut v tom směru, že v dodržování hygienických požadavků nepochybil. Pokud je patogen neznámý, musí dokázat, že učinil všechna organizační opatření, aby zamezil přenosu patogenů, jehož přenašeci by mohli být členové operačního týmu.<sup>213</sup> Při nápadně vysoké míře stafylokokových infekcí musí provozovatel kliniky přijmout zvláštní organizační opatření.<sup>214</sup> Jinak je tomu ovšem v případě, pokud se infekce manifestuje toliko v jednotlivých případech a jinak nelze zjistit žádná hygienická pochybení.<sup>215</sup> Hrubá organizační chyba přichází dále v úvahu, když bude krevní vzorek odesílaný při podezření na zarděnky během těhotenství do laboratoře nepřesně popsán, takže bude pacientka zaměněna za jinou osobu.<sup>216</sup>

Při zjišťování hrubé chyby při ošetření zásadně nezáleží na řádném poučení pacienta lékařem.<sup>217</sup> Hrubá pochybení s důkazně-právními následky přichází v úvahu také u poučení (poradenství) k léčbě, pokud tato byla schopna zapříčinit vzniklé poškození.<sup>218</sup> Samotná okolnost, že poučení o léčbě patří k samozřejmým povinnostem lékaře při ošetření, však nemůže ospravedlnit přesunutí důkazního

---

<sup>215</sup> *Vrchní zemský soud v Zweibrücken*, rozsudek z 20. 11. 2007 – 5 U 16/05, NJW-RR 2008, 539, 540.

<sup>216</sup> *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 5. 7. 2004 – 12 U 572/97, NJW 2005, 1200, 1202 = MedR 2005, 601, 603.

<sup>217</sup> *Vrchní zemský soud v Koblenzi*, rozsudek z 10. 1. 2008 – 5 U 1508/07, NJW-RR 2008, 1055 = MedR 2008, 568, 569.

<sup>218</sup> *Vrchní zemský soud v Oldenburgu*, rozsudek z 3. 12. 2002 – 5 U 100/00, VersR 2003, 1544; další odkazy viz STEFFEN – PAUGE, Rn. 543.

<sup>219</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 8. 1. 1991 – VI ZR 102/90, NJW 1991, 1541 = MedR 1991, 140. srov. také *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 20. 3. 2007 – VI ZR 158/06, NJW 2007, 1682 = VersR 2007, 848.

<sup>220</sup> *Vrchní zemský soud v Zweibrücken*, rozsudek z 27. 7. 2004 – 5 U 15/02, NJW-RR 2004, 1607, 1608 = Arztr 2005, 129, 130.

<sup>221</sup> *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 13. 12. 2004 – 3 U 135/04, GesR 2005, 164.

<sup>222</sup> *Vrchní zemský soud Karlsruhe*, rozsudek z 20. 6. 2001 – 13 U 70/00, VersR 2002, 1426.

<sup>223</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 1. 10. 1985 – VI ZR 19/84, NJW 1986, 1541, 1542.

<sup>224</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/03, NJW 2005, 427 = VersR 2005, 228 = MedR 2005, 226; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2822. K problémům důkazů v souvislosti s povinností poskytnout poučení o léčbě srov. HAUSCH. VersR 2007, 167.

břemene.<sup>219</sup> To, zda nesprávné poučení o léčbě znamená hrubou chybu, je nutno zjistit na základě komplexních okolností jednotlivého případu.<sup>220</sup>

Oční lékař neinformoval pacienta o oddělení sklivce jako předstupni odchlípení sítnice a neporadil mu, že při pokračujících symptomech musí ihned vyhledat očního lékaře. Toto porušení povinnosti poskytnout odbornou radu vede k obrácení důkazního břemene pro kauzalitu mezi chybou při ošetření a poškozením zdraví. Nevyžaduje se, aby výsledek kontrolního vyšetření, potvrzující podezření, byl pravděpodobný.

Pokud to vyžadují důvody léčby, musí lékař pacienta informovat bezprostředně, včas a úplně. Závažné chyby při ošetření se dopouští lékař, který svého pacienta neinformuje o nepříznivém nálezu, z něhož by vyplývala nutnost neprodleně učinit rozsáhlá medicínská opatření, a který pacientovi neposkytne potřebnou radu.<sup>221</sup> Je také závažnou chybou neupozornit pacienta po ukončení vyšetření na pohotovosti, že při pokračování příznaků musí okamžitě vyhledat odborného lékaře.<sup>222</sup> Je hrubou chybou nepoučit ženu o konkrétním podezření na onemocnění rakovinou prsu a na nutnost diagnostického vyjasnění.<sup>223</sup>

Obrácení důkazního břemene je vyloučeno, pokud se nematerializovalo riziko, jehož ignorace se považovala za hrubou chybu.<sup>224</sup> Obrácení důkazního břemene nepřichází v úvahu ani tehdy, když pacient samovolným jednáním zmařil úspěch léčby, a tím přispěl stejným způsobem jako lékař dopustivší se hrubé chyby při ošetření k tomu, že již nelze objasnit průběh ošetření.<sup>225</sup> Toto je nutno předpokládat, pokud pacient disponující medicínskými znalostmi svého ošetřujícího lékaře klame o významných skutečnostech nebo tyto, pokud na ně nebude dotázán, zamlčí.<sup>226</sup> Nepřevažující spoluzavinění pacienta naproti tomu k vyloučení toho, aby došlo k obrácení důkazního břemene, nepostačuje.<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2821.

<sup>226</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820, 2821.

<sup>227</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 25. 4. 1989 – VI ZR 175/88, NJW 1989, 2318 = JZ 1989, 901 s pozn. LAUFS; *Vrchní zemský soud v Braunschweigu*, rozsudek z 10. 4. 1997 – 1 U 21/96, VersR 1998, 459.

<sup>228</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/0, NJW 2005, 427, 428 = MedR 2005, 226, 227.

<sup>229</sup> *Vrchní zemský soud v Düsseldorfu*, rozsudek z 6. 3. 2003 – 8 U 22/02, NJW-RR 2003, 1333 = VersR 2003, 1310.

<sup>230</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/0, NJW 2005, 427, 428 = MedR 2005, 226, 227; *Spolkový soudní dvůr* VersR 1981, 954, 955.

<sup>231</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/0, NJW 2005, 427, 428 = MedR 2005, 226, 227; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011, 2013. Důkazní břemeno pro výjimečnou situaci nese lékař.

<sup>232</sup> *LG Dresden*, rozsudek z 30. 11. 2007 – 6 O 266/06, MedR 2008, 223, k zamlčení špatného nastavení hladiny cukru a abusu alkoholu při ošetření rány s následkem amputace.

<sup>233</sup> *Vrchní zemský soud v Mnichově* MedR 2006, 174, 176 f, k zamlčení příjmu léků. K důkazu spoluzavinění srov. KOYUNCU, s. 224.

Obrácení důkazního břemene dále nenastane tehdy, pokud se jedná o sekundární poškození zdraví následkem prvotního poškození způsobeného chybou.<sup>228</sup> Je tomu jinak, pokud je druhotné poškození typickým následkem prvotního poškození<sup>229</sup> nebo pokud by právě vzniku druhotného poškození měla zabránit povinnost, kterou lékař porušil<sup>230</sup>. Pokud se nejedná o takový výjimečný případ, může pacient ale k důkazu druhotného poškození využít ulehčení dokazování podle § 287 občanského soudního řádu (ZPO).<sup>231</sup> Ulehčení dokazování jsou dále vyloučena, pokud se jedná o majetkové škody<sup>232</sup> utrpěné v souvislosti s ublížením na zdraví.<sup>233</sup> Ulehčení dokazování po zjištění hrubé chyby může žalující pacient využít také při posuzování budoucího poškození.<sup>234</sup>

## 2.6.g Rozsah obrácení důkazního břemene

Pokud dojde k hrubé chybě, dochází nutně k obrácení důkazního břemene pro prokázání příčinné souvislosti mezi chybou a poškozením. Lékaři se ovšem vyjde vstříc potud, že se pro důkaz toho, že příčinná souvislost není dána, sníží míra důkazu podle § 286 ZPO. Lékař se může odpovědnosti zprostit tím, že dokáže<sup>235</sup>, že chyba při ošetření nebyla obecně způsobitelná přivodit poškození zdraví takového druhu, jaké skutečně nastalo<sup>236</sup>, nebo že jakákoli<sup>237</sup> kauzální souvislost byla na základě zvláštních okolností jednotlivého případu nanejvýš nepravděpodobná<sup>238</sup>. Pokud je například

<sup>234</sup> *Vrchní zemský soud v Oldenburgu*, rozsudek z 25. 11. 1997 – 5 U 64/97, VersR 1999, 317; *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 23. 8. 2006 – 5 U 22/04, MedR 2008, 46. K Morbus Sudeck po přehlédnutí zlomenině prstu srov. *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 12. 2. 2008 – VI ZR 221/06, NJW 2008, 1381 = VersR 2008, 644. Výčet problematičtějších případů u MARTIS – WINKHART – MARTIS, 494.

<sup>235</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 9. 5. 1978 – VI ZR 81/77, NJW 1978, 1683; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 28. 6. 1988 – VI ZR 210/87, NJW 1988, 2948.

<sup>236</sup> DEUTSCH – SPICKHOFF, Rn. 539 s příklady; *Vrchní zemský soud Karlsruhe*, rozsudek z 24. 5. 2006 – 7 U 242/05.

<sup>237</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 12. 2. 2008 – VI ZR 221/06, NJW 2008, 1381 = VersR 2008, 644; *Vrchní zemský soud v Kolíně*, rozsudek z 23. 8. 2006 – 5 U 22/04, MedR 2008, 46.

<sup>238</sup> Neschopnost vředlečné činnosti, výpadek vředleku.

<sup>239</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 1. 1981 – VI ZR 138/79, VersR 1981, 462; přitom se jedná o otázku kauzality vyplývající odpovědnost podle § 287 ZPO.

<sup>240</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 19. 6. 1979 – VI ZR 91/78, VersR 1979, 939.

<sup>241</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/0, NJW 2005, 427, 428; *Vrchní zemský soud v Jeně*, rozsudek z 23. 5. 2007 – 4 U 437/05, VersR 2008, 401; SPICKHOF. NJW 2004, 2345, 2347; SCHMIDT – RECLA. MedR 2007, 489, 490.

<sup>242</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 3. 12. 1985 – VI ZR 106/84, NJW 1986, 1540. To platí také při hrubém porušení povinnosti poskytnout poučení o léčbě, srov. *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 16. 11. 2004 – VI ZR 328/0, NJW 2005, 427 = MedR 2005, 226.

<sup>243</sup> *Vrchní zemský soud Celle*, rozsudek z 18. 2. 2002 – 1 U 44/01, NJW-RR 2002, 1603: Obrácení důkazního břemene není vyloučeno již tehdy, když je zapříčinění poškození pouze hrubou chybou nanejvýše nepravděpodobné, pokud není zjištěno, že spolupříčinnost vedla k vymezitelné části poškození.

<sup>244</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 14. 2. 1995 – VI ZR 272/93, BGHZ 129, 6; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 13. 1. 1998 – VI ZR 242/96, *Spolkový soudní dvůr* 138, 1; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 4. 10. 1994 – VI ZR 205/93, NJW 1995, 778; *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011. Pro část poškození zdraví po použití náhrady chrupu obsahující palladium u alergika přijatý *Vrchním zemským soudem v Oldenburgu* VersR 2007, 1699 = MedR 2008, 296, 297. Přehled judikatury u MARTIS – WINKHART – MARTIS, 513. Kriticky SUNDMACHER, 154.

předmětem sporu, zda byla příčinou poškození alergická reakce, nebo porušení hygienických norem, musí lékař dokázat, že se jednalo o alergii. Pro vyloučení kauzality tedy nestačí, pokud byla alergie pravděpodobnější příčinou.<sup>239</sup> Pro odmítnutí příčinné souvislosti nestačí ani to, když proti ní mluví 90 procent.<sup>240</sup> Kauzalitu je nutno odmítnout jen tehdy, když pro příčinný vztah mezi chybou při ošetření a poškozením zdraví mluví pouze akademicko-teoretická nebo logická možnost<sup>241</sup>.

### III. Závěr

Zákonem o právech pacientů se zákonodárci podařilo zachytit v paragrafech téměř všechna pravidla pro důkazní břemeno relevantní z medicínsko-právního hlediska. Evidentní důkaz zůstal stranou. Další pravidla pro důkazní břemeno významná z medicínsko-právního hlediska se nacházejí v § 280 odst. 1 BGB a v § 831 BGB. Podle § 280 odst. 1 občanského zákoníku se předpokládá zavinění škůdce. Jeden starý spor platnost tohoto ustanovení pro medicínské právo zpochybňoval. Tato otázka může zůstat neobjasněna, protože při existenci chyby při ošetření je vždy také nutno vycházet ze zavinění. V každém případě nikdy neztroskotala žaloba pacienta na tom, že zavinění lékaře zůstalo neprokázáno, ačkoliv byly splněny všechny ostatní kvalifikující podmínky. § 831 BGB obsahuje rovněž obrácení důkazního břemene ohledně zavinění poskytovatele zdravotních služeb. Toto ustanovení má větší význam.

Většina případů § 630h BGB se zakládá na starší judikatuře. Je nutno vycházet z toho, že se jimi budou soudy řídit i v budoucnosti. Nelze očekávat překvapení. To platí také pro vztah smluvní a deliktní odpovědnosti. Souznění, které potud existuje již léta, bude uchováno i nadále.

---

<sup>245</sup> *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 8. 1. 2008 – VI ZR 118/06, NJW 2008, 1304 = VersR 2008, 490 = MDR 2008, 449.

<sup>246</sup> DEUTSCH – SPICKHOFF, Rn. 529; *Vrchní zemský soud v Hammu*, rozsudek z 6. 11. 2002 – 3 U 50/02, VersR 2004, 1321; *Vrchní zemský soud v Brandenburgu*, rozsudek z 8. 4. 2003 – 1 U 26/00, VersR 2004, 1050 = MedR 2004, 226; k celku SPICKHOFF. NJW 2004, 2345; srov. *Spolkový soudní dvůr*, rozsudek z 27. 4. 2004 – VI ZR 34/03, NJW 2004, 2011; HAUSCH. VersR 2002, 670, 677 vychází – ovšem ke staré judikatuře *Spolkový soudní dvůr* – z toho, že při pravděpodobnosti pod 50 procent kauzalita odpadá.

<sup>247</sup> *Vrchní zemský soud v Saarbrücken*, rozsudek z 8. 11. 2006 – 1 U 582/05, MedR 2007, 486, 488.