

GR_GERICHTE ZK2 2019 85 vom 11. Januar 2022

GR Gerichte, 2022-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2019_85

FR: GR_GERICHTE ZK2 2019 85 du 11 janvier 2022

IT: GR_GERICHTE ZK2 2019 85 del 11 gennaio 2022

Regeste

Forderung aus Arbeitsrecht | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 1

Prozessuales

E. 1.1

Der Streitwert übersteigt die für die Berufungsfähigkeit der Sache massgeblichen CHF 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist rechtzeitig und enthält sowohl Anträge als auch eine Begründung (Art. 311 ZPO).

E. 1.2

Eine kostenpflichtige arbeitsrechtliche Streitigkeit (Art. 114 lit. c ZPO) wird nach der Praxis des Kantonsgerichts in der Berufung nicht deshalb kostenfrei, weil hier nur noch weniger als CHF 30'000.00 streitig sind. Denn der Streitwert bemisst

E. 1.3

Die Beklagten fechten Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils nicht an, mit welchem sie zur Zahlung von CHF 919.20 zuzüglich Zins verpflichtet worden sind. Die Klägerin ihrerseits lässt die teilweise Abweisung der Klage im Umfang von CHF 22'348.90 (eingeklagt CHF 39'661.75 minus zugesprochen CHF 16'393.65 minus zugesprochen CHF 919.20) nebst Zins unangefochten. In diesen Punkten ist das Urteil der Vorinstanz mit Ablauf der Frist zur Berufungsantwort und Anschlussberufung rechtskräftig geworden. Zu entscheiden ist damit (einzig) über die der Klägerin unter dem Titel Entschädigung für nicht bezogene Ferien-, Frei- und Feiertage zugesprochenen CHF 16'393.65.

E. 1.4

Der frühere Vertreter der Beklagten und heutige Präsident des Kantonsgerichts wirkt in der ordentlichen Besetzung der zweiten Zivilkammer zwar nicht mit. Da er von der Klägerin mit abgelehnt worden war, erklärte er von sich aus den (nach Art. 47 Abs. 1 lit. b ZPO zwingenden) Ausstand. Der Ausstand der übrigen Mitglieder des Kantonsgerichts und der Aktuarinnen und Aktuare wurde abgelehnt (vorstehend, Sachverhalt lit. H). Da der heute mitwirkende Aktuar in jenes Verfahren nicht einbezogen worden war, weil er erst ab Mitte August 2021 für das Kantonsgericht tätig ist, stellte er der Klägerin ein gegen ihn zu stellendes weiteres Ausstandsgesuch anheim; darauf wurde aber verzichtet (act. D.11).

E. 1.5

Wenn das Verfahren – wie hier – in erster Instanz der Partei- und der Dispositionsmaxime unterstand, stellt die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanz-

E. 1.6

In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte.

2. Berufung in der Sache 2.1. Die Klägerin begründete und bezifferte ihre Klage mit einem Nettolohn für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis zum 31. August 2016 und Kinderzulagen für die Monate April 2015 bis und mit August 2016 sowie mit einem Kostgeld für Juli und August 2016 von insgesamt CHF 56'427.00 und einer Entschädigung für nicht bezogene Ferien, Feier- und Freitage von CHF 27'175.75. Davon zog sie die erhal-

E. 4

/ 22 sich – in diesem Zusammenhang – nach der eingeklagten Forderung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist unter der eingeklagten Forderung der vor erster Instanz gestellte Anspruch zu verstehen, das heisst, es ist auf den Streitwert im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abzustellen (BGE 115 II 30 E. 5.6). Ein nachträgliches Absinken des Streitwerts unter die in Art. 114 lit. c ZPO statuierte Grenze führt daher nicht zur Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO (KGer GR ZK2 2012 13 v. 23.9.2013 E. 7a m.w.H.; OGer AG ZVE 2015.54 v. 18.11.2015 E. 6.1 = CAN 2016 Nr. 30; AppGer BS ZB.2020.20 v. 29.1.2021 E. 6; vgl. auch Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7300, wo davon ausgegangen wird, dass Art. 114 ZPO vollumfänglich geltendem Recht entspricht und entsprechend auch die soeben zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung anwendbar ist; a.A. offenbar OGer ZG GVP 2013 S. 203 f. E. 6.1 [allerdings mit unzutreffenden Literaturhinweisen – diese besagen lediglich, dass Art. 114 ZPO auch im Rechtsmittelverfahren gilt, äussern sich aber nicht zur Frage, auf welchen Streitwert im Rechtsmittelverfahren abzustellen ist]). Den Berufungsklägern wurde daher ein Kostenvorschuss im Sinne von Art. 98 ZPO auferlegt.

E. 5

/ 22 lichen Verfahrens dar. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Das hebt den Grundsatz nicht auf, dass die Gerichte und damit auch die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben (Art. 57 ZPO). Einer Partei kann es daher nicht schaden, wenn sie sich auf unzutreffende Gesetzesbestimmungen beruft oder solche gar nicht nennt. Es obliegt ihr aber, den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen (BGE 141 III 576 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die

formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen.

E. 6

/ 22 tenen Zahlungen sowie Kost und Logis (zu CHF 900.00 resp. CHF 990.00) ab und kam so auf den eingeklagten Betrag von CHF 39'661.75 (RG act. I/2 S. 7 Rz. 9). Die Vorinstanz geht im angefochtenen Urteil (entgegen der Bestreitung der Beklagten) von einer Anstellungsdauer vom 1. Januar 2015 bis 31. August 2016 aus. Anders als die Klägerin stuft sie diese als ungelernte hauswirtschaftliche Arbeitnehmerin mit weniger als vier Jahren Praxis ein, was einen deutlich geringeren Stundenansatz zur Folge hat, als ihn die Klägerin ihrer Rechnung zugrunde legte. Für vier verschiedene Phasen des angenommenen Arbeitsverhältnisses errechnet die Vorinstanz einen offenen Anspruch der Klägerin von CHF 7'777.30. Davon zieht es Verrechnungspositionen der Beklagten ab, nämlich für Krankenkasse und eine Zahlung für den Sohn der Klägerin, zusammen CHF 6'858.10. Daraus ergibt sich der gutgeheissene Betrag von CHF 919.20. Vergessen ging dabei vermutlich eine weitere in den Erwägungen genannte Verrechnungsposition für Quellensteuern von CHF 784.70 (angefochtenes Urteil S. 17, 24 und 26). Für nicht bezogene Ferien, Feier- und Freitage einschliesslich eines Zuschlages von 25% und unter nur teilweiser Anerkennung von Kompensationen errechnet die Vorinstanz zudem einen Anspruch der Klägerin von CHF 16'393.65 brutto (angefochtenes Urteil S. 17 ff.). Im Mehrbetrag weist die Vorinstanz die Klage sinngemäss ab. Die Beklagten anerkennen ihre Verpflichtung zum Zahlen von CHF 919.20 nebst Zins, welche das angefochtene Urteil aus Lohn und Kinderzulagen einerseits und verrechenbaren Gegenansprüchen der Beklagten andererseits errechnet. Hingegen bestreiten sie einen Anspruch der Beklagten für Ferien, Frei- und Feiertage. Vorweg rügen sie eine Verletzung der Dispositionsmaxime bei den abzugelenden Tagen (act. A.1 S. 6) und beim Zuschlag von 25% auf dem Stundenlohn (act. A.1 S. 7). Zu Unrecht gehe die Vorinstanz von einem maximalen Anspruch von 98 Tagen aus, denn die Klägerin habe solche offenen Tage nicht ausreichend behauptet resp. an der entsprechenden Feststellung zu wenig mitgewirkt. Ein Zuschlag von 25% sei von vorneherein nicht geschuldet. Die Klägerin habe während der Hospitalisationen von J. _____ nicht arbeiten müssen, eine Reise nach E. _____ sei ferienhalber unternommen worden, und nach dem Tod von J. _____ habe die Klägerin allfällige offene Frei-Tage beziehen können; insbesondere stehe dem keine Bestimmung eines Normalarbeitsvertrages entgegen. Verkürzt zusammengefasst kommen die Beklagten zum Schluss, die Klägerin habe neben 29 Tagen Ferien 95 freie Tage bezogen, und damit stehe ihr kein Anspruch mehr zu (act. A.1 passim, es ist im Einzelnen darauf zurückzukommen). Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung an. Sie rügt, die Berufung sei zu wenig konkret begründet, und es sei darum darauf von vorneherein nicht einzutreten.

E. 7

/ 22 ten. Im Übrigen bestreitet sie die Ausführungen der Beklagten sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht (act. A.2). 2.2. Vorweg ist der Rahmen für die folgende Prüfung einzelner Punkte abzustecken: Die Klägerin zitiert zutreffend die Anforderungen an die Begründung einer Berufung, wie sie vorstehend dargestellt worden sind (E. 1.4). Sie lässt aber bei ihrer Kritik an der Berufung der Beklagten ihrerseits die nötige Konkretisierung vermissen: dass die Beklagten "in weiten Teilen nicht nachgewiesen haben" sollen, wo im angefochtenen Urteil welcher Fehler enthalten sei, lässt sich so nicht

überprü- fen. Abgesehen davon ist zu wiederholen, dass die formellen Anforderungen an die Berufung nicht Selbstzweck sind: wo klar wird, was die Berufung meint, und wenn Gegenpartei und das Berufungsgericht das ohne Mühe erkennen können, muss die Rüge geprüft werden und wäre ein Nichteintreten überspitzter Formalis- mus. Ein Nichteintreten auf die ganze Berufung ist daher nicht angezeigt; im Rahmen der einzelnen gerügten Punkte ist freilich (auf beiden Seiten) die ausrei- chende Konkretisierung zu prüfen. Die Beklagten werfen der Vorinstanz eine Verletzung der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime vor. Diese beiden Grundsätze sind zu unterscheiden: das Gericht darf einer Partei nach der so genannten Dispositionsmaxime nicht mehr zusprechen, als eingeklagt ist (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Das scheidet hier allerdings aus: die Klägerin hat rund CHF 39'600.00 eingeklagt, und zugesprochen wurde ihr etwas weniger als die Hälfte. Die Dispositionsmaxime ist daher nicht verletzt. Die Verhandlungsmaxime besagt, dass nicht das Gericht die tatsächlichen Verhältnis- se abklärt oder erforscht, sondern dass die Parteien ihre Behauptungen zu den Tatsachen, auf welche sie ihre Standpunkte stützen, aufstellen und wenn nötig (falls bestritten) zu beweisen haben – und dafür müssen sie selber die Beweismit- tel nennen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dazu kommt aber der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung: das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen auf die be- haupteten/allenfalls bewiesenen tatsächlichen Verhältnisse an, und es zieht von Amtes wegen weitere rechtliche Schlüsse. Wenn also das Gesetz aus den dem Urteil zugrundeliegenden Tatsachen schliesst, damit sei zwischen den Parteien ein bestimmter Vertrag zustande gekommen, hat das Gericht nicht nur diesen Schluss nachzuvollziehen, sondern auch die im Gesetz vorgesehenen Folgerun- gen und Konsequenzen zu ziehen. Das ist namentlich im Arbeitsrecht aktuell, wel- ches zahlreiche Bestimmungen enthält, welche der Einflussnahme der Parteien entzogen sind. Es ist darauf zurück zu kommen.

E. 8

/ 22 Zutreffend weisen die Beklagten darauf hin, dass die Klägerin behaupten und falls erforderlich beweisen musste, in welchem Zeitraum was für ein Arbeitspensum sie zu leisten hatte (oder tatsächlich leistete, vgl. Art. 320 Abs. 2 OR). Daraus erge- ben sich in Anwendung des zwingenden Rechts die gesetzlichen Ansprüche auf Ferien, Feier- und Freitage – so weit nicht die Arbeitnehmerin geltend macht, man habe sich auf weitergehende Ansprüche geeinigt, was wiederum sie zu beweisen hätte. Der Arbeitgeberin, hier den Beklagten, obliegt der Nachweis, es seien mehr freie Tage bezogen worden als von der Arbeitnehmerin anerkannt. Nur der Vollständigkeit halber sei hier angefügt, dass Bund und Kanton im Rah- men der ihnen von Art. 359a Abs. 1 OR eingeräumten Befugnisse und in Respek- tierung des zwingenden Rechts gemäss Art. 361/362 OR zwei Normalarbeitsver- träge erlassen haben, welche auf das heute streitige Arbeitsverhältnis Anwendung finden: der Bundesrat den NAV Hauswirtschaft, SR 221.215.329.4, der Kanton Graubünden den NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis, BR 535.200, im Folgenden zitiert als NAV/GR. 2.3. Unstreitig ist, dass die Klägerin im Dienste der Mutter der Beklagten Arbeit leistete, und dass das ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR begründe- te. Da diese Arbeit im Wesentlichen aus hauswirtschaftlichen Leistungen bestand, sind die beiden soeben genannten NAV anwendbar. 2.4. Die Beklagten erachten ihre von der Vorinstanz erkannte Zahlungspflicht vorweg in den Beträgen von CHF 486.95 und CHF 3'668.30 als unberechtigt. Die Klägerin habe selber nur 98 (statt der dem angefochtenen Urteil zugrunde geleg- ten 101) Ferien- und andere Frei-Tage geltend gemacht, und sie habe an keiner Stelle einen Lohn-Zuschlag für solche Tage verlangt (act. A.1 Rz. 19 ff. und 20 f.). Die Rüge ist

nicht begründet. An dieser Stelle hat die Vorinstanz aus dem Um- stand, dass die Klägerin in einem Arbeitsverhältnis stand, in Anwendung der massgeblichen Vorschriften rechtliche Schlüsse gezogen. Das durfte und musste sie von Amtes wegen tun (Art. 57 ZPO). 2.5. Zum Ermitteln der einer Arbeitnehmerin zustehenden Ferien- und Frei-Tage ist vorab wesentlich, für welche konkrete Dauer der Vertrag galt. Die Vorinstanz nimmt als Anfang den 1. Januar 2015, wogegen die Beklagten einen Anspruch für Ferien- und Frei-Tage erst ab dem 1. April 2015 anerkennen (act. A.1 Rz. 32 ff.). Soweit ersichtlich, findet sich der 1. April 2015 nicht im Vertrag vom 6. März 2015 – offenbar gelang es der Arbeitgeberin oder ihren Kindern erst auf dieses Datum, die notwendige Arbeitsbewilligung erhältlich zu machen, welche nach dem Vertrag den Beginn des Vertragsverhältnisses auslösen sollte (RG act. II/1).

E. 9

/ 22 Die Beklagten führen an anderer Stelle aus, die Klägerin sei am 4. (und nicht wie die Vorinstanz annimmt am 1.) Januar 2015 zu J. _____ gekommen (act. A.1 S. 3), allerdings ohne zu erläutern, wann sie das im erstinstanzlichen Verfahren vortrugen. Das hätte sich auf die Berechnung des ausstehenden Grundlohnes auswirken können (angefochtenes Urteil S. 13 ff.), welcher allerdings nicht ange- fochten ist. Konkrete Konsequenzen für die hier zu untersuchenden Ansprüche für Ferien- und Frei-Tage ziehen die Beklagten nicht. Auf diesen Punkt ist daher hier nicht weiter einzugehen. Die Beklagten stellen vorweg in den Raum, ohne es freilich konkret zu bestreiten, dass vor dem 1. April 2015 gar kein Arbeitsverhältnis bestanden habe (act. A.1 Rz. 32). Das wäre nicht richtig. Nach der eigenen Darstellung der Beklagten kam die Klägerin anfangs Januar 2015 nach I. _____, um die betagte J. _____ zu unterstützen. Die Beklagten trugen vor, die erste Zeit habe dem "Kennenler- nen" gedient. Sie bestreiten aber nicht die Feststellung im angefochtenen Urteil, dass die Klägerin Lohn erhielt, wofür J. _____ einmal einen sonst unüblich ho- hen Betrag von ihrem Konto abhob, und sie räumen ein, die Klägerin habe "im Haushalt mitgeholfen" (angefochtenes Urteil S. 13 f.). Die Klägerin leistete also Arbeit gegen Lohn, und damit entstand ein Arbeitsverhältnis (Art. 320 Abs. 2 OR) – auch wenn die Arbeitgeberin oder ihre Kinder es pflichtwidrig versäumten, sich um eine Arbeitsbewilligung für die Klägerin zu bemühen (diese Bewilligung wurde dann mit der falschen Angabe erhältlich gemacht, die Arbeitnehmerin sei am 12. März 2015 in die Schweiz eingereist: RG act. III/4, von den Beklagten selber ein- gereicht). Die erste Zeit mag durchaus dem "Kennenlernen" gedient haben, wie sich die Beklagten ausdrücken; das wäre der typische Zweck einer Probezeit ge- wesen, während welcher das Arbeitsverhältnis aber bereits besteht (Art. 335b OR). Die Beklagten berufen sich darauf, die Klägerin habe schon in den Monaten Januar bis und mit März 2015 freie Tage bezogen (act. A.1 Rz. 33 f.); das wäre als Argument nicht verständlich, wenn nicht bereits ein Arbeitsverhältnis bestand. Endlich tragen sie vor, der Arbeitsvertrag vom 6. März 2015 (mit der Angabe "Tätigkeit: Haushaltshilfe" und einem Pensum von 35 Stunden pro Woche) habe "letztlich die Verhältnisse wiedergegeben [...], welche damals in den Wochen nach der Bekanntschaft herrschten" (act. A.1 Rz. 34). In der Einleitung zur Berufung behaupten sie zwar, die Klägerin habe zuerst lediglich "drei bis vier Stunden täg- lich" gearbeitet (act. A.1 Rz. 5); wann sie das der Vorinstanz vortrugen, erläutern sie aber nicht, und daher ist darauf nicht einzugehen (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. vorstehend E. 1.6). Der Bestand des Arbeitsverhältnisses schon vor der formellen Geltung des Vertrages vom 6. März 2015 ist erstellt.

E. 10

/ 22 Dass das Arbeitsverhältnis bis Ende August 2016 dauerte, ist zwischen den Parteien nicht streitig. 2.6. Damit ist in einem ersten Schritt der Anspruch der Klägerin auf wöchentlich freie Tage, auf Ferien und auf Festtage zu ermitteln. Die Vorinstanz ermittelt einen Ferienanspruch der Klägerin von 33 1/3 Tagen (angefochtenes Urteil S. 17 f.). Dagegen wenden die Beklagten ein, das Arbeitsverhältnis habe erst am 1. April 2015 begonnen. Nach dem soeben Ausgeführten ist das nicht richtig. Die Beklagten machen ferner wie bereits erwähnt geltend, die Klägerin sei erst am 4. Januar 2015 in die Schweiz gekommen, und vom 5. bis zum 10. Januar 2015 sei J. _____ wegen eines Schwächeanfalles hospitalisiert gewesen. Wie sich die Differenz von drei Kalendertagen anfangs Januar auf die Berechnung des Ferienanspruches auswirke, erläutern die Beklagten nicht, und sie kommen insoweit ihrer Obliegenheit zum Spezifizieren der Berufung nicht nach. Die Auswirkungen der genannten ersten und allenfalls weiterer Hospitalisationen sind nachfolgend zu erörtern (E. 2.7). Bei den Feiertagen rechnet die Vorinstanz den 1. Januar 2015 nicht an, da die Klägerin damals noch gar nicht in der Schweiz war, ebenso die Ostermontage 2015 und 2016, welche J. _____ unstrittig bei einem Sohn verbracht habe. Sie kommt auf einen Anspruch für 5 nicht bezogene Feiertage (angefochtenes Urteil S. 18 f.; dabei werden der ganze Anspruch und die nicht bezogenen Tage in einem Schritt ermittelt). Die Beklagten wenden soweit ersichtlich gegen diese Berechnung nichts ein (act. A.1 Rz. 28, mit Auflistung der konkreten Daten, und Rz. 30). Ob die Klägerin diese Tage bezogen hat, ist gesondert zu prüfen. Zum Anspruch auf freie Tage argumentierte die Klägerin laut dem angefochtenen Urteil zum Teil widersprüchlich und unrichtig. So habe sie anfänglich geltend gemacht, es stehe ihr ein freier Tag pro Woche zu (in der Regel der Sonntag), zusätzlich ein halber Tag pro Woche und wegen des Pensums von nur 80% ein weiterer Tag. Das war offenkundig irrtümlich: laut Vertrag schuldete die Klägerin ihre Leistung an den Wochentagen (RG act. II/1: Pensum 35 pro Woche, "jeweils Montag bis Freitag") und hatte sie somit samstags und sonntags frei: zwei Tage, und nicht zweieinhalb. Die Vorinstanz rechnet für 2015 mit 52, für 2016 mit 16 Wochen, wovon die Klägerin im Jahr 2015 vier Wochen Ferien hatte. Daraus ermittelt sie einen Anspruch auf insgesamt 128 freie Tage. Auch hier zieht sie ab, was die Klägerin als bezogen anerkannte: einen halben Tag pro Woche. Damit bleibt in dieser Rechnung ein Anspruch auf $128 \times 3/4 = 96$ Tage. – Die Beklagten verweisen bei diesem Punkt darauf, dass die Klägerin zunächst einen Anspruch von

E. 11

/ 22 zweieinhalb Tagen pro Woche geltend machte, und "offensichtlich die Beweislastregel ausnützen" wollte. Ein Zeugnis von Dr. K. _____ stelle einen "nicht strikt geregelten, aber einigermassen genügenden Freizeitausgleich" der Klägerin fest, und eine Dauerbetreuung, wie sie die Klägerin behauptete, sei nicht erfolgt. J. _____ sei in der Lage gewesen, ihr Leben zu meistern, und sie habe ja auch mit der Klägerin eine Reise nach E. _____ unternommen. Während des Arbeitsverhältnisses habe sich die Klägerin nie über ungenügende Freizeit beklagt. Im Oktober 2015 habe sie ihren kleinen Sohn zu sich nachkommen lassen, und eine Zeugin habe zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin sich von da an weniger um ihre Arbeitgeberin gekümmert habe (act. A.1 Rz. 37 ff.). – Auch das gehört in den nächsten Abschnitt: ob die Klägerin die ihr zustehenden freien Tage bezogen hat. 2.7. Nach den soeben angestellten Erwägungen hatte die Klägerin einen Anspruch auf freie Tage wie folgt: für Ferien 33 1/3 Tage abzüglich den anerkannten Bezug von 29

Tagen (angefochtenes Urteil S. 17), also 4 1/3 Tage. Unter dem Titel Feiertage 5 Tage (bezogene Tage bereits abgezogen), und unter dem Titel wöchentliche Frei-Tage 96 Tage (auch hier der anerkannte halbe Tag pro Woche bereits abgezogen). Zusammen sind das 105 1/3 Tage. Die Beklagten machen geltend, die Klägerin habe davon 95 Tage bezogen (act. A.1 Rz. 58 in Zusammenfassung der Rz. 46 ff.). Vorweg ist zu klären, wer die Beweislast für den Bezug von freien Tagen trägt. Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB ist es die Arbeitgeberin, da sie einen rechtsaufhebenden Umstand wie etwa die Tilgung einer Geldschuld behauptet (BGE 128 III 271). Das anerkennen die Beklagten auch (act. A.1 Rz. 24). Allerdings machen sie geltend, die Klägerin habe wider besseres Wissen behauptet, die entsprechenden Tage nicht bezogen zu haben, und treuwidrig an der Feststellung des Sachverhaltes nicht mitgewirkt. Es gebe "keine einzige Urkunde, welche die klägerische Sachverhaltsbehauptung stützt". Und die Vorinstanz habe willkürlich die Unterlagen zu den Hospitalisationen der Arbeitgeberin und zu den Ferienreisen nach E. _____ nicht beachtet. Dass eine nicht beweisbelastete Partei "keine einzige Urkunde" anruft, um einen allfälligen Beweis des Beweisbelasteten zu erschüttern, ist fürs Erste vielleicht angesichts der geltenden Eventualmaxime (wonach man die Beweise nicht nur für das eigene Klagefundament, sondern auch für eventuelle andere Behauptungen und allfällige Gegenbeweise im Schriftenwechsel abschliessend nennen muss) nicht besonders vorsichtig, aber weder auffällig und schon gar nicht treuwidrig. Das Bundesgericht hat im bereits zitierten Urteil ausgeführt: "Bundesrecht steht

E. 12

/ 22 [...] der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht entgegen. Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt indessen – entsprechend der Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung – voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhaltes sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen" (dazu ergänzend auch BGer 4C.307/2006 v. 26.3.2007). Die Beklagten können im vorliegenden Fall nicht erstellen, der strikte Beweis sei nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar. Richtig ist, dass die verstorbene Arbeitgeberin nicht mehr befragt werden kann. Vom Zeugnis der alten Dame wären freilich überzeugende Beweise zur Arbeit der Klägerin an ganz bestimmten Tagen kaum zu erwarten gewesen. Die Arbeitgeberin hätte vielmehr während des Arbeitsverhältnisses wenn auch rudimentäre Aufzeichnungen zu den freien Tagen der Klägerin führen können, und das wäre möglich und zumutbar gewesen. Sollte sie dazu nicht mehr in der Lage gewesen sein (wofür der nachstehend zu diskutierende Bericht ihres Hausarztes an sich ein Indiz gibt, die Beklagten allerdings bestreiten mit der Behauptung, ihre Mutter sei keineswegs demenz gewesen), wäre es die Aufgabe der Familie, konkret der heutigen Beklagten, gewesen, dafür zu sorgen, und könnte das nicht zu Lasten der Klägerin gehen. Die Beklagten scheinen anzunehmen, es sei die Klägerin, welche detaillierte Angaben zu bezogenen freien Tagen hätte machen müssen, und wenn sie das nicht getan habe, müsse das zu ihrem Nachteil gewürdigt werden. Diese analoge Anwendung von Art. 164 ZPO ist aber nicht statthaft, umso weniger, als die Beklagten nicht konkret ausführen, wo und wie die Klägerin ihre Mitwirkung im Verfahren unberechtigt verweigert haben soll. Dass die Klägerin bei der Frage des Bezugs von freien Tagen im Vertrauen auf die Beweislast der Beklagten offenbar passiv blieb, war nicht treuwidrig, schon gar nicht "offenbar", wie es Art. 2 Abs. 2 ZGB voraussetzt. Vielmehr liefe die

Auffassung der Beklagten auf die Umkehrung der Beweislast hinaus, welche das Bundesgericht ausdrücklich ablehnt. Unter diesen Voraussetzungen vermögen die Vorbringen der Beklagten in der Berufung nicht zu überzeugen, und schon gar nicht erbringen sie den nötigen Beweis: Der von den Beklagten zitierte Dr. K. _____, langjähriger Hausarzt von J. _____, sprach wohl von einem "nicht strikt geregelten, aber soweit ich ersehen kann, einigermaßen genügenden Freizeitausgleich" der Klägerin. Auf konkrete freie Tage lässt sich das allerdings nicht beziehen, und einen näheren Einblick in den Alltag der beiden Frauen hatte der Arzt kaum – jedenfalls ergibt sich das nicht aus seinem Bericht. Und Dr. K. _____ beschrieb die Betreuung seiner

E. 13

/ 22 Patientin wegen deren "unberechenbaren und unkontrollierten Verhaltens" mit "ruheloher Nachtaktivität" als ausserordentlich aufwendig, kräftezehrend und nervenaufreibend. Die Klägerin sei wohl ab Februar 2016 dadurch etwas entlastet worden, dass J. _____ jeweils mittwochs in einer Tagesklinik betreut worden sei; das habe als Frei-Tag gegolten, sei aber nach dem Eindruck des Arztes "oft die einzige Möglichkeit gewesen, in der Wohnung Ordnung zu schaffen" (RG act. VI/2). Diese Auskunft spricht keinesfalls dafür, dass die Klägerin treuwidrig und wider besseres Wissen fehlende freie Tage geltend macht, wie die Beklagten ihr vorwerfen. Richtig ist, dass sich die Zeugin L. _____, auf welche sich die Beklagten berufen, daran erinnerte, die Klägerin habe sich nach dem Nachzug ihres kleinen Sohnes intensiv um diesen gekümmert. Dass J. _____ deswegen zu wenig Aufmerksamkeit erhielt, oder jedenfalls weniger, als ihr die Klägerin in den wöchentlich vereinbarten 35 Stunden schuldete, ist daraus nicht abzuleiten. Besonders weil die Zeugin auch sagte, dass J. _____ eigentlich von einer geschulten Pflegekraft hätte betreut werden sollen und ihr Verhalten mitunter zu Problemen führte: "Vielleicht wäre die Situation auch weniger angespannt gewesen, wenn D. _____ ein bis eineinhalb Tage pro Woche frei gehabt hätte" (RG act. V/4). Auch das spricht keinesfalls für die Behauptungen der Beklagten, sondern würde, käme es darauf an, den Standpunkt der Klägerin stützen. Diese in der Berufung nicht erwähnte Aussage der von den Beklagten zitierten Zeugin ist wohl für konkrete einzelne Tage nicht aussagekräftig. Indirekt enthält sie aber den Eindruck der Zeugin, die Klägerin habe nicht einmal einen ganzen Tag pro Woche frei gehabt. Das ist übrigens aus einem anderen Grund plausibel: nach dem Arbeitszeugnis des Beklagten A. _____ hatte die Klägerin J. _____ für "alle alltäglichen Dinge" zu betreuen, namentlich zu kochen, die Körperpflege der alten Dame und die korrekte und pünktliche Einnahme der Medikamente sicherzustellen (RG act. II/12). Das sind Aufgaben, welche sich offenkundig nicht auf die Werkzeuge von Montag bis Freitag beschränken lassen – und die Beklagten behaupten nicht, an den Wochenenden habe eine andere Person die Pflichten der Klägerin übernommen. Auch die Bemerkung des Hausarztes, seine Patientin habe sich durch eine "ruhelohe Nachtaktivität" ausgezeichnet, spricht dafür, dass die Klägerin ihrer Schutzbefohlenen (wesentlich) mehr als an den vertraglichen und bezahlten Zeiten "Montag bis Freitag von 10.00 bis 14.00 und von 17.00 bis 20.00" zur Verfügung zu stehen hatte. Für einen Beweis der Beklagten zu (nicht konkret aufgestellten) Behauptungen, die Klägerin habe mehr freie Tage bezogen als anerkannt, geben diese von den Beklagten angerufenen Personen nichts her.

E. 14

/ 22 Eine andere Frage ist es, ob die Klägerin immer dann freie Tage bezog, wenn J. _____ hospitalisiert war, und während gemeinsamer Ferien von Arbeitgeberin und

Arbeitnehmerin in E._____. Für die gemeinsamen Ferien trifft es nicht zu. In dem soeben zitierten, vom Be- klagten A._____ verfassten Arbeitszeugnis wird der Klägerin bescheinigt, sie habe J._____ "in allen alltäglichen Dingen" betreut, gekocht, gewaschen und alle sonstigen Aufgaben im Haushalt erledigt, die Körperpflege ihrer Arbeitgeberin si- chergestellt, ebenso das korrekte und pünktliche Einnehmen von Medikamenten (RG act. II/12). Die Klägerin leistete also eine sehr weit gehende Betreuung im Alltag, und das ist während einer Ferienreise im Wesentlichen nicht weniger nötig als zu Hause – im Gegenteil sind die Umstände für solche Dienste ausserhalb der gewohnten Umgebung bekanntermassen eher erschwerend. Dass die Klägerin Freude daran gehabt haben mag, in ihre Heimat reisen zu können, und dass sich auch J._____ gemäss den von den Beklagten eingelegten Fotos offenbar wohl fühlte (RG act. III/16-19), ändert nichts daran, dass die Klägerin ihre Pflichten wei- terhin erfüllen musste. Das hat die Vorinstanz knapp, aber ausreichend erwogen (angefochtenes Urteil S. 18, vor Ziff. 5). Jedenfalls ist es nicht gerechtfertigt, sol- che gemeinsamen Reisen von Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin der letzteren als freie Tage anzurechnen. 2.8. J._____ starb am 27. Mai 2016, und das Arbeitsverhältnis wurde von den Erben auf Ende August 2016 gekündigt. Der Lohn für diese Zeit ist nicht mehr Gegenstand des Verfahrens, und es ist auch unbestritten, dass die Klägerin ihre arbeitsvertraglichen Aufgaben nicht mehr zu erfüllen hatte. Die Konsequenzen daraus sind zu diskutieren. Vorweg ist allerdings zu klären, wann im Laufe des Arbeitsverhältnisses J._____ hospitalisiert war. In der Berufung sprechen die Beklagten von fünf Hospitalisationen: "nebst den Tagen im Januar 2015 [...] 28.06.2015-30.06.2015, 05.04.2016-12.04.2016, 05.05.2016-11.05.2016, und 13.05.2016-24.05.2016", und sie berufen sich auf eine Zusammenstellung "beklagtische Beilage 2", eine Bestätigung von Dr. K._____ (act. A.1 Rz. 48). Die Klägerin bestreitet diese Daten nicht, und damit stimmt überein, dass das angefochtene Urteil ausführt, die Beklagten beriefen sich in diesem Zusammenhang auf dreissig Spital-Tage – ohne die Tage im Januar, da sie bekanntlich auf dem Standpunkt stehen, damals habe noch gar kein Vertrag bestanden. Dazu kommen drei Tage Aufenthalt im Pflege- heim in Landquart (von den Beklagten in der erwähnten Liste nicht aufgeführt, act. A.1 Rz. 50, aber unter Verweis auf RG act. III/7 und damit zulässig geltend ge- macht). Mit dem Spitalaufenthalt vom 5. bis und mit 9. Januar 2015 (von den Be-

E. 15

/ 22 klagten in der Berufung nur beiläufig erwähnt, aber im angefochtenen Urteil fest- gestellt) war J._____ also an insgesamt 38 Tagen hospitalisiert resp. (am En- de) offenbar in palliativer Pflege. – Die Klägerin lässt in der Berufung geltend ma- chen, sie habe J._____ jeden Tag im Spital besucht und sie unterstützt, indem sie ihr etwa das Essen eingegeben habe (act. A.1 Rz. 11.1 am Ende). Sie führt indessen nicht aus, wo sie das schon in erster Instanz behauptete, das ist auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, und die Behauptung muss daher als neu gelten und unbeachtet bleiben (vorstehend E. 1.6). In erster Linie stellt sich die Frage, ob die Klägerin während der Abwesenheiten von J._____ Ferien bezog. Der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt des Feri- enbezuges (Art. 329c Abs. 2 OR). Die Beklagten behaupten aber nicht, J._____ (welche nach Darstellung der Beklagten dazu hätte in der Lage sein müssen) oder sie selbst hätten das getan. Sie machen auch keine näheren Aus- führungen über den Grund der Hospitalisationen. Damit kann nicht angenommen werden, die Abwesenheit der zu Betreuenden habe jeweils für eine gewisse Dauer festgestanden – was der Klägerin erlaubt hätte, über diese Tage zu disponieren, was wiederum nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2 ZGB) dazu führen

könnte, jedenfalls einen Teil der Zeit als Ferien zu werten. Nach dem bereits mehrfach zitierten Bericht von Dr. K. _____ war mindestens die erste Zeit der Abwesenheit der Betreuten ohnehin nötig, damit die Klägerin in der Wohnung einmal etwas gründlicher aufräumen konnte. Und wenn sie nicht wusste, wie lange J. _____ weg sein würde, konnte sie nicht frei disponieren und hatte sie sich jederzeit zur Verfügung zu halten, um ihre Arbeit wiederaufzunehmen. Die Zeiten der Hospitalisationen sind daher nicht an die Ferien und andere freie Tage anzurechnen. Eine andere Frage ist es, ob sich die Klägerin die Zeit vom Tod J. _____ bis Ende August zur Kompensation nicht bezogener Ferien und freier Tage anrechnen lassen muss. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Klägerin in dieser Zeit die Möglichkeit zum Kompensieren "gewisser Ausstände" hatte und rechnet ihr die offenen 4 1/3 Ferientage an. Hingegen könne Überzeit nur mit Einverständnis der Arbeitnehmerin durch freie Zeit kompensiert werden, und ein solches Einverständnis liege nicht vor. Die Vorinstanz spricht der Klägerin daher den Lohn für 101 Tage zu (angefochtenes Urteil S. 22). Die Beklagten wenden dagegen ein, die Klägerin habe nach dem Tod von J. _____ und bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Abzug vertraglich freier Tage während insgesamt 49 Tagen nicht arbeiten müssen (act. A.1 Rz. 55 ff.). Der Normalarbeitsvertrag sei nicht einschlägig, da es keine Überstunden zu kompensieren gebe, und eine Entschädigung für Überzeit sei nie Gegenstand der Klage gewesen. Aus dem Umstand,

E. 16

/ 22 dass freie Tage nicht eingehalten wurden, folge durchaus nicht, dass die Arbeitnehmerin insgesamt mehr gearbeitet habe als vertraglich geschuldet. Die Abgeltung von freier Zeit in Geld sei ohnehin nur möglich, wenn ein realer Bezug nicht möglich sei – und dieser reale Bezug sei der Klägerin eben im Sommer 2016 möglich gewesen. Einer Zustimmung habe es dafür nicht bedurft. Endlich habe das Arbeitsverhältnis mit dem Tod der zu betreuenden Person geendet, und die Klägerin habe höchstens noch Anspruch auf Ersatz für einen allfälligen Schaden aus der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gehabt. Wenn sie die Kompensation ausstehender freier Tage verweigere, sei das rechtsmissbräuchlich (act. A.1 Rz. 60 ff.). – Die Klägerin lässt das nicht gelten. Sie habe auch nach dem Tod von J. _____ gearbeitet, so etwa die Wäsche des Beklagten A. _____ gewaschen und gebügelt. Die Beklagten hätten keine Ferien angeordnet, und darum seien solche auch nicht zu berücksichtigen (act. A.2 Rz. 11.2). Vorweg ist klarzustellen, welche Periode für das Kompensieren in Frage kommt. Mit dem Tod von J. _____ endete entgegen der Auffassung im angefochtenen Urteil das Arbeitsverhältnis (Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum OR, Band I, 7. Aufl., Basel 2019, N 2 zu Art. 338a OR). Die Klägerin hatte aber Anspruch auf Ersatz der aus der sofortigen Beendigung des Vertrages entstehenden Nachteile, insbesondere dem Wegfall der Kündigungsfrist (Art. 338a Abs. 2 OR). Dem entspricht, dass die Beklagten den Vertrag "im Juni" (ohne Angabe eines Datums, offenbar mündlich) unter Einhaltung der Kündigungsfrist von zwei Monaten auf "August" – offenbar gemeint nach Auffassung beider Parteien: Ende August – kündigten (RG act. II/3). Die Klägerin erhielt in dieser Zeit unstreitig den vereinbarten Lohn. Auch wenn formell kein Vertrag mehr bestand, muss die Kompensation von nicht gewährten freien Tagen in dieser Periode möglich sein, falls die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Beklagten stellen in Frage, dass die Klägerin tatsächlich mehr (gemeint offenbar: in Stunden) gearbeitet habe als geschuldet. Dazu hat sich die Vorinstanz nicht ausdrücklich ausgesprochen, und es ist grundsätzlich nicht ohne Weiteres klar: Wenn die Klägerin etwa statt (werk-)täglich je sieben Stunden am

einen Tag beispielsweise sechs und an einem anderen acht gearbeitet hätte, gäbe es nach Treu und Glauben nichts zu kompensieren, auch wenn sie theoretisch am ersten Tag den ganzen Lohn zugut hätte (Art. 324 OR) und am zweiten im Sinne von Art. 321c OR eine Mehrleistung erbrachte. Hier geht es allerdings nicht darum, sondern um zusätzliche Arbeit am Wochenende. Auch dafür könnte man argumentieren (auch wenn es die Beklagten konkret nicht so behaupten), ob die vertraglich

E. 17

/ 22 geschuldete Zeit von 35 Stunden von Montag bis Freitag zu je sieben Stunden oder von Montag bis Sonntag zu je fünf Stunden geleistet werde, sei unerheblich. Es verletzte allerdings zunächst den privatrechtlichen Vertrag, nach welchem die Klägerin am Wochenende gänzlich frei war. Es verletzte den Normalarbeitsvertrag, nach welchem pro Woche ein (ganzer) freier Tag zu gewähren ist, und es verletzte die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin (Art. 328 OR), weil regelmässige freie Tage für die körperliche und seelische Gesundheit der Arbeitnehmerin wichtig sind. Zudem haben die Beklagten nicht bestritten, dass die Klägerin ihre Pflicht, von Montag bis Freitag sieben Stunden zu arbeiten, auch erfüllte. Arbeit am Wochenende war also Überstunden-Arbeit im Sinne von Art. 321c OR. Wie viele Stunden die Klägerin an den Wochenenden für J. _____ arbeitete, steht damit noch nicht fest. Auszugehen ist davon, dass die Pflichten der Klägerin als "Haushalthilfe" (so im schriftlichen Vertrag), und wie sie im Arbeitszeugnis (RG act. II/12) konkretisiert wurden, täglich sieben Stunden in Anspruch nahmen. Die Klägerin behauptet, sie habe darüber hinaus "7 x 24 Stunden" gearbeitet. Weil es darauf nicht ankommt, muss das nicht näher abgeklärt werden. Immerhin rechtfertigt sich der Hinweis, dass die Betreuung von J. _____ in allen alltäglichen Dingen (so der erste Absatz der erbrachten Leistungen gemäss dem Arbeitszeugnis) nicht nur konkrete Handreichungen und Unterstützungen, sondern auch das Zurverfügung-Stehen bedeutet. Kochen, waschen und alle sonstigen Haushaltaufgaben fallen am Wochenende ebenso an wie unter der Woche, ebenso die vertraglich geschuldete Körperpflege und das Sicherstellen der korrekten und pünktlichen Einnahme von Medikamenten. Einkaufen wird nur am Samstag möglich gewesen sein, das Begleiten bei Arztbesuchen weder am Samstag noch am Sonntag. Hingegen pflegen soziale Kontakte auch von älteren Menschen, die nicht mehr in einem Arbeitsprozess stehen, am Wochenende vermehrt wahrgenommen zu werden, was unter diesem Titel eher eine Mehrbelastung der Klägerin bedeutete. Regelmässige Spaziergänge und Ausflüge mit Zug und Bus sind nicht auf die Zeit von Montag bis Freitag beschränkt. Es ist also anzunehmen, dass die Klägerin am Wochenende nicht weniger leistete als unter der Woche. Es kommt hinzu, dass die Zeugin L. _____ aussagte, die Klägerin sei "praktisch immer" bei J. _____ gewesen und nur "ab und zu" weggegangen, um ein bisschen Abstand zu haben. Während dieser Zeiten hätten sie (die Zeugin) und ihr Mann nach der alten Frau gesehen, welche "nichts" mehr selbständig machen können, weder den Haushalt führen noch auch nur auf die Toilette gehen (RG act. V/3). Stellt man noch die Angabe des Hausarztes in Rechnung, wonach J. _____ ab Januar 2015 dringend einer "Dauerbetreuung über 24h" bedurfte, keinen geregelten Schlaf mehr kannte und gegenteils sogar des nachts "ruhelos aktiv" war (RG

E. 18

/ 22 act. VI/6), steht fest, dass die Klägerin an Samstagen und Sonntagen jedenfalls nicht weniger als die für einen "normalen" Arbeitstag vereinbarten sieben Stunden arbeitete. Ob die Arbeitgeberin und/oder ihre Familie diese Mehrarbeit ausdrücklich verlangten oder ob

sie schlicht notwendig war, ist unerheblich (Portmann/Rudolph, a.a.O., N 7 ff zu Art. N 321c OR). Überzeit kann nur im Einverständnis mit der Arbeitgeberin und muss nach Gesetz und Normalarbeitsvertrag durch Freizeit von "mindestens gleicher Dauer" ausgeglichen werden. Zum zweiten Punkt drängt sich die Überlegung auf, dass angesichts der offenkundigen Überbeanspruchung der Klägerin gegenüber dem Vertrag und dem im Verhältnis dazu bescheidenen Lohn aus rechtlichen Gründen ein Ausgleich von mehr als 1:1 sehr wohl denkbar und vertretbar wäre (so lange der Klägerin nicht mehr zugesprochen wird als sie verlangt: Art. 58 Abs. 1 ZPO). Das kann hier noch offenbleiben. Nach Art. 321c OR ist die Kompensation möglich "in- nert eines angemessenen Zeitraumes". Der Normalarbeitsvertrag Hauswirtschaft für Graubünden verkürzt diese Frist allerdings auf höchstens drei Monate (Art. 4 Abs. 3 in der zum hier massgeblichen Zeitpunkt geltenden Fassung, heute ist es Art. 5 Abs. 3), was den Beklagten entgangen zu sein scheint. Das bedeutet, dass sich die Beklagten auf eine Kompensation vor vornherein nur berufen können, als sie Überzeit in den Monaten März bis Mai 2016 betrifft. Aus den Akten ergeben sich keine Angaben dazu, wann die Klägerin ihren durchschnittlich halben freien Tag pro Woche oder Wochenende bezog, und die Beklagten stellen dazu jedenfalls in der Berufung keine Behauptungen auf. Nimmt man an, dass sich die bezogenen halben resp. die mehr geleisteten eineinhalb Tage pro Woche gleichmässig auf das Arbeitsverhältnis verteilen, entfallen von den offenen 101 Tagen deren knapp 18 auf die kritischen drei Monate. Darauf kommt es allerdings nicht an. Während Ferien grundsätzlich in Natura zu gewähren sind, ist Grundsatz des Ausgleichs von Überzeit im Sinne von Art. 321c OR die Zahlung in Geld (so insbesondere Art. 4 Abs. 3 NAV/GR). Für die Kompensation mit freien Tagen bedarf es der Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einem entsprechenden Angebot der Arbeitgeber-Seite (BGE 123 III 84 mit Verweisungen; Ullin Streiff/Adrian von Kael/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 11 zu Art. 321c OR – beides allerdings zum Bundesrecht und nicht zum hier anwendbaren kantonalen NAV). Die Beklagten machen nicht geltend, dass sie der Klägerin die Kompensation der Überzeit vorschlugen. – Wie erwähnt sind Ferien anders als Mehr-Zeit grundsätzlich in Natura zu beziehen, und hier bestimmt der Arbeitgeber unter Vorbehalt der geschuldeten Rücksichtnahme auf die Arbeitnehmerin den Zeitpunkt (Art. 12 Abs. 1 NAV/GR). Die Beklagten tragen nicht vor, wann und für welche Zeit

E. 19

/ 22 sie der Klägerin den Nachbezug der offenen Ferientage vorschlugen oder das anordneten. Die Praxis zum Bundesrecht (Art. 321c und 329c OR) hat erkannt, dass der Widerstand einer freigestellten Arbeitnehmerin gegen den Wunsch oder die Anordnung einer Kompensation während der Dauer der Freistellung rechtsmissbräuchlich sein kann (grundlegend dazu BGE 128 III 271, vgl. auch Streiff/von Kael/Rudolph, a.a.O.). Insbesondere bei einer langen Freistellung kann es stossend sein, wenn die Arbeitnehmerin sich gegen die Kompensation von verhältnismässig wenigen Tagen (als Faustregel der Praxis gilt ein Drittel der Freistellungszeit) wehrt, weil sie das mit legitimen Interessen etwa der Stellensuche nicht ausreichend begründen kann. Diese Rechtsprechung ist allerdings auf die heute zu beurteilenden Verhältnisse nicht übertragbar. In erster Linie fehlt es an der Voraussetzung der Freistellung. Wohl war die Situation nach dem Tod von J._____ einer Freistellung der Klägerin ähnlich. Die Beklagten vermögen aber nicht anzugeben, wann und wie sie der Klägerin ausdrücklich oder ausreichend klar konkludent mitteilten, sie sei jetzt von jeder Arbeitsleistung befreit: gegenteils besteht ihr einziger Beleg für die Kündigung per Ende August aus den vagen Angaben im Formular für die

Arbeitslosen-Versicherung: "Auflösung des Arbeitsverhältnisses: Wer hat gekündigt? Arbeitgeber. Wann? Juni 16. Auf welchen Zeitpunkt? Aug. 16" (RG act. II/3). Auch wenn die Behauptung der Klägerin in der Berufungsantwort verspätet und darum unbeachtlich ist, sie habe dem in I. _____ im selben Haus wohnenden Beklagten A. _____ noch die Wäsche besorgen müssen, wäre eine Anordnung dafür oder für andere hauswirtschaftliche Leistungen jederzeit denkbar, naheliegend und für die Klägerin als nach wie vor entlohnte Arbeitskraft verbindlich gewesen. Es kommt dazu, dass das gegen den Willen der Betroffenen angeordnete Anrechnen von Kompensations-Tagen am Ende des Arbeitsverhältnisses eine Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt: dass also der Widerstand der Arbeitnehmerin "offenbar rechtsmissbräuchlich" sein muss. Dafür bedarf es einer Betrachtung des ganzen Vertragsverhältnisses. Im vorliegenden Fall kann nicht übersehen werden, dass der Beginn und die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber-Seite her problematisch waren. Die Klägerin wurde während dreier Monate beschäftigt, ohne dass eine Arbeitsbewilligung vorlag. Der "Beginn" des Arbeitsverhältnisses wurde dann in Verletzung von Art. 320 Abs. 2 OR nach bereits mehrmonatiger Arbeit auf den Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung hinausgeschoben (RG act. II/1), was nur bedeuten kann, dass die Klägerin während der ersten Phase ihrer Tätigkeit weder bei der AHV noch für Krankheit und Unfall versichert war (in der Tat weist der von den Beklagten vorgelegte Beleg für die erste Zahlung von Prämien der Krankenkasse den 1. März 2015 als Beginn

E. 20

/ 22 der Versicherung aus: RG act. 3/10 zweites Blatt; gegenüber dem Amt für Migration wurde als Einreisedatum falsch der 12. März 2015 angegeben: RG act. III/4). Wie nun feststeht, war die entlohnte Zeit von 35 Stunden pro Woche nicht annähernd ausreichend für das Pensum, welches die Klägerin zu leisten hatte. Von Arbeitgeber-Seite musste das spätestens beim Formulieren des ersten schriftlichen Vertrages am 6. März 2015 erkannt worden sein, es wurde diesem Umstand aber nicht durch eine Erhöhung des Pensums Rechnung getragen. Die Zeugin L. _____ gab zu Protokoll, dass die Klägerin mitunter überfordert war, weil sie im Grunde (auch) Aufgaben einer ausgebildeten Pflegekraft erfüllte – eine solche wäre aber wesentlich teurer gewesen. Bei der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die zunächst feste Dauer bis Ende Februar 2016 hinaus stellt sich die Frage nach einer treuwidrigen Umgehung der Kündigungsbestimmungen durch eine im so genannten Kettenarbeitsverhältnis sachlich nicht zu rechtfertigende und damit unzulässige neue "Probezeit" (RG act. II/2 Ziff. 3). Endlich war die formelle Weisung zu den Arbeitszeiten (10.00 bis 14.00 und 17.00 bis 20.00 Uhr) rechtswidrig, weil die Arbeit der Hauswirtschafterin nach Art. 3 Abs. 2 NAV/GR "in der Regel um 19.30 beendet" sein sollte. In dieser Situation ist es nicht stossend und schon gar nicht "offenbar rechtsmissbräuchlich", wenn sich die Klägerin der nie angeordneten oder ihr vorgeschlagenen Kompensation der restlichen Ferientage resp. der höchstens 18 überhaupt für eine Kompensation in Frage kommenden Arbeitstage widersetzt. 2.9. Den gesetzlichen Lohnzuschlag nach Art. 4 Abs. 3 NAV/GR, welche der Regelung von Art. 321c OR entspricht, bestreiten die Beklagten zwar, aber mit keinen anderen Argumenten, als sie vorstehend bereits erörtert und als unberechtigt befunden worden sind (act. A.1 Rz. 67). Der Zuschlag ist ausgewiesen. 2.10. Rechnerisch erheben die Beklagten keine Einwendungen. Damit ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen, wenn auch teils mit einer etwas anderen rechtlichen Begründung. Ob Anlass bestünde, die von der Klägerin über das vertraglich Geschuldete hinaus Erbrachte mit mehr

als der geleisteten Zeit (Art. 4 Abs. 3 NAV/GR: "mindestens" gleiche Dauer) und/oder mit einem Zuschlag von mehr als einem Viertel (NAV/GR a.a.O.) abzugelten, muss offen bleiben, da der Klägerin sonst mehr zugesprochen würde als in der Berufung noch streitig ist (Art. 315 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO). 3. Kostenfolgen 3.1. Die Kostenfolgen der Berufung treffen bei diesem Ausgang die Beklagten. Für die Festsetzung der Entscheidgebühren – Art. 114 lit. c ZPO ist nicht anwendbar

E. 21

/ 22 (vgl. vorstehend E. 1.2) – ist der Bruttobetrag des noch streitigen Lohnes, also rund CHF 16'400.00, massgebend (Peter Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Dike-Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2016, N 48 f. zu Art. 91 ZPO). Sie ist angesichts des nicht unerheblichen Aufwandes für die Kollegial-Besetzung des Kantonsgerichts im Rahmen von Art. 9 VGZ auf CHF 5'000.00 festzusetzen und den Beklagten solidarisch aufzuerlegen. Die Gerichtskosten werden mit dem von den Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. 3.2. Der Rechtsvertreter der Klägerin hat im Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht, weshalb die beantragte Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsvertreter der Klägerin den Stoff aus dem Verfahren der ersten Instanz kannte, und dass die Berufung im Wesentlichen Bekanntes wiederholte. Die Entschädigung ist auf CHF 3'500.00 (inkl. Spesen und MWSt.) festzusetzen und den Beklagten in solidarischer Haftung aufzuerlegen.

E. 22

/ 22

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