

# ZH\_OBERGERICHT LA180038 vom 11. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA180038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA180038)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA180038 du 11 octobre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LA180038 del 11 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) ist eines von vier Kindern der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Seit dem Tod des Vaters (tt.mm.2010) kümmerte sich der Kläger, der bereits seit 1998 im Hause seiner Eltern in E.\_\_\_\_\_ wohnt, um seine betagte Mutter (Urk. 1 S. 2, Urk. 3/7). Im September 2010 beantragten die Geschwister des Klägers die Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen für die Beklagte (Urk. 8 S. 2, Urk. 9/7 S. 2).

### E. 1.1

Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

### E. 1.2

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Auf Rügen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lassen, ist nicht einzutreten. Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und N 97; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 313 N 37). Auch sind die Parteien grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer

- 13 - 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

### E. 1.3

Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f. mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dorrmann, Art. 106 N 11 f.).

#### **E. 1.4**

Im vorliegenden Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 ZPO) gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Novenregelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO (BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 f., 142 III 413 E. 2.2.2 S. 414 f., 144 III 349 E. 4.2.1 S. 351). Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen

- 14 - sen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

#### **E. 1.5**

Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufung bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 mit weiteren Verweisen). Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Berufungsantwort Anlass gaben oder die echte Noven darstellen. Die Stellungnahme der Beklagten vom 1. April 2019 (Urk. 25) äussert sich lediglich in Rz 7 zu den in der Berufungsantwort neu aufgestellten Behauptungen und neu eingereichten Beilagen (Urk. 19 S. 4 f., S. 9, Urk. 21/1-2; vgl. Urk. 22 S. 2). Im darüber hinausgehenden Umfang sind ihre Ausführungen nicht zulässig.

## **E. 1.6**

Die Beklagte hatte Widerklage über Fr. 33'510.30 erhoben. Mit dem Berufungsantrag Ziffer 2 fordert sie nunmehr lediglich Fr. 27'590.65. Der Antrag auf "vollumfängliche" Aufhebung des Nichteintretensentscheids (Berufungsantrag Ziffer 1) ist somit in diesem Rahmen zu sehen. Es ist somit vorzumerken, dass die Verfügung der Vorinstanz insoweit mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist in Rechtskraft erwachsen ist, als auf die Widerklage im Fr. 27'590.65 übersteigenden Umfang nicht eingetreten wurde. Zudem ist vorzumerken, dass das Urteil der Vorinstanz mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Mehrbetrag (Zinsforderung) abgewiesen wurde. 2. Die Beklagte äussert sich zunächst – ohne jegliche Bezugnahme auf ihren vorinstanzlichen Sachvortrag – zum Sachverhalt und stellt Beweisanträge (Urk. 13 S. 2 f. Rz 5 bis 11). Ihre Ausführungen gehen über ihre vorinstanzlichen Vorbringen hinaus (vgl. Prot. I S. 3 ff.). Vor Vorinstanz war von erheblichen Unterlassungen und Nachlässigkeiten in der Pflege und Betreuung der Beklagten durch

- 15 - den Kläger sowie von Pflege bis zur Verwahrlosung und Liegen im eigenen Kot und Urin die Rede (Prot. I S. 4 f.). Die Vorinstanz hat dazu erwogen, die geleistete Arbeitsqualität stelle kein Kriterium dar, ob Lohn geschuldet sei oder nicht und gegebenenfalls in welcher Höhe (Urk. 14 S. 17). Wenn die Beklagte argumentiert, die Gutheissung der Klage durch die Vorinstanz führe zum widersinnigen und absurden Ergebnis, dass der Kläger von Juli bis Oktober 2017 mit Fr. 8'557.– entschädigt werde und gleichzeitig für das Alterszentrum E.\_\_\_\_\_ durchschnittliche Kosten von Fr. 6'496.– anfielen (Urk. 13 S. 4 Rz 11), stellt dies keine Auseinandersetzung mit der Begründung der Vorinstanz dar. Die Auffassung der Vorinstanz ist auch nicht zu beanstanden, entsteht der Lohnanspruch doch auch bei mangelhafter Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) und könnte höchstens mit einem aus der Schlechterfüllung entstandenen Schadenersatzanspruch (Art. 321e OR) verrechnet werden (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 31; BK-Rehbinder/ Stöckli, Art. 321e OR N 16; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, Art. 321a OR vor N 1). Ebenso vermag der integrale Verweis auf die verschiedenen Verfahren vor der KESB und vor Bezirksgericht Bülach zwecks Feststellung des gesamten Ausmasses der Gefährdung der Beklagten durch das menschenunwürdige Verhalten des Klägers (Urk. 13 S. 2 f. Rz 5) den Anforderungen an eine Berufungsrüge nicht zu genügen, zumal dem Antrag auf Edition der verschiedenen Verfahrensakten (Urk. 13 S. 3 Rz 5) zufolge Verspätung auch nicht stattgegeben werden kann. Die Beklagte hätte diesen Beweisantrag bereits vor Vorinstanz stellen müssen. Angesichts der Begründung der Vorinstanz, eine (allfällige) Schlechterfüllung des Arbeitsvertrags durch den Kläger bleibe ohne Einfluss auf den Lohn, wäre der Beweisantrag aber auch unerheblich (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Schliesslich bestreitet die Beklagte die im Urteil der Vorinstanz wiedergegebene Sachverhaltsdarstellung des Klägers (Urk. 13 S. 3 Rz 6). Diese pauschale Bestreitung ist einerseits ungenügend (Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 222 N 11) und andererseits verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

## **E. 2**

Mit Beschluss vom 13. Dezember 2010 wurde für die Beklagte eine Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 aZGB angeordnet (Urk. 9/7 S. 2). Mit Entscheid der KESB E.\_\_\_\_\_ ... (fortan KESB) vom 8. Dezember 2015 wurde die bestehende Beistandschaft aufgehoben und eine Beistandschaft nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB

angeordnet (Urk. 9/11, Urk. 9/14). Der der Beklagten für ihren Unterhalt von der damaligen Beiständin überwiesene Betrag betrug bis Ende 2013 Fr. 2'500.– und ab 2014 noch Fr. 1'350.– pro Monat (Urk. 8 S. 4, Urk. 9/9). Zusätzlich wurden dem Kläger für die Betreuung/Pflege jeweils Fr. 1'800.– pro Monat ausgerichtet (Urk. 8 S. 10 ff., S. 17).

### **E. 3**

Dem Rechenschaftsbericht für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2014 lässt sich entnehmen, dass der schon länger geplante Betreuungsvertrag mit dem Kläger bisher nicht abgeschlossen werden können, da man sich bisher betreffend Höhe der Entschädigung nicht einig geworden sei (Urk. 8 S. 5, Urk. 9/10 S. 2). Mit Entscheid vom 22. November 2016 versagte die KESB dem von der damaligen Beiständin C. \_\_\_\_\_ eingereichten Betreuungs- und Pfl-

- 5 - gevertrag vom 20. resp. 22. Juli 2016 zwischen der Beklagten und dem Kläger die Zustimmung. Die Entschädigung von Fr. 7'300.– pro Monat zuzüglich kostenloser Nutzung der Liegenschaft (exkl. Einliegerwohnung) wurde als zu hoch erachtet, obwohl der Kläger – so die KESB – zweifellos viele Betreuungsaufgaben übernehme und sich mit Unterstützung der Spitex alleine um seine demenzkranke Mutter kümmere. Die vorgesehene Berechtigung des Klägers, für seine Mutter Zahlungen von Dritten entgegenzunehmen und zu verwenden, wurde ebenfalls kritisiert. Ausserdem sei eine Verrechnung des Lohnes für die Betreuung der Beklagten mit der Miete des Klägers versicherungs- und steuerrechtlich korrekt zu deklarieren und ein Inkraftsetzungsdatum des Vertrags vorzusehen. Der neue Beistand D. \_\_\_\_\_ wurde ersucht, einen neuen Betreuungs- und Pflegevertrag auszuarbeiten (Urk. 8 S. 8 f., Urk. 9/14, Urk. 4/5). Nachdem D. \_\_\_\_\_ sein Mandat gekündigt hatte, wurde mit Entscheid der KESB vom 24. Januar 2017 X. \_\_\_\_\_ als neuer Beistand mit neu definiertem Aufgabenbereich ernannt und beauftragt, zwischen den Parteien einen Betreuungs- und Pflegevertrag auszuarbeiten und der KESB zur Genehmigung einzureichen (Urk. 8 S. 10, Urk. 4/3). Mit Schreiben vom 13. April 2017 teilte X. \_\_\_\_\_ dem Kläger per 6. Mai 2017 eine Reduktion der für die Beklagte per Dauerauftrag überwiesenen Fr. 1'350.– auf Fr. 1'130.– mit; der dem Kläger überwiesene Betrag von Fr. 1'800.– blieb unverändert (Urk. 8 S. 6, Urk. 9/12).

#### **E. 3.1**

Die Beklagte rügt, für die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 und 3 OR bleibe im vorliegenden Fall kein Raum, wenn das Kind (der Kläger) seiner Mutter (der Beklagten) im gemeinsamen Haushalt Hilfe leiste (Art. 334/334bis ZGB). Fehle ei-

- 16 - ner der Parteien die Handlungsfähigkeit (vorliegend der Beklagten), falle die Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR ebenfalls dahin und es komme nur eine Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nach den Regeln über faktische Vertragsverhältnisse (Abs. 3) in Frage. In diesem Zusammenhang beruft sie sich auf verschiedene Gerichtsentscheide (Urk. 13 S. 4 f. Rz 12 bis 15).

#### **E. 3.2**

Diese Kritik ist schon deshalb nicht berechtigt, weil die Vorinstanz aufgrund der Tolerierung der klägerischen Arbeitstätigkeit und der konstanten einseitigen Entschädigung von Fr. 1'800.– pro Monat über einen derart langen Zeitraum von einer stillschweigenden bzw. konkludenten Genehmigung des Arbeitsvertrags ausgegangen ist (Urk. 14 S. 16). Damit aber liegt genau besehen ein Anwendungsfall von Art. 320 Abs. 1

OR vor, der für den Einzelarbeitsvertrag Formfreiheit stipuliert. Die Willensäusserung der Parteien kann damit eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Auch der vom gesetzlichen Vertreter geschlossene Arbeitsvertrag bedarf keiner besonderen Form (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 OR N 13) und selbst die Zustimmung der KESB kann ausnahmsweise stillschweigend erfolgen, wobei sich eine solche stillschweigende Zustimmung aus einer schlüssigen Handlung der Behörde in Kenntnis der Umstände ergeben muss (FamKomm Erwachsenenschutz/Biderbost, Art. 416 ZGB N 49; BSK ZGB I-Vogel, Art. 416/417 N 49). Die Vorinstanz hat eine stillschweigende bzw. konkludente Genehmigung durch die KESB auch deshalb angenommen, weil die Zustimmung zum schriftlichen Betreuungs- und Pflegevertrag nur wegen der zu hohen Entschädigung und der Berechtigung des Klägers, Zahlungen für die Beklagte zu empfangen und in deren Interesse zu verwenden, verweigert worden sei, womit die Genehmigung noch alle wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrags (Arbeitsleistung, Entgeltlichkeit) umfasse (Urk. 14 S. 16). Die Beklagte setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander und macht nicht geltend, dass die KESB keine Kenntnis von der Arbeitsleistung des Klägers und der ihm monatlich ausgerichteten Entschädigung hatte. Art. 320 Abs. 2 OR regelt demgegenüber den Fall, in dem der Arbeitgeber ohne Vereinbarung und ohne Leistung einer Vergütung in seinem Dienst Arbeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, mit der Folge, dass ein - 17 - stillschweigender Vertragsschluss unwiderlegbar vermutet wird (ZK-Staehelin, Art. 320 OR N 6, BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 OR N 17).

### **E. 3.3**

Aber selbst wenn auf die gesetzliche Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR zurückgegriffen wird, vermag dies der Beklagten nicht zu helfen. Zutreffend weist der Kläger nämlich darauf hin, dass die von der Beklagten angeführten Entscheidung nicht auf den vorliegenden Fall angewendet werden können (Urk. 19 S. 9 ff. Ziff. 11): – BGE 70 II 21: Die Beklagte substantiiert die vom Sohn in jenem Fall geleisteten Betreuungs- und Pflegeleistungen nicht näher, weshalb sich eine weitere Auseinandersetzung bereits aus diesem Grunde erübrigen würde. Das Bundesgericht taxierte die von einem Sohn geleisteten Dienste nicht als solche, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist, zumal die Tätigkeit ihre natürliche Erklärung und Rechtfertigung im Verhältnis der Verbundenheit und Anhänglichkeit fand. Der Sohn, der sich nicht auf einen Dienstvertrag berief, pflegte seine Mutter während ihrer Krankheit von drei Monaten (in den Jahren 1936 und 1938), kümmerte sich hauptsächlich abends und an Samstagen um Garten und Haus und liess seine Angestellte sich mit der Hälfte ihrer Arbeitszeit Haus, Garten und Pflege widmen (S. 28 f. E. 2). Die Pflege und Betreuung einer demenzkranken Person wie der Beklagten rund um die Uhr kann damit nicht verglichen werden. Zudem lässt die Beklagte ausser Acht, dass der Kläger mit monatlich Fr. 1'800.– entschädigt wurde und der Betreuungs- und Pflegevertrag insbesondere deshalb nicht genehmigt wurde, weil eine Entschädigung von Fr. 7'300.– als nicht angemessen taxiert wurde (Urk. 9/14). – JAR 1993 S. 116: In dem vom Obergericht des Kantons Solothurn beurteilten Fall hatten die Parteien als Entgelt für landwirtschaftliche Dienstleistungen des Sohnes auf dem väterlichen Hof freie Kost und Logis unter dem Vorbehalt eines Lidlohnes vereinbart. Das Obergericht hielt dafür, die Vermutung nach Art. 320 Abs. 2 OR komme nicht zum Zuge, wenn die Parteien Unentgeltlichkeit oder einen Lidlohn vereinbart hätten; die Spezialregelung von Art. 334/334bis ZGB schliesse die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR

- 18 - aus. Zudem war in den streitgegenständlichen Umständen zumindest in landwirtschaftlichen Verhältnissen die Entgeltlichkeit von Dienstleistungen nicht ohne weiteres gängig und daher nicht zu erwarten. Aus diesem Entscheid kann nicht abgeleitet werden, bei Arbeitsleistung im gemeinsamen Haushalt kämen Art. 320 Abs. 2 und 3 OR generell nicht zur Anwendung. – BGE 90 II 443: Auch aus diesem Entscheid ergibt sich keineswegs, dass Art. 320 Abs. 2 und 3 OR nicht anzuwenden sind, wenn im gemeinsamen Haushalt Arbeit geleistet wird. Vielmehr finde die Auffassung – so das Bundesgericht –, dass unter Familienmitgliedern selbst die auf Zeit entgegengenommenen Dienste vermutungsweise unentgeltlich geleistet würden, in Art. 320 Abs. 2 OR keine Stütze. Die erwähnte Bestimmung stelle einfach darauf ab, ob die Leistung der Dienste nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten gewesen sei. Familienrechtliche Bande würden nicht allgemein gegen die Entgeltlichkeit sprechen. Freiwillig leiste ein junger Mann (im Elternhaus) nicht jahrelang unentgeltliche Dienste (E. 1 S. 445).

#### **E. 3.4**

Wenn die Beklagte schliesslich unter Hinweis auf die Lehre (Weiss/Hofstetter, Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 3/2014 S. 351, mit Verweis auf BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 320 OR N 45) dafürhält, aufgrund ihrer Handlungsunfähigkeit falle die Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR dahin und komme nur eine Abwicklung nach den Regeln über faktische Vertragsverhältnisse in Frage (Art. 320 Abs. 3 OR), ist ihr zweierlei entgegenzuhalten. Erstens hat die Vorinstanz auch die Voraussetzungen von Art. 320 Abs. 3 OR als gegeben erachtet (Urk. 14 S. 16 f.). Und zweitens ist zwar die Beklagte, nicht aber ihr Beistand oder die KESB als handlungsunfähig zu betrachten. Dass der gesetzliche Vertreter einer handlungsunfähigen Person Arbeitsverträge abschliessen und genehmigen kann, scheint offensichtlich. In diesem Fall liegt keine nachträgliche Ungültigkeit des Arbeitsvertrags vor und es kommt nicht zur Abwicklung des Arbeitsvertrags nach den Regeln über die faktischen Vertragsverhältnisse (Art. 320 Abs. 3 OR).

#### **E. 4**

Mit Entscheid vom 27. Juli 2017 ordnete die KESB für die Beklagte eine superprovisorische fürsorgerische Unterbringung im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB in der Integrierten Psychiatrie ... an (Urk. 10/4). Der Vollzug erfolgte am 2. August 2017 (Urk. 10/2 S. 2). Mit superprovisorischem Entscheid vom 6. Oktober 2017 erfolgte die Verlegung in das Alterszentrum ... in E.\_\_\_\_\_ (Urk. 10/3 S. 2). Mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 teilte Beistand X.\_\_\_\_\_ dem Kläger mit, dass "wir die beiden Überweisungen von insgesamt CHF 2'930 anfangs November 2017 ein letztes Mal ausführen werden" (Urk. 8 S. 10 f., Urk. 4/4). Schliesslich ordnete die KESB mit Entscheid vom 20. März 2018 die fürsorgerische Unterbringung der Beklagten im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB in der Stiftung F.\_\_\_\_\_ an (Urk. 10/2).

- 6 -

#### **E. 4.1**

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie verkenne ihr Vorgehen und ihre Taktik im Prozess. Weil zwischen ihr und dem Kläger kein Arbeitsvertrag zustan-

- 19 - de gekommen sei, habe sie sich folgerichtig zu den "Vorbringen des Klägers im Einzelnen" "trotz ausdrücklicher Aufforderung durch das Gericht" nicht geäussert, um sich

nicht der Gefahr des Einlassens auf die Sache, also der Argumentation des Vorliegens eines Arbeitsvertrags, auszusetzen. Mit dieser Überlegung bezüglich des Nichtbestreitens und der Anerkennung der gegnerischen Argumente würden sämtliche Ausführungen der Vorinstanz in die falsche Richtung gehen (Urk. 13 S. 6 Rz 18).

#### **E. 4.2**

Im vereinfachten Verfahren werden die Parteien nach Eingang der unbegründeten Klage zur Verhandlung vorgeladen (Art. 245 Abs. 1 ZPO). An der Verhandlung haben die Parteien Klage und Klageantwort mündlich zu substantiieren, womit das Behauptungsstadium des Prozesses vollständig mündlich abläuft (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2016, S. 7347). Darauf und auf die Säumnisfolgen wurden die Parteien in der Vorladung ausdrücklich hingewiesen (Urk. 5 S. 2). Wie es Art. 247 Abs. 1 und 2 ZPO vorschreibt, wirkte die Vorinstanz in der Verhandlung darauf hin, dass die Beklagte ihre rudimentären Angaben zum Sachverhalt ergänzt und entsprechende Beweismittel bezeichnet (Prot. I S. 4 f.). Insbesondere wurde die Beklagte (allerdings vergeblich) aufgefordert, zur Klage Stellung zu nehmen, falls von einem Arbeitsvertrag ausgegangen würde (Prot. I S. 5). Wäre die Beklagte dieser Aufforderung nachgekommen, hätte dies keineswegs als Anerkennung eines Arbeitsvertrags ausgelegt werden können. Das von der Beklagten erwähnte "Einlassen auf die Sache" meint etwas anderes. So wird das angerufene Gericht durch Einlassung zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO). Sodann besteht im ordentlichen Verfahren die Möglichkeit, die Klageantwort auf einzelne Fragen (z.B. auf die Frage der Zuständigkeit oder der Verjährung) zu beschränken (Art. 222 Abs. 3 ZPO, Art. 125 lit. a ZPO), was unter Umständen zur Einholung einer "einlässlichen" Klageantwort in einem späteren Zeitpunkt führt (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, Art. 222 N 13). Vorliegend ging es weder um die Frage der Zuständigkeit durch Einlassung, noch hat die Vorinstanz eine Beschränkung des Prozessthemas angeordnet. Es stand daher nicht im Belieben der Beklagten, sich

- 20 - lediglich zu bestimmten Punkten der Klage zu äussern. Ob die Vorinstanz das Vorgehen und die Taktik der Beklagten verkannte, kann offenbleiben. Lücken in ihrem erstinstanzlichen Vortrag kann die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr schliessen.

#### **E. 4.3**

Die Beklagte stellt in der Folge weitere Behauptungen zum Sachverhalt auf. Sie tut indes nicht dar, dass sie die entsprechenden Tatsachen bereits vor Vorinstanz in das Verfahren eingeführt hat oder dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Novenrechts gegeben wären. Es kann daher nicht berücksichtigt werden, dass die Beklagte (als sie noch handlungsfähig gewesen sei) mit dem Kläger keinen Arbeits- oder Pflegevertrag abgeschlossen habe, weil für beide Parteien von Beginn weg klar gewesen sei, dass die Pflegeleistung unentgeltlich zu erfolgen habe, womit der arbeitslose und ohne Hilfe seiner Mutter wohl sozialhilfeabhängige Sohn freie Kost und Logis und freie Hand in Bezug auf seine Mutter und ihre Finanzen erhalten habe (Urk. 13 S. 6 Rz 19). Neu ist ebenso die Behauptung, der Abschluss eines Arbeitsvertrags sei für die Parteien "seit Beginn der Pflege" kein Thema gewesen, andernfalls die Beklagte bei Beginn der Pflege einen Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen hätte (Urk. 13 S. 8 Rz 24). Ohnehin geht die Beklagte damit

nicht auf das für die Vorinstanz entscheidende Argument ein, nämlich die Entschädigung des Klägers mit Fr. 1'800.– pro Monat über einen längeren Zeitraum. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung durch die Vorinstanz ist nicht auszumachen.

## **E. 5**

Die KESB kam in ihrem Entscheid vom 20. März 2018 zum Schluss, dass die Umsetzung der Betreuung und Pflege der Beklagten in ihrem Wohnhaus in E.\_\_\_\_\_ aus finanziellen und organisatorischen Gründen nicht möglich sei. Sowohl seitens der Spitex E.\_\_\_\_\_ als auch vom Kläger würden zukünftige Einsätze der Spitex E.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten ausgeschlossen. Unklar sei, ob eine private Spitex die benötigte umfassende Dienstleistung überhaupt anbieten könnte. Klar sei hingegen, dass deren Finanzierung nicht sichergestellt werden könnte. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde das Risiko bestehen bleiben, dass es zwischen dem Kläger und den Spitex-Mitarbeitenden erneut zu eskalierenden Situationen kommen würde und der Einsatz allenfalls wieder abgebrochen werden müsste. Auch sei nicht auszuschliessen, dass aufgrund des erheblichen Betreuungs- und Pflegebedarfs seitens des Klägers wieder eine Überforderungssituation entstehen könnte. Da die Beklagte bei einer alleinigen Betreuung durch den Kläger wiederum in einen Zustand schwerer Verwahrlosung – wie vor der Einweisung in die Integrierte Psychiatrie ... – kommen würde, sei die fürsorgliche Unterbringung der Beklagten im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB anzuordnen (Urk. 10/2 S. 14 ff.). Eine vom Kläger und der Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bezirksgericht Bülach mit Urteil vom 12. April 2018 ab (Urk. 10/1).

### **E. 5.1**

Die Beklagte anerkennt, dass je nach Dauer und Umfang der erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag ausgegangen werden muss. So seien – so die Beklagte – zum Beispiel Betreuungs- und Pflegeleistungen während vier oder sogar zwölf Jahren nicht mehr üblich (Urk. 13 S. 7 Rz 21). Nach unbestritten gebliebener Darstellung des Klägers pflegte er seine Mutter seit dem Tod seines Vaters im Jahre 2010 bis Ende Juli 2017 (Urk. 8 S. 2 Ziff. 2, S. 4 Ziff. 5, S. 7 Ziff. 10). Für die Beklagte sprechen die Umstände trotzdem gegen einen (stillschweigend abgeschlossenen) Arbeitsvertrag. Vorliegend habe der Kläger seine "Pflegeleistungen" gegen freie Kost und Logis erbracht. Es habe daher zwischen den Parteien eine besondere Form ge-

- 21 -  
- 21 - gegenseitiger Abhängigkeit bestanden. Dies habe abgesehen von familiären Streitigkeiten jahrelang einigermaßen geklappt und wäre wohl so weitergegangen, hätte die Spitex E.\_\_\_\_\_ nicht auf die menschenunwürdigen Zustände aufmerksam gemacht, in denen die Beklagte aufgrund der Pflege durch den Kläger leben müsste. Angesichts der minimalen Pflege, die der Kläger erbracht habe, sei das übliche Mass von Angehörigenpflege nicht überschritten worden. Gegenderteils hätten Betreuung und Pflege durch den Kläger zu einer stark vorangeschrittenen Verwahrlosung geführt (Urk. 13 S. 7 f. Rz 22).

### **E. 5.2**

Auch mit diesen Ausführungen vermag die Beklagte keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung aufzuzeigen. Die Beklagte übersieht, dass die Gewährung von Kost und Logis nicht gegen einen Arbeitsvertrag spricht, da Unterkunft und Verpflegung als Teil des Lohnes gelten, wenn der Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber

in Hausgemeinschaft lebt und nichts anderes verabredet oder üblich ist (Art. 322 Abs. 2 OR). Überdies weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass die Behauptung, die Pflegeleistungen seien (ausschliesslich) gegen Naturalleistungen erfolgt, erst im Berufungsverfahren aufgestellt wurde und damit verspätet ist. Davon abgesehen geht die Beklagte wiederum mit keinem Wort darauf ein, dass dem Kläger regelmässig eine monatliche Entschädigung von Fr. 1'800.– ausgerichtet und mit Beschluss der KESB vom 22. November 2016 die Ausarbeitung eines neuen Betreuungs- und Pflegevertrags mit angemessener Entschädigung in Auftrag gegeben wurde. Laut einer Vernehmlassung der Vormundschaftsbehörde E. \_\_\_\_\_ vom 6. Oktober 2011 gehörten Entschädigung und Mietzinserslass schon 2011 zum gültigen Betreuungskonzept (Urk. 9/7 S. 8). Selbst wenn es bei der Pflege zuletzt zu Versäumnissen gekommen sein sollte, sprechen beide Umstände klar dagegen, dass der Kläger jahrelang lediglich minimale Pflegeleistungen erbrachte, die in Erfüllung der üblichen Beistandspflicht erfolgten. Der vom Kläger beschriebene täglich bzw. wöchentlich anfallende Aufwand (Urk. 8 S. 13 ff.) blieb seitens der Beklagten vor Vorinstanz unbestritten. Und schliesslich hat sich die Vorinstanz auch mit dem Einwand auseinandergesetzt, der Kläger habe die Beklagte bis zur Verwahrlosung gepflegt. Mit der zutreffenden Begründung (vgl. E. III/2), die geleistete Arbeitsqualität stelle

- 22 - kein Kriterium für die Beantwortung der Frage dar, ob Lohn geschuldet sei oder nicht, setzt sich die Beklagte nicht auseinander.

### **E. 5.3**

Den weiteren Ausführungen der Beklagten zu Lehre und Rechtsprechung von Art. 320 Abs. 3 OR (Urk. 13 S. 8 Rz 23) kann keine Berufungsrüge entnommen werden. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

### **E. 6**

Mit Eingabe vom 14. Mai 2018 und Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes E. \_\_\_\_\_ vom 30. April 2018 machte der Kläger das Verfahren mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1, Urk. 2). Mit Eingabe vom 20. August 2018 erhob die Beklagte Widerklage mit obgenanntem Rechtsbegehren (Urk. 6). Am 27. August 2018 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 2 ff.). Gleichentags fällte die Vorinstanz den eingangs aufgeführten Entscheid (Urk. 11), der den Parteien am 8. bzw. 12. November 2018 zugestellt wurde (Urk. 12).

### **E. 6.1**

Die Beklagte macht weiter geltend, arbeitsrechtlich entscheidend sei, ab welchem Ausmass eine Arbeitsleistung nicht mehr notwendigerweise unentgeltlich erwartet werden dürfe. Dies werde praxisgemäss vermutet, wenn die Betreuungsperson auf anderweitiges Erwerbseinkommen verzichte, da der Arbeitslohn oder das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit für die meisten Erwachsenen die wichtigste Einkommensquelle zur Bestreitung des Lebensunterhaltes darstelle. Es sei gerichtsnotorisch bekannt, dass der Kläger seit vielen Jahren keiner geregelten Arbeit nachgehe. Er sei seit vielen Jahren arbeitslos. Er lebe bei seiner Mutter, die ihm alles bezahlt habe (Kost und Logis, verschiedene Autos, Ferien, mehrere hohe Darlehen). Der Kläger solle gemäss Aussagen aus dem Familienumfeld Schulden in sechsstelliger Höhe bei seiner Mutter haben. Der Kläger habe daher auf kein anderweitiges Erwerbseinkommen verzichtet, da er keiner Erwerbstätigkeit nachgehen könne oder wolle. Er habe gar kein Erwerbseinkommen gehabt, sich nie um eine Anstellung bemüht und mit dem Geld seiner Mutter (und der in

zeitlicher Hinsicht geringfügigen Pflegeleistung) ein sehr angenehmes Leben geführt, mit dem es seit der fürsorgerischen Unterbringung vorbei sei. Mit der Lohnklage und der Betreuung verfolge der Kläger das Ziel, die notwendigen finanziellen Mittel für seinen Lebensunterhalt zu beschaffen (Urk. 13 S. 9 Rz 26 f.).

### **E. 6.2**

Die Beklagte zeigt nicht auf, wo sie sich bereits vor Vorinstanz zu den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Klägers geäußert hat. Als gerichtsnotorische Tatsachen (Art. 151 ZPO) können die Lebensumstände des Klägers jedenfalls nicht gelten. Da auch nicht ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, können die Vorbringen zum (angeblichen) Verzicht des Klägers auf eine anderweitige Erwerbstätigkeit nicht mehr berücksichtigt werden. Zudem reicht es nicht aus, dass der Kläger "seit vielen Jah-

- 23 - ren" keiner Arbeit nachgeht bzw. arbeitslos ist, will er doch seit 2010 seine Mutter vollzeitlich betreut haben, was seitens der Beklagten nicht bestritten wurde und eine anderweitige Beschäftigung seit 2010 ausschliesst. Ob der Kläger bei Aufnahme der Pflegetätigkeit keine reale Beschäftigungschance mehr hatte, lässt sich aufgrund der Ausführungen der Beklagten nicht erstellen. Aufgrund der Novenschränke kann letztlich auch offengelassen werden, ob bei einer Vollzeitbetreuung, wie sie der Kläger unbestrittenermassen ausübte, unabhängig von anderweitigen Erwerbsaussichten bzw. -möglichkeiten auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden müsste.

### **E. 6.3**

Vorliegend kann es von vornherein nicht um die Vermutung gehen, dass die Arbeitsleistung vom Kläger nicht mehr unentgeltlich erbracht wurde, weil er auf anderweitiges Erwerbseinkommen verzichtete. Unbestrittenermassen wurden dem Kläger für Pflege und Betreuung nämlich Fr. 1'800.– pro Monat vergütet, wobei seitens der Beklagten auch nicht in Frage gestellt wurde, dass damit die Arbeitsleistung des Klägers nicht vollständig abgegolten wurde (Urk. 8 S. 11 Ziff. 15). Gestützt auf die klägerischen Vorbringen und den von der KESB hauptsächlich wegen der Höhe der Entschädigung, nicht aber im Grundsatz zurückgewiesenen Betreuungs- und Pflegevertrag hat die Vorinstanz auf einen Arbeitsvertrag geschlossen. Wiederum geht die Beklagte nicht darauf ein, aus welchem Grund die Vorinstanz trotzdem auf Unentgeltlichkeit der Pflegeleistungen des Klägers hätten erkennen müssen.

### **E. 7**

Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 10. Dezember 2018, zur Post gegeben am 11. Dezember 2018, Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 13). Die Berufungsantwort datiert vom 27. Februar 2019 (Urk. 19). Mit Beschluss vom 20. März 2019 wurde ein Sistierungsgesuch der Beklagten abgewiesen (Urk. 24),

- 7 - worauf am 2. April 2019 die Stellungnahme der Beklagten zur Berufungsantwort einging (Urk. 25, Urk. 26; dem Kläger zugestellt am 8. April 2019). Mit Verfügung vom 23. August 2019 wurde der Beistand der Beklagten aufgefordert, die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zur Prozessführung einzureichen (Urk. 28). Am 3. September 2019 erteilte die KESB dem Beistand Prozessvollmacht (Urk. 29, Urk. 31). Mit Verfügung vom 11. September 2019 wurde den Parteien angezeigt, dass das Berufungsverfahren in die Phase der Urteilsberatung übergehe (Urk. 31). II. 1. Der Kläger verlangt von der

Beklagten ausstehenden Lohn für die Monate Juli bis Oktober 2017. Er machte vor Vorinstanz geltend, es dürfe unbestritten sein, dass seine Arbeitsleistung mit den monatlich überwiesenen Fr. 1'800.– nicht vollständig honoriert worden sei. Zwischen den Parteien habe es keine Lohnvereinbarung gegeben; die effektiv bezahlten Fr. 1'800.– hätten nicht einer Vereinbarung entsprochen, sondern seien einseitig von den Behörden festgesetzt worden. Die korrekte Entschädigung hätte in einem Betreuungsvertrag ausgehandelt werden sollen. Dazu sei es jedoch nie gekommen. Alle Beteiligten einschliesslich der KESB seien davon ausgegangen, dass die Arbeit des Klägers zu bezahlen sei. Die Frage sei nur, in welcher Höhe. Die effektiv erfolgten Zahlungen von Fr. 1'800.– pro Monat zeigten, dass im Grundsatz Entgeltlichkeit vereinbart worden sei, was sich auch aus den Umständen ergebe. Es wäre nicht einzusehen, weshalb der Kläger – nicht aber seine drei Geschwister – seine ganze Arbeitskraft für seine Mutter einsetzen sollte. Gemäss Art. 320 Abs. 2 OR gelte der Arbeitsvertrag auch dann abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeiten in seinem Dienst auf Zeit entgegennehme, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten sei. Die Benutzung der Wohnräumlichkeiten durch den Kläger sei nicht im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen; dies sei eine Frage, die im Rahmen der Erbteilung zu klären sei (Urk. 8 S. 11 f., S. 17).

- 8 - Der Kläger will den ihm geschuldeten üblichen Lohn (Art. 322 Abs. 1 OR) anhand der Faktoren Arbeitszeit und Ansatz in Franken pro Zeiteinheit wie folgt berechnet wissen: Gefordert werde wie im Vertragsentwurf (Urk. 4/5) eine Entschädigung für 12 Stunden pro Tag während 365 Tagen im Jahr. Bei einem Stundenansatz von Fr. 25.– sei die reine Präsenzzeit ebenfalls abgegolten und eine Überstundenberechnung für die 43 Stunden pro Woche übersteigende Arbeitszeit erübrige sich. Daraus errechne sich ein Lohn von Fr. 9'125.– brutto oder Fr. 8'557.– netto, wovon Fr. 1'800.– bereits bezahlt seien, was zu einer Restlohnforderung von Fr. 7'325.– brutto und Fr. 6'757.– netto führe. Werde mit dem im Vertragsentwurf vorgesehenen Stundenansatz von Fr. 20.– gerechnet, resultiere ein Nettomonatslohn von Fr. 6'845.60, was zu einer Restlohnforderung von Fr. 5'045.60 führe. Für diesen Eventualfall seien fünf Monatslöhne (Juli [recte: Juni] bis Oktober) eingeklagt worden (Urk. 8 S. 17, S. 23 f.). Den ihm täglich bzw. wöchentlich regelmässig anfallenden Arbeitsaufwand von 68.6 Stunden stellte der Kläger in tabellarischer Form dar. Für seine Sachdarstellung berief er sich auf diverse Zeugen und seine Parteibefragung, evtl. Beweisaussage (Urk. 8 S. 13 ff.). Der Kläger verlangt von der Beklagten zudem die Abgeltung von zwei Ferientagen à Fr. 300.–, da er "in all den Jahren" nur zwei Wochen Ferien bezogen habe (Urk. 8 S. 25). 2. Die Beklagte hielt auf Abweisung der Klage. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass zwischen ihr und dem Kläger kein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei, da es an einem Konsens der Parteien bezüglich der objektiven wesentlichen Vertragspunkte fehle. In der Sache verwies sie auf die verschiedenen rechtskräftigen Entscheide der KESB und auf das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 12. April 2018. In dem vom Bezirksgericht Bülach erwähnten Spitex-Bericht sei festgehalten worden, dass schwere Zweifel bestünden, ob der Kläger in der Lage sei, die Beklagte adäquat zu betreuen und zu pflegen; es sei von erheblichen Unterlassungen und Nachlässigkeiten in der Pflege und Betreuung durch den Kläger auszugehen. Das Bezirksgericht Bülach habe dafürgehalten, dass der Bericht der Spitex ausgewogen sei und zutrefte (Prot. I S. 3 f., S. 12). Eine Stellungnahme zu den Vorbringen des Klägers für den Fall, dass von einem Arbeitsvertrag auszugehen sei, lehnte der Beistand der Beklag-

- 9 - ten, X.\_\_\_\_\_, nach entsprechender Aufforderung durch die Vorinstanz ab. Es könne nicht sein, dass der Kläger die Beklagte bis zur Verwahrlosung pflege und dafür noch Lohn verlange. "Von der KESB aus" sei ganz klar, dass kein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei und auch kein Arbeitsvertrag habe gekündigt werden können. Von da her könne er auch keine Stellung zu den Ausführungen des Klägers nehmen. Die superprovisorische fürsorgerische Unterbringung sei erfolgt, weil die Spitex festgestellt habe, dass die Beklagte in ihrem eigenen Kot und Urin gelegen habe, wobei die "verschiedenen, festgestellten Sachverhalte [...] auch durch das IPW ... und das Bezirksgericht Bülach geprüft" worden seien (Prot. I S. 5 f.). Als Beweismittel reichte der Beistand die drei Entscheide der KESB vom 27. Juli 2017, 9. Januar 2018 und 20. März 2018 sowie den Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 12. April 2018 ein (Urk. 10/1-4). Die Widerklage über Fr. 33'510.30 begründete die Beklagte wie folgt: Der Betrag setze sich zusammen aus Miete, da der Beklagte bis anhin kostenlos im Haus der Beklagten gewohnt habe; aus Zahlungen, welche an Betreuung und Unterhalt ab Juli 2017 bis anfangs November 2017 geleistet worden seien; aus unberechtigten Bezügen des Klägers von einem Postkonto und aus Rechnungen des Altersheims für die Zeit von Juli bis Oktober 2017 (Prot. I S. 4).

### **E. 7.1**

Die Beklagte bringt zudem vor, ob ein Anspruch auf Entschädigung einer Pflegeleistung bestehe, hänge davon ab, ob die Pflege freiwillig oder aufgrund einer bestimmten Pflicht geleistet worden sei. Der Kläger habe die Pflegeleistungen in Erfüllung der Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ZGB) bzw. in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erbracht. Der Kläger habe in günstigen Verhältnissen gelebt, ein angenehmes Leben geführt und sich nicht auf dem Arbeitsmarkt beweisen müssen, da die Beklagte ihm freie Kost und Logis gewährt habe. Die Beklagte habe sich demgegenüber aufgrund ihrer schweren Demenz in einer Notlage befunden. Die Arbeitsleistung des Klägers habe sich in sehr begrenztem Rahmen gehalten und dazu geführt, dass die Beklagte mittels fürsorgerischer Unterbrin-

- 24 - gung aus der stark vorangeschrittenen Verwahrlosung habe gerettet werden müssen. Im Falle einer freiwilligen Leistung bedürfe es einer Interessenabwägung der konkreten Umstände im Einzelfall. Für Entgeltlichkeit sprächen vorliegend der Verzicht auf ein anderweitiges Erwerbseinkommen (was vorliegend beim Kläger nicht der Fall sei), der Umstand, dass der Lohn zur Bestreitung des Lebensunterhaltes diene (wobei vorliegend die Beklagte den Lebensunterhalt des Klägers bestritten habe) sowie umfassende Pflegeleistungen (wobei die Pflegeleistungen des Klägers massiv ungenügend gewesen seien und zur Verwahrlosung geführt hätten). Die Entgeltlichkeitsvermutung greife vorliegend dagegen nicht, da Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei. Vorliegend hätten alle Beistandspersonen im Wissen um das Ungenügen des Klägers als Pfleger keine Entgeltlichkeit vereinbart. Ebenso könne sich die gegenteilige Vermutung aus anderen Umständen ergeben, wie zum Beispiel daraus, dass der Empfänger über ausreichende Mittel verfüge, um für seinen Unterhalt selbst aufzukommen. Vorliegend habe die Beklagte umfassend für den Unterhalt des Klägers gesorgt (Urk. 13 S. 10 ff. Rz 28 bis 33 mit Verweis auf Weiss/Hofstetter, a.a.O., S. 343 ff.). Die Vorinstanz habe die massgebenden Kriterien für die Abgrenzung zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Leistungen unter Verwandten nicht berücksichtigt und daher ihr pflichtgemässes Ermessen nicht wahrgenommen. Vorliegend sei aufgrund folgender Umstände klar und eindeutig

nachgewiesen, dass es sich um unentgeltliche Leistungen unter Verwandten gehandelt habe (Urk. 13 S. 12 f. Rz 34 und 35): – Sehr nahe Verwandtschaft zwischen Kläger (Sohn) und Beklagter (Mutter) – Kein Verzicht auf Erwerbseinkommen durch den Kläger – Geringe Pflegeleistungen durch den Kläger (stark vorangeschrittene Verwahrlosung, menschenunwürdige Zustände) – Leben im gemeinsamen Haushalt (freie Kost und Logis zugunsten des Klägers) – Langes Zuwarten mit der Geltendmachung der Entschädigung; Zuwarten bis zum Versiegen der Geldquelle (durch fürsorgerische Unterbringung)

## **E. 7.2**

Die nicht ohne weiteres verständlichen Ausführungen der Beklagten sind teilweise neu und stellen keine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Urteil dar. Vor Vorinstanz hatte sich die Beklagte weder auf eine familienrechtliche Pflicht (einschliesslich Verwandtenunterstützungspflicht) noch auf

- 25 - eine sittliche Pflicht berufen, weshalb sich die Vorinstanz auch nicht mit diesen (unentgeltlich zu erbringenden) Leistungspflichten auseinandersetzen musste. Die Beklagte machte lediglich geltend, es fehle an einem Konsens der Parteien (Prot. I S. 5, Urk. 14 S. 9). Das vom Kläger unbestrittenermassen geleistete Vollzeitpensum (Urk. 8 S. 13 ff.) geht über das aufgrund einer familienrechtlichen Beistands- bzw. Unterstützungspflicht oder das im Rahmen einer sittlichen Pflicht Geschuldete weit hinaus. Zur von der Beklagten gewährten Kost und Logis wurden bereits Überlegungen angestellt. Sie sprechen nicht gegen einen Arbeitsvertrag (E. III/5.2). Neu und damit verspätet ist die Behauptung, es sei im Wissen um das Ungenügen des Klägers als Pfleger Unentgeltlichkeit der Leistung vereinbart worden. Sie ist im Übrigen auch unsubstantiiert geblieben, da die Beklagte offenliess, wann und von wem diese Vereinbarung getroffen worden sein soll. In ihrer gesamten Argumentation übergeht die Beklagte wiederum, dass die Vorinstanz aufgrund der Tolerierung der Arbeitstätigkeit des Klägers und der konstanten Ausrichtung eines Teillohnes von Fr. 1'800.– auf einen stillschweigend abgeschlossenen bzw. genehmigten Arbeitsvertrag schloss (Urk. 14 S. 16 f.). Diese Begründung vermag die Beklagte mit den von ihr genannten "Abgrenzungskriterien" (sehr nahe Verwandtschaft, mangelnder Verzicht auf Erwerbseinkommen, ungenügende Pflegeleistungen, gemeinsamer Haushalt) von vornherein nicht aus den Angeln zu heben. Nachdem unbestrittenermassen Lohn bezahlt wurde, ist die Diskussion darüber, ob entgeltliche oder unentgeltliche Leistungserbringung vorliegt, müssig. Auch der Hinweis auf das lange Zuwarten mit der Geltendmachung einer Entschädigung sticht nicht, da der Kläger mit seinem Schlichtungsgesuch vom 18. Januar 2018 (Urk. 19 S. 16) den Lohn der Monate Juli bis Oktober 2017 einklagt und – wie der Kläger zu Recht bemerkt (Urk. 19 S. 16 Ziff. 19) – der Auftrag zur Ausarbeitung eines Betreuungs- und Pflegevertrages seit Jahren bestand (Urk. 9/10 S. 2, Urk. 9/14 S. 4). 8.1 Die Beklagte kommt sodann auf die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers zu sprechen. Sie wirft der Vorinstanz vor, die Anwendbarkeit von weiteren arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht geprüft zu haben, obwohl sie aufgrund der eingereichten Entscheide der KESB vom 27. Juli 2017 (Urk. 10/4) und 20. März 2018 (Urk. 10/2) Kenntnis davon gehabt habe, dass der Kläger die

- 26 - Beklagte bis zur starken Verwahrlosung gepflegt habe und eine Besserung des menschenunwürdigen Zustandes nur durch eine fürsorgerische Unterbringung möglich gewesen sei. Insbesondere habe die Vorinstanz nicht geprüft, ob der Kläger als "Arbeitnehmer" die ihm übertragene Arbeit gemäss Art. 321a Abs. 1 OR sorgfältig ausgeführt und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen gewahrt habe

(Urk. 13 S. 13 Rz 36, S. 16 Rz 41). In der Folge erwähnt die Beklagte zwei gegen den Kläger gerichtete Strafanzeigen vom 12. November 2018 wegen Veruntreuung und wegen Körperverletzung, eventuell wegen Gefährdung des Lebens und der Gesundheit (Urk. 13 S. 14 ff. Rz 37 ff.). Es geht dabei einerseits um eigenmächtige und unrechtmässige Bankbezüge durch den Kläger, worauf er mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 hingewiesen worden sei (Urk. 13 S. 14 Rz 37). Andererseits beleuchtet die Beklagte den im Entscheid der KESB vom 27. Juli 2017 (Urk. 10/4) und im Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 12. April 2018 beurteilten Sachverhalt, der zu ihrer fürsorgerischen Unterbringung führte (Urk. 10/1). Sie leitet daraus ab, dass der Straftatbestand von Art. 127 StGB und "alle Haftungsvoraussetzungen von Art. 321a OR" erfüllt seien. Da von absichtlicher Schadenszufügung auszugehen sei, dürften Ersatzforderungen gemäss Art. 323b Abs. 2 OR ohne Einschränkungen mit Lohnforderungen des Arbeitnehmers verrechnet werden (Urk. 13 S. 14 f. Rz 38 f.). Für den Fall des Zustandekommens eines Arbeitsvertrags werde der vom Kläger verursachte Schaden widerklageweise geltend gemacht (Urk. 13 S. 16 Rz 40). "Widerklageweise" erhebt die Beklagte folgende Forderungen (Urk. 13 S. 16 f. Rz 42): – Miete für das Einfamilienhaus Im ... [Adresse] Juli 2017 bis Dezember 2018 (Fr. 3'000.– brutto/Monat) Fr. 54'000.00 – Erhaltene Zahlungen von monatlich Fr. 1'800.– Juli 2017 bis Oktober 2017 Fr. 7'200.00 – Ungerechtfertigte Bankbezüge Fr. 4'660.00 – Durch den Kläger verursachte Heimkosten Oktober 2017 bis Oktober 2018 Fr. 82'918.45 – Diverse zugunsten des Klägers bezahlte Rechnungen (z.B. Swisscom, Mobiliar Hausrat etc.) Fr. 1'683.95 Total Fr. 150'462.40

- 27 - Vom "ausgewiesenen Gesamtbetrag" von Fr. 150'462.40 verrechnet die Beklagte die Beträge von Fr. 27'028.– und Fr. 562.65. Im Betrage von Fr. 27'590.65 erhebt sie Widerklage (Urk. 13 S. 17 Rz 44). 8.2 Der Vorwurf, die Vorinstanz habe "die Art und Weise der Erfüllung des angenommenen Arbeitsvertrages" (Urk. 13 S. 16 Rz 41) im Lichte von Art. 321a Abs. 1 OR und mit Blick auf eine Haftung des Klägers nicht geprüft, ist unberechtigt. Die Darlegungen der Beklagten im Berufungsverfahren gehen weit über das vor Vorinstanz zur Erfüllung des Arbeitsvertrags Ausgeführte hinaus. Vor Vorinstanz verwies die Beklagte auf die "verschiedenen rechtskräftigen Verfügungen der KESB" und auf das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12. April 2018. Sie führte aus, laut dem Spitex-Bericht, auf den sich das Bezirksgericht Bülach beziehe, bestünden schwere Zweifel, ob der Kläger in der Lage sei, die Beklagte adäquat zu betreuen und zu pflegen; es sei von erheblichen Unterlassungen und Nachlässigkeiten in der Pflege und Betreuung der Beklagten auszugehen (Prot. I S. 3 f.). Der Kläger habe die Beklagte bis zur Verwahrlosung gepflegt und die Spitex habe festgestellt, dass die Beklagte in ihrem eigenen Kot und Urin gelegen habe (Prot. I S. 5). Weiter führte die Beklagte (zur Begründung der Widerklage) aus, der Kläger habe unberechtigt "Zahlungen ab einem Postkonto bezogen", ohne diese Zahlungen zu beziffern (Prot. I S. 4). Die Vorinstanz hat dazu erwogen, die geleistete Arbeitsqualität stelle kein Kriterium dar, ob Lohn geschuldet sei oder nicht und gegebenenfalls in welcher Höhe (Urk. 14 S. 17). Diese Erwägung wurde von der Beklagten nicht gerügt und ist auch nicht zu beanstanden (vgl. E. III/2). Eine Verrechnungserklärung wurde seitens der Beklagten nicht abgegeben, weshalb die Vorinstanz weder Verrechnungsforderungen noch die Verrechenbarkeit von Forderungen (Art. 323b Abs. 2 OR) prüfen musste. Vielmehr hat die Beklagte eine Widerklage erhoben, auf welche die Vorinstanz nicht eingetreten ist. Davon abgesehen genügte die Beklagte mit ihren äusserst kurz gehaltenen Vorbringen (Prot. I S. 3 f.) ihrer Substanziierungslast mit Bezug auf allfällige Gegenforderungen nicht. Sie erläuterte nicht einmal, wie sich der

Betrag von Fr. 33'510.30 (Urk. 6), der offenbar auch "Miete" und "Rechnungen aus dem Altersheim" umfasst, betragsmässig zusammensetzt (Prot. I S. 4). Infolge des ungenügenden Sachvortrags der Beklagten erübrigte sich die weitere Prüfung einer Haftung des

- 28 - Klägers aus mangelhafter Arbeitsleistung (Art. 321e und Art. 321a OR) von vornherein. 8.3 Soweit die Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren über die erstinstanzlichen Behauptungen hinausgehen, sind sie verspätet. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, dass sie nicht bereits vor Vorinstanz in das Verfahren hätten eingeführt werden können. Dies gilt einerseits für die behaupteten nicht autorisierten Bezüge, die bereits im Jahre 2017 stattgefunden haben sollen (Urk. 13 S. 14 Rz 37, S. 16 Rz 42). Es gilt aber auch für die gestützt auf die Entscheide der KESB und des Bezirksgerichts Bülach erhobenen Vorwürfe der Unterlassungen und Nachlässigkeiten in Pflege und Betreuung (Urk. 13 S. 14 f. Rz 38 f.). Die Vorinstanz konstatierte, die Beklagte habe verschiedene Berichte und Entscheide eingereicht (vgl. Prot. I S. 5, Urk. 10/1-4), doch genüge der blosser Verweis auf Beilagen praxisgemäss nicht, um der Bestreitungslast nachzukommen (Urk. 14 S. 9). Die Beklagte zeigt nicht auf, dass es ausnahmsweise zulässig war, ihren Substantiierungsobliegenheiten durch Verweis auf Beilagen nachzukommen (vgl. BGER 4A\_588/2018 vom 27. Juni 2019 E. 4.3.2, 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2, je mit weiteren Hinweisen). 8.4 Aus den Ausführungen der Beklagten in der Berufungsschrift wird letztlich auch nicht klar, ob sie Widerklage erheben oder Verrechnung erklären will oder beides. Wird Widerklage erhoben, kann nicht gleichzeitig Verrechnung erklärt werden. Die Beklagte führt einerseits aus, Ersatzforderungen für absichtlich zugefügte Schäden dürften ohne Einschränkungen mit den Lohnforderungen verrechnet werden (Urk. 13 S. 15 Rz 39); andererseits erklärt sie, sie mache für den Fall, dass die Gerichte zum Schluss kämen, dass aufgrund von Art. 320 OR ein ungültiger Arbeitsvertrag zustande gekommen sei, den durch den Kläger verursachten Schaden widerklageweise geltend (Urk. 13 S. 16 Rz 40). Mit Berufungsantrag Ziffer 2 wird denn auch an der Widerklage im Umfange von Fr. 27'590.65 festgehalten (Urk. 13 S. 2). Zur Widerklage wird dann aber wieder mehrdeutig ausgeführt: "Vom ausgewiesenen Gesamtbetrag von CHF 150'462.40 werden die Beträge von CHF 27'028 und CHF 562.65 verrechnet. Im Betrage von CHF 27'590.65 wird Widerklage erhoben." (Urk. 13 S. 17 Rz 44). Werden wie beantragt

- 29 - widerklageweise Fr. 27'590.65 verlangt, sind die Gegenforderungen nicht im Rahmen der Hauptklage, sondern im Rahmen der Widerklage zu prüfen. 8.5.1 Die Vorinstanz ist auf die Widerklage über Fr. 33'510.30 nicht eingetreten mit der Begründung, im vereinfachten Verfahren könne nicht Widerklage über einen Anspruch erhoben werden, der aufgrund des Fr. 30'000.- übersteigenden Streitwertes im ordentlichen Verfahren zu behandeln sei (Urk. 14 S. 4). 8.5.2 Gegen diese Begründung trägt die Beklagte keine Beanstandungen vor. Ob sie der Meinung ist, auf die Widerklage müsse eingetreten werden, weil dieselbe im Berufungsverfahren auf Fr. 27'590.65 reduziert wird, bleibt unklar, kann aber offenbleiben. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung durch die Vorinstanz ist nicht ersichtlich. Die Verfügung der Vorinstanz, womit auf die Widerklage nicht eingetreten wurde, ist damit zu bestätigen. 8.5.3 Die Widerklage wurde vor Vorinstanz nur rudimentär begründet und mit keinerlei Beweismitteln untermauert (Prot. I S. 4). Der Klagebetrag setzt sich zusammen aus Miete, Zahlungen an Betreuung und Unterhalt von Juli bis November 2017, unberechtigten Bezügen von einem Postkonto und "Rechnungen aus dem Altersheim von Juli bis Oktober 2017". Dabei blieb offen, wie sich der

Klagebetrag auf die einzelnen Positionen verteilt. Zu Recht brachte der Kläger vor, die Widerklage sei gänzlich unsubstantiiert geblieben (Prot. I S. 11). Mit der Berufung trägt die Berufungsbeklagte ergänzende Angaben zum Sachverhalt vor (Urk. 13 S. 16 f. Rz 42, vgl. auch S. 14 Rz 37), ohne darzutun, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Die neuen Vorbringen können daher nicht berücksichtigt werden. Die die Widerklage begründenden Tatsachen, die bestritten wurden (Prot. I S. 11 f., Urk. 19 S. 16 f. Ziff. 21), sind im Übrigen auch beweislos geblieben und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die dem Kläger von Juli bis Oktober 2017 weiterhin ausgerichteten Fr. 1'800.– zurückerstattet werden müssten. Vor Vorinstanz war die Beklagte nicht in der Lage, Beweismittel zu bezeichnen (Prot. I S. 4). Im Berufungsverfahren berief sie sich auf nicht weiter spezifizierte "Zahlungsbelege", die bei Bedarf nachgereicht würden (Urk. 13 S. 17 Rz 42). Dieser Beweis Antrag ist unbestimmt und verspätet. Somit sind auch keine Gegenforderungen der Beklagten ausgewiesen, die mit der Lohnforderung des - 30 - Klägers verrechnet werden könnten. Die im Berufungsverfahren erstmals vorgebrachte Verrechnungserklärung ist indessen ohnehin verspätet.

## **E. 9**

Weitere Rügen werden mit der Berufung nicht erhoben. Zur Stellungnahme der Beklagten vom 1. April 2019 (Urk. 25) kann auf E. III/1.5 verwiesen werden. Vor Vorinstanz äusserte sich die Beklagte weder zur klägerischen Berechnung des üblichen Lohnes noch zur Behauptung, dass mit den periodisch geleisteten Fr. 1'800.– die Arbeitsleistung nicht vollständig honoriert worden sei und daher gemäss Art. 322 Abs. 1 OR der übliche Lohn bestimmt werden müsse (Urk. 8 S. 11 Ziff. 15, S. 17 Ziff. 20 f., S. 23 Ziff. 26). Dies hat auch die Vorinstanz so gesehen (Urk. 14 S. 17) und wird mit der Berufung nicht in Frage gestellt. Es muss daher nicht geprüft werden, ob durch mehrmalige vorbehaltlose Ausrichtung und widerspruchslöse Entgegennahme der monatlichen Fr. 1'800.– eine stillschweigende Regelung betreffend Lohnhöhe zustande gekommen ist (ZK-Staehelin, Art. 322 OR N 31, mit Verweis auf JAR 1988 S. 418 ff.; BGer 4A\_139/2011 vom 16. Juli 2012 E. 6). Es kann auch offengelassen werden, wie die dem Kläger im Haus der Beklagten gewährte Unterkunft zu bewerten ist (vgl. Urk. 8 S. 9 Ziff. 12 und Urk. 9/14 S. 3 Ziff. 6 a.E.; Urk. 8 S. 12 Ziff. 17; Urk. 19 S. 13 mit Verweis auf Urk. 9/7 S. 8). Zum Ferienlohn äussert sich die Beklagte berufsungsweise nicht. Damit ist die Gutheissung der Hauptklage mitsamt der Kosten- und Entschädigungsfolgen vollumfänglich zu bestätigen. IV. Das zweitinstanzliche Verfahren ist mit einem Streitwert der Hauptklage von Fr. 27'590.65 (Art. 94 Abs. 1 ZPO) kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Da die Beklagte vollumfänglich unterliegt, wird sie auch für das zweitinstanzliche Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zur Bestimmung der Prozesskosten sind die Streitwerte zusammenzurechnen, da sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO; vgl. auch Urk. 14 S. 18). Der Streitwert beträgt damit Fr. 55'181.30. Die Parteientschädigung ist Anwendung

- 31 - von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 4'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach (Arbeitsgericht) vom 27. August 2018 insoweit am 1. März 2019 in Rechtskraft erwachsen ist, als auf die Widerklage im Fr. 27'590.65 übersteigenden Umfang nicht eingetreten wurde. 2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach (Arbeitsgericht) vom 27. August 2018 insoweit am 1. März 2019 in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Mehrbetrag (Zinsforderung)

abgewiesen wurde. 3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und Verfügung und Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Arbeitsgericht, vom 27. August 2018 werden – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen – bestätigt. 2. Das zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 32 - 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptklage beträgt Fr. 27'590.65, der Streitwert der Widerklage Fr. 27'590.65. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. Oktober 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. N.A. Gerber versandt am: am

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