

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.20 vom 29. Januar 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2020.20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2020.20)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.20 du 29 janvier 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.20 del 29 gennaio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Juli 2018 E. 4.2.1 mit Hinweisen).

Der vor Zivilgericht noch anwaltlich vertretene Arbeitnehmer behauptet nicht, dass er die als «Beschwerdebeweisbeilagen» bezeichneten Berufungsbeilagen 1, 2, 5, 6, 8 und 9 im erstinstanzlichen Verfahren eingereicht habe oder diese Urkunden bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte einreichen können. Aus den Akten des Zivilgerichts ist auch nicht ersichtlich, dass der Arbeitnehmer die Berufungsbeilagen 1, 2, 5, 6, 8 und 9 im erstinstanzlichen Verfahren eingereicht hätte. Folglich sind diese als unzulässige Noven zu qualifizieren (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

1.4 Da der Arbeitnehmer den Streitwert im Berufungsverfahren auf über CHF 30'000.■ erhöht hat, stellt sich die Frage, ob der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz auch im Berufungsverfahren gilt. In den nicht von Art. 243 Abs. 2 ZPO erfassten übrigen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.■ stellt das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Massgebend ist der Streitwert im Zeitpunkt der Einreichung der Klage beim erstinstanzlichen Gericht (vgl. Hauck, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 243 N 17; Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar, 7. Auflage, 2020, Einl. vor Art. 319 ff. OR N 60). Veränderungen im Lauf des erstinstanzlichen Verfahrens durch Reduktion oder teilweise Anerkennung des Rechtsbegehrens sind unbeachtlich (Hauck, a.a.O., Art. 243 N 17; Portmann/Rudolph, a.a.O., Einl. vor Art. 319 ff. OR N 60). Das Gleiche gilt für die nur auf einen Teilbetrag unter CHF 30'000.■ beschränkte Einlegung eines Rechtsmittels (Hauck, a.a.O., Art. 243 N 17). Bei einer späteren Erhöhung des Streitwerts auf über CHF 30'000.■ ist Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO aber nicht mehr anwendbar und gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz folglich nicht mehr (vgl. Staehelin, a.a.O., Art. 343 aOR N 23; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 343 aOR N 6). Dies kann allerdings nur für zulässige Klageänderungen gelten (vgl. Staehelin, a.a.O., Art. 343 aOR N 23). Der für die Anwendung von Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO massgebende Streitwert bestimmt sich nach Art. 91 ZPO (vgl. Hauck, a.a.O., Art. 243 N 10; Killias, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 243 ZPO N 15). Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO werden unter anderem die Kosten des laufenden Verfahrens nicht zum Streitwert hinzugerechnet. Vorprozessuale Anwaltskosten gehören zu den gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO bei der Streitwertermittlung nicht zu berücksichtigenden Kosten des laufenden Verfahrens, soweit sie Gegenstand der Parteientschädigung gemäss Art. 95 ZPO bilden (vgl. Stein-Wigger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 91 N 34). Die Parteientschädigung umfasst höchstens Aufwendungen, die unmittelbar mit der

Vorbereitung und Durchführung des Prozesses in Zusammenhang stehen (vgl. Rüegg/Rüegg, in: Basler Kommentar, 3. Auflage, 2017, Art. 95 ZPO N 20; Sterchi, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 95 ZPO N 13; Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 95 N 38). Ob vorprozessuale Vergleichsverhandlungen dazugehören, ist umstritten (dafür Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 95 N 38; dagegen Rüegg/Rüegg, a.a.O., Art. 95 ZPO N 20). Soweit vorprozessuale Anwaltskosten nicht nach Prozessrecht abgegolten, sondern als Schadensposten geltend gemacht werden, sind sie streitwertrelevant (Stein-Wigger, a.a.O., Art. 91 N 34); vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 91 ZPO N 9).

Mit seiner Klage vom 16. Juli 2018 beantragte der Arbeitnehmer, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihm CHF 30'000.■ zuzüglich Zins zu 5 % zu bezahlen. Dabei handle es sich um einen Anteil der Schadenersatzforderung des Arbeitnehmers für verjährte Krankentaggelder. In der Begründung der Klage machte der Arbeitnehmer zwar geltend, die Arbeitgeberin schulde ihm zudem gemäss Art. 103 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) Schadenersatz für vorprozessuale Anwaltskosten im Umfang von CHF 3'729.60 zuzüglich Zins zu

## **E. 5**

% seit dem 10. Januar 2018 als Verspätungsschaden (Klage Ziff. 42 ff.). Diese Schadenersatzforderung wurde mit der Klage aber nicht eingeklagt, sondern bloss vorbehalten (vgl. Klageantrag 2). Mit seiner Berufung beantragt der Arbeitnehmer, die Arbeitgeberin habe ihm zusätzlich zur eingeklagten Summe von CHF 30'000.■ die vorprozessualen Anwaltskosten von CHF 3'729.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 10. Januar 2018 zu bezahlen. Der Arbeitnehmer behauptet nicht, dass die eingeklagten vorprozessualen Anwaltskosten unmittelbar mit der Vorbereitung und Durchführung des vorliegenden Prozesses in Zusammenhang gestanden hätten. In der Klage qualifizierte er sie vielmehr ausdrücklich als Schadensposten. Folglich sind die vorprozessualen Anwaltskosten bei der Streitwertermittlung zu berücksichtigen und stellt der Berufungsantrag, mit dem der Arbeitnehmer die vorprozessualen Anwaltskosten einklagt, eine Klageänderung dar. Im Berufungsverfahren ist eine Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind (lit. a) und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht (lit. b). Gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO setzt die Zulässigkeit der Klageänderung voraus, dass der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist wie der bisherige. Folglich ist eine Änderung einer im vereinfachten Verfahren zu beurteilenden Klage, die zu einer Überschreitung der Streitwertgrenze von CHF 30'000.■ führt, unzulässig, weil sie einen Wechsel ins ordentliche Verfahren zur Folge hätte (vgl. Hauck, Art. 243 N 18; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 227 N 15). Wenn die Voraussetzungen der Klageänderung nicht gegeben sind, tritt das Gericht auf die geänderten Teile der Klage nicht ein und beurteilt die ursprüngliche Klage, soweit diese nicht zurückgezogen worden ist (Leuenberger, a.a.O., Art. 227 N 12). Die Klageänderung, mit welcher der Arbeitnehmer die vorprozessualen Anwaltskosten einklagt, ist unzulässig, weil damit die Streitwertgrenze von CHF 30'000.■ überschritten wird und weil sie weder auf einer neuen Tatsache noch auf einem neuen Beweismittel beruht. Auf den Berufungsantrag, die Arbeitgeberin habe die vorprozessualen Anwaltskosten von CHF 3'729.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 10. Januar 2018 zu bezahlen, ist daher nicht einzutreten. Damit ist dieser Antrag auch bei der Ermittlung des

für die Anwendung von Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO massgebenden Streitwerts nicht zu berücksichtigen. Folglich gilt auch im Berufungsverfahren der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz.

1.5 Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO liegt es im Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie eine Verhandlung durchführt oder nicht (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 17). Der Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) setzt einen rechtzeitigen Antrag voraus (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 36). Einem Antrag auf Durchführung einer Parteibefragung oder Zeugeneinvernahme kommt bloss der Charakter eines Beweisantrags, nicht der eines Antrags auf eine öffentliche Verhandlung zu (Sterchi, in: Berner Kommentar, Art. 316 ZPO N 4). Der Arbeitnehmer beantragt, drei Personen seien in einer Verhandlung als sachverständige Zeugen zu befragen und/oder es seien bei ihnen schriftliche Auskünfte einzuholen (Berufung S. 2; vgl. dazu unten E. 3.2.1). Es kann davon ausgegangen werden, dass es sich dabei nicht um einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung, sondern bloss um Beweisanträge handelt und der Arbeitnehmer damit für den Fall der Abweisung seiner Beweisanträge keine Verhandlung beantragt hat. Damit hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Durchführung einer Verhandlung. Ein solcher wäre im vorliegenden Fall aus den nachstehenden Gründen aber auch bei Annahme eines rechtzeitigen Antrags zu verneinen: Wenn eine untere Instanz eine öffentliche Verhandlung durchgeführt hat, ist dem Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK in aller Regel genüge getan, und kann die Rechtsmittelinstanz darauf verzichten, namentlich, wenn sie ohne eigene Beweismassnahmen aufgrund der Akten entscheidet (BGE 141 I 97 E. 5.1 S. 99).

## 2. Entscheid des Zivilgerichts und Vorbringen des Arbeitnehmers

Das Zivilgericht hat im angefochtenen Entscheid festgestellt, dass nicht bewiesen sei, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2011 arbeitsunfähig gewesen sei, und dass eine Arbeitsunfähigkeit frühestens ab dem 17. Januar 2012 bewiesen sei. Somit bestehe kein Raum für Zahlungen der E\_\_\_\_\_ bzw. der Arbeitgeberin aus einer (kollektiven) Nachleistungspflicht gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die E\_\_\_\_\_ [...] Kollektiv-Taggeldversicherung (angefochtener Entscheid E. 9 und 10). Zudem prüfte das Zivilgericht, ob der Arbeitgeberin ■ wie vom Arbeitnehmer behauptet ■ eine Verletzung der Fürsorge- und Informationspflichten zur Krankentaggeldversicherung vorgeworfen werden müsse. Dabei kam es zum Schluss, dass ihr bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2011 weder Arztzeugnisse noch sonstige Hinweise vorgelegen hätten, die sie dazu verpflichtet hätten, den Arbeitnehmer bei der Krankentaggeldversicherung zum Bezug von Leistungen anzumelden, weshalb ihr diesbezüglich keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden könne. Ebenso sei der Arbeitnehmer vor Ablauf der dreimonatigen Übertrittsfrist in Kenntnis der notwendigen Informationen gewesen, um einen rechtzeitigen Übertritt bei der E\_\_\_\_\_ zu beantragen und je nach Offerte auch abzuschliessen. Dass er dies nicht getan habe, habe er sich selber zuzuschreiben (angefochtener Entscheid E. 11).

Der Arbeitnehmer macht in seiner Berufung vom 2. Juni 2020 im Wesentlichen geltend, das Zivilgericht sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, dass eine Arbeitsunfähigkeit frühestens ab dem 17. Januar 2012 bewiesen sei. Vielmehr ergebe sich aus den abgenommenen und beantragten Beweismitteln, dass eine Arbeitsunfähigkeit bereits vor Beendigung des

Arbeitsverhältnisses Ende Dezember 2011 erstellt sei. Folglich habe er aufgrund der von der Arbeitgeberin abgeschlossenen Versicherung bei der E\_\_\_\_\_ Anspruch auf Leistungen der Kollektivkrankentaggeldversicherung. Dieser Anspruch gegenüber der E\_\_\_\_\_ sei jedoch verjährt und damit nicht durchsetzbar. Eine rechtzeitige Geltendmachung dieses Anspruchs habe er versäumt, weil die Arbeitgeberin ihre Informationspflicht ihm gegenüber verletzt habe. Aufgrund dieser Informationspflichtverletzung habe er bis zum 24. November 2016 weder von Art. 87 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG, SG 221.229.1) noch von den Inhalten der entsprechenden allgemeinen Versicherungsbedingungen noch sonstwie von seinen Rechten und Pflichten aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung Kenntnis gehabt. Damit habe die Arbeitgeberin ihre vertragliche Fürsorge- und Informationspflicht verletzt. Daraus ergebe sich einen Schadenersatzanspruch gegenüber der Arbeitgeberin (Berufung, insbesondere Ziff. 85 ff).

### 3. Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit

#### 3.1

3.1.1 Der geltend gemachte Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin setzt voraus, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Leistungen der Kollektivkrankentaggeldversicherung gegenüber der E\_\_\_\_\_ hat, der allerdings zufolge Verjährung nicht mehr durchgesetzt werden kann. Voraussetzung für die Entstehung eines solchen Anspruchs ist, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2011 arbeitsunfähig gewesen ist (vgl. Art. 9.4 der [...] [Klagebeilage 7]; angefochtener Entscheid E. 4, 7 und 9 f.).

Das Zivilgericht kam nach Würdigung der abgenommenen Beweismittel zum Schluss, dass nicht erstellt sei, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2011 arbeitsunfähig gewesen ist. Eine Arbeitsunfähigkeit sei frühestens ab dem 17. Januar 2012 bewiesen (angefochtener Entscheid E. 9 und 10). Der Arbeitnehmer führt in seiner Berufung hingegen wiederholt aus, das Zivilgericht verkenne, dass bereits durch die im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Arztzeugnisse und weiteren Unterlagen seine Arbeitsunfähigkeit seit mindestens 2011 erstellt sei. Er macht dabei geltend, dass das Zivilgericht die eingereichten Beweismittel unzutreffend gewürdigt habe (vgl. insbesondere Berufung S. 4 ff., 10, 24 ff., 28 f., 34 ff., 37, 46 ff., 50 f., 53 f.). Nachfolgend ist somit auf die eingereichten Beweismittel einzugehen.

3.1.2 Privatgutachten gelten im Zivilprozess nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel (BGE 141 III 433 E. 2.5 S. 436 ff., 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29, 140 III 16 E. 2.5 S. 23). Das gleiche gilt für Arztzeugnisse (vgl. BGer 5A\_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.4). Die Beurteilung durch einen Arzt ist für das Gericht nicht verbindlich. Vielmehr ist der Beweiswert eines Arztzeugnisses im Rahmen der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) zu ermitteln (BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27; BGer 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.2). Hinsichtlich des Beweiswerts eines Arztzeugnisses ist nach der Rechtsprechung entscheidend, ob dieses für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist und in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge sowie der medizinischen Situation einleuchtet. Ausserdem ist zu berücksichtigen, ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGer 5A\_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.4 mit Verweis

auf BGE 134 V 231 E. 5.1; 125 V 351 E. 3a). Massgebend sind dementsprechend insbesondere der Grad der Vollständigkeit, der Fachbereich des Arztes oder der Ärztin, die Breite der Abklärungen, der Aussagegehalt (z.B.: Arbeitsunfähigkeit für welche Tätigkeiten?), die verwendeten ärztlichen Unterlagen (Anamnese), die Begründung des Befunds und dessen allfällige Rückwirkung (ex post-Befund) (Leu: in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 157 N 25). So haben etwa ärztliche Berichte, welche ohne Erklärung einzig festhalten, dass eine Arbeitsunfähigkeit bestehe, offensichtlich keinen hohen Beweiswert (BGer 5A\_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.4). Sodann ist bei der Würdigung eines Arztzeugnisses oder eines medizinischen Gutachtens insbesondere zu unterscheiden zwischen dem, was der Arzt oder die Ärztin aufgrund eigener Feststellungen beurteilen kann und Schlüssen, welche sich auf Angaben seines Patienten stützen (vgl. BGer I 718/04 vom 27. März 2006 E. 4.3; VerwGer AG vom 20. September 1983, in: AGVE 1983 S. 152). In diesem Sinn werden rückwirkende Arztzeugnisse in der Lehre und Rechtsprechung als problematisch bezeichnet, insbesondere, wenn die Rückwirkungsdauer eine Woche oder wenige Wochen überschreitet (vgl. OGer ZH LY170024 vom 10. November 2017 E. III.4.4.4.c; Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010 S. 167 ff., 172; Meyer, Arztzeugnisse im Fokus der Praxis, in: ST 5/15 S. 359 ff., 361).

3.1.3 Im Arztbericht vom 10. März 2015 (Klagebeilage 24) gab F\_\_\_\_\_ an, dass der Arbeitnehmer seit dem 1. Januar 2012 100 % arbeitsunfähig gewesen sei. Diese Feststellung, wonach der Arbeitnehmer (bereits) ab dem 1. Januar 2012 arbeitsunfähig gewesen sei, wird allerdings erheblich dadurch relativiert, dass F\_\_\_\_\_ den Arbeitnehmer erst seit dem 13. November 2014, also beinahe drei Jahre später, behandelt hat. Damit kann er aufgrund eigener Feststellungen keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit in den Jahren 2011 und 2012 machen. In Bezug auf das Schreiben von F\_\_\_\_\_ vom 30. November 2016 ergibt sich aufgrund der Akten, dass der Arbeitnehmer im erstinstanzlichen Verfahren als Klagebeilage 26 nur die erste Seite dieses Schreibens eingereicht hat. Dieser können keine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit im Dezember 2011 entnommen werden. Im Berufungsverfahren reicht der Arbeitnehmer neben den nummerierten Berufungsbeilagen zudem die Klage vom 16. Juli 2018 samt Beilagen ein, wobei als Klagebeilage 26 nun alle drei Seiten dieses Schreibens beigelegt sind. Es ist folglich davon auszugehen, dass es sich bei der zweiten und dritten Seite um unzulässige Noven handelt (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO, vgl. oben E. 1.3). Auch bei Berücksichtigung des gesamten Schreibens wäre eine Arbeitsunfähigkeit im Dezember 2011 aber nicht bewiesen. Im Schreiben vom 30. November 2016 behauptet F\_\_\_\_\_ lediglich, rückblickend lasse sich «wohl sagen, dass Sie im Laufe des Herbstes 2011 korrekterweise hätten krank geschrieben werden müssen». Selbst gemäss der Darstellung von F\_\_\_\_\_ wäre damit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Arbeitnehmer bereits Ende 2011 arbeitsunfähig gewesen ist. Zudem erweckt insbesondere der zweitletzte Absatz auf S. 3 des Schreibens («Ich unterstütze deshalb Ihr Anliegen, dass Ihre damalige Gesundheitssituation im Herbst 2011 aus heutiger Sicht neu beurteilt wird») Zweifel an der Objektivität von F\_\_\_\_\_ und ist nicht auszuschliessen, dass es sich beim Schreiben vom 30. November 2016 um eine Gefälligkeit handeln könnte.

Im Arztbericht vom 28. Juni 2013 (Klagebeilage 25) stellte G\_\_\_\_\_ fest, der Arbeitnehmer sei seit 2011 für körperliche Tätigkeiten 100 % arbeitsunfähig. Es fehlen jedoch sowohl nähere Angaben dazu, seit wann im Jahr 2011 der Arbeitnehmer arbeitsunfähig gewesen

sein soll, als auch jegliche Begründung dafür, weshalb die Arbeitsunfähigkeit seit 2011 bestanden haben soll. Zudem ist zu berücksichtigen, dass G\_\_\_\_\_ den Arbeitnehmer erst seit dem 22. Januar 2013 behandelt hat. Damit kann auch sie aufgrund eigener Feststellungen keine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit in den Jahren 2011 und 2012 machen. Unter diesen Umständen ist der Arztbericht vom 28. Juni 2013 nicht geeignet, zu beweisen, dass der Arbeitnehmer entgegen den Angaben in diversen anderen Dokumenten im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2011 arbeitsunfähig gewesen ist.

Mit Schreiben vom 3. November 2016 (Klagebeilage 10) sandte H\_\_\_\_\_ F\_\_\_\_\_ die gewünschten Informationen zu den Abklärungsgesprächen, die zwischen dem 28. August und dem

## **E. 6**

Dezember 2011 stattgefunden hätten. Das Schreiben enthält Angaben zu Diagnosen und Symptomen sowie die Feststellung, der Arbeitnehmer habe Mühe gehabt, aufzustehen und aus der Wohnung zu gehen, um seiner Arbeit nachzukommen. Dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig gewesen wäre, kann dem Schreiben jedoch nicht entnommen werden. Wie das Zivilgericht zu Recht ausführt (vgl. angefochtener Entscheid E.9) bedeuten psychische Probleme oder Krankheiten keineswegs notwendigerweise, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist.

Gemäss dem ärztlichen Zeugnis der psychiatrischen Poliklinik des Universitätsspitals Basel vom 23. Januar 2012 (Klageantwortbeilage 6) war der Arbeitnehmer seit dem 17. Januar 2012 wegen Krankheit 100 % arbeitsunfähig. In diesem Zeugnis wird zwar bemerkt, die Probleme hätten wahrscheinlich schon seit Anfang des Monats bestanden. Die Probleme können aber nicht mit der Arbeitsunfähigkeit gleichgesetzt werden. Zudem wird mit der Bemerkung ausdrücklich nur eine ungesicherte Annahme zum Ausdruck gebracht. Ungesicherte Annahmen über den Gesundheitszustand und die Arbeitsunfähigkeit genügen selbst dem sozialversicherungsrechtlichen Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht (vgl. BGer 9C\_79/2017 vom 21. April 2017 E. 3). Schliesslich weist das Zivilgericht zu Recht darauf hin, dass auf dem Formular ■Angaben der versicherten Person für den Monat Januar 2012■ zu Händen der Arbeitslosenkasse der Arbeitnehmer in Übereinstimmung mit dem ärztlichen Zeugnis des Universitätsspitals sogar selber angab, dass er im Januar 2012 ab dem 17. Januar arbeitsunfähig gewesen sei (angefochtener Entscheid E. 10).

Alle übrigen vom Arbeitnehmer vorgelegten Dokumente sprechen für eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers frühestens ab dem 1. Januar 2012, soweit sich darin überhaupt Informationen zur Frage der Arbeitsunfähigkeit Ende 2011 oder Anfang 2012 finden (vgl. angefochtener Entscheid E. 10).

3.1.4 Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Zivilgericht im Rahmen der Würdigung sämtlicher vom Arbeitnehmer vorgelegter Arztzeugnisse und medizinischer Berichte zu Recht zum Schluss gelangt ist, dass nicht bewiesen ist, dass der Arbeitnehmer am 31. Dezember 2011 arbeitsunfähig gewesen ist, und dass eine Arbeitsunfähigkeit frühestens ab dem 17. Januar 2012 bewiesen ist (vgl. angefochtener Entscheid E. 9 f.). Dabei berücksichtigte es neben den eingereichten Arztzeugnissen und medizinischen Berichten auch die Zeugenaussagen sowie den Umstand, dass der Arbeitnehmer ■ trotz der von ihm behaupteten gesundheitlichen Problemen am Ende des Arbeitsverhältnisses ■ in seiner Kündigung vom 19. Dezember 2011 mit keinem Wort erwähnte, dass er arbeitsunfähig sei

(Klagebeilage 5; angefochtener Entscheid E. 10 S. 10). Die Beweiswürdigung des Zivilgerichts in Bezug auf den Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit ist somit nicht zu beanstanden.

3.2.3 Vorliegend ist nicht ersichtlich, welche rechtserheblichen Angaben F\_\_\_\_ in einer Einvernahme oder schriftlichen Auskunft machen könnte, die über seine bisherigen schriftlichen Angaben insbesondere im Schreiben vom 30. November 2016 (vgl. dazu oben E. 3.1.2) hinausgehenden. Desgleichen ist nicht ersichtlich, welche über ihre bisherigen schriftlichen Angaben namentlich im Bericht vom 28. Juni 2013 (vgl. dazu oben E. 3.1.3) hinausgehenden rechtserheblichen Angaben G\_\_\_\_ in einer Einvernahme oder schriftlichen Auskunft machen könnte. Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass G\_\_\_\_ unter den gegebenen Umständen noch beweistaugliche genauere Angaben zum Beginn der Arbeitsunfähigkeit machen könnte. Das Zivilgericht durfte somit davon ausgehen, dass seine aufgrund der zahlreichen bereits abgenommenen Beweismittel gebildete Überzeugung, wonach eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Ende Dezember 2011 nicht erstellt ist, durch die Einvernahme von F\_\_\_\_ und G\_\_\_\_ als sachverständige Zeugen oder schriftliche Auskünfte dieser Personen nicht geändert würde. Zudem ist davon anzunehmen, dass die Überzeugung, die sich das Appellationsgericht aufgrund der vorhandenen Akten gebildet hat, durch die Abnahme der beantragten Beweismittel nicht geändert würde. Damit hat das Zivilgericht die beantragten Beweismittel in antizipierter Beweiswürdigung zu Recht nicht erhoben und sind diese auch im Berufungsverfahren nicht abzunehmen.

Wie bereits erwähnt macht der Arbeitnehmer in der Berufung sodann geltend, das Zivilgericht hätte als Beweismittel für seine Arbeitsunfähigkeit im Dezember 2011 auch H\_\_\_\_ als sachverständige Zeugin einvernehmen oder eine schriftliche Auskunft von ihr einholen müssen (vgl. Berufung Ziff. 183 und 185). Zudem beantragt er die Abnahme dieser Beweismittel im Berufungsverfahren (Berufung S. 2). An einer in seiner Berufung genannten Stelle seiner Klage (Klage Ziff. 18) beantragte der Arbeitnehmer zwar die Einvernahme von H\_\_\_\_ als sachverständige Zeugin für seinen Gesundheitszustand. Diesbezüglich ist aber nicht ersichtlich, welche über ihre bisherigen schriftlichen Angaben hinausgehenden rechtserheblichen Angaben sie machen könnte. Eine Arbeitsunfähigkeit behauptete der Arbeitnehmer an der betreffenden Stelle seiner Klage nicht (vgl. Klage Ziff. 18). Damit ist davon auszugehen, dass der vor Zivilgericht anwaltlich vertretene Arbeitnehmer H\_\_\_\_ im erstinstanzlichen Verfahren nicht als sachverständige Zeugin für seine Arbeitsunfähigkeit angerufen hat. Die Einholung einer schriftlichen Auskunft bei H\_\_\_\_ beantragte der Arbeitnehmer an keiner der in seiner Berufung genannten Stellen seiner Klage (vgl. Klage Ziff. 18 und 34). Damit ist anzunehmen, dass er eine solche im erstinstanzlichen Verfahren nicht beantragt hat. Folglich handelt es sich beim Beweisantrag auf Einvernahme von H\_\_\_\_ als sachverständige Zeugin für die Arbeitsunfähigkeit und beim Beweisantrag auf Einholung einer schriftlichen Auskunft dieser Person um unzulässige Noven (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Übrigen besteht für die Abnahme dieser Beweismittel auch in der Sache kein Anlass: Eine Zeugenaussage oder schriftliche Auskunft von H\_\_\_\_ wäre unter Mitberücksichtigung des Umstands, dass sie Psychologin und nicht Ärztin ist, sowie der für eine erst im Jahr 2012 eingetretene Arbeitsunfähigkeit sprechenden Beweismittel und Indizien nicht geeignet, eine Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2011 zu beweisen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass gemäss dem ausführlichen psychiatrischen Gutachten von I\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und

Psychotherapie, aus psychiatrischer Sicht in den bisherigen Tätigkeiten als Hilfsarbeiter (erst) seit Januar 2012 eine Arbeitsunfähigkeit von 70 % bestanden hat (Klagebeilage 22 S. 18).

#### 5. Unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren

Der Arbeitnehmer macht in seiner Berufung sinngemäss geltend, dass das Zivilgericht sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu Unrecht abgewiesen habe (vgl. Berufung, S. 1).

#### 6. Entscheid und Prozesskosten

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass das Zivilgericht die Klage des Arbeitnehmers vom 16. Juli 2018 zu Recht abgewiesen hat, womit sich auch die Berufung als unbegründet erweist und folglich abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. keine Gerichtskosten erhoben. Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren. Für die Beantwortung der bundesrechtlich durch Art. 114 lit. c ZPO geregelten Frage, ob Gerichtskosten zu erheben sind, ist der Streitwert im Zeitpunkt der Klageeinreichung beim erstinstanzlichen Gericht massgebend. Ein nachträgliches Absinken des Streitwerts unter die Grenze von CHF 30'001. führt nicht zur Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO (AGE ZB.2019.19 vom

### E. 11

Februar 2020 E. 5.1). Dies gilt insbesondere für eine Reduktion des Rechtsbegehrens im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. BGE 115 II 30 E. 5b S. 41 und 100 II 358 S. 359 [beide zu Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR]; Portmann/Rudolph, a.a.O., Einl. vor Art. 319 ff. OR N 60). Bei einer späteren Erhöhung des Streitwerts auf über CHF 30'000. ist Art. 114 lit. c ZPO aber nicht mehr anwendbar und das Verfahren folglich nicht mehr kostenlos (vgl. BGer vom 21. Oktober 1996 E. 4, in: SJ 1997 S. 149, 157 [zu Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR]; OGer ZH vom 17. Dezember 1980 E. 2 in: JAR 1993 S. 290, 291 [zu Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR]; Staehelin, a.a.O., Art. 343 aOR N 23; Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 343 aOR N 6). Dies kann allerdings nur für zulässige Klageänderungen gelten (vgl. Staehelin, a.a.O., Art. 343 aOR N 23). Wenn auf die Klage im die Streitwertgrenze von CHF 30'000. übersteigenden Umfang von vornherein nicht einzutreten ist, weil die Voraussetzungen einer Klageänderung nicht erfüllt sind, besteht auch kein Anlass Erhebung von Gerichtskosten. Die Klageänderung, mit welcher der Arbeitnehmer die vorprozessualen Anwaltskosten einklagt, ist unzulässig. Auf den Berufungsantrag, die Arbeitgeberin habe die vorprozessualen Anwaltskosten von CHF 3'729.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 10. Januar 2018 zu bezahlen, ist daher nicht einzutreten (vgl. oben E. 1.4). Damit ist dieser Antrag auch bei der Ermittlung des für die Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO massgebenden Streitwerts nicht zu berücksichtigen. Folglich ist auch das Berufungsverfahren kostenlos.

Parteientschädigungen sind jedoch auch in den gemäss Art. 114 ZPO kostenlosen Verfahren nach den üblichen Regeln geschuldet. Der Arbeitnehmer hat der Arbeitgeberin somit eine Parteientschädigung zu bezahlen. Da die schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids den Parteien vor dem 1. Januar 2021 versendet worden ist, richtet sich die Bemessung der Parteientschädigung für das vorliegende Berufungsverfahren noch nach der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt (HO;

vgl. § 26 Abs. 2 des Reglements über das Honorar und die Entschädigung der berufsmässigen Vertretung im Gerichtsverfahren [HoR, SG 291.400]). Die Parteienschädigung wird (in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 lit. b Ziff. 8 sowie § 5 Abs. 1 lit. b.bb HO) auf CHF 2'700.■ festgelegt (vgl. ausführlich Verfügung vom 28. Juli 2020 E. 2.4.3).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.