



POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00, F +41 26 304 15 01
www.fr.ch/tc

601 2013 112

Urteil vom 21. Februar 2017

I. Verwaltungsgerichtshof

Besetzung

Präsidentin:	Marianne Jungo
Richterin:	Dominique Gross
Ersatzrichter:	Felix Baumann
Geschäftsschreiberin-Praktikantin:	Estelle Seiler

Parteien

A. _____, Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Meyer,
amtlicher Rechtsbeistand

gegen

Freiburger Spital (HFR), Beklagter, vertreten durch Rechtsanwalt Elmar
Perler

Gegenstand

Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger, Spitalhaftung

Klage vom 14. Oktober 2013

Sachverhalt

A. Nach eingehenden Abklärungen wurde an A. _____ am 30. März 2007 von Dr. med. B. _____ im Kantonsspital Freiburg eine laparoskopische Magenbypass-Operation durchgeführt. Die Nachbetreuung erfolgte in einer ersten Phase durch Dr. B. _____; dieser führte am 10. April 2007, 23. August 2007, 6. Dezember 2007 und 6. März 2008 Nachkontrollen durch. Nach ihrem Umzug nach C. _____ wurde A. _____ ab September 2008 von Dr. med. D. _____ betreut. Ende Dezember 2009 begab sich A. _____ wegen heftiger Magenkrämpfe zweimal in die Notfallaufnahme des Spitals E. _____. Die Ursache der Krämpfe konnte nicht eruiert werden. Im Januar/Februar 2011 erlitt A. _____ weitere Krämpfe und musste notfallmässig ins Spital E. _____ eingewiesen werden. Von dort wurde sie für eine Magen-/Darmspiegelung an das Spital F. _____ überwiesen, wobei Anastomosenvarizen (Krampfadern) festgestellt und verödet wurden. Im Mai 2011 wurde sie erneut notfallmässig ins Spital E. _____ und anschliessend ins Spital F. _____ eingewiesen, wo wiederum eine Magen-Darm-Spiegelung durchgeführt und Anastomosenvarizen festgestellt wurden. Ende Mai 2011 musste sich A. _____ erneut ins Spital E. _____ begeben, wo sie am 31. Mai 2011 operiert wurde. Gemäss Operationsbericht wurde eine zweifache Malrotation im Bereich der Gastroenterostomie und der Enteroenterostomie festgestellt.

Mit Schreiben vom 16. November 2011 zeigte die G. _____ dem Kantonsspital Freiburg im Namen von A. _____ diese Malrotation an. Am 28. November 2011 nahm PD Dr. B. _____ Stellung und gab an, die Operation vom 30. März 2007 sei korrekt erfolgt. Am 22. März 2012 nahmen die operierenden Ärzte des Spitals E. _____, Prof. Dr. med. H. _____ und Dr. med. I. _____, zuhanden der G. _____ zum Schreiben Dr. B. _____s schriftlich Stellung.

B. Mit Eingabe vom 29. Mai 2012 hat A. _____ ihre Haftungsansprüche aus der Magenbypass-Operation vom 30. März 2007 beim HFR Freiburg – Kantonsspital (im Folgenden: HFR) angemeldet und ihren Schaden sowie eine Genugtuung geltend gemacht.

Mit Schreiben vom 25. April 2013 lehnte das HFR seine Haftungsansprüche vollumfänglich ab.

C. Am 14. Oktober 2013 reichte A. _____ beim Kantonsgericht eine Haftungsklage gegen das HFR ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

1. *Das Freiburger Spital (HFR) wird verurteilt, infolge der am 30. März 2007 durchgeführten Magen-Bypass-Operation folgende Beträge zu bezahlen:*
 - CHF 9'661.30 als Schaden nebst Zins zu 5 % auf CHF 4'440.- seit dem 15. März 2011 und auf CHF 5'221.20 seit dem 29. Mai 2012;
 - CHF 50'000.- als Genugtuung nebst Zins zu 5 % seit dem 30. März 2007.
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Freiburger Spitals (HFR).*

Gleichzeitig ersuchte sie um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege.

Mit Verfügung vom 16. Oktober 2013 setzte der Instruktionsrichter des I. Verwaltungsgerichtshofs (im Folgenden: der Instruktionsrichter) dem HFR Frist bis zum 18. November 2013, um zu beiden Eingaben A. _____s Stellung zu nehmen und die vollständigen Akten einzureichen. Auf Antrag des Rechtsbeistandes des HFR wurde diese Frist zweimal verlängert. In seiner fristgerecht

eingereichten Klageantwort vom 6. Februar 2014 schliesst das HFR auf kostenfällige Abweisung der Klage. Zum Begehren um unentgeltliche Rechtspflege äusserte es sich nicht.

Am 7. Februar 2014 setzte der Instruktionsrichter A. _____ Frist bis zum 13. März 2014, um eine Replik einzureichen. Nach zweimaliger Fristverlängerung reichte A. _____ am 23. Mai 2014 fristgerecht ihre Replik ein. Sie hält an ihren Rechtsbegehren fest.

Das HFR duplizierte nach Fristverlängerung am 5. September 2014 fristgerecht. Es bestätigt seinen Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klage.

D. Mit Verfügung vom 23. Oktober 2014 wies der Instruktionsrichter das Gesuch A. _____s um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege ab.

Gegen die Verfügung des Instruktionsrichters vom 23. Oktober 2014 reichte A. _____ am 5. November 2014 Beschwerde beim I. Verwaltungsgerichtshof ein. Gleichzeitig ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren.

Mit Entscheid vom 19. November 2014 hiess der I. Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde gut, gewährte A. _____ für das Klageverfahren die vollständige unentgeltliche Rechtspflege und bezeichnete Rechtsanwalt Thomas Meyer als amtlichen Rechtsbeistand, sprach A. _____ für das Beschwerdeverfahren eine Entschädigung zu und schrieb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos ab. Dieser Entscheid ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

E. Am 5. November 2015 stellte der Instruktionsrichter den Parteien den Entwurf eines Gutachterauftrags an PD Dr. J. _____ zu und setzte ihnen Frist bis zum 3. Dezember 2015, um zur Person des Gutachters und zu dessen Auftrag Stellung zu nehmen. Am 20. November 2015 ersuchte der Instruktionsrichter A. _____ zudem im Hinblick auf die Erstellung des Gutachtens um Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht. A. _____ reichte die gewünschte Erklärung am 2. Dezember 2015 ein und erklärte, gegen die Person des Gutachters keine Einwände zu haben und mit dem unterbreiteten Fragenkatalog einverstanden zu sein. Das HFR teilte am 15. Dezember 2015 innert verlängerter Frist mit, gegen den vorgeschlagenen Experten keine Einwände zu haben, und ersuchte um Ergänzung des Fragenkatalogs um sechs Fragen. Daraufhin setzte der Instruktionsrichter A. _____ am 17. Dezember 2015 Frist bis zum 28. Dezember 2015, um sich zu den Bemerkungen des HFR zu äussern. A. _____ äusserte sich am 28. Dezember 2015 fristgerecht. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2015 ernannte der Instruktionsrichter PD Dr. J. _____ zum Sachverständigen im Sinne der Art. 183 ff. ZGB, wies ihn auf seine gesetzlichen Pflichten als Gutachter hin und unterbreitete ihm einen Katalog mit 13 Fragen.

PD Dr. J. _____ erstattete sein Gutachten am 10. März 2016 (Datum des Poststempels). Am 18. März 2016 setzte der Instruktionsrichter den Parteien Frist bis zum 21. April 2016, um zum Gutachten Stellung zu nehmen und allfällige weitere Beweisanträge zu formulieren. A. _____ nahm am 21. April 2016 Stellung und beantragte eine Ergänzung des Gutachtens. Das HFR nahm ebenfalls am 21. April 2016 Stellung und stellte Beweisanträge. Am 25. April 2016 setzte der Instruktionsrichter den Parteien Frist zur wechselseitigen Replik bis zum 24. Mai 2016. A. _____ nahm am 23. Mai 2016 Stellung. Das HFR nahm innert verlängerter Frist am 14. Juli 2016 Stellung. Am 25. Juli 2016 richtete der Instruktionsrichter gestützt auf die Eingaben der Parteien vier Zusatzfragen an den Gutachter und wies ihn erneut auf seine gesetzlichen Pflichten hin.

Mit Schreiben vom 25. Juli 2016 stellte der Instruktionsrichter Prof. Dr. med. J. _____ vier Zusatzfragen. Dieser beantwortete die Zusatzfragen am 18. August 2016 (Eingang beim Gericht: 29. August 2016). Am 1. September 2016 setzte der Instruktionsrichter den Parteien Frist, um zur Ergänzung des Gutachtens Stellung zu nehmen. Die Parteien liessen am 26. bzw. 27. September 2016 mitteilen, sie hätten keine Bemerkungen zur Ergänzung des Gutachtens.

F. Am 24. Januar 2017 zeigte der Instruktionsrichter den Parteien den Abschluss des Instruktionsverfahrens an und teilte ihnen mit, dass keine (Partei-)Einvernahmen und auch keine Parteiverhandlung vorgesehen ist. Daraufhin reichten die Parteivertreter am 10. Februar 2017 ihre Kostenlisten ein. A. _____ (im Folgenden: die Klägerin) erklärte sich einverstanden, auf eine Parteiverhandlung zu verzichten.

Erwägungen

1. a) Das gesetzliche System der Haftung für Schäden, die Angestellte des Staates Dritten in Ausübung ihrer Funktion widerrechtlich zufügen, ist durch Art. 6 des kantonalen Gesetzes vom 19. Dezember 2014 über die Änderung des Justizgesetzes und weiterer Gesetze (AGS 2014_103) geändert worden. Der Klageweg ist zugunsten eines Systems von mit Beschwerde anfechtbaren Verwaltungsentscheiden aufgegeben worden (Art. 20a und 21 des kantonalen Gesetzes vom 16. September 1986 über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger [HGG; SGF 16.1]). Der neue Art. 42 Abs. 2 HGG betreffend das Übergangsrecht sieht allerdings vor, dass das alte Recht auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes vom 19. Dezember 2014, das heisst am

1. Juli 2015, hängigen Verfahren weiterhin Anwendung findet, insbesondere wenn eine Klage bereits beim Kantonsgesetzgebungsgericht eingereicht worden ist (Urteil KG FR 601 2008 4 vom 28. Oktober 2015). Dies ist hier der Fall, da die streitgegenständliche Klage am 14. Oktober 2013 beim Kantonsgesetzgebungsgericht eingereicht worden ist.

b) aa) Das Kantonsgesetzgebungsgericht urteilt im Klageverfahren als einzige kantonale Instanz über vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen oder kommunalen Rechts beteiligt ist, sofern nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben oder ein Zivilgericht zuständig ist (Art. 123 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SGF 150.1]; Art. 87 Abs. 2 des kantonalen Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 [JG; SGF 130.1]; FZR 1996 S. 310, 312 ff.).

bb) Das kantonale Gesetz vom 27. Juni 2006 über das freiburger Spital (HFRG; SGF 822.0.1) fasst die bestehenden öffentlichen Spitaleinrichtungen im "freiburger Spital HFR" zusammen und gilt für das HFR und seine Standorte (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 HFRG). Nach Art. 41 HFRG wird die Haftung des HFR für den Schaden, den seine Angestellten in Ausübung ihrer Funktion Dritten widerrechtlich zufügen, sowie die Haftung von Angestellten für den Schaden, den sie ihrem Arbeitgeber in Verletzung ihrer Berufspflichten zufügen, durch das HGG geregelt. Auch bestimmt Art. 108 Abs. 1 des kantonalen Gesundheitsgesetzes vom 16. November 1999 (GesG; SGF 821.0.1), dass die Haftpflicht der öffentlichen Institutionen sowie der Mitglieder ihrer Organe und ihres Personals durch das HGG geregelt wird. Nach Art. 6 Abs. 1 HGG haften die Gemeinwesen, dazu gehören Gemeindeverbände und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften

(Art. 2 Abs. 1 lit. b und c HGG), für den Schaden, den ihre Amtsträger in Ausübung ihres Amtes Dritten widerrechtlich zufügen.

cc) Der Beklagte ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und selbstständig in den Grenzen des Gesetzes (Art. 4 Abs. 1 und 2 HFRG). Demnach beurteilt sich der Anspruch der Klägerin nach dem HGG (vgl. Art. 41 HFRG). Deren Begehren sind öffentlich-rechtlicher Natur und auf dem Klageweg geltend zu machen. Nach altem Recht ist der I. Verwaltungsgerichtshof des Kantonsgerichts als einzige kantonale Instanz für die Beurteilung der Klage zuständig (Art. 17 Abs. 1 aHGG; Art. 23 Abs. 1 lit. f des kantonalen Reglements für das Kantonsgericht vom 22. November 2012 [SGF 131.11]). Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach dem VRG. Nach Art. 101 VRG wird es im Bereich der öffentlich-rechtlichen Klage jedoch durch sinngemässe Anwendung der Zivilprozessordnung geregelt; vorbehalten bleiben die Artikel 1–44, 66–75, 102, 105–109, 121–124 und 127–148 VRG.

c) Die Aktivlegitimation der Klägerin als nach deren Auffassung durch die Operation vom 30. März 2007 unmittelbar geschädigte Person steht ausser Frage.

Gegenüber dem Amtsträger steht dem Geschädigten kein direkter Anspruch zu (Art. 6 Abs. 2 HGG). Somit ist der Beklagte Haftungssubjekt (vgl. Botschaft Nr. 23 des Staatsrates vom 11. März 1986 zum Entwurf eines Gesetzes über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger, in Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates des Kantons Freiburg [TGR] 1986 I S. 553 ff., S. 558 und 575), und seine Passivlegitimation ist gegeben.

d) Im Klageverfahren findet kein vorgängiger Versöhnungsversuch statt (Art. 102 Abs. 4 VRG). Bevor die Klägerin jedoch ihre Klage beim Kantonsgericht einreicht, muss sie ihre Ansprüche beim obersten Organ des Beklagten geltend machen (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. d HGG). Dies hat schriftlich und mit einer Begründung sowie innerhalb eines Jahres seit dem Tag, an dem sie Kenntnis vom Schaden und vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen erlangt hat, zu erfolgen, spätestens aber innerhalb von zehn Jahren seit dem Tag des schädigenden Ereignisses (Art. 102 Abs. 1 VRG; Art. 24 Abs. 1 lit. a und b HGG). Bestreitet das Gemeinwesen den Anspruch ganz oder teilweise, so muss die Geschädigte bei Verwirkungsfolge innerhalb von sechs Monaten seit der Mitteilung der Anspruchsbestreitung Klage einreichen. Solange das Gemeinwesen nicht Stellung genommen hat, beginnt kein Fristenlauf (Art. 24 Abs. 2 aHGG).

Die Klägerin behauptet, dass sie am 31. Mai 2011 anlässlich einer Operation im Spital E._____ Kenntnis vom Schaden und vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen erlangt habe. Ihre Ansprüche habe sie am 29. Mai 2012, mithin innerhalb eines Jahres, geltend gemacht. Dies wird vom Beklagten nicht in Abrede gestellt. In der Tat konnte die Klägerin erst aufgrund des Operationsberichts vom 31. Mai 2011 wissen, was genau die Ursachen ihrer Schmerzen waren und inwiefern diese im Zusammenhang mit der Operation vom 30. März 2007 stehen könnten. Die bereits vorher festgestellten bzw. verödeten Anastomosenvarizen konnten auch andere Ursachen haben und waren bzw. sind nicht notwendigerweise auf die Magenbypass-Operation zurückzuführen (vgl. Operationsbericht, Klagebeilage 3, S. 1). Damit ist die Einjahresfrist gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a HGG eingehalten. Die Zehnjahresfrist von Art. 24 Abs. 1 lit. b HGG ist offensichtlich ebenfalls eingehalten.

Mit Schreiben vom 25. April 2013, eröffnet am 29. April 2013, lehnte der Beklagte die Ansprüche ab. Die sechsmonatige Frist ist eingehalten, hat die Klägerin ihre Klage doch am 14. Oktober 2013 eingereicht.

e) Das Gericht ist keinerlei Kognitionsbeschränkungen unterworfen, da es prinzipiell dieselbe Stellung hat wie der erstinstanzliche Zivilrichter. Seine Kognition erstreckt sich daher auf Rechts-, Tat- und Ermessensfragen. Immerhin ist es an die Anträge der Parteien gebunden; das heisst, dass das Gericht eine Partei nicht mehr und nichts Anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Die Untersuchungsmaxime, die grundsätzlich gemäss 45 VRG herrscht, gilt für das Klageverfahren nach der in Art. 101 VRG enthaltenen Verweisung nicht. Somit kommt die Verhandlungsmaxime (Dispositionsmaxime) zur Anwendung. Gemäss Art. 55 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Abs. 1). Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen (Abs. 2).

Hingegen bleiben die Bestimmungen des VRG über den Ablauf des Verfahrens anwendbar, so namentlich Art. 32 VRG, wonach das Verfahren grundsätzlich schriftlich durchgeführt wird. Eine Hauptverhandlung und damit zusammenhängende Instruktionsverfügungen sind demgegenüber nicht vorgesehen (vgl. Urteil BGer 2C_888/2010 vom 7. April 2011 E. 2.3).

Im vorliegenden Fall besteht kein Bedarf für ein mündliches Verfahren. Zum einen sind die Beweisanträge auf Parteianhörung abzuweisen (vgl. E. 7 hiernach), und zum andern haben die Parteien auf eine mündliche Verhandlung verzichtet bzw. diese nicht ausdrücklich gewünscht. Damit wird das Verfahren schriftlich durchgeführt.

2. a) Mit Art. 6 Abs. 1 HGG wird eine primäre und ausschliessliche Kausalhaftung der Gemeinwesen statuiert; dem geschädigten Dritten steht gegenüber dem Amtsträger kein Anspruch zu (Art. 1 Abs. 2 HGG). Mit dieser Kausalhaftung haften die Gemeinwesen, unabhängig von einem allfälligen Verschulden, für jeden widerrechtlichen, wenn auch in entschuldbarem Rechts- oder Tatsachenirrtum erlassenen Justiz- oder Verwaltungsakt, oder für jede widerrechtliche Unterlassung. Der Geschädigte braucht somit, im Gegensatz zur Verschuldenshaftung, das Vorhandensein eines Verschuldens nicht zu beweisen (FZR 1998 S. 109, mit Hinweisen; KUHN, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in Kuhn/Poledna [Hrsg.], Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2007, S. 602).

b) Aufgrund des Verweises in Art. 9 HGG sind im Übrigen die Bestimmungen des OR anwendbar, so namentlich zur Berechnung des Schadens und zur Festsetzung der Entschädigung (zum Ganzen: GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl. 2001, S. 62 [nachfolgend zitiert: GROSS, Staatshaftungsrecht]; die von diesem Autor auf S. 63 erwähnte Sondernorm der Verantwortlichkeit im medizinischen Bereich, nämlich Art. 6 Spitalgesetz, der eine Verschuldenshaftung vorsah, wurde aufgehoben [vgl. Art. 135 aGesG, AS 1999 S. 439]. Die Haftpflicht der öffentlichen Institutionen und ihres Personals wird nunmehr allein durch das HGG geregelt [vgl. Art. 108 Gesundheitsgesetz, Botschaft Nr. 142 des Staatsrates vom 23. März 1999 zum Entwurf des Gesundheitsgesetzes, in TGR 1999 II S. 575 ff., S. 586]). Überdies steht bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen, wenn die Umstände es rechtfertigen, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten ein Anspruch auf eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zu (Art. 7 Abs. 1 HGG). Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 47 OR. Nach der Botschaft des Staatsrates zum Entwurf des HGG (in TGR 1986 I S. 553 ff., insb. S. 562 ff.) ist Art. 7 HGG im gleichen Sinne auszulegen wie die entsprechenden Bestimmungen des OR. Art. 7 HGG verzichtet darauf, die Genugtuung von einem Verschulden des Amtsträgers abhängig zu machen. Ein solches Erfordernis widerspräche dem Grundsatz der Kausalhaftung.

c) Damit bestehen folgende materielle Voraussetzungen der Haftung aus Verantwortlichkeit: Erstens ein widerrechtliches Verhalten eines Beamten, das zweitens seiner amtlichen Tätigkeit zuzurechnen ist; drittens ein dem Kläger zugefügter Schaden, und viertens ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen widerrechtlichem Verhalten und Schaden. Die einzelnen Voraussetzungen, welche einen Schadenersatz- und einen Genugtuungsanspruch begründen, müssen kumulativ erfüllt sein (BVR 2005 S. 3 E. 3.1 S. 6). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist der Kläger beweispflichtig (GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 370).

3. a) Primäre Haftungsvoraussetzung ist das Vorliegen eines Schadens. Der Schadensbegriff im öffentlichen Recht folgt prinzipiell den privatrechtlichen Grundsätzen. Personenschäden weisen eine materielle und eine immaterielle Komponente auf. Einerseits verursachen sie Kosten für die Heilung sowie Lohnausfall zufolge Erwerbsunfähigkeit und andererseits beeinträchtigen sie das geistige und körperliche Wohlbefinden (JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, in Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 1996, N. 60 f.).

b) Die Klägerin macht einen Schaden von CHF 9'661.20 geltend, nämlich CHF 4'440.– seit dem 15. März 2011 und CHF 5'221.30 seit dem 29. Mai 2012, zuzüglich je 5 % Zins. Weiter verlangt sie eine Genugtuung von CHF 50'000.–.

Der Streitwert beläuft sich damit auf CHF 59'661.30.

Der Klägerin ist durch vorprozessuale Anwaltskosten nachgewiesenermassen ein Schaden von CHF 5'221.30 entstanden (Klagebeilage 9), wobei für den Zinsenlauf das mittlere Datum zu wählen ist.

Darüber hinaus nachgewiesen ist einzig ein Schaden von CHF 830.– für Fahrtkosten für ärztliche Konsultationen, Patientenbesuche im Spital und zusätzliche Telefonkosten (Klage, S. 10 Ziff. 18). Auch der Anmeldung der Haftungsansprüche vom 29. Mai 2012 (Klagebeilage 7) lässt sich nichts Anderes entnehmen. Worin der darüber hinaus gehende Schaden von CHF 3'610.– besteht, lässt sich der Klage nicht entnehmen, kann aber mit Blick auf den Verfahrensausgang offenbleiben. Gleiches gilt für einen allfälligen Anspruch auf Genugtuung sowie für deren Höhe.

4. a) Die Haftung der Gemeinwesen wird nur dann begründet, wenn der Schaden durch Personen verursacht wird, die unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut sind, das heisst vorliegend die im Auftrag des Beklagten gehandelt haben oder hätten handeln müssen. Eine hoheitliche (und damit amtliche) Verrichtung wird grundsätzlich dann angenommen, wenn das Gemeinwesen, allenfalls auch in Konkurrenz mit Privaten, wesensmässig öffentliche Aufgaben erfüllt und das Rechtsverhältnis zum Privaten ganz oder teilweise öffentlich-rechtlich eingebunden und durchnormiert ist (vgl. GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 115 f.; VPB 69 [2005] Nr.78 E. 2a/cc).

b) Die ärztliche Tätigkeit an einem öffentlichen Spital gilt nach konstanter Praxis des Bundesgerichts als amtliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 1 OR. Ein Arzt, der in einem öffentlichen Spital tätig ist, gilt als Amtsträger (Art. 3 lit. b HGG). Der Beklagte ist ein öffentliches Spital (vgl. oben E. 1b/bb und cc). Mithin ist von einer amtlichen Tätigkeit auszugehen.

5. a) Weiter wird für die Haftung des Gemeinwesens ein widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verlangt; ein Verschulden ist, wie eingangs dargelegt, nicht erforderlich. Haftpflichtrechtlich massgebliche Widerrechtlichkeit setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes voraus, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht), sei es, dass eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die ihrem Zweck nach vor derartigen Schäden schützen soll

(Verhaltensunrecht). Vorbehalten bleiben in jedem Fall Rechtfertigungsgründe. Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen (BGE 123 II 577 E. 4d S. 581; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 167 ff.; BGE 123 II 577 E. 4d–f S. 581 ff.; GROSS, Staats- und Beamtenhaftung, in Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden-Haftung-Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, 1999, N. 3.41; nachfolgend zitiert: GROSS, Staats- und Beamtenhaftung).

Die Widerrechtlichkeit ist zu unterscheiden vom Verschulden. Sie ist ein rein objektives Verhalten. Beim Verschulden spielt die subjektive Einstellung der schädigenden Person eine Rolle. Eine Handlung oder Unterlassung kann objektiv rechtswidrig sein, ohne dass dem Verursacher subjektiv ein Vorwurf gemacht werden kann. Allerdings ist der Unterschied dann gering, wenn das Verschulden nach objektivierte Massstäben beurteilt wird; dies ist der Fall, wenn Verschulden als Verletzung objektiver Sorgfaltspflichten aufgefasst wird (JAAG, N. 100; GYGI, Die Widerrechtlichkeit in der Staatshaftung, in Mélanges André Grisel, 1983, S. 425).

b) Die Regeln der ärztlichen Kunst sind Grundsätze, die von der medizinischen Wissenschaft aufgestellt wurden, generell anerkannt sind und von den Ärzten im Allgemeinen befolgt und angewendet werden (BGE 133 III 121 E. 3.1, mit Hinweisen = Praxis [Pra] 9/2007 Nr. 105). Die Sorgfaltspflichtverletzung beziehungsweise der Kunst- oder Behandlungsfehler des Arztes wird der Widerrechtlichkeit zugeordnet (KUH, Aktuelle Probleme in der Ärzthaftpflicht, in SJZ 89/1993 S. 257 ff., S. 263). Ausgangspunkt für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt stellt in dem zu beurteilenden Fall die den Arzt betreffende allgemeine Pflicht dar, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben, alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte (BGE 130 IV 7 E. 3.3; BGE 108 II 59 E. 1). Die Besonderheit der ärztlichen Kunst liegt darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat, diesen aber nicht herbeiführen oder gar garantieren muss. Die Anforderungen an die dem Arzt zuzumutende Sorgfaltspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Beurteilungs- und Bewertungsspielraum, der dem Arzt zusteht, sowie den Mitteln und der Dringlichkeit der medizinischen Massnahme. Allgemein lässt sich immerhin sagen, dass die zivilrechtliche Haftung des Arztes sich dabei nicht auf grobe Verstösse gegen die Regeln der ärztlichen Kunst beschränkt. Vielmehr hat er Kranke stets fachgerecht zu behandeln, zum Schutze ihres Lebens oder ihrer Gesundheit insbesondere die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten, grundsätzlich folglich für jede Pflichtverletzung einzustehen (BGE 120 Ib 411 E. 4a mit weiteren Hinweisen; BGE 130 IV 7 E. 3.3).

6. a) Bei Klage wegen eines Kunst- oder Behandlungsfehlers muss der Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen der fehlerhaften Behandlung und dem Schaden beweisen (JÄGER/SCHWEITER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Ärzthaftpflicht- und Arztstrafrecht: mit einem Anhang unveröffentlichter Urteile, 2. Aufl. 2006, S. 105). Ursache im Rechtssinne ist jede Bedingung, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass auch der Erfolg entfielen, die also "conditio sine qua non" war (BGE 132 III 715 E. 2.2; BREHM, in Berner Kommentar, Obligationenrecht, Art. 41 N. 106; GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 193). Der Geschädigte hat den Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen Ursache und Schaden nicht wissenschaftlich genau und zwingend zu erbringen, sondern es genügt, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die natürliche Kausalität spricht. Dies bedeutet, dass nicht ein strikter und absoluter Beweis erforderlich ist. Vielmehr hat sich der Richter mit derjenigen Gewissheit zufrieden zu geben, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung verlangt werden kann. Nach

dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten nicht massgeblich in Betracht fallen. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 133 III 121 E. 3; BGE 133 III 462 E. 4.4.2; BVGE 2008/6 E. 4.2.2.1, mit Hinweisen).

b) Die Haftpflicht des Beklagten setzt weiter voraus, dass zwischen der Handlung/Unterlassung und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Adäquat und somit rechtserheblich ist ein Kausalverlauf, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet erscheint, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. Es genügt, wenn ein Schaden zwar relativ selten auftritt, aber doch als mögliche Folge ärztlichen Handelns im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit betrachtet werden muss (KUHN, S. 610 ff., mit Hinweisen; BGE 119 Ib 334 E. 5b).

Um als adäquate Ursache eines Schadens zu gelten, muss der Kausalverlauf einer Handlung voraussehbar sein. Nach der Rechtsprechung kommt es dabei nicht auf die persönlichen Kenntnisse und Fertigkeiten der schadensverursachenden Person an; vielmehr nimmt das Bundesgericht hinsichtlich der Voraussehbarkeit eines Schadenseintritts eine objektive nachträgliche Prognose vor: Das Gericht geht die Frage rückwärts an, vom eingetretenen Schaden ausgehend bis zur als Ursache eingeklagten Handlung, und beantwortet die Frage, ob eine solche Folge noch zu jenen zu zählen sei, die vernünftig und objektiv vorauszusehen waren. Dabei ist nicht von einer statistischen Häufigkeit der eingetretenen Folge auszugehen, sondern es ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls her rückwärts zu bestimmen, ob die fragliche Ursache immer noch als für den Schaden massgebend betrachtet werden kann (BVR 2007 S. 203 E. 5.2.2, mit Hinweisen).

c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der aus einem Kunst- bzw. Behandlungsfehler Klagende neben dem eigentlichen Kausalzusammenhang überdies auch das den Schaden verursachende Verhalten des Arztes genau bezeichnen beziehungsweise beweisen. So hat er insbesondere detailliert anzugeben, welche Handlung oder Unterlassung des Arztes (fehlerhafte Diagnose, konkreter Eingriff beziehungsweise konkrete Therapiebehandlung, falsche Medikamentenabgabe usw.) den Kunst- oder Behandlungsfehler bewirkte beziehungsweise die adäquate Ursache des Schadens im Sinne einer "conditio sine qua non" darstellte (KUHN, S. 613). Weil ein Gesundheitsschaden in der medizinischen Behandlung oft verschiedene Ursachen haben kann, die gewissermassen multifaktoriell zusammenwirken, ist der direkte Nachweis eines natürlichen Kausalzusammenhangs bei ärztlicher Pflichtverletzung oft schwierig, bei Unterlassung im naturwissenschaftlichen Sinne gar nicht zu erbringen. Wie oben ausgeführt, muss sich das Recht in solchen Fällen mit dem indirekten, dem Indizienbeweis begnügen. Er ist erbracht, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs dargetan ist. Ist gegen anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst verstossen worden, und liegt demnach ein Kunstfehler im medizinischen Sinne vor, so ist im Falle einer Schädigung des Patienten die Wahrscheinlichkeit des schädigenden Kausalverlaufs regelmässig gegeben. Diese Grundsätze sind in Lehre und Rechtsprechung anerkannt (GROSS, Staatshaftungsrecht, S. 194 f., mit Hinweisen).

7. a) Bei der damals stark übergewichtigen (BMI von 41) Klägerin wurde am 30. März 2007 von Dr. B. _____ im HFR nach eingehenden Abklärungen eine laparoskopische Magenbypass-Operation durchgeführt (Klagebeilage 2). Dabei wird ein Teil des Dünndarms (der sog.

Zwölffingerdarm) überbrückt, indem zwischen dem Magen und dem Leerdarm (Jejunum) eine künstliche Verbindung (Bypass) geschaffen wird; der Eingriff erfolgt nicht über eine Öffnung der Bauchhöhle, sondern durch kleine Einstiche in der Bauchdecke, durch die zuerst ein Endoskop zwecks Bauchspiegelung und daraufhin weitere Instrumente eingebracht werden, mit deren Hilfe die Operation durchgeführt wird (sog. Schlüssellochchirurgie). Der Eingriff vom 30. März 2007 verlief problemlos. Aufgrund erhöhter Temperatur wurde am 2. April 2007 eine Computertomographie durchgeführt, welche als Ursache am ehesten eine Entzündung des Dickdarms zeigte. In der Folge fanden bei Dr. B._____ noch mindestens drei Nachuntersuchungen statt, bevor die Klägerin im Laufe des Jahres 2007 nach C._____ umzog. Dort wurde sie von Dr. D._____ (Hausärztin) betreut.

Ende Dezember 2009 begab sich die Klägerin wegen krampfartiger Abdominalschmerzen in die Notfallstation des Spitals E._____. Wegen Zeichen von Magendarmblutung erfolgte im Februar 2011 eine Magen-Darm-Spiegelung (Endoskopie) am Spital E._____. Von dort wurde sie ans Spital F._____ verlegt und eine zweite Endoskopie durchgeführt, und am 1. März 2011 wurde die durch Krampfadern verursachte Blutung auf der Höhe der Verbindung der beiden Dünndarmschlinge mittels Metallklips gestillt. Im Mai 2011 traten erneut heftige Blutungen auf, und am Spital F._____ wurden erneut Krampfadern am gleichen Ort festgestellt und geklippt. Es wurde eine Computertomographie gemacht und dabei ein Dünndarmtumor festgestellt. Am 31. Mai 2011 erfolgte im Spital E._____ durch Dr. I._____ unter Supervision von Prof. Dr. H._____ eine Operation zur Entfernung des Dünndarmtumors. Gleichzeitig wurde der Magenbypass inspiziert. Ein längeres Stück Dünndarm mit Tumor und entsprechenden Lymphknoten wurde entfernt und gleichzeitig der Magenbypass neu angelegt. Gemäss Operationsbericht vom 31. Mai 2011 sei eine zweifache Malrotation im Bereich des Dünndarms festgestellt worden. Diese habe die Neuanlage des Bypasses erforderlich gemacht (vgl. Klagebeilage 3). Die Klägerin ist heute tumor- und beschwerdefrei und praktisch normalgewichtig.

Gemäss Klage müsse die zweifache Malrotation im Bereich des Dünndarms – die zu den Schmerzen der Klägerin und schliesslich zum Eingriff vom 31. Mai 2011 geführt hätten – von der Operation vom 30. März 2007 herrühren, da diese Malrotation nicht von selbst entstehen könne und die Klägerin seither keine operativen Eingriffe im Magen-Darm-Bereich mehr gehabt habe. Dabei handle es sich um einen ärztlichen Kunstfehler, für den der Beklagte hafte (Klage, S. 11). Gemäss HFR bzw. Dr. B._____ handle es nicht um eine Malrotation, sondern um eine innere Hernie, die keine Neuanlage des Bypasses erforderlich mache. Eine innere Hernie sei eine bekannte mögliche Folge der Magenbypass-Operation, die in ca. 5 % der Fälle auftrete und auf die die Klägerin ausdrücklich aufmerksam gemacht worden sei (Klagebeilage 5; Klageantwort, S. 10-12). Die Klägerin bringt dagegen vor, über eine innere Hernierung sei im Vorfeld der Operation vom 30. März 2007 nie gesprochen worden. Sie wirft Dr. B._____ eine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht vor.

Damit stellt sich zuerst die Frage, ob bei der Klägerin eine Malrotation im Bereich des Dünndarms oder eine innere Hernie vorlag oder ob allenfalls andere Gründe für die Schmerzen bestanden. Sollte eine Malrotation bzw. eine innere Hernie vorliegen, stellt sich weiter die Frage, ob diese auf die Magenbypass-Operation vom 30. März 2007 zurückzuführen ist. Schliesslich stellt sich die Frage, ob – für den Fall einer Malrotation – ein ärztlicher Kunstfehler vorliegt, oder ob – für den Fall einer inneren Hernie – die Klägerin von Dr. B._____ vor der Operation vom 30. März 2007 hinreichend über die Möglichkeit einer inneren Hernie aufgeklärt wurde.

b) Der Hof hat zu diesen Fragen durch Prof. Dr. J._____ ein Gutachten erstellen lassen und ihm ergänzende Fragen gestellt. Prof. Dr. J._____ ist leitender Arzt Viszeralchirurgie am

Spital K._____ in L._____; es handelt sich um einen ausgewiesenen Experten. Die Parteien hatten Gelegenheit, sich zur Person des Gutachters und zu den ihm unterbreiteten Fragen und Ergänzungsfragen zu äussern. Für die Erstellung seines Gutachtens standen dem Gutachter die gesamten Akten zur Verfügung; zudem hat er die Klägerin persönlich sowie Dr. B._____ und Dr. I._____ telefonisch zur Sache befragt (vgl. Gutachten vom 10. März 2016, S. 1).

c) Grundsätzlich weicht der Richter nicht ohne zwingende Gründe von der Einschätzung des medizinischen Experten ab, dessen Aufgabe es ist, seine Fachkenntnisse der Gerichtsbarkeit zur Verfügung zu stellen, um einen bestimmten Sachverhalt medizinisch zu erfassen. Ein Grund zum Abweichen kann vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt. Abweichende Beurteilung kann ferner gerechtfertigt sein, wenn gegensätzliche Meinungsäusserungen anderer Fachexperten dem Richter als triftig genug erscheinen, die Schlüssigkeit des Gerichtsgutachtens in Frage zu stellen, sei es, dass er die Überprüfung durch einen Oberexperten für angezeigt hält, sei es, dass er ohne Oberexpertise vom Ergebnis des Gerichtsgutachtens abweichende Schlussfolgerungen zieht (BGE 125 V 351 E. 3b mit Hinweisen). Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a mit Hinweisen).

d) Aus dem Gutachten von Prof. Dr. J._____ ergibt sich im Wesentlichen Folgendes: Laut dem Operationsbericht vom 31. Mai 2011 und der mündlichen Auskunft von Dr. I._____ sei die Situation unübersichtlich gewesen. Es bestanden Vernarbungen, ein Tumor im Dünndarm mit Einziehung des darum liegenden Gewebes und eine unübliche Lage der Dünndarmschlingen, die an eine Rotationskomponente denken liessen. Trotz Lösen der Verwachsungen schien es nicht möglich, alleine durch Reposition des Darmes eine vernünftige Lage der Schlingen zueinander wiederherzustellen, so dass (sich) die Chirurgen entschlossen, die Verbindungen von Magen zu Darm und Darm zu Darm neu anzulegen. Die Ursache dieser Veränderungen könne im Nachhinein aber nicht mit Bestimmtheit eruiert werden. Auch könne Dr. I._____ heute mit mehr Erfahrung in bariatrischer Chirurgie die Situation nicht sicher interpretieren (Gutachten, Antworten 1 und 7). Aus den Unterlagen und der Schilderung der Patientin ist zu entnehmen, dass sie wahrscheinlich bereits im Dezember 2009 unter den Symptomen einer inneren Hernie litt. (...) Eine 360-Grad Fehlanlage oder auch nur eine 180-Grad-Fehlanlage bei einem Magenbypass falle in aller Regel intraoperativ auf. Hätte bereits damals eine ein- oder zweifache Fehlrotation bestehen sollen, wäre dies in der Computertomographie vom 1. April 2007 aufgefallen, und die Patientin hätte wahrscheinlich bereits kurz nach der Operation Beschwerden angegeben. Der Gutachter fragt sich, ob Dr. I._____ und Prof. H._____ tatsächlich die Kompetenz besaßen, zu unterscheiden, ob es sich um eine primäre Fehlanlage zum Zeitpunkt der Erstoperation handelte oder aber um eine innere Hernie nach korrekter Erstoperation, (und ob die Chirurgen) möglicherweise durch die zusätzlichen Belastungen durch die mehrmaligen Ballonendoskopien und den daraus resultierenden Vernarbungen sowie im Zusammenhang mit dem Dünndarmtumor, der die Anatomie zusätzlich verändern konnte, keine Übersicht über die Magenbypasskonstruktion erhalten konnten (Gutachten, Antwort 8). Laut Gutachter sind die bei der Klägerin ab Dezember 2009 auftretenden Schmerzen auf eine Rotation des Dünndarmes im Zusammenhang mit einer inneren Herniation zurückzuführen (Gutachten, Antwort 11). Es sei sehr wahrscheinlich, dass bei

der Klägerin am 31. Mai 2011 eine innere Hernie vorlag. Auch die in M._____ angefertigte Computertomographie vom 12. Mai 2011 zeige eine quirlförmige Anlage der Gefässe, die zum Darm führen, was ein sehr wahrscheinliches Indiz für das Vorliegen einer inneren Hernie ist (Gutachten, Antworten 2, 9 und 10). Mit der Neuanlegung des Bypasses sowie der Tumorentfernung konnten die Probleme behoben werden (Gutachten, Antworten 1, 4 und 7). Die Tatsache, dass seit der Korrektur des Bypasses die Beschwerden weg sind, deute sehr darauf hin, dass die innere Hernie ursächlich war für die Schmerzen (Gutachten, Antwort 4). Als Folge der Magenbypass-Operation könne es trotz Einhalten aller Vorsichtsmassnahmen zu einer inneren Herniation kommen. Inwieweit (*in casu*) die mehrmaligen Ballonendoskopien in M._____, welche mechanisch sehr belastend seien, und der Dünndarmtumor die Lage des Dünndarmes verändern und zusätzlich zu einer nicht mehr reversiblen Rotation des Darmes führten, lasse sich nicht mehr eruieren (Gutachten, Antwort 3). Das Risiko der Ausbildung einer inneren Herniation bei laparoskopischem Magenbypass liege zwischen wenigen Prozenten bis über 11 %, je nachdem wie lange nachkontrolliert wird. Durchschnittlich (betrage) das Risiko, eine innere Herniation zu erleiden, 1 % pro Jahr, dies nach laparoskopischem Bypass, nach offenem sei dieses Risiko bedeutend kleiner (Gutachten, Antwort 5).

Der Gutachter führt weiter aus, spätestens nach der Gewichtsabnahme 2009 hätte nach heutigem Wissensstand eine innere Hernie aktiv gesucht werden müssen. Diese Suche gehe sogar so weit, dass auch bei unauffälliger Computertomographie des Abdomens eine Bauchspiegelung (laparoskopische Revision) notwendig ist (Gutachten, Antworten 12 und 13).

Bezüglich der ärztlichen Aufklärung über die Möglichkeit einer inneren Hernie hielt der Gutachter fest, die innere Hernie habe bereits damals (d.h. Anfang 2007) zum medizinischen Standard gehört. Die Klägerin habe im Gespräch vom 3. Februar 2016 erwähnt, dass Dr. B._____ den Begriff innere Hernie zwar nicht erwähnte, aber erläuterte, dass es zu den Risiken einer Magenbypass-Operation zähle, dass sich der Darm auch Jahre nach der Operation durch Lücken zwischen den Darmschlingen „verwickeln“ könne. Inhaltlich sei ihr also diese Komplikation bereits vor der Operation bekannt (gewesen) (Gutachten, Antwort 6).

Diesbezüglich erklärte die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 23. Mai 2016, es treffe zu, dass Dr. B._____ ihr mitgeteilt hatte, dass eine Verwicklung der Darmschlingen eintreten könnte. Hingegen sei ihr bis zum vorliegenden Streitfall der Begriff der inneren Hernierung nicht bekannt gewesen (act. 46). Auch in der Klage hatte die Klägerin angegeben, über die Operationsrisiken informiert worden zu sein, auch wenn das Fremdwort innere Hernierung nicht gefallen sei (Klage, S. 9 Ziff. 16).

e) Nachdem die Parteien Gelegenheit hatten, zum Gutachten Stellung zu nehmen, wurden dem Gutachter vier Zusatzfragen zur Berufserfahrung und zur Anhörung von Dr. I._____ und Prof. H._____ unterbreitet. Aus den Antworten des Gutachters zu den Zusatzfragen geht hervor, dass Dr. I._____ im Mai 2011 wenig Erfahrung in der Bypass-Chirurgie gehabt habe. Gemäss den handschriftlichen Notizen, die der Gutachter vorlegte, habe Dr. I._____ geäussert, dass er den Bypass nicht richtig verstanden hatte. Mit seiner heutigen Erfahrung wäre es auch möglich, dass es sich lediglich um eine innere Hernie, verstärkt durch die Tumorsituation und Verwachsungen hätte handeln können (Antworten zu den Fragen 1 und 4). Auch sei Dr. I._____ die Möglichkeit, dass bei der Patientin eine innere Hernie vorliegen könnte, zum Zeitpunkt des Eingriffes nicht bekannt gewesen. An die Details der Computertomographie (CT) vom 12. Mai 2011 konnte er sich nicht mehr erinnern, als der Gutachter ihn auf die Zeichen einer inneren Hernie im CT hinwies (Antwort zu Frage 3). Gemäss Gutachter ist Prof. H._____ ein sehr erfahrener Bauchchirurg, aber in der Chirurgie vom krankhaften Übergewicht nicht sehr

routiniert. Er (...) habe selber lediglich eine persönliche Erfahrung von Eingriffen einfacherer Art, nicht aber der Bypass-Chirurgie. Eine Befragung sei nicht zweckdienlich (Antworten zu den Fragen 2 und 4).

Schliesslich betont der Gutachter nochmals, dass die Symptome bei der Klägerin viel früher, grundsätzlich sofort nach der Operation vom 30. März 2007, aufgetreten wären, wenn es sich um eine Fehlanlage bei der Erstopoperation gehandelt hätte. Es sei sehr unwahrscheinlich, dass man eine Dünndarmschlinge um 180° falsch konstruiert und das nicht intraoperativ erkennt. Der Gutachter äussert die feste Überzeugung, dass es sich nicht um eine primäre Fehlanlage handelte, sondern um eine verschleppte innere Hernie, verschlimmert durch den Dünndarmtumor mit den Lymphknotenabiegern und den Verwachsungen. Letztere könnten zusätzlich zu den Folgen jeglicher Operation auch als Folge des Tumors, der lange dauernden inneren Hernie oder der zweimaligen Endoskopie entstanden sein (Antwort zu Frage 4).

f) Es ist kein Grund ersichtlich, vom Gutachten und von den Schlussfolgerungen des Gutachters abzuweichen. Gestützt auf das Gutachten und dessen Ergänzung ist festzuhalten, dass bei der Klägerin am 31. Mai 2011 keine (zweifache) Malrotation im Bereich des Dünndarms vorlag, sondern vielmehr eine innere Hernie. Die anderslautenden Feststellungen von Dr. I._____ und Prof. H._____ im Operationsbericht vom 31. Mai 2011 sind auf eine Fehlinterpretation aufgrund eines Tumors und von (möglicherweise durch die Ballonendoskopien hervorgerufenen) Verwachsungen zurückzuführen, verbunden mit (damals) mangelnder Erfahrung mit Magenbypass-Operationen (Gutachten, Frage 8; Antworten auf die Zusatzfragen 1 und 4). Diese innere Hernie war ursächlich für die Schmerzen und damit auch für die Operation vom 31. Mai 2011, allerdings zusammen mit dem Dünndarmtumor und den Verwachsungen. Damit kann Dr. B._____ offensichtlich nicht vorgeworfen werden, am 30. März 2007 den Magenbypass falsch angelegt, dabei eine Malrotation verursacht und dergestalt einen ärztlichen Kunstfehler begangen zu haben.

Weiter ist für den Gutachter unsicher, ob die innere Hernie tatsächlich und ausschliesslich auf die Operation vom 30. März 2007 zurückzuführen ist. Die Lage des Dünndarmes sei auch durch einen Dünndarmtumor sowie die zwei 2011 in M._____ durchgeführten, sehr belastenden und Vernarbungen verursachende Ballonendoskopien verändert worden. Inwieweit auch Tumor und Vernarbungen die Lage des Dünndarms veränderten und zu einer nicht mehr reversiblen Rotation des Darmes führten, lasse sich nicht mehr eruieren. Bereits der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der Operation vom 30. März 2007 und der Notwendigkeit der Neuanlage des Magenbypasses am 31. Mai 2011 ist damit nicht rechtsgenügend erstellt.

Soweit die sehr wahrscheinliche innere Hernie tatsächlich auf die Operation vom 30. März 2007 zurückzuführen wäre, ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Gutachter liegt das Risiko der Ausbildung einer inneren Hernie nach einer laparoskopischen Magenbypass-Operation bei wenigen Prozenten bis über 11 %, je nachdem wie lange nachkontrolliert wird (vgl. auch Klageantwortbeilagen 5 und 6, nach denen das Risiko einer inneren Hernie bei derartigen Operationen gemäss Studien bei 4,5 bzw. 6,2 % liegen). Es handelt sich damit um ein Risiko, mit dem die Klägerin rechnen musste. Die Klägerin bestreitet dies auch nicht, sondern bringt vor, von Dr. B._____ über dieses Risiko ungenügend aufgeklärt worden zu sein. Von einer inneren Hernie sei nie die Rede gewesen. Aus dem Gutachten ergibt sich jedoch, dass die Klägerin von Dr. B._____ vor der Operation (nach deren eigenen Aussagen) darüber aufgeklärt worden sei, dass es zu den Risiken einer Magenbypass-Operation zähle, dass sich der Darm auch Jahre nach der Operation durch Lücken zwischen den Darmschlingen „verwickeln“ könne. Damit ist er seiner ärztlichen Aufklärungspflicht nachgekommen, sodass ihm auch diesbezüglich keine

Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Dass Dr. B._____ dabei allenfalls nicht ausdrücklich von einer inneren Hernierung gesprochen hat, vermöchte daran nichts zu ändern, da einleuchtet, dass – insbesondere bei medizinischen Laien – bei Vorbesprechungen nicht Fachausdrücke verwendet, sondern allfällig auftretende Probleme möglichst anschaulich umschrieben werden (vgl. Klageantwort S. 10 Ziff. 16). Gemäss Klageantwort fand am 17. Oktober 2006 eine einstündige Vorbesprechung mit der Klägerin statt. Am 5. März 2007 habe nochmals eine Besprechung mit der Klägerin stattgefunden, bei der die wesentlichen Risiken, namentlich jene einer erneuten Intervention, erneut thematisiert worden seien (act. 8, S. 3 f. Ziff. 1bis und 1ter; Klageantwortbeilage 8, S. 1 und 2; Klageantwortbeilage 7, „Protocole opératoire“). In ihrer Replik wiederholt die Klägerin ihren Standpunkt (act. 14 S. 2). Ob an den beiden Besprechungen vom 17. Oktober 2006 und 5. März 2007 ausdrücklich von einer inneren Hernierung oder nur von möglichen „Verwicklungen“ des Darms gesprochen wurde, dürfte sich nach zehn Jahren nicht mehr feststellen lassen, ist aber aus den dargelegten Gründen nicht entscheidend. Unter diesen Umständen erscheint es nicht zweckdienlich, die Klägerin und Dr. B._____ sowie allenfalls weitere Personen zum genauen Inhalt der voroperativen Aufklärungsgespräche zu befragen. Die Beweisanträge auf Einvernahme dieser beiden Personen sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einer möglichen Pflichtverletzung von Dr. B._____, sofern eine solche überhaupt vorliegen sollte, und den von der Klägerin erlittenen Schmerzen und Blutungen und der Notwendigkeit einer Neuanlegung des Bypasses am 31. Mai 2011 nicht unterbrochen wurde, indem nach der Diagnose der Blutung auf Höhe der Verbindung der beiden Dünndarmschenkel Anfang 2011 nicht aktiv nach anderen Ursachen gesucht wurde; diese Suche erfolgte erst im Mai 2011 (Gutachten, Antwort 8).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Dr. B._____ im Zusammenhang mit der Magenbypass-Operation vom 30. März 2007 weder ein Kunstfehler noch eine Verletzung seiner ärztlichen Aufklärungspflicht vorzuwerfen ist. Damit fehlt es an einem widerrechtlichen Verhalten. Dies führt zur Abweisung der Klage.

8. Wie bereits ausgeführt richtet sich das vorliegende Verfahren gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 42 Abs. 2 HGG nach dem alten Recht.

Um die Anforderungen von Art. 75 Abs. 2 BGG betreffend den doppelten kantonalen Instanzenzug in Zivilsachen zu erfüllen und das alte Recht an das Bundesrecht anzupassen (BGE 139 III 252 E. 1.6), hat das Kantonsgesicht am 16. Mai 2013 entschieden, seinen 1. Zivilappellationshof als Rechtsmittelinstanz gegen durch den 1. Verwaltungsgerichtshof gefällte Entscheide im Bereich der ärztlichen Haftung zu bezeichnen. Diese Lösung hat auch hier Geltung.

9. a) Die Verfahrenskosten, die insbesondere die Kosten des Gutachtens von CHF 3'800.- (3'000.- + 800.- für die Zusatzfragen) umfassen, sind auf CHF 6'000.- festzusetzen und der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 131 Abs. 1 VRG). Da sie im Genuss der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege steht, ist sie von der Bezahlung dieser Kosten befreit (Art. 143 Abs. 1 lit. a VRG).

Eine Parteientschädigung ist der Klägerin nicht zuzusprechen, da sie unterliegt. Ihr Anwalt hat als amtlicher Rechtsbeistand in Anwendung von Art. 145b VRG Anspruch auf eine Entschädigung. In seiner Kostenliste vom 10. Februar 2017 macht er einen Aufwand von 32 Stunden und 35 Minuten à CHF 180.-/Std. geltend. Dieser Aufwand erscheint gerechtfertigt. Dem amtlichen Rechtsbeistand ist somit eine Entschädigung von CHF 6'650.90 auszurichten (Honorar: CHF 5'865.- [32 Std. 35 in à CHF 180.-], Auslagen: CHF 293.25 [5 % von CHF 5'865.-, vgl. Art. 68 Abs. 2 des kantonalen

Justizreglements vom 30. November 2010 [JR; SGF 130.11]], MWSt: CHF 492.65 [8 % von CHF 6'158.25]).

Die Klägerin wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Gemeinwesen von ihr die Vergütung seiner Leistungen verlangen kann, wenn sie später zu hinreichenden Mitteln gelangt oder nachgewiesen wird, dass ihre Bedürftigkeit nicht bestand. Der Anspruch ist innert zehn Jahren seit Abschluss des Verfahrens geltend zu machen. (Art. 145b Abs. 3 VRG).

b) Auch wenn sie im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege steht, schuldet die Klägerin als unterliegende Partei dem obsiegenden Beklagten, dessen Vermögensinteressen mit vorliegendem Verfahren betroffen sind und der sich durch einen Rechtsanwalt hat vertreten lassen, gestützt auf die Art. 137 und 139 VRG eine Parteientschädigung.

Gemäss Art. 8 des kantonalen Tarifs der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz (TarifVJ; SGF 150.12) wird das Honorar für die Vertretung oder die Verbeiständung einer Partei zwischen CHF 200.- und CHF 10'000.- festgesetzt. Bei besonders umfangreichen oder besonders komplizierten Angelegenheiten liegt der Höchstbetrag bei CHF 40'000.-. Das als Parteientschädigung geschuldete Honorar wird nach einem Stundentarif von CHF 250.- festgesetzt (Abs. 1). In Klagesachen wird das Honorar nach den Art. 66 und 67 JR festgesetzt. Der Streitwert beläuft sich gemäss den Rechtsbegehren auf CHF 59'661.30 (vgl. E. 3b), sodass das Anwaltshonorar um 21,12 % zu erhöhen ist (vgl. Art. 66 Abs. 2 lit. a JR und Anhang 2 zum JR).

Rechtsanwalt Perler macht für seine Aufwendungen (Besprechung, Aktenstudium/ Rechtsabklärungen, Verfassen der Klageantwort und Duplik, Stellungnahmen zum Gutachten) 34 Stunden und 50 Minuten geltend und damit 2 Stunden 15 Minuten mehr als der klägerische Anwalt. Keinen Anspruch auf Entschädigung geben die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Gesuch der Gegenpartei um unentgeltliche Rechtspflege von ca. 2 Stunden (28.10./10.11/24.11.2014/24.4./29.4.2015); dieses Verfahren ist kostenlos. Übertrieben erscheint der Aufwand im Zusammenhang mit der Prüfung des Gutachtens und der Formulierung von Zusatzfragen. Der Beklagtenanwalt macht hier einen Aufwand von fünf Stunden geltend (März–Mai 2016), nachdem er im Dezember 2015 schon einen Aufwand von drei Stunden für die Prüfung des Gutachterauftrags geltend gemacht hatte. Der klägerische Anwalt macht hierfür bloss einen Aufwand von je 80 Minuten geltend. Der Aufwand im Zusammenhang mit der Erstellung und Beurteilung des Gutachtens ist um 2 Std. 50 Minuten zu kürzen. Zu entschädigen sind somit 30 Stunden. Das Grundhonorar von CHF 7'500.- ist um 21,12 % auf CHF 9'084.- zu erhöhen. Hinzu kommen 5 % des Grundhonorars von CHF 7'500.-, das heisst CHF 375.- für Briefe, Auslagen und Telefonate (vgl. Art. 68 Abs. 2 JR). Das Honorar ist somit auf CHF 9'459.- festzusetzen, zuzüglich CHF 756.70 MWSt (8 % von CHF 9'459.-). Die von der Klägerin geschuldete Parteientschädigung ist somit auf CHF 10'215.70 festzusetzen.

Der Hof erkennt:

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die dem Staat Freiburg geschuldeten Gerichtskosten von CHF 6'000.- werden A. _____ unter Vorbehalt der unentgeltlichen Rechtspflege auferlegt.
- III. A. _____ wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- IV. Dem HFR wird zulasten von A. _____ eine Parteientschädigung von CHF 10'215.70 (inkl. MWSt) zugesprochen.
- V. Rechtsanwalt Thomas Meyer wird zulasten des Staates Freiburg als amtlicher Rechtsbeistand von A. _____ eine Entschädigung von CHF 6'650.90 (inkl. MWSt) ausgerichtet.
- VI. Zustellung.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen ab Zustellung Beschwerde beim I. Zivilappellationshof des Kantonsgerichts eingereicht werden. Gegen die Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entschieden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG).

Freiburg, 21. Februar 2017/fba

Präsidentin

Gerichtsschreiberin-Praktikantin