



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

ZB.2021.20

ENTSCHEID

vom 8. November 2021

Mitwirkende

Dr. Olivier Steiner, Dr. Claudius Gelzer, Prof. Dr. Ramon Mabillard
und Gerichtsschreiber Dr. Alexander Zürcher

Parteien

A _____
[...]
Kläger
vertreten durch [...], Advokat,
[...]

Berufungskläger

gegen

Universitätsspital Basel
Hebelstrasse 32, 4056 Basel
Beklagte
vertreten durch [...], Advokat,
[...]

Berufungsbeklagte

Gegenstand

Berufung gegen einen Entscheid des Zivilgerichts
vom 20. Januar 2021

betreffend Forderung

Sachverhalt

Der im Jahr 1966 geborene A. (Patient) wurde am 3. März 2017 in der dermatologischen Poliklinik des Universitätsspitals Basel (Spital) untersucht. Die dermatologische Poliklinik überwies den Patienten an die rheumatologische Abteilung des Spitals zur Behandlung einer Schwellung am rechten Knie. Zu diesem Zweck punktierte PD Dr. Tobias Manigold von der rheumatologischen Abteilung am 6. März 2017 das rechte Knie des Patienten und injizierte unter anderem Kenacort, ein kortisonhaltiges Präparat. Zudem wurde dem Patienten Gewebeflüssigkeit entnommen, um die Ursache der Kniegelenksentzündung herauszufinden. Nachdem sich die Beschwerden des Patienten zwischenzeitlich gebessert und dann wieder verschlechtert hatten, wurde ihm am 16. März 2017 auf der rheumatologischen Abteilung des Spitals eine zweite Kenacort-Injektion verabreicht. Das Blutbild des Patienten wies massenhaft Leukozyten auf; zudem wurde der bakterielle Erreger «Staphylococcus aureus» nachgewiesen. Am 22. März 2017 erfolgte eine Punktion des Knies. Der bakterielle Erreger wurde dieses Mal zahlreich nachgewiesen. In seinem Bericht vom 28. März 2017 hielt PD Dr. Manigold fest, dass die Ursache des Infekts wahrscheinlich iatrogen sei (durch ärztliche Einwirkung entstanden), dies im Rahmen der ersten Injektion vom 6. März 2017. Seither leidet der Patient unter Schmerzen im rechten Knie. In der Folge musste er sich wiederholt operativen Kniespülungen unterziehen. Am 13. August 2019 wurde ihm ein künstliches Kniegelenk eingesetzt.

Nachdem der Patient und das Spital im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt hatten, reichte der Patient am 2. September 2019 Klage beim Zivilgericht Basel-Stadt ein. Darin beantragte er, es sei das Spital zu verpflichten, ihm CHF 30'000.– zu zahlen, dies unter dem Vorbehalt der Mehrforderung. Am 30. September 2019 unterzog sich der Patient einer weiteren Knieoperation. Mit Klageantwort vom 14. Februar 2020 beantragte das Spital die Abweisung der Klage. Nach einem zweiten Schriftenwechsel fand am 20. Januar 2021 die Hauptverhandlung statt. Mit Entscheid vom selben Tag wies das Zivilgericht die Klage ab. Auf Gesuch des Patienten hin begründete es seinen Entscheid schriftlich.

Gegen diesen Entscheid erhob der Patient am 26. April 2021 Berufung beim Appellationsgericht. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Fall zur Neuurteilung an das Zivilgericht zurückzuweisen. Mit Berufungsantwort vom 15. Juni 2021 beantragt das Spital die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei. Mit unaufgefordert eingereicherter Replik vom 2. Juli 2021 und Duplik vom 21. Juli halten die Parteien an ihren Anträgen fest. Die Akten des Zivilgerichts wurden beigezogen. Der vorliegende Entscheid wurde auf dem Zirkulationsweg gefällt.

Erwägungen

1. Eintreten

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten steht die Berufung gegen erstinstanzliche Entscheide offen, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert dieser Rechtsbegehren CHF 30'000.–. Der Patient beantragt in der Berufung zwar lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung zur Neuurteilung an das Zivilgericht. Damit fehlt es an einem grundsätzlich erforderlichen Antrag in der Sache (vgl. AGE ZB.2019.26 vom 12. Februar 2021 E. 1.2). Dies ist im vorliegenden Fall aber zulässig, da ein reformatorischer Entscheid aufgrund der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage des Nachweises des Schadens nicht in Frage kommt. Auf die frist- und formgerecht erhobene Berufung ist somit einzutreten.

Zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts (§ 92 Abs. 1 Ziffer 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

2. Entscheid des Zivilgerichts

Das Zivilgericht hielt in seinem Entscheid zunächst fest, dass das Spital gemäss § 3 des basel-städtischen Haftungsgesetzes kausal hafte für den Schaden, den sein Personal Dritten widerrechtlich zufüge (Zivilgerichtsentscheid, E. 2). Im vorliegenden Fall sei einzig der vom Patienten geltend gemachte Erwerbsausfall zu beurteilen (E. 3).

Sodann legte das Zivilgericht dar, dass der vom Patienten darzulegende Erwerbsausfall aus der Differenz zwischen dem Valideneinkommen und dem Invalideneinkommen bestehe (E. 4.1). Dabei sei insbesondere der hypothetische Verdienst zu berechnen, den der Geschädigte aus seiner beruflichen Tätigkeit erzielen würde, wenn er nicht geschädigt worden wäre. Dabei müsse er die Umstände darlegen, aus denen das Gericht die massgeblichen Elemente erkennen könne, um das Valideneinkommen ermitteln zu können. Die Möglichkeit, den ziffernmässig nicht nachweisbaren Schaden nach gerichtlichem Ermessen festzusetzen, befreie den Geschädigten nicht davon, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren alle Umstände vorzubringen, die es dem Gericht ermöglichten oder erleichterten, den Schaden festzusetzen (E. 4.2). Inwieweit Tatsachen im Prozess zu behaupten und zu substantiieren seien, ergebe sich aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und der Intensität der Bestreitung durch die Gegenseite (E. 4.3).

Nach einer ausführlichen Darstellung der Parteistandpunkte zur Frage des Erwerbsausfalls (E. 5) hielt das Zivilgericht zunächst fest, dass der Geschädigte zur Bezifferung seines Schadens auf ein Gerichtsgutachten angewiesen sein könne, beispielsweise zur Bestimmung des Invaliditätsgrads. Dies befreie ihn aber nicht davon, sein hypothetisches Valideneinkommen zu behaupten und im Bestreitungsfall zu substantieren und zu beweisen. Im vorliegenden Fall genüge der Patient seiner Behauptungs- und Beweislast nicht, wenn er auf ein noch einzuholendes Gerichtsgutachten verweise (E. 6.1). Sodann genüge es zum Beweis des Valideneinkommens nicht, auf den Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 zu verweisen, der ohne Behinderung von einem jährlichen Valideneinkommen von CHF 72'290.– ausgehe. Das Spital habe bereits in der Klageantwort bestritten, dass der Patient vor dem fraglichen Eingriff vom 6. März 2017 voll erwerbsfähig gewesen sei und ihm durch den Eingriff ein Erwerbsausfall entstanden sei, und darauf hingewiesen, dass er gemäss dem Vorbescheid bereits seit August 2016 – also vor dem Eingriff – in erheblichem Ausmass erwerbsunfähig gewesen sei. Das Spital habe sodann in der Duplik geltend gemacht, dass der Patient nicht dargelegt habe, weshalb er sich nach der im November 2016 erfolgten Kündigung nicht um eine neue Stelle bemüht und ob er sich bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet habe. Dazu habe sich der Patient nicht geäußert (E. 6.2 bis 6.6).

Vor diesem Hintergrund – so das Zivilgericht – sei festzustellen, dass der Patient das anspruchsbegründende hypothetische Valideneinkommen nicht substantiiert dargelegt habe. Die von ihm eingereichten Beweismittel änderten daran nichts: Der Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 sei ungeeignet, das behauptete hypothetische Valideneinkommen zu beweisen; vielmehr wecke der darin enthaltene Vermerk, dass der Patient seit August 2016 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig sei, erhebliche Zweifel an seiner vollständigen Erwerbsfähigkeit im Zeitpunkt des Eingriffs vom 6. März 2017 (E. 6.7.1). Auch das Schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin vom 14. April 2020 eigne sich für den Nachweis des Valideneinkommens nicht: Es stehe die Vermutung im Raum, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Patienten aufgrund dessen gesundheitlicher Probleme aufgelöst haben könnte; das Schreiben schaffe diesbezüglich keine Klarheit, sondern erwecke vielmehr den Eindruck eines Gefälligkeitsschreibens (E 6.7.2). Ebenso verhalte es sich mit den Lohnabrechnungen, die der Patient als Sammelbeilage eingereicht habe; es genüge nicht, in den Rechtsschriften bloss auf Beilagen (Lohnabrechnungen) zu verweisen und dem Gericht und der Gegenpartei aufzutragen, diese danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten des Patienten ergebe (E. 6.7.3). Im Weiteren erkläre der Patient mit keinem Wort, weshalb er sich trotz der im November 2016 erhaltenen Kündigung nicht um eine neue Stelle bemüht habe. Namentlich führe er nicht aus, ob er überhaupt Arbeitsbemühungen angestellt habe, weshalb er solche gegebenenfalls unterlassen habe und weshalb allfällige Bemühungen erfolglos geblieben seien. Das Gericht habe somit keine Handhabe für eine zuverlässige Bestimmung des Valideneinkommens. Die pauschalen Vorbringen des

Patienten liessen den Schluss nicht zu, dass er im Zeitpunkt des Eingriffs im März 2017 voll erwerbsfähig gewesen sei (E. 6.7.4). Auch aus dem aktualisierten Vorbescheid der IV-Stelle vom 20. Dezember 2020 könne der Patient nichts zu seinen Gunsten ableiten (E. 6.7.5). Zusammenfassend gelinge es dem Patienten nicht, den behaupteten Schaden nachzuweisen. Fehle es bereits am Nachweis des Schadens, erübrigten sich Erwägungen zu den weiteren Haftungsvoraussetzungen der Widerrechtlichkeit und der Kausalität. Somit sei die Klage abzuweisen (E. 7).

3. Begriff und Beweis des Valideneinkommens im Allgemeinen

3.1 Wer infolge einer Körperverletzung geschädigt wird, hat Anspruch auf Entschädigung für die Nachteile vollständiger oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Fortkommens (Art. 46 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR, SR 220]). Im Zusammenhang mit einer Körperverletzung kommt als Schadensposten unter anderem der Erwerbsausfall in Frage. Im vorliegenden Fall macht der Patient einzig einen solchen Erwerbsausfallschaden geltend (Zivilgerichtsentscheid, E. 3.1 und 3.2). Rechnerisch ergibt sich dieser Erwerbsausfallschaden oder Invaliditätsschaden aus der Differenz zwischen dem Einkommen, das der Geschädigte ohne das schädigende Ereignis erzielt hätte (Valideneinkommen), und dem Einkommen, das er nach dem schädigenden Ereignis zumutbarerweise noch erzielen kann (Invalideneinkommen) (FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012 N 1557; BGE 129 III 135 E. 2.2 S. 141). Um das hypothetische Valideneinkommen des Geschädigten zu ermitteln, ist vom Einkommen auszugehen, das er im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses erzielte. Das Gericht darf sich aber nicht auf die Feststellung des bisher erzielten Einkommens beschränken, sondern muss darüber hinaus die Frage beantworten, wie sich die Situation ohne das schädigende Ereignis in Zukunft entwickelt hätte (BGer 4A_599/2018 vom 26. September 2019 E. 3.1).

Nach der Bundesgerichtsrechtsprechung ist der Erwerbsausfallschaden so weit wie möglich konkret zu berechnen (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 363; BGer 4A_437/2017 vom 14. Juni 2018 E. 4.1). Eine abstrakte Beeinträchtigung der Arbeitsunfähigkeit ist somit nicht ersatzfähig, solange sie sich vermögensmässig nicht auswirkt (FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., N 1555). Arbeitslose erleiden mit anderen Worten grundsätzlich keinen Erwerbsausfallschaden. Von der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ist bei Arbeitslosen nach allgemeinen Beweisgrundsätzen erst auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen. Zumindest bei älteren Arbeitslosen ist nicht generell mit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zu rechnen. Vielmehr ist aufgrund der konkreten Gegebenheiten zu beurteilen, ob und wann der Geschädigte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wieder eine Anstellung gefunden hätte (vgl. zum Ganzen KOTTMANN, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung oder Tötung, Diss. Bern 2012, N 224; SUTER, Künftiger Erwerbsausfallschaden

– Krux oder Herausforderung, in: Weber/Schmid [Hrsg.], Personen-Schaden-Forum 2020, S. 53 ff., 57; vgl. auch BGE 141 III 241 E. 3.2.3 S. 244). Als Beispiele aus der Praxis seien folgende Fälle genannt (vgl. KOTTMANN, a. a. O., N 225–227):

- Das Waadtländer Kantonsgericht verweigerte einer im Unfallzeitpunkt nicht erwerbstätigen Frau Schadenersatz für einen angeblichen Erwerbsausfall. Die Frau hatte während 13 Monaten Arbeitslosengeld bezogen und war dann nach Italien gezogen. Als sie in die Schweiz zurückkehrte, gab sie der Einwohnerkontrolle nicht an, dass sie die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beabsichtige, und bezog auch kein Arbeitslosengeld. Im Gerichtsverfahren legte sie keine Anhaltspunkte dar, wonach sie auf der Suche nach einer Stelle wäre. Die Frau hatte lediglich beim Lehrabschluss ihrem Lehrmeister gesagt, sie wolle einen eigenen Coiffeursalon eröffnen, ohne in der Folge etwas in diese Richtung zu unternehmen. Das Waadtländer Kantonsgericht hielt fest, der behauptete Erwerbsausfall sei rein hypothetisch und rechtfertige keine Entschädigung (Entscheid des Tribunal cantonal VD vom 27. Juni 1996 E. 5 [SG 1996 Nr. 1278]).
- Das Handelsgericht Zürich beurteilte den Fall eines Manns, der im Unfallzeitpunkt seit 1 ½ Jahren arbeitslos war. Der Mann behauptete, ohne Unfall hätte ihn sein früherer Arbeitgeber wieder angestellt. Diese Behauptung wurde von der Gegenpartei nicht bestritten. Trotzdem hielt das Handelsgericht Zürich fest, nach der allgemeinen Lebenserfahrung erscheine eine Rückkehr zum früheren Arbeitgeber als wenig wahrscheinlich, dies unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Mann vom Arbeitgeber aus Strukturgründen entlassen worden und rund 1 ½ Jahre arbeitslos gewesen sei (Entscheid des Handelsgerichts ZH vom 6. Juli 2007 E. 4 h) [ZR 2008 Nr. 14]).
- Das Bundesgericht beurteilte den Fall eines Manns, der einige Wochen vor dem Unfall im Dezember 2002 von einem fast einjährigen Brasilienaufenthalt zurückgekehrt war und seither keine Arbeit gesucht hatte. Vor dem Auslandsaufenthalt hatte er bei einer Bank gearbeitet und rund CHF 130'000.– pro Jahr verdient. Aufgrund der Berufslaufbahn vor dem Auslandsaufenthalt sah es das Bundesgericht als höchstwahrscheinlich an, dass der Mann nicht ohne Arbeit geblieben wäre. Die Vorinstanz hatte aufgrund der nachgewiesenen, wenig günstigen Konjunktur im Genfer Bankensektor und der langen freiwilligen Absenz auf dem Arbeitsmarkt angenommen, dass der Mann nicht vor August 2004 eine Stelle im Bankensektor gefunden hätte. Diese Annahme erachtete das Bundesgericht als nicht willkürlich (BGer 4A_169/2010 vom 23. August 2010 E. 2.2 und 4.3.2).

3.2 Nach Art. 42 Abs. 1 OR ist der Schaden so konkret wie möglich zu beweisen. Art. 42 Abs. 2 OR sieht für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden eine Beweiserleichterung vor, was voraussetzt, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, erlaubt Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forde-

rungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben. Die Substantiierungspflicht gilt unvermindert auch für den Fall, in dem zwar die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher ist. Liefert der Geschädigte nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die Beweiserleichterung kommt nicht zum Zug (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 155 E. 2.3 S. 159 f.; BGer 4A_137/2019 vom 26. September 2019 E. 5.1; vgl. auch SUTER, a. a. O., S. 65–67).

4. Beweis des Valideneinkommens im vorliegenden Fall

4.1 Das Zivilgericht legte in seiner Entscheidung zunächst dar, dass das Spital in seinen Rechtsschriften bestritten habe, dass der Patient vor dem fraglichen Eingriff vom 6. März 2017 voll erwerbsfähig gewesen sei, und dass der Patient sich dazu nicht geäußert habe (Zivilgerichtsentscheid, E. 6.2 bis 6.6). Sodann wecke der im Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 enthaltene Vermerk, dass der Patient seit August 2016 ununterbrochen und in erheblichem Ausmass arbeitsunfähig sei, erhebliche Zweifel an seiner vollständigen Erwerbsfähigkeit vor dem Eingriff vom 6. März 2017 (E. 6.7.1). Schliesslich habe der Patient trotz dieser Zweifel nicht erklärt, ob er sich nach der im November 2016 erhaltenen Kündigung um Arbeit bemüht habe, weshalb er dies gegebenenfalls nicht getan habe oder weshalb allfällige Bemühungen erfolglos geblieben seien. Die diesbezüglichen – pauschalen – Vorbringen des Patienten liessen den Schluss nicht zu, dass er im Zeitpunkt des Eingriffs im März 2017 voll erwerbsfähig gewesen wäre (E. 6.7.4). Auch in seiner Berufung äussert sich der Patient nicht zu diesem Punkt. Es bleibt also festzuhalten, dass er sowohl im Verfahren vor Zivilgericht als auch im Berufungsverfahren Angaben unterlässt, die es zumindest nahelegen würden, dass er vor dem Eingriff vom 6. März 2017 voll erwerbsfähig beziehungsweise auf Arbeitssuche war. In diesem zentralen Punkt fehlt es an einer konkreten Gegenargumentation des Patienten. Dagegen äussert sich der Patient in seiner Berufung zur Beweiskraft verschiedener Dokumente zum Nachweis seines Valideneinkommens (vgl. nachfolgend E. 4.2 bis 4.4), und kritisiert, dass das Zivilgericht kein medizinisches Gutachten zur Frage der Erwerbsunfähigkeit angeordnet habe (E.4.5).

4.2

4.2.1 Der Patient kritisiert erstens die Erwägungen des Zivilgerichts zur Beweiskraft der beiden Vorbescheide der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 und vom 20. Dezember 2020. Es sei nicht einzusehen, wieso Erkenntnisse zum Valideneinkommen, die im Rahmen eines Sozialversicherungsverfahrens gewonnen würden, nicht in einem privatrechtlichen Gerichtsverfahren verwendet werden könnten. Das Zivilgericht hätte die Erkenntnisse aus diesen Vorbescheiden – namentlich auch zum Valideneinkom-

men von CHF 72'290.– – nicht ignorieren dürfen, zumal das Spital das Valideneinkommen nicht bestritten habe (mit Verweis auf Klageantwort, S. 8). Der Vorbescheid vom 20. Dezember 2020 sei sodann nicht verspätet eingereicht worden. Noven müssten nicht zwingend innert 10 Tagen, sondern könnten auch noch an der Hauptverhandlung eingereicht werden (Berufung, Rz 13, 15 und 16).

4.2.2 Es ist zunächst richtig, dass der Patient in seiner Klagebegründung ein Valideneinkommen von CHF 72'290.– behauptet hatte, dies unter Verweis auf den Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 (Klage, Rz 13). Ebenso richtig ist, dass das Spital dies in seiner Klageantwort an der vom Patienten bezeichneten Stelle nicht substantiiert bestritten hatte (Klageantwort, S. 8 unten). Allerdings hatte das Spital an anderer Stelle klar in Abrede gestellt, dass der Patient vor der Behandlung im März 2017 beschwerdefrei, voll arbeitsfähig und voll erwerbsfähig gewesen sei; namentlich hatte es den geltend gemachten Erwerbsausfall vorsorglich bestritten (Klageantwort, S. 7–9; vgl. dazu Berufungsantwort, S. 10). Mit anderen Worten: Entgegen der Behauptung des Patienten hatte das Spital das vom Patienten behauptete Valideneinkommen von CHF 72'290.– hinreichend klar bestritten.

Sodann ist es entgegen der Auffassung des Patienten auch richtig, dass das Zivilgericht nicht unbesehen auf das im Vorbescheid vom 5. Dezember 2018 (und auch im Vorbescheid vom 20. Dezember 2020) festgestellte Valideneinkommen von CHF 72'290.– abstellte: Bereits aufgrund der seit August 2016 bestehenden erheblichen Arbeitsunfähigkeit und der «Erklärungslücke» des Patienten bezüglich seiner fehlenden Arbeitsbemühungen zwischen November 2016 und dem fraglichen Eingriff vom 6. März 2017 bestanden erhebliche Zweifel, dass der Patient dieses Valideneinkommen auch im März 2017 wahrscheinlich erzielt hätte.

Offen gelassen werden kann schliesslich die Frage, ob der Patient den aktualisierten Vorbescheid der IV-Stelle vom 20. Dezember 2020 rechtzeitig vor Zivilgericht eingereicht hatte. Das Zivilgericht erachtete die Einreichung des aktualisierten Vorbescheids vom 20. Dezember 2020 nämlich auch aus zwei weiteren Gründen als unbehelflich, nämlich wegen des Fehlens eines formgerechten Beweisantrags und wegen des Inhalts des aktualisierten Vorbescheids (Zivilgerichtsentscheid, E. 6.7.5). Mit diesen beiden Gründen setzt sich der Patient in seiner Berufung nicht konkret auseinander (vgl. Berufung, Rz 16). Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, nicht konkret gerügte Punkte des angefochtenen Entscheids zu prüfen.

4.2.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht die beiden Vorbescheide der IV-Stelle korrekt würdigte und zu Recht nicht unbesehen auf das darin vermerkte Valideneinkommen von CHF 72'290.– abstellte.

4.3

4.3.1 Zweitens kritisiert der Patient die zivilgerichtliche Einschätzung des Schreibens seiner ehemaligen Arbeitgeberin vom 14. April 2020. Entgegen der Einschätzung des Zivilgerichts handle es sich nicht um ein «Gefälligkeitsschreiben». Es bestünden keinerlei Anhaltspunkte, dass vorbestehende gesundheitliche Probleme des Patienten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im November 2016 geführt hätten. Das Zivilgericht folge hier unzulässigerweise einer vom Spital geäusserten Vermutung, die keine Stütze im Schreiben der Arbeitgeberin vom 14. April 2020 und der Kündigung vom 15. November 2016 finde. Zudem habe das Spital das mit der Replik eingereichte Schreiben der Arbeitgeberin vom 14. April 2020 in der Duplik gar nicht bestritten, weshalb es dem Zivilgericht verwehrt gewesen sei, den Beweiswert des Schreibens in Frage zu stellen (Berufung, Rz 18 und 19).

4.3.2 Die ehemalige Arbeitgeberin verfasste das Schreiben vom 14. April 2020 im Rahmen des Zivilgerichtsverfahrens auf Bitte des Patienten hin. Darin hält sie Folgendes fest: «Gerne bestätigen wir, dass wir Herrn A., geboren am 15.04.1966, aus Italien, ohne seinen gesundheitlichen Problemen und der momentanen Wirtschaftlichen Lage, sicherlich weiterhin über unsere Unternehmung beschäftigt würden. Wir hoffen mit diesen Angaben gedient zu haben» (Replikbeilage 4). In der Replik hatte der Patient dazu ausgeführt, dass seine damalige Arbeitgeberin damit bestätige, dass er ohne die gesundheitlichen Probleme auch weiterhin dort arbeiten könnte (Replik, Rz 25). Das Zivilgericht führte aus, dass dieses «rund dreieinhalb Jahre nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses» datierende Schreiben nicht dazu taue, das hypothetische Valideneinkommen des Patienten («insbesondere ab März 2017») nachzuweisen. Zudem schaffe es keine Klarheit in Bezug auf die im Raum stehende Vermutung, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis im November 2016 wegen vorbestehender gesundheitlicher Probleme des Patienten aufgelöst habe (Zivilgerichtsentscheid, E. 6.7.2). Aus diesen beiden Gründen (grosser zeitlicher Abstand und Fehlen von Angaben zum damaligen Gesundheitszustand) taxierte das Zivilgericht dieses Schreiben als «Gefälligkeitsschreiben» und sprach ihm keine genügenden Beweiswert zu für die Bestimmung des Valideneinkommens.

Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden: Das Schreiben der Arbeitgeberin vom 14. April 2020 schweigt sich zum Gesundheitszustand des Patienten im Zeitraum vor der am 15. November 2016 ausgesprochenen Kündigung aus. Es hält nur fest, dass der Patient ohne gesundheitliche Probleme weiterhin bei ihr beschäftigt wäre. Die vorliegend interessierende Frage, ob gesundheitliche Probleme bereits während des Arbeitsverhältnisses bestanden oder nicht, lässt das Schreiben offen. Eine Aussage dazu wäre umso mehr angezeigt gewesen, als eine im Kündigungszeitpunkt bestehende Arbeitsunfähigkeit nicht auf einer blossen Vermutung des Spitals gründet, sondern im Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 explizit festgestellt wurde (vgl. oben E. 3.1). Unter diesen Umständen stellte das Zivilgericht zu Recht

fest, dass das Schreiben für die Bestimmung des Valideneinkommens nicht beweistauglich sei.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass das Schreiben der Arbeitgeberin vom 14. April 2020 auch dann unbehelflich wäre, wenn es sich nicht um ein Gefälligkeitsschreiben handelte und die ehemalige Arbeitgeberin – im Einklang mit der Auffassung des Patienten (vgl. Replik, Rz 25) – damit bestätigte, dass der Patient ohne seine gesundheitlichen Probleme auch weiterhin dort arbeiten könnte. Die Möglichkeit, bei einer Arbeitgeberin zu arbeiten, sagt nichts darüber aus, ob der Patient im vorliegenden Fall eine solche Möglichkeit auch angenommen beziehungsweise eine solche Möglichkeit überhaupt gesucht hätte. Wie in E. 3.1 dargelegt wurde, ist bei Arbeitslosen von der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit erst dann auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen. Wie in E. 4.1 ausgeführt wurde, brachte und bringt der Patient im vorliegenden Fall solche Anhaltspunkte nicht vor.

4.3.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht das Schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin korrekt würdigte und dass selbst bei einer Würdigung des Schreibens im vom Patienten gewünschten Sinn dieses eine Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Patienten und damit einen Erwerbsausfall nicht nahelegt.

4.4

4.4.1 Drittens kritisiert der Patient, das Zivilgericht habe es unterlassen, das Valideneinkommen zu schätzen. Aufgrund von Art. 42 Abs. 2 OR hätte es eine eigene rechtliche Würdigung oder Schätzung des Valideneinkommens vornehmen müssen. Zumindest hätten die eingereichten Lohnabrechnungen und damit ein Valideneinkommen von mindestens CHF 41'724.– berücksichtigt werden müssen. Dem zivilgerichtlichen Einwand, wonach die Lohnabrechnungen nicht zuordenbar seien und es an einer entsprechenden Parteibehauptung fehle, sei nicht zu folgen, da die Lohnabrechnungen in Bezug auf den in der Klage (Rz 10) geltend gemachten Erwerbsausfall von CHF 57'890.– eingereicht worden seien und den Lohnabrechnungen ohne Weiteres das in den Monaten August 2016 (richtig wohl: August 2015) bis Dezember 2016 erzielte Einkommen entnommen werden könne (Berufung, Rz 14).

4.4.2 Das Zivilgericht hielt in diesem Punkt fest, dass die diversen Lohnabrechnungen, die der Patient als Sammelbeilage eingereicht habe, nicht hinreichend beweiskräftig seien. Zudem fehle es diesbezüglich auch an hinreichend substantiierten Behauptungen. Der blosser Verweis auf Beilagen genüge in aller Regel nicht, liege es doch nicht am Gericht und der Gegenpartei, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zugunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lasse. Ein Verweis auf die Beilagen genüge nur dann, wenn die nötigen Informationen in den Beilagen eindeutig und vollständig enthalten seien, nicht zusammengesucht werden müssten und auch kein Interpretationsspielraum bestehe (mit Verweis auf BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 und 2.2.2). Der Patient genüge diesen An-

forderungen nicht: Insbesondere werde aus den eingereichten Lohnabrechnungen nicht restlos klar, ob seine Anstellung einem Vollzeitpensum entsprochen habe. Eine cursorische Durchsicht der Lohnabrechnungen lege vielmehr nahe, dass die geleisteten Arbeitsstunden und das Einkommen des Patienten monatlich stark variiert hätten. In den Rechtsschriften des Patienten fänden sich dazu keine klarstellenden Erläuterungen (Zivilgerichtsentscheid, E. 6.7.3).

In seiner erstinstanzlichen Replik hatte der Patient auf die Lohnabrechnungen August 2015 bis Dezember 2016 verwiesen (Replikbeilage 6) und Folgendes ausgeführt: «In Bezug auf die Bezifferung des Schadens verkennt die Beklagte die Haltung des Klägers: Nicht die Expertise soll den Erwerbsausfall beziffern, sondern diese soll sich zur (verbleibenden und auf die Kniebeschwerden zurückzuführende) Erwerbsunfähigkeit äussern. Anschliessend, d.h. sobald die prozentuale Einschränkung bekannt ist, kann der Kläger sich betragsmässig zur Zusammensetzung des Schadens äussern, einstweilen wird auf Rz. 10 der Klage sowie die Lohnunterlagen verwiesen» (Replik, Rz 25). In der Klage hatte der Patient ausgeführt, dass ihm durch seinen Erwerbsausfall ein Schaden von CHF 57'890.– erwachse, dies unter Verweis auf den Vorbescheid der IV-Stelle vom 5. Dezember 2018 (Klage, Rz 10). Unter diesen Umständen ist die zivilgerichtliche Einschätzung nicht zu beanstanden, dass die erstinstanzlichen Rechtsschriften des Patienten im Zusammenhang mit den eingereichten Lohnabrechnungen keine hinreichend substantiierten Behauptungen enthalten und dass die eingereichten Lohnabrechnungen eindeutig und klar das nunmehr in der Berufung behauptete Valideneinkommen von mindestens CHF 41'724.– enthielten.

Selbst wenn die Rechtsschriften des Patienten in Bezug auf die Lohnabrechnungen hinreichend substantiiert wären, ist es nicht zu beanstanden, dass das Zivilgericht den Erwerbsausfall nicht geschätzt hat. Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt es dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben. Die Substantiierungsobliegenheit gilt unvermindert auch für den Fall, in dem zwar die Existenz eines Schadens, nicht aber dessen Umfang sicher ist. Liefert die geschädigte Person nicht alle im Hinblick auf die Schätzung des Schadens notwendigen Angaben, ist eine der Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR nicht gegeben und die Beweiserleichterung kommt nicht zum Zug (vgl. zum Ganzen oben E. 3.2). Im vorliegenden Fall hatte der Patient im Verfahren vor Zivilgericht nicht alle Umstände substantiiert behauptet, die eine Schätzung des Schadens erlauben würden. Wie oben in E. 4.1 dargelegt wurde, hatte er es namentlich unterlassen darzulegen, ob und welche Arbeitsbemühungen er nach der Kündigung vom 15. November 2016 unternommen hatte oder aus welchen Gründen er von solchen Arbeitsbemühungen abgesehen hatte. Unter diesen Umständen sah sich das Zivilgericht zu Recht nicht in der Lage, eine Schätzung des Erwerbsausfalls vorzunehmen.

4.4.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht zu Recht von einer Schätzung des Valideneinkommens gemäss Art. 42 Abs. 2 OR absah.

4.5 Viertens kritisiert der Patient, dass das Zivilgericht kein Gutachten zur Frage der Erwerbsunfähigkeit eingeholt habe. Er habe vor Zivilgericht beantragt, ein Gutachten zum relevanten Grad der Erwerbsunfähigkeit und damit für die vorliegend relevante Höhe des Schadens einzuholen. Sein Vorgehen sei nicht zu beanstanden: Er könne einzig sein Valideneinkommen nachweisen. Bei der Frage, auf welchen Ursachen seine Erwerbsunfähigkeit beruhe, handle es sich um eine medizinische Frage, die er nicht selbst beantworten könne. Das Zivilgericht habe seinen Beweisantrag zu Unrecht nicht berücksichtigt, dies mit der unzutreffenden Begründung, dass das Valideneinkommen nicht erwiesen sei (Berufung, Rz 17). Wie in E. 4.1 bis 4.4 oben dargelegt wurde, erachtete das Zivilgericht das Valideneinkommen zu Recht als nicht erwiesen (vgl. auch Zivilgerichtsentscheid, E. 6.1 und 6.7). Unter diesen Umständen ist es auch richtig, dass das Zivilgericht davon absah, ein medizinisches Gutachten zur Frage der Erwerbsunfähigkeit einzuholen.

5. Berufungsentscheid und Prozesskosten

5.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht zu Recht das hypothetische Valideneinkommen des Patienten und damit einen Schaden als nicht hinreichend substantiiert behauptet und als nicht nachgewiesen erachtete. Der angefochtene Zivilgerichtsentscheid ist folglich nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Berufung ist abzuweisen.

5.2 Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend sind die Prozesskosten dem unterliegenden Patienten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens richten sich nach den erstinstanzlichen Ansätzen (§ 12 des Reglements über die Gerichtsgebühren [GGR, SG 154.810]). Bei einem Streitwert von CHF 30'000.– beträgt die Grundgebühr zwischen CHF 1'000.– und 3'000.– (§ 5 Abs. 1 GGR). Bei Teilklagen im vereinfachten Verfahren kann die Grundgebühr bis CHF 6'000.– betragen, wenn die Gesamtforderung CHF 30'000.– übersteigt (§ 5 Abs. 2 GGR). Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten auf CHF 3'000.– festzusetzen (vgl. auch Zivilgerichtsentscheid, E. 8.2).

Der Patient bezahlt dem Spital sodann eine Parteientschädigung. Diese berechnet sich im Berufungsverfahren nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren. Das Grundhonorar beträgt in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren und umfasst einen einfachen Schriftenwechsel ohne Hauptverhandlung (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Bei einem Streitwert von CHF 30'000.– beläuft sich das erstinstanzliche Grundhonorar auf CHF 2'000.– bis 3'000.– (§ 5 Abs. 1 HoR). Wie im erstinstanzli-

chen Verfahren ist dieser Rahmen auch im Berufungsverfahren auszuschöpfen (vgl. Zivilgerichtsentscheid, E. 8.3). Demnach beträgt das erstinstanzliche Grundhonorar CHF 3'000.–. Aufgrund des Abzugs von 33 % bis 50 % für das Berufungsverfahren beträgt die Parteientschädigung im vorliegenden Fall CHF 1'800.–. Mehrwertsteuer ist keine geschuldet, da das Spital mehrwertsteuerpflichtig und damit vorsteuerabzugsberechtigt ist, wie das Zivilgericht bereits festgestellt hat (Zivilgerichtsentscheid, E. 8.3). Dies ist vom Spital nicht beanstandet worden.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Dreiergericht):

://: Die Berufung gegen den Entscheid des Zivilgerichts vom 20. Januar 2021 (K1.2019.31) wird abgewiesen.

Der Berufungskläger trägt die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 3'000.– und hat der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 1'800.– für das Berufungsverfahren zu bezahlen.

Mitteilung an:

- Berufungskläger
- Berufungsbeklagte
- Zivilgericht Basel-Stadt

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber



Dr. Alexander Zürcher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Zivilsachen** erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.– bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.