

SO_GERICHTE ZKBER.2022.45 vom 14. Juli 2023

SO Obergericht, 2023-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2022.45

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2022.45 du 14 juillet 2023

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2022.45 del 14 luglio 2023

Erwägungen

E. 1

Die B.____ (im Folgenden: Beklagte), vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Schild, bezweckt die Führung eines Personalverleih-Betriebes für Hauswirtschaft und Betreuung sowie Dienste für unterstützungsbedürftige Menschen, insbesondere Senioren und Menschen mit einer Behinderung, und bietet Betreuung zu Hause ab monatlich CHF 6'480.00 an (vgl. Internet-Auftritt vom 8. Juli 2016 und Handelsregisterauszug, Klagebeilagen 3 und 29).

E. 2

A.____, damals wohnhaft in [...] (im Folgenden: Klägerin), damals vertreten durch Rechtsanwältin Claudia Heusi, war ab dem 23. Juli 2012 von der Beklagten als Betreuerin angestellt und zunächst bei [...] in [...] sowie vom 22. Oktober 2012 bis 31. August 2014 bei C.____ (im Folgenden: Ehegatten oder Ehemann bzw. Ehefrau) in [...] im Einsatz. Am 7. September 2016 reichte sie beim Richteramt Solothurn-Lebern eine Forderungsklage ein. Mit Ausnahme des Naturallohnabzugs stammten die von der Klägerin eingeklagten Forderungen (Überstunden, ungerechtfertigter Naturallohnabzug, Leistung Bereitschaftsdienst) in Höhe von insgesamt CHF 131'277.60 bzw. CHF 102'059.65 aus dem Einsatz bei den Ehegatten. Die Klägerin teilt ihre Einsatzzeit bei den Ehegatten in zwei Phasen ein, wobei es sich in diesen Phasen um verschiedene Rahmenarbeitsverträge handelte. In der ersten Phase (Phase 1) vom 22. Oktober 2012 bis 11. Februar 2014 war sie gemäss den jeweiligen Rahmenarbeitsverträgen (Urkunden der Klägerin Nrn. 7, 10 und 14) in einer 42-Stunden-Woche, in der zweiten Phase (Phase 2) vom 12. Februar 2014 bis 31. August 2014 (Urkunden der Klägerin Nrn. 15 und 16) in einer 45-Stunden-Woche angestellt. Die Berufungsklägerin arbeitete regelmässig während mehreren Wochen im Haushalt der Ehegatten (die Einsätze dauerten jeweils rund einen Monat) und wurde zwischen zwei Einsätzen von der ebenfalls bei der Beklagten als Betreuerin angestellten D.____ (im Folgenden: Betreuerin 2) abgelöst. Nach der Beendigung der jeweiligen Einsätze begab sich die Berufungsklägerin für einen Monat zurück nach [...]. Der Stundenlohn in der ersten Phase lag bei CHF 21.43, in der zweiten Phase bei CHF 20.51. Dessen Höhe ist unbestritten.

E. 2.1

Bezüglich dem von der Berufungsklägerin vor erster Instanz geltend gemachten Bereitschaftsdienstkam die Vorinstanz nach Würdigung der Beweismittel zusammengefasst zum Schluss, dass die Berufungsklägerin sowohl tags- als auch nachtsüber Bereitschaftsdienst habe leisten müssen. Sie habe sich ausserhalb ihrer Freizeit und ordentlichen Arbeitszeit sowohl tags- als auch nachtsüber für die Ehegatten zur Verfügung halten müssen.

E. 2.2

Mit ihren Ausführungen, dass sie der Familie C.____ keine Rund-um-die-Uhr-Betreuung zugesichert habe, es der Berufungsklägerin problemlos möglich gewesen wäre, die anfallenden Arbeiten während der vereinbarten 42 bzw. 45 Wochenstunden zu erledigen, die Berufungsklägerin keinen Bereitschaftsdienst in der Nacht leisten müssen und es der Berufungsklägerin erlaubt gewesen wäre, das Haus in der Nacht zu verlassen, bringt die Berufungsbeklagte bloss appellatorische Kritik an, indem sie ihre Version des Sachverhalts vorbringt, ohne sich mit den Argumenten der Vorinstanz konkret auseinanderzusetzen. Zudem äusserst sich die Berufungsbeklagte weder in ihrer Berufungsantwort noch in der Anschlussberufung zu den objektiven, sondern nur zu den subjektiven Beweismitteln. Auf die objektiven Beweismittel, aufgrund welcher die Vorinstanz zum Schluss kam, dass die Berufungsklägerin ■ während des aus den Akten ersichtlichen Zeitraums ■ verpflichtet war, sowohl tags- als auch nachtsüber Bereitschaftsdienst zu leisten, ist demzufolge ohne Weiteres abzustellen. Im Übrigen sprechen die Akten bzw. die eingereichten und zugelassenen Urkunden für sich und sind nicht auslegungsbedürftig. Die Verträge und Vereinbarungen sind klar und eindeutig. Zudem wurden diese durch die Berufungsbeklagte selbst (oder deren Hilfsperson) verfasst.

E. 2.3

Unbestrittenermassen wollten die Ehegatten eine bzw. zwei Betreuungspersonen engagieren, da die Ehefrau, geb. 1923, im Sommer 2012 einen Unfall erlitt, der zu einer Schulterverletzung führte und sie dadurch nicht mehr so selbständig wie vorher agieren konnte. Zudem litt der Ehemann, geb. 1921, an [] und erlitt im April 2014 einen Hirninfarkt, der zu Aphasie führte (vgl. Bemerkungen zur Bedarfsabklärung vom 6. Oktober 2012 [Klagebeilage 8], Protokoll der Besprechung vom 22. Oktober 2012 [Klagebeilage 24], Zeugnis des Ehemannes vom 21. November 2012 [Klagebeilage 9], Weisung betreffend Ehemann vom 11. bzw. 15. Juni 2014 [Klagebeilage 27], Aussagen der Tochter der Ehegatten an der Verhandlung vom 12. November 2019). Anhand der Akten ist erstellt, dass die Betreuung der Ehefrau im Vordergrund stand, der Ehemann aber auch zunehmend betreut werden musste.

E. 2.4

Die Vorinstanz kam weiter zum Schluss, dass die Berufungsklägerin nicht nur in den genannten Zeiträumen neben der geleisteten Arbeitszeit rund um die Uhr Bereitschaftsdienst leisten müssen und geleistet habe, sondern während ihres ganzen Einsatzes bei der Familie C.____, was insbesondere durch die Aussagen der Berufungsklägerin und der Tochter der Ehegatten erstellt sei (Urteil des Amtsgerichts vom 15. Juli 2021, S. 47, Ziff. 4).

2.5.1. Die Berufungsbeklagte moniert, die Vorinstanz habe die Aussagen der Berufungsklägerin stärker gewichtet als die Aussagen der beiden anderen Betreuerinnen bzw. habe es gänzlich unterlassen, die Aussagen der beiden anderen Betreuerinnen zu würdigen. Dass die Vorinstanz die Aussagen der Berufungsklägerin stärker gewichtet hat als diejenige der beiden anderen Betreuerinnen ist nicht zu beanstanden. Aus dem Urteil geht hervor, dass die Vorinstanz die Aussagen der Berufungsklägerin insbesondere deshalb stärker gewichtete, weil sich diese im Gegensatz zu den Aussagen der beiden anderen Betreuerinnen mit den objektiven Beweismitteln deckten. Im Übrigen standen die beiden anderen Betreuerinnen zumindest im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils immer noch in

einem Rechtsverhältnis zur Berufungsbeklagten (Befragungsprotokoll der Betreuerin 2 vom 12. November 2019, Rz. 28; Befragungsprotokoll von E.____ (im Folgenden: Betreuerin 3) vom

E. 2.6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten sowohl tags- als auch nachtsüber Bereitschaftsdienst hat leisten müssen und die Beweiswürdigung der Vorinstanz diesbezüglich nicht zu beanstanden ist.

E. 3

Die Klageantwort datiert vom 22. Mai 2017. Es folgten die Replik der Klägerin vom 28. August 2017 und die Duplik der Beklagten am 31. Januar 2018. Am 12. bzw. 14. November 2019 wurden diverse Zeugen und die Parteien einvernommen. Am 13. November 2020 erliess der Amtsgerichtspräsident die Beweisverfügung. Der Schlussvortrag der Klägerin datiert vom 12. Februar 2021, derjenige der Beklagten vom 11. Februar 2021. Zum Schlussvortrag der Gegenseite nahm die Klägerin am 8. März 2021 bzw. die Beklagte am 3. März 2021 Stellung.

E. 3.1

Soweit die Berufungsbeklagte in ihrer Anschlussberufung in Bezug auf die Entschädigung des Bereitschaftsdienstes vorbringt, der Leiter des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn habe anlässlich der Zeugeneinvernahme ausgesagt, dass keine gesetzliche Grundlage für die Entschädigung der Präsenzzeit vorliege und diese deshalb (aufgrund fehlender Vereinbarung) nicht zu entschädigen sei; dass sich die Berufungsklägerin rechtsmissbräuchlich verhalte, indem sie dieses Verfahren angestrebt habe, nachdem sie mehrmals betont habe, die Arbeit sei okay und komme ihr vor wie Ferien und schliesslich, dass ein allfällig geleisteter Bereitschaftsdienst ■ was bestritten werde ■ durch die grosszügigen Trinkgelder, die die Berufungsklägerin von den Ehegatten erhalten habe, abgegolten worden sei, wiederholt sie lediglich das, was sie vor erster Instanz bereits ausführte. Sie setzt sich nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil auseinander und vermag nicht darzutun, inwiefern dieses in Bezug auf die gerügten Punkte fehlerhaft ist. Auf diese Rügen ist nicht einzugehen.

3.2.1. Die Berufungsklägerin rügt die Berechnung der Vorinstanz bezüglich der tatsächlichen Dauer des Arbeitseinsatzes insofern, als die Vorinstanz übersehen habe, dass die Berufungsklägerin auch vom 22. Oktober 2012 bis 22. November 2012 gearbeitet habe. Würden die in der Beweisverfügung vom 13. November 2020 aufgelisteten Wochen in Tage umgerechnet, ergebe sich ein Einsatz von 255 Arbeitstagen in der Phase 1 und von 99 Arbeitstagen in Phase 2.

3.2.2. Der Berufungsbeklagten ist beizupflichten, wenn sie diesbezüglich geltend macht, dass die Vorinstanz den Arbeitseinsatz vom 22. Oktober 2012 bis 22. November 2012 explizit erwähnt und mit einer Dauer von viereinhalb Wochen berücksichtigt habe. Die Berufungsklägerin legt denn auch nicht dar, wie sie die Arbeitstage berechnet hat und wie sie auf einen Einsatz von 255 Arbeitstagen in der Phase 1 und 99 Arbeitstagen in der Phase 2 gekommen ist. Die Berechnung kann nicht nachvollzogen werden. Dass die Vorinstanz die Berechnung falsch vorgenommen hätte, ist nicht ersichtlich.

3.3.1. In ihrer Anschlussberufung rügt die Berufungsbeklagte, dass die Vorinstanz vom Dispositionsgrundsatz abgewichen sei, indem sie von neun Stunden Bereitschaftsdienst in

der Nacht ausgegangen sei.

3.3.2. Die Rüge ist von der Sache her begründet. Tatsächlich ging die Berufungsklägerin in ihrer Klage vom 7. September 2016 selbst von 11 Stunden Bereitschaftsdienst in der Nacht aus (S. 9, BS 11). Darauf ist sie zu behaften. Das heisst, dass von 11 Stunden Bereitschaftsdienst in der Nacht ausgegangen wird.

3.4.1. Ferner moniert die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe den Beweisschluss falsch gezogen, indem sie für erstellt erachtet habe, dass die Berufungsklägerin vom Ehemann in der Nacht kaum gerufen worden sei und sich ihre nächtlichen Einsätze für die Ehefrau nach der Anschaffung eines Nachtstuhls (für die Ehefrau), den diese tatsächlich benutzt habe, deutlich reduziert hätten. Bei der vorliegenden Sachlage sei nur der Beweisschluss zulässig, dass die Berufungsklägerin bis zur Anschaffung des Nachtstuhles im Januar 2014 1 ■ 2 Mal in der Nacht von der Ehefrau gerufen worden sei, um sie zur Toilette zu begleiten, und sich die Nachteinsätze nachher verringert hätten.

3.4.2. Unbestritten ist, dass sich die durch die Berufungsklägerin tatsächlich geleisteten Einsätze in der Nacht nach Anschaffung des Nachtstuhls verringerten. Bestritten ist einerseits die Anzahl der Abrufe in der Nacht vor Anschaffung des Nachtstuhls und der Zeitpunkt der Anschaffung des Nachtstuhls. Die Vorinstanz äusserte sich zum Zeitpunkt der Anschaffung des Nachtstuhls nicht. In der Parteibefragung des Vertreters der Berufungsbeklagten (SLZAG.2016.13) vom 12. November 2019 gab dieser an, dass der Nachtstuhl ziemlich am Anfang bzw. in den ersten Wochen des Einsatzes der Berufungsklägerin angeschafft worden sei (Rz. 375 ff.). Die Berufungsklägerin selbst gab an der Befragung vom 12. November 2019 an, dass das Thema Nachtstuhl erledigt gewesen sei, als die Betreuerin 2 im Einsatz gewesen sei, evtl. Anfang 2013. Man habe versucht, die Ehefrau davon zu überzeugen, denn sie habe den Nachtstuhl zu Beginn nicht gewollt. Ungefähr im Februar 2013 habe sich die Ehefrau dann daran gewöhnt (Rz. 183 ff.). Die Betreuerin 2 gab an ihrer Befragung vom 12. November 2019 an, dass es etwa zwei oder drei Wochen gedauert habe, bis die Sache mit dem Nachtstuhl erledigt gewesen sei. Sie habe einen Monat später als die Berufungsklägerin mit ihrem Einsatz begonnen (Rz. 238 ff.). Der erste Einsatz der Berufungsklägerin bei den Ehegatten fand unbestrittenermassen ab dem 22. Oktober 2012 statt. Aufgrund der Befragungen kann als erstellt erachtet werden, dass der Nachtstuhl frühestens Ende Jahr 2012, spätestens, gemäss eigenen Aussagen der Berufungsklägerin, Anfang 2013 angeschafft wurde. Aufgrund dieser Beweiswürdigung ist die Rüge der Berufungsklägerin nicht zu hören und die Feststellung der Vorinstanz nicht zu bemängeln. Auch nicht zu bemängeln ist die Feststellung der Vorinstanz, dass die Berufungsklägerin vom Ehemann in der Nacht kaum je gerufen wurde. Die Berufungsklägerin sagte selbst aus, dass der Ehemann möglichst selbständig bleiben wollte (Rz. 53). Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Nachtruhe der Berufungsklägerin durch die unbestrittene Neigung des Ehemannes, nachts aufzustehen, das Schlafzimmer zu verlassen und im Wohnzimmer zu lesen oder Musik zu hören, und der damit verbundenen Gefahr eines Sturzes, eingeschränkt wurde. Der Vertreter der Berufungsbeklagten gab selbst zu Protokoll, dass der Ehemann an den Folgen eines Oberschenkelhalsbruchs, welchen er sich bei einem Sturz in der Nacht zugezogen habe, gestorben sei (Parteibefragung des Vertreters der Berufungsbeklagten (SLZAG.2016.13) vom 12. November 2019, Rz. 393 f.; vgl. auch 2. Befragungsprotokoll («Fortsetzung») der Berufungsklägerin vom 12. November 2019, Rz. 366 ff.). Weiter kann insbesondere anhand der Aussagen der Betreuerin 2, auf welche sich die Berufungsbeklagte ja selbst stützt, als

erstellt erachtet werden, dass ■ vor Anschaffung des Nachtstuhls ■ die Betreuerinnen 1 ■ 2 Mal in der Nacht insbesondere von der Ehefrau zur Unterstützung beim Toilettengang gerufen wurden.

3.4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt nicht unrichtig festgestellt hat. Die Vorinstanz stützte ihre Schlussfolgerungen auf die Akten und würdigte die Beweise pflichtgemäss. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz Feststellungen vorgenommen hätte, die nicht den Akten entsprechen würden.

3.5.1. Die Berufungsklägerin moniert in ihrer Berufung weiter, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem sie angenommen habe, selbst wenn ihr die Ehegatten erlaubt hätten, das Haus zu verlassen, hätte sie mit allergrösster Wahrscheinlichkeit nicht ausserhalb des Hauses übernachtet. Ihre persönliche Freiheit sei deswegen nicht erheblich stärker eingeschränkt gewesen als diejenige ihrer Berufskollegin in Basel. Diese Feststellung sei rein hypothetisch.

3.5.2. Für die Bemessung der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes geht es insbesondere darum, festzustellen, inwiefern und wie stark die Berufungsklägerin durch die Arbeit für die Berufungsbeklagte in ihrer Privatsphäre eingeschränkt war. Wie stark eine Arbeitnehmerin in ihrer persönlichen Freiheit eingeschränkt ist, ist sowohl raum- und zeitabhängig sowie subjektiv zu bewerten (Henneberger Fred/Rieder Stefan, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011 S. 1057 ff., 1064). Die Vorinstanz erachtete aufgrund der Beweismittel als erstellt, dass die Berufungsklägerin Bereitschaftsdienst hat leisten müssen und das Haus nicht ohne Erlaubnis der Ehegatten hat verlassen dürfen. Sie gewichtete diese Pflicht allerdings nicht als besonders einschneidend, da sie davon ausging, dass die Berufungsklägerin sowohl aufgrund praktischer (die eher ländliche Umgebung von [...] und damit wohl ein geringes Angebot an Mietwohnungen) als auch aufgrund ökonomischer Gründe (im internationalen Vergleich sehr hohe Wohn- und Lebenshaltungskosten in der Schweiz) mit allergrösster Wahrscheinlichkeit ohnehin nicht ausserhalb des Hauses der Ehegatten übernachtet hätte. Während der jeweiligen Einsätze bei den Ehegatten stand der Berufungsklägerin ein eigenes Zimmer im Haus der Ehegatten zur Verfügung. Sie durfte das Haus nicht verlassen, sofern niemand anders im Haus anwesend war, der Hilfe leisten konnte, und musste sich für allfällige Abrufe sowohl tags- als auch nachts über bereithalten. Da der Bereitschaftsdienst vor Ort geleistet wurde und ein effektiver Einsatz damit möglichst zeitnah zum Abruf zu erfolgen hatte (innerhalb von 10 Minuten; Befragungsprotokoll von [] als beklagte Partei vom 12. November 2019, Rz. 265), ist das Ausmass der persönlichen Einschränkung hoch. Die Berufungsklägerin konnte über die Wartezeit nur sehr eingeschränkt verfügen. Auch bestand keine Disponibilität, weil die Berufungsklägerin nie wusste, ob sie nochmals abgerufen wird. Dies schränkte nicht nur das soziale Leben ein, sondern die Berufungsklägerin wurde auch permanent mit einem psychologischen Stress belastet, weil sie jederzeit mit einem Abruf rechnen musste. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Einsätze im Vergleich mit der Präsenzzeit selten waren ■ zumindest nach Anschaffung des Nachtstuhls ■ und nicht von langer Dauer (etwas anderes ist nicht belegt), weshalb sie die Wartezeit, wenngleich aufgrund der Ortsgebundenheit in eingeschränkter Weise, für persönliche und arbeitsfremde Zwecke nutzen konnte. Beispielsweise konnte sie die Zeit zur Pflege ihrer sozialen Kontakte in [...] über elektronische Mittel nutzen. Weiter konnte sie die Rufbereitschaft in der Nacht für die Erholung und Schlaf einsetzen. Die Schlafqualität dürfte nicht besonders eingeschränkt gewesen sein, da wie bereits erwähnt, die Anzahl Einsätze gering waren. Auch kann aus

dem Umstand, dass sie nach ihren ca. monatlichen Einsätzen zurück nach [...] ging, geschlossen werden, dass sie nicht vorhatte, in der Schweiz ein soziales Netzwerk aufzubauen oder sich hier zu verankern, sondern sie kam, um zu arbeiten. Etwas anderes hat sie jedenfalls nicht geltend gemacht. Der Berufungsklägerin hätte bewusst sein sollen, dass sie aufgrund der ländlichen Umgebung von [...] ohnehin nicht grosse Sprünge hätte machen können und dass die Lebenshaltungskosten in der Schweiz hoch sind. Weiter als reduzierender Faktor ist zu erwähnen, dass sie dadurch, dass sie bei den Ehegatten wohnte, keinen Arbeitsweg hatte, sich nicht umziehen musste, sofort einsetzbar war und sofort wieder in ihrem Zimmer war. Ihre Aufgabe in der Nacht beschränkte sich auf die Unterstützung für den Toilettengang oder auf eine Erstevaluation der Situation. Ihr Aufwand für die Einsätze hielt sich demnach sehr in Grenzen. Zudem ergibt sich aus den Akten, dass sich die Berufungsklägerin selbst nur mit einem Frei-Tag in der Woche zufrieden gab (vgl. Klagebeilage 24). Die Feststellung der Vorinstanz, dass die Berufungsklägerin mit allergrösster Wahrscheinlichkeit ohnehin nicht anderswo übernachtet hätte, ist demnach nicht rein hypothetisch, sondern darf anhand der Umstände als erstellt erachtet werden. Im Übrigen wird auch die Behauptung der Berufungsklägerin, sie sei einem psychologischen Stress ausgesetzt gewesen, weil sie ständig mit einem Abruf habe rechnen müssen, anhand der Umstände als erstellt erachtet.

3.5.3. Für die Beweiswürdigung müssen sowohl sämtliche Beweise gewürdigt als auch die Umstände und das Verhalten miteinbezogen werden. Es ginge nicht an, die ganzen Umstände vollständig auszublenden. Dies insbesondere auch gestützt auf die Privatautonomie nicht.

3.6.1. Ferner beanstandet die Berufungsklägerin die durch die Vorinstanz berücksichtigte Rechtsauffassung zur Bemessung der Höhe der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes in der Nacht. Die Vorinstanz erachtete die Höhe der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst von CHF 2.00 in der Nacht als angemessen. Ihre Begründung beruht auf dem Kommentar von Michael Kull zum Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014 (GS.2013.32) (Michael Kull, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014, in der Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV, 2015, Seiten 112 ff.).

3.6.2. Die Frage, wie die Rufbereitschaft zu entschädigen ist, wird weder im OR noch im Arbeitsgesetz geregelt. Das Bundesgericht erwog in BGE 124 III 249, E. 3, zusammengefasst, die Rufbereitschaft sei grundsätzlich als entgeltliche Arbeit zu betrachten. Die Höhe der Entschädigung ergebe sich primär aufgrund der einzel- oder gesamtarbeitsvertraglichen Abrede. Die Entschädigung könne im Lohn für die Hauptleistung inkludiert sei, wobei dabei der Lohn das gesamtarbeitsvertragliche Minimum übersteigen müsse. Die Entschädigung müsse ■ abweichende Vereinbarung vorbehalten ■ nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden, da einerseits der Arbeitnehmer die Zeit noch anders nutzen könne, andererseits seien die betriebswirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers an der Tätigkeit oft geringer. Gehe weder aus dem Einzel- noch aus einem Kollektivarbeitsvertrag hervor, wie hoch die Entschädigung sein solle, schulde der Arbeitgeber das, was üblich sei. Lasse sich dies nicht feststellen, sei nach Billigkeit (Ermessen des Richters) zu entscheiden. Die in die Ermessensausübung einflussenden Kriterien seien vor allem das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität, in welcher der Arbeitnehmer die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen könne. Die Angemessenheit habe sich an der

persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers zu orientieren, d.h., je grösser sie in Bezug auf die Nutzung der Wartezeiten für die individuellen Bedürfnisse sei, desto höher habe die Entschädigung zu sein, damit sie als angemessen betrachtet werden könne.

3.6.3. Da der von der Berufungsklägerin erbrachte Bereitschaftsdienst in der Wohnung der zu betreuenden Person und damit am Arbeitsort selber erfolgte, zählt die Präsenzzeit zwischen 20:30 Uhr bis 07:30 Uhr im Umfang von 11 Stunden ohne weiteres zur Arbeitszeit. Da die Parteien keine Entschädigung für die Rufbereitschaft vereinbart haben und eine solche nirgends geregelt ist, ist für die Bemessung das billige Ermessen des Gerichts massgebend. Auszugehen ist zunächst vom für effektive Einsätze vereinbarten Stundenlohn. Dieser ist unbestritten. Kull berücksichtigt bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst ■ entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ■ lediglich das Ausmass der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers. Die Gründe, weshalb die Vorinstanz dem Autor Kull folgt und sie folglich das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers ausser Acht lässt, sind aus dem Urteil nicht ersichtlich. Eine Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich vorliegend nicht. Vielmehr sind die Bemessungskriterien des Bundesgerichts (betriebswirtschaftliches Interesse des Arbeitgebers und Einschränkung der persönlichen Freiheit der Arbeitnehmerin) heranzuziehen. Dabei ergibt sich folgendes Bild: Das betriebswirtschaftliche Interesse der Ehegatten an der Rufbereitschaft kann zwar nicht als gering eingestuft werden, da das Bedürfnis nach Sicherheit durch eine stets anwesende Person im Haus der Ehegatten gross war, doch ist gestützt auf das Beweisergebnis erstellt, dass es nach der Anschaffung des Nachtstuhls für die Ehefrau, spätestens Anfang 2013, selten zu Einsätzen in der Nacht gekommen ist. Auch dürften die Einsätze jeweils von kurzer Dauer gewesen sein. Was die Einschränkung der persönlichen Freiheit der Arbeitnehmerin anbelangt, ist auf Ziff. 3.5.2. zu verweisen. Weiter kann eine allfällige Verletzung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften verwaltungs- und strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Dass nach Ansicht der Berufungsklägerin für die Bemessung der Höhe der Entschädigung eine allfällige Verletzung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften miteinflussen sollte, ist nicht sachgerecht und ergibt sich auch aus den arbeitsgesetzlichen Bestimmungen nicht. Die Prüfung, ob eine Verletzung von arbeitsgesetzlichen Bestimmungen vorliegt, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3.6.4. Kull geht von einer minimalen Entschädigung in der Stunde von CHF 2.00 aus. Wie bereits erwähnt, ist die Höhe der Entschädigung nirgends festgelegt und es gibt keine Minimalansätze. Sie muss einzelfallbezogen festgelegt werden. Dass Kull von einem Minimum von CHF 2.00 in der Stunde ausgeht, heisst nicht, dass die Entschädigung nicht auch tiefer liegen könnte. Der Entscheid zur Festlegung der Höhe der Entschädigung liegt im Ermessen des Gerichts. Grundsätzlich ist die Rechtsmittelinstanz nicht befugt, ein eigenes Rechtsfolgeermessen ohne weiteres an Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Die Vorinstanz stützte sich auf den Autor Kull und ging von dem von ihm festgehaltenen Minimalansatz von CHF 2.00 pro Stunde aus. Das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers berücksichtigte sie nicht. Michael Kull setzte sich ■ im Gegensatz zu den anderen Autoren ■ detailliert und differenziert mit der Situation, dass die arbeitnehmende Person am Arbeitsplatz wohnt, auseinander. Allerdings hat die Vorinstanz entgegen der bundesgerichtlichen Praxis das betriebliche Interesse des Arbeitgebers nicht berücksichtigt. Die Berufungsbeklagte stützt sich eventualiter auf den Autor Kull mit einem Minimalansatz von CHF 2.00 pro Stunde. Ganzeinheitlich betrachtet gibt es allemal «mildere» Fälle, bei

welchen eine Entschädigung für den Bereitschaftsdienst geschuldet ist und sowohl die Einschränkung der persönlichen Freiheit der Arbeitnehmerin geringer ist (z.B. Übernachtung nicht am Arbeitsort; lange Abruffrist) als auch das betriebliche Interesse des Arbeitgebers nicht so schwer wiegt wie vorliegend (keine Dauerverantwortung bei Anwesenheit). Im Vergleich zu den in der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilten Fälle und unter Berücksichtigung, dass die Freiheit der Berufungsklägerin sowohl zeitlich als auch räumlich objektiv sehr eingeschränkt war, sich die Einsätze aber sehr in Grenzen hielten, rechtfertigt es sich vorliegend, von einer Entschädigung von 25 % des Grundlohnes pro Stunde Bereitschaftsdienst in der Nacht auszugehen.

E. 4

Das Amtsgericht erliess das Urteilsdispositiv am 15. Juli 2021. Es verpflichtete die Beklagte, der Klägerin CHF 20'570.13 brutto zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. November 2014 zu bezahlen. Darüber hinaus wies es die Klage ab (Ziffer 1 des Urteils). Die Prozesskosten auferlegte es den Parteien nach deren Obsiegen und Unterliegen, wobei es davon ausging, dass die Klägerin zu 4/5 und die Beklagte zu 1/5 unterlag (Ziffern 2 und 3 des Urteils).

E. 4.1

Schliesslich macht die Berufungsklägerin geltend, auf den von ihr geleisteten Stunden des Bereitschaftsdienstes in der Nacht und am Tag sei ein Überstundenzuschlag von 25 % des Stundenlohnes pro Stunde zu gewähren. Die Vorinstanz habe festgestellt, dass die Berufungsklägerin wöchentlich 148 Stunden (Phase 1) bzw. 143 (Phase 2) Arbeitsstunden geleistet habe. Die Arbeitszeit gemäss Rahmenarbeitsvertrag habe in der Phase 1 42 Stunden und in der Phase 2 45 Stunden betragen. Die Berufungsklägerin habe somit wöchentlich 106 Stunden in der Phase 1 bzw. 103 (recte: 98) Stunden in der Phase 2 in Form des Bereitschaftsdienstes absolviert. Der Nachweis der Überstunden sei damit erbracht.

E. 4.2

Die Vorinstanz wies die Forderung des Überstundenzuschlags von 25 % sinngemäss deshalb ab, da Überstunden und Bereitschaftsdienst auseinanderzuhalten seien und sich nicht (auch nicht aus den Rahmenarbeitsverträgen) ergebe, dass der gesetzliche Zuschlag von 25 % für Überstunden auch für den Bereitschaftsdienst gelte.

E. 4.3

Die Berufungsklägerin vermischt in diesem Punkt «Überstunden» mit dem geleisteten Bereitschaftsdienst. Die Berufungsklägerin focht in ihrer Berufung den Punkt betreffend Überstunden nicht an. Solche sind somit erstelltermassen nicht geleistet worden. Die Berufungsklägerin hätte aufzeigen müssen, weshalb auf der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes ein Zuschlag von 25 % geschuldet gewesen wäre bzw. weshalb die Vorinstanz diesbezüglich das Recht falsch angewendet habe. Ihre Ausführungen betreffen (hier nicht nachgewiesene) Überstunden. Inwiefern der gesetzliche Zuschlag von 25 % für geleistete Überstunden auch für den Bereitschaftsdienst gelten soll, legt die Berufungsklägerin nicht dar. Auch erscheint es nicht sachgerecht, zusätzlich zur Entschädigung für den Bereitschaftsdienst noch einen Zuschlag zu gewähren. Tatsächlich macht es keinen Sinn, einer Arbeitnehmerin für den Bereitschaftsdienst zuerst einen Bruchteil des Grundlohns zuzusprechen, weil der Bereitschaftsdienst als deutlich weniger beanspruchend einzustufen ist als reguläre Arbeit, und ihr dann für diesen einen Zuschlag

zuzusprechen. Diese Forderung ist abzuweisen.

5. Was die Beweiswürdigung in Bezug auf den Bereitschaftsdienst tagsüber bzw. die Festlegung der Anzahl Stunden Freizeit anbelangt, ist der Berufungsbeklagten zuzustimmen, wenn sie in ihrer Anschlussberufung geltend macht, dass die Berufungsklägerin beweispflichtig ist und sich Ungenauigkeiten und Unklarheiten in der Beweiswürdigung zu ihren Lasten auswirken. Auf die Aussagen der als Zeuginnen befragten Haushälterinnen, ist ohne weiteres abzustellen. F.____ führte aus, sie sei jeweils am Dienstag-, Mittwoch-, Freitag- und Samstagnachmittag für jeweils 2-3 Stunden im Haus der Ehegatten gewesen und während dieser Zeit hätten die Betreuerinnen frei verfügen dürfen. Die Vorinstanz ging zu Gunsten der Berufungsklägerin davon aus, dass beide Haushälterinnen nur jeweils 2 Stunden im Haus waren, womit die Anzahl Stunden Freizeit für die Berufungsklägerin geringer ausfielen und damit an den entsprechenden Tagen je eine Stunde Bereitschaftsdienst tagsüber zusätzlich auszuzahlen wäre. Dies rechtfertigt sich aber nicht. Es ist nicht klar, weshalb die Vorinstanz die Zeugenaussage zugunsten der Berufungsklägerin würdigte, wo diese doch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Folglich sind vom von der Vorinstanz errechneten Bereitschaftsdienst pro Tag nochmals 4 Mal 1 Stunde abzuziehen. Der Bereitschaftsdienst am Tag betrug damit 25 (Phase 1) bzw. 22 (Phase 2) Stunden pro Woche.

E. 5

Am 1. Juni 2022 (Postaufgabe) erhob die Klägerin (im Folgenden: Berufungsklägerin), neu vertreten durch Rechtsanwalt Guido Ehrler, frist- und formgerecht Berufung und beantragte die Aufhebung des Urteils des Amtsgerichts vom 15. Juli 2021. Weiter sei die Beklagte (im Folgenden: Berufungsbeklagte) zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von CHF 36'613.09 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2014 zu bezahlen. In Aufhebung der Ziffern 2 und 3 des Urteils vom 15. Juli 2021 seien die o/e-Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens entsprechend dem Verfahrensausgang der Berufung festzulegen. Eventualiter sei die Angelegenheit bezüglich der Festlegung der o/e-Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

E. 6

Am 22. August 2022 reichte die Berufungsbeklagte ihre Berufungsantwort sowie Anschlussberufung ein. Sie beantragte die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Im Rahmen der Anschlussberufung beantragte sie die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils sowie die Abweisung der Klage vom 7. September 2016. In Aufhebung der Ziffern 2 und 3 des Urteils des Richteramts Solothurn-Lebern vom 15. Juli 2021 seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens entsprechend dem Verfahrensausgang des Berufungsverfahrens festzulegen. Eventualiter sei die Angelegenheit bezüglich der Festlegung der Kosten an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

E. 6.1

Was die Höhe der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst tagsüber anbelangt, hielt die Vorinstanz zusammengefasst fest, dass der mit Ausnahme der Freistunden an den Werktagnachmittagen und der freien Sonntagnachmittage permanente Bereitschaftsdienst tagsüber einschneidender gewesen sei als jener in der Nacht, denn die Berufungsklägerin habe das Grundstück der Ehegatten ohne deren ausdrückliche Erlaubnis nicht verlassen dürfen und sei damit in ihrer persönlichen Bewegungsfreiheit erheblich eingeschränkt

gewesen. Das faktische Ausgehverbot habe es ihr verunmöglicht, sich auch tagsüber mit jemanden zu treffen oder sich nach eigenem Belieben in der näheren oder weiteren Umgebung des Haushalts der Ehegatten aufzuhalten, beispielsweise am nahen []. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit habe mit Ausnahme des Sonntagnachmittags zwar während der gesamten Dauer des Einsatzes bestanden, die einzelnen Einsätze seien aber auf jeweils vier bis fünf Wochen beschränkt gewesen, es habe also keine permanente Einschränkung wie bei einer Arbeitnehmerin, die mit Ausnahme von Ferien und Feiertagen permanent und auf unbestimmte Zeit bei derselben Arbeitgeberin oder am selben Einsatzort Bereitschaftsdienst leiste, bestanden. Deshalb erscheine ein Zuschlag von 50 % auf dem üblichen Stundenlohn auch für den tagsüber geleisteten Bereitschaftsdienst als zu hoch. Nach Würdigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls sei vielmehr von einer Entschädigung von 33 % des ordentlichen Stundenlohnes auszugehen, was CHF 7.14 (33 % von CHF 21.43) für die Phase 1 sowie CHF 6.84 (33 % von CHF 20.51) für die Phase 2 entspreche.

E. 6.2

Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass die Berufungsklägerin hat Bereitschaftsdienst am Tag leisten müssen, doch geht sie in ihrer Anschlussberufung für den Fall, dass das Gericht anderer Meinung sei, von einer Entschädigung für den Bereitschaftsdienst tagsüber von CHF 2.00 aus. Die Berufungsklägerin focht die Höhe der durch die Vorinstanz festgelegten Entschädigung für den Bereitschaftsdienst tagsüber nicht an.

E. 6.3

Die Vorinstanz geht von einer Entschädigung von 33 % des Grundlohnes aus, da die Freizeit der Berufungsklägerin tagsüber stärker eingeschränkt gewesen sei als in der Nacht. Die Berufungsklägerin war tagsüber während des Bereitschaftsdienstes an den Arbeitsort gebunden, d.h. sie durfte sich nicht vom Haus bzw. Garten der Ehegatten entfernen, sondern musste sich für alle Fälle bereithalten. Sie war durchaus stark in ihrer Freiheit eingeschränkt, ob der Garten oder das Haus nun gross ist oder nicht, ist entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten nicht von Belang. Es geht darum, dass die Berufungsklägerin nicht selbst entscheiden konnte, wo sie sich aufhalten möchte. Die Berufungsbeklagte bringt nichts vor, was zu überzeugen vermag. Sowohl der räumliche als auch zeitliche Aspekt sind einschneidend. Dass die Berufungsklägerin tagsüber stärker eingeschränkt war als in der Nacht, liegt auf der Hand. Sie konnte während des Bereitschaftsdienstes kaum ausserhäusliche soziale Kontakte pflegen. Damit war sie sozialer Isolation und andauerndem Stress ausgesetzt, weil sie ohne Ankündigungsfrist jederzeit mit einem Abruf rechnen musste. Eine Entschädigung von 33 % des Grundlohns erscheint angemessen. Eine höhere Entschädigung ist aufgrund des Dispositionsgrundsatzes ohnehin nicht zuzusprechen.

7. Zusammengefasst ergibt sich folgendes:

Phase 1 (in h)

Phase 2 (in h)

Total der Wochenstunden

168

168

- Arbeitszeit gemäss Vertrag

-42

-45

- Überstunden

-0

-0

- Freizeit

-24

-24

- Rufbereitschaft in der Nacht

-77

-77

Rufbereitschaft tagsüber

25.00

22.00

In der Phase 1 leistete die Berufungsklägerin während 35.5 Wochen total 887.5 Stunden à CHF 7.14 (33 % von CHF 21.43) Bereitschaftsdienst tagsüber, was eine Forderung von total CHF 6'336.75 ergibt. In der Nacht leistete sie 2'733.5 Stunden à CHF 5.3575 (25 % von CHF 21.43) Bereitschaftsdienst, was eine Forderung von CHF 14'644.70 ergibt.

In der Phase 2 leistete die Berufungsklägerin während 13 Wochen total 286 Stunden à CHF 6.84 (33 % von CHF 20.51) Bereitschaftsdienst tagsüber, was eine Forderung von total CHF 1'956.25 ergibt. In der Nacht leistete sie 1'001 Stunden à CHF 5.15 Bereitschaftsdienst, was eine Forderung von CHF 5'155.15 (25 % von CHF 20.51) ergibt.

Der Berufungsklägerin werden für geleisteten Bereitschaftsdienst also zugesprochen:

tagsüber, Phase 1

CHF

6'336.75

nachts, Phase 1

CHF

14'644.70

tagsüber, Phase 2

CHF

1'956.25

nachts, Phase 2

CHF

5'155.15

Total

CHF

28'092.85

Dabei handelt es sich um Bruttobeträge. Der Verzugszins von 5 % seit dem 1. November 2014 wurde nicht angefochten. Folglich ist das Rechtsbegehren Nr. 2 der Berufung im Umfang von CHF 28'092.85 gutzuheissen, wohingegen Ziff. 3 der Anschlussberufung abzuweisen ist.

E. 7

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2022 reichte die Berufungsklägerin eine Anschlussberufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, ein.

E. 8

Die Streitsache ist spruchreif. Gestützt auf Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) kann darüber ohne Durchführung einer Verhandlung aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorinstanz wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachfolgend darauf einzugehen.

II.

1. In grundsätzlicher Hinsicht ist vorweg festzuhalten, dass das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens darstellt, sondern nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet ist (BGE 142 III 413, E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die obere kantonale Instanz hat bei der Überprüfung der Rechtsfragen und des Sachverhaltes freie Kognition (Karl Spühler in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO [BSK ZPO], 3. Auflage, Basel 2017, Art. 310 N 2). Unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) umfasst sowohl die Anwendung als auch die Nichtanwendung von Bundesrecht. Blosser Ermessensfragen gehören nicht dazu, hingegen Ermessensüberschreitung und Ermessensmissbrauch. Für die Rechtskontrolle gilt das Rügeprinzip nicht (BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N 3). Die Berufungsinstanz kann eine freie Sachverhaltsprüfung vornehmen. Sie ist demnach nicht an die Sachverhaltsprüfung der Vorinstanz gebunden (BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N 7). Eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes liegt vor, wenn das Gericht seinen Entscheid auf einen Sachverhalt stützt, der nicht aktenmässig sauber belegt ist. Vorbehalten bleiben bekannte Tatsachen, die offenkundig oder gerichtsnotorisch sind. Allgemein anerkannte Erfahrungssätze sind hingegen Rechtsfragen. Eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes liegt sodann vor, wenn ein Entscheid eine aktenmässige Feststellung übersieht oder sie unrichtig festhält. Die unrichtige Handhabung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung hat ebenfalls eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung zur Folge (BSK ZPO-Spühler, Art. 310 N 9).

E. 8.1

Fällt die Rechtsmittelinstanz selbst einen neuen Entscheid, so ist über die Prozesskosten in Würdigung der Rechtsbegehren der Parteien für beide Verfahrensstufen je getrennt zu befinden. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sind entsprechend dem

Verfahrensausgang des Berufungsverfahrens festzulegen.

E. 8.2

Die Berufungsbeklagte macht bezüglich der Kostenverteilung des erstinstanzlichen Verfahrens geltend, es sei zu berücksichtigen, dass die Berufungsklägerin mit Klage vom 7. September 2016 einen Betrag in der Höhe von CHF 131'277.60 eingeklagt habe, die Vorinstanz in ihrem Urteil aber fälschlicherweise den Betrag von CHF 102'059.65 als Grundlage für die Verteilung der Prozesskosten genommen habe.

E. 8.3

Die Vorinstanz ging tatsächlich von einem eingeklagten Betrag von CHF 102'059.65 aus und erwog, dass die Berufungsklägerin mit dem ihr zugesprochenen Betrag von CHF 20'570.13 zu einem Fünftel obsiegte und sie deshalb vier Fünftel der Prozesskosten zu übernehmen habe.

E. 8.4

Mit vorliegendem Urteil wird der Berufungsklägerin ein Betrag von CHF 28'092.85 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. November 2014 zugesprochen, was rund ein Fünftel (21,4 %) des eingeklagten Betrags von CHF 131'277.60 ausmacht. Die Verteilung der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist damit zu bestätigen. Nicht gefolgt werden kann den Ausführungen der Berufungsklägerin, wonach das Obergericht auf die Rüge, die Vorinstanz habe die Kosten ihres Verfahrens falsch verteilt, nicht eintreten werden könne, da der Kostenpunkt nicht Gegenstand der Berufung sei und sich der Gegenstand der Anschlussberufung auf die Rügen der Berufung beschränke. Die Anschlussberufung ist eben gerade nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt und kann sich auf einen beliebigen, mit diesem nicht notwendig in Zusammenhang stehenden Teil des Urteils beziehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_595/2016 / 4A_599/2016 vom 14. März 2017, E. 4.2.).

9.1. Somit bleibt noch über die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens zu befinden. Für die Kostenverteilung in Rechtsmittelverfahren sind nur die vor der Rechtsmittelinstanz noch strittigen Rechtsbegehren zu berücksichtigen. Der Erfolg des Rechtsmittels misst sich daran, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung der vorinstanzlichen Entscheidung bewirkt wird (Viktor Rüegg / Michael Rüegg, in: Karl Spühler et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 106 N 5). Im Berufungsverfahren macht die Berufungsklägerin nur noch den Betrag von CHF 36'613.09 geltend. Die Anschlussberufungsklägerin verlangt die Abweisung der Klage. Das Obergericht heisst den Betrag von CHF 28'092.85 gut. Damit obsiegt die Berufungsklägerin rein rechnerisch im Umfang von 76.7 %. Die Kosten sind ihr somit zu einem Viertel, und der Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin zu $\frac{3}{4}$ zu auferlegen.

9.2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird festgelegt auf CHF 4'500.00, wovon die Berufungsbeklagte drei Viertel, d.h. CHF 3'375.00, und die Berufungsklägerin ein Viertel, d.h. CHF 1'125.00, zu bezahlen hat. Aufgrund des von der Berufungsbeklagten geleisteten Kostenvorschusses von CHF 1'500.00 hat sie der Berufungsklägerin CHF 1'875.00 zu ersetzen.

9.3. Auch die Parteientschädigungen werden im oben dargelegten Verhältnis auferlegt. Die Berufungsbeklagte macht geltend, die Kostennote des Rechtsvertreters der

Berufungsklägerin sei fast doppelt so hoch wie diejenige ihres eigenen Rechtsvertreters. Ein Grossteil der Mehrkosten dürften aufgrund des freiwilligen Anwaltswechsels zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens entstanden sein, was bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu berücksichtigen sei.

Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin macht für das Berufungsverfahren einen Aufwand von 47.17 Stunden à CHF 250.00 in der Stunde geltend, wohingegen die Berufungsbeklagte einen Aufwand von 24.7 Stunden à CHF 250.00 in der Stunde geltend macht.

Als Parteientschädigung gilt insbesondere der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Gemäss § 160 Abs. 2 des Gebührentarifs (BGS 615.11, GT) beträgt der Stundenansatz für die Bestimmung der Kosten der berufsmässigen Vertretung CHF 230-330.00 zuzüglich Mehrwertsteuer, soweit sie durch Anwälte wahrgenommen wird. § 3, welcher analog anwendbar ist, sieht vor, dass der Zeit- und Arbeitsaufwand, die Bedeutung des Geschäfts, das Interesse an der Verrichtung und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen bei der Festsetzung zu berücksichtigten sind.

Vertretungskosten sind nur dann zu vergüten, wenn sie kausal gewesen sind, d. h. durch die Interessenwahrung im betreffenden Prozess entstanden sind. Für Aufwendungen, die mit dem betreffenden Prozess nicht in einem direkten Zusammenhang stehen, kann die Gegenpartei nicht belastet werden; solche Dienstleistungen sind von der eigenen Partei zu bezahlen. Daher dürfen Mehrkosten, die durch unnötige Anwaltswechsel entstanden sind, nicht der Gegenpartei belastet werden (Viktor Rüegg / Michael Rüegg, in: Karl Spühler et. al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 95 ZPO N 18). Zu entschädigen sind namentlich die Instruktion, das Studium der Akten und der Rechtsfragen, soweit sie für die Interessenwahrung im betreffenden Prozess notwendig oder nützlich waren (Rüegg / Rüegg, a.a.O., Art. 95 N 20).

Der Berufungsbeklagten ist zuzustimmen, dass der Aufwand, der durch den freiwilligen Anwaltswechsel entstanden ist, nicht der Gegenpartei belastet werden kann. Tatsächlich ist der von der Rechtsvertretung der Berufungsklägerin aufgeführte Aufwand fast doppelt so hoch wie derjenige des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten. In der Kostennote des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin ist am 9. Mai 2022 ein Aufwand von 60 Minuten verzeichnet für eine nicht näher bezeichnete E-Mail. Am 13. Mai 2022 wurde eine Recherche von 30 Minuten betrieben. Am 17. Mai 2022 führte der neue Vertreter mit der damaligen Vertreterin ein Telefongespräch à 35 Minuten, wobei selben tags für 150 Minuten Abklärungen getätigt und E-Mails an Personen (u.a. [...]) geschickt wurden, die nicht direkt mit dem vorliegenden Verfahren in Verbindung stehen. Dasselbe gilt auch für das 30-minütige Telefongespräch am 19. Mai 2022 und das 20-minütige Telefongespräch am 24. Mai 2022. Der soeben aufgeführte Aufwand von insgesamt 325 Minuten bzw. 5.4 Stunden wurde nicht näher beschrieben und aufgrund des Betreffs ist anzunehmen, dass jener vorwiegend aufgrund des Anwaltswechsels entstanden ist. Die Honorarnote wird um diesen Aufwand gekürzt. Weiter fällt der für die Ausarbeitung inkl. Berechnung und Fertigstellung der Berufung aufgewandte Aufwand ins Auge. Er beträgt insgesamt 27.5 Stunden, fast drei Stunden mehr, als der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten für das ganze Berufungsverfahren geltend macht. Wäre der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin zu Beginn weg im Verfahren beteiligt gewesen, wäre der Aufwand für die Berufung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tiefer ausgefallen. Die Berufung umfasst 14

Seiten. Wird für jede Seite ermessensweise 1.5 Stunde Aufwand berechnet, ergibt dies einen Aufwand von 21 Stunden, anstelle von 27.5. Damit wird die Honorarnote des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin um insgesamt 11.9 Stunden (5.4 + 6.5 Stunden) gekürzt. Damit ergibt sich ein zu berücksichtigender Aufwand von 35.27 Stunden à CHF 250.00, d.h. CHF 8'817.50 zuzüglich Auslagen von CHF 423.80, insgesamt CHF 9'241.30. Die Mehrwertsteuer wurde nicht gefordert.

Der Aufwand des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten beläuft sich insgesamt auf CHF 6'700.10 inkl. Auslagen und MWST.

Die gekürzten Aufwendungen von Rechtsanwalt Guido Ehrler, Basel, belaufen sich auf CHF 9'241.30. Der von der Berufungsbeklagten zu übernehmende Anteil beträgt 76.7 %, somit CHF 7'088.10. Die Aufwendungen von Rechtsanwalt Andreas Schild, Grenchen, belaufen sich auf CHF 6'700.10. Der von der Berufungsklägerin zu übernehmende Anteil beträgt 23.30 %, somit CHF 1'561.15. Die Berufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin nach Verrechnung der beiden vorstehenden Beträge eine Parteientschädigung von gerundet CHF 5'500.00 zu bezahlen.

Demnach widerkannt:

2.Ziffer 1 des Urteils des Amtsgerichts Solothurn-Lebern vom 15. Juli 2021 lautet neu wie folgt:

B.____ wird verpflichtet, A.____ einen Betrag von CHF 28'092.85 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. November 2014 zu bezahlen. Darüber hinausgehend werden die Berufung und die Anschlussberufung abgewiesen.

3.Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens von CHF 4'500.00 werden im Umfang von CHF 1'125.00 A.____ und im Umfang von CHF 3'375.00 B.____ auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. B.____ wird verpflichtet, nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils A.____ CHF 1'875.00 zu erstatten.

4.B.____ hat A.____ für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'500.00 zu bezahlen.

Rechtsmittel:Der Streitwert liegt über CHF 30'000.00.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Die Präsidentin

Hunkeler

Die Gerichtsschreiberin

Hasler

E. 12

November 2019, Rz. 26) und waren damit von ihr abhängig. So sagte die Betreuerin 2 zu Beginn ihrer Befragung vor erster Instanz am 12. November 2019 insbesondere aus, in ihrem Arbeitsvertrag stehe, dass sie als Arbeitnehmerin «verschiedene Sachen geheim

halten» müsse, wenn dies der Firma schade (Rz. 12 f.). Fraglich ist deshalb, wie neutral ihre Aussagen sind. Nichtsdestotrotz muss festgehalten werden, dass die Betreuerin 2, welche zur gleichen Zeit und jeweils abwechselnd mit der Berufungsklägerin bei den Ehegatten tätig war (Rz. 45 f.), weder im Sinne der Berufungsbeklagten noch der Berufungsklägerin ausgesagt hat. Einerseits gab sie an, nicht oder kaum in der Nacht gerufen worden zu sein (Rz. 109, ff., Rz. 234), sie habe das Haus verlassen dürfen, auch wenn sonst niemand anwesend gewesen sei (Rz. 198) und sie habe gefühlt nicht mehr als 40 Stunden in der Woche arbeiten müssen (Rz. 504), andererseits bestätigte sie, dass die Ehefrau über eine Klingel verfügt habe (Rz. 122, Rz. 428), dass sie gewusst habe, dass zur Betreuungsarbeit gehöre, in der Nacht aufzustehen (Rz. 263 f., Rz. 315 ff.), dass sie anfangs ein- oder zweimal in der Nacht tatsächlich gerufen worden sei (Rz. 250, Rz. 423 f.) und dass sie mit der Ehefrau eine Diskussion gehabt habe, da sie einmal das Haus verlassen habe, ohne dies den Ehegatten mitgeteilt zu haben. Deshalb sei die Ehefrau unzufrieden gewesen (Rz. 210 ff.). Tatsächlich findet sich in den Akten ein Schreiben des Ehemannes an seine Tochter vom 24. März 2014, in welchem er schrieb: «[] Mit der [Betreuerin 2] hatte [die Ehefrau] wegen der Freizeit eine gewisse Diskussion.» (Klagebeilage 26). Schliesslich ist auf Klagebeilage 25 zu verweisen, worin es insbesondere auch um die Präsenz- und Arbeitszeiten der Berufungsklägerin und der Betreuerin 2 ging. Darin stellte die Tochter der Ehegatten am 26. Januar 2014 aufgrund der Beanstandungen der Berufungsklägerin einen aktualisierten, stundenmässig reduzierten Wochenplan auf. Daraus ist ersichtlich, dass sich die Arbeitszeit ohne Rufbereitschaft am Nachmittag und in der Nacht nach einer (gewünschten künftigen) Reduktion immer noch auf 58 Stunden belief. Trotz der Widersprüche und den objektiven Beweismitteln, die teilweise eine andere Sprache sprechen als dies die Betreuerin 2 dargelegt hat, kann ihren Aussagen nicht per se der Wahrheitsgehalt abgesprochen werden. Dass die Vorinstanz ferner den Aussagen der Betreuerin 3 kein allzu grosses Gewicht beimass, ist nicht zu bemängeln. Schliesslich geht es um die Situation während der Zeit, als die Berufungsklägerin bei den Ehegatten tätig war. Die Betreuerin 3 war die Nachfolgerin der Berufungsklägerin und kann sich zu den Verhältnissen während des relevanten Zeitraums nicht äussern. Aufgrund dieser Ausführungen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz insbesondere auf die Aussagen der Berufungsklägerin abgestellt hat. Die Aussagen der Berufungsklägerin erfüllen im Übrigen zahlreiche Realkennzeichen. Sie übertreibt mit ihren Aussagen nicht (bspw. 2. Befragungsprotokoll («Fortsetzung») der Berufungsklägerin vom 12. November 2019, Rz. 207 f.; Rz. 242, Rz. 247 ff.), schildert Details (bspw. Rz. 193 ff.), Nebensächlichkeiten (Rz. 233 ff.) und gibt Erinnerungslücken zu (bspw. Rz. 437). Die Aussagen der Berufungsklägerin korrelieren im Sinne ausserdem weitgehend mit den Aussagen der Tochter der Ehegatten.

2.5.2. Da die Tochter der Ehegatten als Zeugin Stellung gegen die Berufungsklägerin einnahm, indem sie sich an der Befragung vom 12. November 2019 dahingehend äusserte, dass sie von der Berufungsklägerin enttäuscht sei, da diese trotz der guten Arbeitsbedingungen bei ihren Eltern dieses Verfahren angestrebt habe und der vorliegende Prozess «an den Haaren herbeigezogen» sei (Rz. 747 ff.), wäre eher zu erwarten gewesen, dass sie nicht im Sinne der Berufungsklägerin aussagen würde. Das lässt sich aber nicht feststellen, auch wenn sie sich teilweise widersprach. Bei ihren Aussagen beispielsweise fällt auf, dass sie zwar die Bereitschaftspflicht und die Pflicht zur Anwesenheit der betreuenden Personen verneint, sobald sie direkt darauf angesprochen bzw. danach gefragt wurde (Rz. 129; Rz. 441, Rz. 577 f., Rz. 643, Rz. 811 ff.), doch läuft die Gesamtwürdigung

der Aussagen vielmehr darauf hinaus, dass sowohl seitens der Ehegatten selbst als auch seitens deren Kinder der Wille bestand, eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung engagieren zu wollen. Sie sagte aus, dass man geschaut habe, dass immer jemand anwesend gewesen sei. Es sei zwar zu dieser Zeit noch nicht nötig gewesen, doch gerade ihrem Vater sei dies wichtig gewesen (Rz. 101 ff.). Ausnahmsweise sei es vorgekommen, dass die Berufungsklägerin ihre Mutter in der Nacht auf die Toilette habe begleiten müssen (Rz. 450 ff.). Selbst die Berufungsbeklagte geht davon aus, dass die Tochter der Ehegatten eine glaubwürdige Zeugin ist. Dass die Vorinstanz demnach davon ausging, dass «durch die Aussagen der Klägerin und [der Tochter der Ehegatten] [] sodann erstellt [ist], dass die Betreuerinnen nicht nur in der Zeit nach der Rückkehr [der Ehefrau] bzw. später auch [des Ehemannes] von einem Spitalaufenthalt (Schulterverletzung [der Ehefrau] in Sommer 2012, Hirninfarkt [des Ehemannes] im Frühling 2014), sondern permanent während der Nacht mit Einsätzen zur Hilfeleistung für die Ehegatten rechnen mussten und solche Einsätze auch tatsächlich leisteten, kann nicht bemängelt werden. Auf das Betreuungsangebot der Berufungsbeklagten angesprochen führte die Tochter der Ehegatten an ihrer Befragung vom 12. November 2019 aus, dass es auch funktioniert hätte, wenn die Betreuerin nicht im gleichen Haus wie die Ehegatten gewohnt hätte. Dafür habe es aber keinen Anbieter gegeben und eine einzelne Person hätte sich das nicht leisten können. Aber die Lösung, dass ständig jemand vor Ort anwesend gewesen sei, habe sie präferiert, da es damit gut organisiert gewesen sei und sie als Angehörige nicht ständig habe «springe und luege und mache» müssen (Rz. 506 ff.). Darauf angesprochen, dass unter Paragraf sechs der Verleihvereinbarung vom Oktober 2012, die sie selbst unterschrieben habe, stehe: «Das Personal wohnt und arbeitet im Haus des Leihnehmers», habe sie nicht als Pflicht wahrgenommen, sondern als einfache, pragmatische Lösung (Rz. 574 ff.). Der Vertrag hätte anders aussehen müssen, wenn das Personal nicht im Haus ihrer Eltern hätte wohnen können. Es sei zwar nicht nötig gewesen, doch sie hätten es als beruhigend empfunden, wenn immer jemand vor Ort gewesen sei (Rz. 583 ff.). Auf Frage, wie viel ihre Eltern für die Leistungen der Berufungsbeklagten in etwa bezahlt hätten, antwortete sie, ca. CHF 7'000.00 (Rz. 515 f.). Sie hätten aber nie CHF 7'000.00 oder mehr pro Monat bezahlt für jemanden, der um 07:30 Uhr gekommen und um 20:30 Uhr wieder gegangen wäre («nein, das natürlich nicht»; Rz. 592 ff.). Es mache einen Unterschied, ob jemand noch im Haus wohne und am Tisch esse (Rz. 614 ff.). Auf die Frage, wie sie reagiert hätte, wenn ihre Mutter ihr erzählt hätte, dass die Berufungsklägerin nicht aufgestanden wäre, obwohl ihre Mutter in der Nacht geklingelt hätte, antwortete sie, sie hätte sicher mit ihrer Mutter darüber gesprochen, was wirklich geschehen sei. Das sei nicht immer einfach gewesen. [] Wenn es regelmässig vorgekommen wäre, hätte man eine Lösung finden müssen. Es sei wirklich nicht die Idee gewesen, ständig in der Nacht aufstehen zu müssen. Ihres Wissens sei es aber auch nicht regelmässig passiert (Rz. 795 ff.). Die Anschlussfrage des Gegenanwalts, ob die Beklagte ihren Eltern eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung zugesichert habe, verneint sie (Rz. 808 ff.). Ihre Eltern hätten von August 2012 bis Oktober 2014 keine Rund-um-die-Uhr-Betreuung benötigt und die Berufungsklägerin hätte das Haus der Ehegatten verlassen dürfen, wenn keine konkreten Arbeiten zu verrichten gewesen seien. Auf Nachfrage des Vorsitzenden erklärte die Tochter der Ehegatten, dass die Berufungsklägerin schon nicht einfach nach dem Frühstück hätte gehen können [da zum Aufgabenbereich der Berufungsklägerin auch das Leisten von Gesellschaft gehört habe]. Ihren Eltern sei es wichtig gewesen, auch mal ca. eine halbe Stunde alleine zu sein und sie meine, dies sei auch so gehandhabt worden (Rz. 813 ff.).

2.5.3. Aus den Aussagen der Tochter der Ehegatten ergibt sich der klare Wille der Ehegatten bzw. der Familie. Sie wollten eine Person vor Ort anwesend wissen, die im Notfall reagieren könnte, die aber auch bei jeder sonstigen Angelegenheit reagieren könnte, falls es sich nicht um einen Notfall handelte. Die Angehörigen wollten nicht bei jeder kleineren Sache herbeieilen müssen. Dass die Tochter aussagte, eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung sei weder zugesichert noch nötig gewesen und die Betreuerinnen hätten das Haus verlassen dürfen, wenn keine konkreten Arbeiten zu verrichten gewesen seien, ändert am klar erstellten Willen der dauernden Präsenz und Hilfestellung der betreuenden Person (ausserhalb der vereinbarten Arbeitszeit in Form einer Rufbereitschaft) nichts. Die Eltern hätten zwar zeitweise alleine sein wollen und dauernde Betreuung sei nicht nötig gewesen, doch kristallisiert sich aus den Aussagen der Wille nach Sicherheit klar heraus. Weder sie noch ihre Eltern hätten akzeptiert, wenn sich die Berufungsklägerin geweigert hätte, die Mutter nachts auf die Toilette zu begleiten. Zudem liegt ein objektives Beweismittel in den Akten, das zusammen mit den Aussagen belegt, dass die Ehegatten erwarten, dass sich die Betreuerinnen ausserhalb der (ordentlichen) Arbeitszeiten im Haus oder Garten aufhalten (Befragungsprotokoll der Betreuerin 2 vom 12. November 2019, Rz. 210, Schreiben vom 24. März 2014, Klagebeilage 26). Auch gab die Tochter an, dass dieses Modell (zusätzliche Anwesenheit in der Nacht) genau das geeignete gewesen sei und sie nicht so viel an die Berufungsbeklagte bezahlt hätten, wenn die Betreuerin nur zwischen 07:30 Uhr und 20:30 Uhr anwesend gewesen wäre. Dass die Berufungsklägerin (bestrittenermassen) geäussert habe, ihr gefalle die Arbeit bei den Ehegatten, die Arbeitsbedingungen seien okay und es käme ihr vor wie Ferien, ändert ■ entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten ■ nichts daran, dass die Entschädigung der ■ durch Beweismittel erstellten ■ geleisteten Mehrarbeit im Vertrag nicht geregelt wurde. Im Übrigen ist erstellt, dass die Berufungsklägerin mehrfach moniert hat, die Mehrarbeit würde nicht entschädigt werden.

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