

Dokument	<b>SZS 2013 S. 467</b>
Autor	<b>Hardy Landolt</b>
Titel	<b>Angehörigenpflege – Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?</b>
Publikation	<b>Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge</b>
Herausgeber	<b>Gabriela Riemer-Kafka, Jean-Louis Duc, Thomas Gächter, Bettina Kahil-Wolff, Hanspeter Konrad, Jacques-André Schneider</b>
ISSN	<b>0255-9072</b>
Verlag	<b>Stämpfli Verlag AG, Bern</b>

---

SZS 2013 S. 467

## **Angehörigenpflege – Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?**

Von Prof. Dr. iur. **Hardy Landolt**\*

### *Résumé*

Les prestations d'accompagnement et de soins effectuées par des proches sont à l'ordre du jour; ces prestations sont en principe fournies volontairement et à titre gratuit. Diverses dispositions légales, comme les art. 165 et 334 CC ou l'art. 320 al. 2 CO, prévoient un devoir de rémunération pour les prestations intrafamiliales d'accompagnement et de soins, exécutées en sus du devoir d'assistance. En pratique, tant la détermination de leur étendue que le fondement juridique du devoir de rémunération ou ses conséquences en droit des assurances sociales s'avèrent problématiques. La présente contribution fait un état des lieux de ces questions et en relève les contradictions et les incohérences.

---

SZS 2013 S. 467, 468

---

\* Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

## I. Einleitung

Unentgeltlich im innerfamiliären Kontext erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen sind an der Tagesordnung und von grosser volkswirtschaftlicher Bedeutung. Laut Studien aus Deutschland werden 72% aller Pflegebedürftigen hauptsächlich von ihren Angehörigen gepflegt. In der Schweiz existieren keine Studien; immerhin werden in den Kantonen Genf und Zürich 51% der Demenzkranken zu Hause versorgt.<sup>1</sup>

Im Rahmen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung 1997 wurde der volkswirtschaftliche Gesamtwert der unbezahlten Arbeit (basierend auf Spezialistenansätzen) mit 141 260 Mio. veranschlagt, was 38% des BIP entspricht. Pflege und Betreuung machen mit 1120 Mio. einen Anteil von 9,1% aus (0,3% des BIP). Auf Frauen entfallen 687 Mio. und auf Männer 433 Mio.<sup>2</sup>

Die Realität der unentgeltlichen Pflege kontrastiert mit der innerfamiliären Vergütungspflicht, die in verschiedenen Bestimmungen des ZGB und OR statuiert wird. Die nachfolgenden Ausführungen gehen der Frage nach, ob und inwieweit innerfamiliär Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht werden und vergütet werden müssen.<sup>3</sup>

## II. Pflegeerbringungsverpflichtung

### A. Freiwillige und sittlich indizierte Pflegeerbringung

Innerfamiliäre Zuwendungen erfolgen entweder im rechtsfreien Raum oder in Erfüllung von rechtlichen Pflichten. Zur Freiwilligkeit, mithin zum rechtsfreien Raum, zu zählen sind zunächst Zuwendungen aus achtenswerten Motiven. Zwar nicht mehr ganz freiwillig, aber rechtlich auch nicht einforderbar, sind Zuwendungen in Erfüllung sittlicher

---

SZS 2013 S. 467, 469

Pflichten.<sup>4</sup> Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird zudem vom Gesetzgeber explizit nicht als Schenkung behandelt.<sup>5</sup> Von einer Rechtspflicht kann erst dann die Rede sein, wenn das Gesetz selbst von Angehörigen und Pflegebedürftigen autoritativ verlangt, Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringen und diese entschädigen zu müssen.

### B. Pflegeerbringungspflichten

#### 1. Beistands- und Verwandtenunterstützungspflicht

Eine rechtliche Pflicht zur Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen folgt einerseits aus der Beistandspflicht gegenüber Ehegatten, Eltern und Kindern<sup>6</sup> und andererseits aus der Verwandtenunterstützungspflicht gegenüber in gerader Linie

---

<sup>1</sup> Vgl. infosantésuisse 9 (2009) 5.

<sup>2</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Monetäre Bewertung der unbezahlten Arbeit. Eine empirische Analyse für die Schweiz anhand der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, Neuenburg 1999, 48 ff.

<sup>3</sup> Weiterführend Baumann Andreas, Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht, in: *Successio 2011* 30 ff., *ders.*, Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen, in: *Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012* 81 ff., sowie Riemer-Kafka Gabriela, Freiwilligenarbeit aus (arbeits-)vertraglicher und sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: *Arbeitsrecht 2007* 57 ff.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.2 und Urteil BGer vom 11.11.2009 (9C\_781/2009).

<sup>5</sup> Vgl. Art. 239 Abs. 3 OR.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 159 Abs. 3 und Art. 272 ZGB sowie BGE 79 II 127 und 98 II 337 E. 2: "Die Pflicht zu solchem Bemühen findet für den dazu aufgerufenen Ehegatten dort ihre Grenze, wo die Änderung des die Ehe belastenden Zustandes überhaupt ausserhalb seiner Willensmacht liegt oder aber von ihm ein solches Mass von Verzicht und Selbstaufgabe fordern würde, dass darob seine Persönlichkeit verkümmern oder seine Menschenwürde leiden müsste."



Verwandten.<sup>7</sup> Gegenüber Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten bestehen keine rechtlichen Pflegepflichten.<sup>8</sup>

Wer, ohne verpflichtet zu sein, in der irrigen Meinung, verpflichtet zu sein, Betreuungs- und Pflegeleistungen gegenüber Verwandten in der Seitenlinie oder Verschwägerten erbringt, handelt ebenfalls im rechtsfreien Raum. Unter diesen Umständen erbrachte Betreuungs- und Pflegeleistungen stellen weder eine Schenkung des Angehörigen dar noch bewirken sie eine ungerechtfertigte Bereicherung des Pflegebedürftigen.<sup>9</sup>

Der betreuende Angehörige kann sich entsprechend weder auf die Irrtumsanfechtung<sup>10</sup> noch die Formvorschrift des schriftlichen Schen-

---

SZS 2013 S. 467, 470

kungsversprechens berufen.<sup>11</sup> Der Pflegebedürftige ist seinerseits nicht bereichert und insoweit auch nicht zur erbrechtlichen Ausgleichung verpflichtet.<sup>12</sup>

Es ist jedem handlungsfähigen Rechtssubjekt, auch Angehörigen, ins Belieben gestellt, sich im Rahmen des Verbots unzulässiger Selbstbindung<sup>13</sup> zur Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen zu verpflichten und diese, auch wenn sie üblicherweise vergütet werden, unentgeltlich zu erbringen. Soweit sich die Verpflichtung auf die Erbringung von gänzlich oder teilweise unentgeltlichen Betreuungs- und Pflegeleistungen bezieht, handelt es sich um ein Schenkungsversprechen. Voraussetzung ist allerdings, dass keine rechtliche oder sittliche Verpflichtung zur Erbringung von Betreuungs- oder Pflegeleistungen besteht; in einem solchen Fall liegt a priori keine Schenkung vor.<sup>14</sup>

## 2. Schadenminderungspflicht

Die "Schadenminderungspflicht" ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dessen Zweck in der Vermeidung unnötiger Kosten besteht. Dieser Rechtsgrundsatz gilt sowohl im Haftungsrecht<sup>15</sup> als auch im Sozial-<sup>16</sup> und im Privatversicherungsrecht<sup>17</sup>. Ihm kommt jedoch je nach Rechtsgebiet eine unterschiedliche Tragweite zu.<sup>18</sup> Adressat der Schadenminderungspflicht ist primär der Geschädigte bzw. Versicherte.

Dritte tragen nur ausnahmsweise Obliegenheitslasten. Solche bestehen etwa für anerkannte Leistungserbringer<sup>19</sup> und Arbeitgeber<sup>20</sup> des Ver-

---

SZS 2013 S. 467, 471

---

7 Vgl. Art. 328 ff. ZGB. Die vier Jahre andauernde Pflege einer hochbetagten dementen Mutter durch die Tochter geht "weit über das unter dem Titel Verwandtenunterstützungspflicht zu Erwartende hinaus" (Urteil EVG vom 15.12.1997 [H 121/97] = AHI-Praxis 1998 153 E. 3).

8 Vgl. BGE 53 II 198 E. 1.

9 Ibid.

10 Vgl. Art. 24 OR.

11 Ibid.

12 Vgl. Art. 626 ff. ZGB.

13 Vgl. Art. 27 ZGB und Art. 20 OR.

14 Vgl. Art. 239 Abs. 3 OR.

15 Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR und statt vieler Urteil BGer vom 26.6.2006 (4C.83/2006) E. 4.

16 Vgl. z. B. Art. 21 ATSG und BGE 130 V 99 E. 3.2 und 117 V 278 E. 2b.

17 Vgl. z. B. Art. 61 VVG. Die Schadenminderungspflicht gilt auch für Summenversicherte (BGE 128 III 34 E. 3b).

18 Vgl. BGE 123 V 88 E. 4c.

19 Der behandelnde Arzt ist zur Unfallmeldung verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und hat in geeigneter Form abzurechnen (Art. 59 KVV und Art. 69a UVV).

20 Der Arbeitgeber ist zur Überprüfung und Meldung von Nicht- und Betriebsunfällen verpflichtet (Art. 53 Abs. 3 UVV) und darüber hinaus auskunftspflichtig (Art. 56 UVV). Im Rahmen der 5. IV-Revision soll die Mitwirkung des Arbeitgebers verstärkt werden. Nach Art. 7c IVG-Entwurf soll der Arbeitgeber aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeiten und bei der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirken.



letzten, denen der Gesetzgeber verschiedene Mitwirkungspflichten zuweist. Die beteiligten Behörden sind im Rahmen der interinstitutionellen Zusammenarbeit ebenfalls auskunftspflichtig.<sup>21</sup> Anderen Drittpersonen, z. B. den Arbeitskollegen des Versicherten, ist die Erbringung von schadenausgleichenden Geld- bzw. Dienstleistungen nicht zumutbar.<sup>22</sup>

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung betont bei der Invaliditätsbemessung von im Haushalt tätig gewesenen Versicherten und bei der hauswirtschaftlichen Hilfsmittelversorgung<sup>23</sup> eine hauswirtschaftliche Unterstützung durch Familienangehörige, welche weiter geht als im Gesundheitsfall<sup>24</sup>. Als schadenminderungspflichtig werden Ehegatten<sup>25</sup> bzw. Konkubinatspartner<sup>26</sup>, unmündige<sup>27</sup> und mündige<sup>28</sup> Kinder, Schwiegereltern bzw. -mutter<sup>29</sup> und chwägerin<sup>30</sup> sowie Nichten<sup>31</sup> bezeichnet. Sogar die Nachbarschaftshilfe wird angerechnet, wenn sie "hie und da" erfolgte.<sup>32</sup>

Die Anrechnung von Schadenminderungsleistungen von Angehörigen, die weder beistandsverpflichtet noch verwandtenunterstützungspflichtig sind, ist an sich fragwürdig, rechtfertigt sich im Sozialversiche-

---

SZS 2013 S. 467, 472

rungsrecht insoweit, als es abzuwägen gilt, ob der Solidargemeinschaft der Beitragszahler oder der Solidargemeinschaft "Familie" die Tragung eines Teils der Invaliditätsfolgen zumutbar ist. Da ein Teil der Angehörigenpflege versichert ist,<sup>33</sup> rechtfertigt sich die Anrechnung von hauswirtschaftlichen Angehörigenmehrleistungen bei der Invaliditätsbemessung.

Die Anrechnung von Schadenminderungsleistungen von Angehörigen im Haftpflichtrecht ist demgegenüber generell nicht gerechtfertigt,<sup>34</sup> weil sonst Angehörige, obwohl nicht Schadenverursacher, zugunsten des Haftpflichtigen einen

---

21 Vgl. Art. 32 ATSG und Art. 54 UVV.

22 Vgl. Urteil EVG vom 27.8.2004 (I 3/04) = SVR 2006 IV Nr. 25 E. 3.1 f. (täglich mehrmals erforderliche zeitaufwendige Einsätze von Mitarbeitern der Arbeitgeberin des Versicherten für die Überwindung der Treppe mittels Raupe). Siehe aber Urteil EVG vom 6.1.2004 (U 107/03) E. 2.4 (Zumutbarkeit von Fahrgemeinschaften).

23 Vgl. Urteil EVG vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI-Praxis 2003 215 E. 2.3.3.

24 Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 und 130 V 97 E. 3.3.3 sowie Urteile EVG vom 12.5.2005 (I 13/05) E. 2.5, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 18.5.2004 (I 457/02) E. 8 und vom 28.2.2003 (I 685/02) E. 3.2.

25 Vgl. BGE 130 V 396 E. 8 sowie Urteile EVG vom 12.5.2005 (I 13/05) E. 2.5 (arbeitsloser bzw. invalider Ehemann), vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 17.11.2003 (I 467/03) E. 3.2.2, vom 11.8.2003 (I 681/02) E. 5.3, vom 28.2.2003 (I 685/02) E. 4.2.2 ff., vom 30.12.2002 (I 90/02) = AHI-Praxis 2003 215 E. 2.3.3, vom 10.12.2002 (I 690/01) E. 6 und vom 4.7.2000 (I 294/99) E. 2b.

26 Vgl. Urteil EVG vom 9.6.2006 (I 252/05) E. 3.

27 Vgl. Urteile EVG vom 5.12.2006 (I 228/06 und I 245/06) E. 7.1.2, vom 24.3.2005 (I 687/04) E. 3.2, vom 19.10.2004 (I 300/04) E. 6.2.3, vom 11.8.2003 (I 681/02) E. 5.2 ff., vom 10.12.2002 (I 690/01) E. 6 und vom 4.7.2000 (I 294/99) E. 2b.

28 Vgl. BGE 110 V 318 E. 4 sowie Urteile EVG vom 4.9.2001 (I 175/01) E. 5b und vom 22.2.2001 (I 511/00) E. 3d (im selben Haushalt lebende, arbeitslose Söhne).

29 Vgl. Urteil EVG vom 28.2.2003 (I 685/02) E. 4.2.5 und BGE 110 V 322 E. 4.

30 Vgl. Urteil EVG vom 28.2.2003 (I 685/02) E. 4.2.5. Nicht anrechenbar ist die entlohnte Mithilfe der Schwägerin (Urteil EVG vom 19.10.2004 [I 300/04] E. 6.2.3).

31 Vgl. Urteil EVG vom 11.8.2003 (I 681/02) E. 5.2 f.

32 Vgl. BGE 110 V 318 E. 4.

33 Weiterführend **Landolt Hardy** Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, in: AJP 2009 1233 ff.

34 A. A. Urteil Appellationshof BE vom 13.2.2002 (358/II/2001) = ZBJV 2002 831 E. 6 und 9. "Von den Eltern (darf) für eine gewisse Zeit sogar ein ganz erheblicher zusätzlicher Betreuungsaufwand verlangt werden"; entsprechend sind Umdispositionen als Folge eines früheren Aufstehens des Kindes, der erhöhte Zeitaufwand wegen vermehrter Aufmerksamkeit sowie der Mehraufwand für Toilette und Anziehen nicht ersatzpflichtig" (Urteil Appellationshof BE vom 13.2.2002 [358/II/2001] = ZBJV 2002 831 und 2003 394 E. 9).

Teil des Schadens tragen würden. Gerechtfertigt ist nur die Anrechnung der "Ohnehinleistungen" von Angehörigen, also solcher Betreuungs- und Pflegeleistungen, die auch ohne Eintritt des haftungs begründenden Ereignisses erbracht worden wären.<sup>35</sup>

### III. Pflegeentgeltverpflichtung

#### A. Allgemeines

Ein Pflegeentgelt ist rechtlich nur geschuldet, wenn ein vertragliches oder gesetzliches Forderungsrecht besteht. Wer ohne verpflichtet zu sein, ein Entgelt für Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringt, riskiert, dass ihm bei den Ergänzungsleistungen ein Verzichtvermögen angerechnet wird.<sup>36</sup> Von vornherein nicht als EL-relevantes Einkommen angerechnet

---

SZS 2013 S. 467, 473

werden Hilflosenentschädigung<sup>37</sup> und Assistenzbeitrag<sup>38</sup>. Soweit mit diesen Versicherungsleistungen Betreuungs- und Pflegeleistungen von Angehörigen entschädigt werden, kann keine Aufrechnung eines Verzichtvermögens erfolgen. Während mit der Hilflosenentschädigung Betreuungs- und Pflegeleistungen aller Angehörigen entschädigt werden können, steht der Assistenzbeitrag nur für Angehörige zur Verfügung, die mit dem Versicherten weder verheiratet noch in gerader Linie verwandt sind.<sup>39</sup>

Ein Verzichtvermögen wird bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen berücksichtigt, wenn die Vermögensentäusserung "ohne rechtliche Verpflichtung" oder "ohne adäquate Gegenleistung" erbracht wurde.<sup>40</sup> Das Bundesgericht hat 2005 allerdings die Frage offengelassen, ob eine in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgte Vermögenshingabe einen Vermögensverzicht darstellt.<sup>41</sup> Der Nachweis der adäquaten Gegenleistung setzt das Vorhandensein echtzeitlicher Dokumente über die tatsächlich für den pflegebedürftigen Angehörigen erbrachten Arbeiten voraus. Ein im Nachhinein erstellter Zusammenzug von geschätzten Durchschnittswerten kann keine ernsthafte Grundlage einer Rechnungsstellung sein.<sup>42</sup>

#### B. Verpfändungsvertrag (Art. 521 ff. OR)

Ein gesetzlich geregelter entgeltlicher Pflegevertrag stellt der Verpfändungsvertrag dar, der im Rechtsalltag nicht mehr von grosser Bedeutung ist.<sup>43</sup> Durch den Verpfändungsvertrag verpflichtet sich der Pfründer, dem Pfrundgeber ein Vermögen oder einzelne Vermögenswerte zu übertragen, und dieser, dem Pfründer Unterhalt und

---

<sup>35</sup> Siehe dazu **Landolt Hardy**, Der Zumutbarkeitsgrundsatz im Haftpflichtrecht, in: 7. Freiburger Sozialrechtstagung, Freiburg 2008, 141 ff., 175 ff., und *ders.*, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2007 St. Gallen 2007 115 ff., 130 ff.

<sup>36</sup> Entsteht durch die Anrechnung eines Verzichtvermögens im Rahmen der Ergänzungsleistungsberechnung eine Sozialhilfebedürftigkeit, kann die Sozialhilfebehörde keine Reduktion der Sozialhilfeleistung im Umfang des angerechneten, aber nicht vorhandenen Verzichtvermögens vornehmen, sondern muss die Sozialhilfeleistungen unter dem Vorbehalt von offensichtlichen Rechtsmissbrauchsfällen uneingeschränkt erbringen (vgl. BGE 134 I 65 = Pra 2008 Nr. 86 E. 2 bis 7).

<sup>37</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. d ELG.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. f ELG.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 42<sup>quinquies</sup> lit. b IVG.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.3 f.

<sup>41</sup> Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.2.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 131 V 329 E. 4.2 und Urteil BGer vom 29.1.2008 (P 52/06) E. 2.1.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 521 ff. OR.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 521 Abs. 1 OR.

Pflege auf Lebenszeit zu gewähren.<sup>44</sup> Der Pfründer tritt dabei in die häusliche Gemeinschaft des Pfrundgebers ein.<sup>45</sup> Der Pfrundgeber ist verpflichtet,

---

SZS 2013 S. 467, 474

dem Pfründer das zu leisten, was dieser dem Wert des Geleisteten und den Verhältnissen, in denen er bislang gestanden hat, billigerweise erwarten darf.<sup>46</sup> Er hat ihm insbesondere Wohnung und Unterhalt in angemessener Weise zu leisten und schuldet ihm in Krankheitsfällen die nötige Pflege und ärztliche Behandlung<sup>47</sup>. Pfrundanstalten können diese Leistungen in ihren Hausordnungen unter Genehmigung durch die zuständige Behörde als Vertragsinhalt allgemein verbindlich festsetzen.<sup>48</sup>

### **C. Pflegeauftrag (Art. 394 ff. OR)**

Soweit sich der Angehörige verpflichtet, gegen Entgelt Betreuungs- und Pflegeleistungen beim Pflegebedürftigen zu Hause zu erbringen, liegt ein Pflegeauftrag, allenfalls ein Pflegearbeitsvertrag<sup>49</sup>, vor. Ein Pflegeauftrag setzt voraus, dass der pflegende Angehörige das Unternehmerrisiko trägt. Dies ist etwa der Fall, wenn der pflegende Angehörige als zugelassener Leistungserbringer tätig ist.<sup>50</sup> In den übrigen Fällen, in denen von einem entgeltlichen Dienstleistungsverhältnis auszugehen ist, ist einzelfallweise zu entscheiden, ob ein Pflegeauftrag oder ein Pflegearbeitsvertrag besteht.

Ein Pflegeauftragsverhältnis liegt immer dann vor, wenn der Pflegedienstleistungserbringer selbst mit den Sozialversicherern abrechnet. Als Folge des Tarifschutzes<sup>51</sup> dürfen für versicherte Pflegeleistungen<sup>52</sup> weder direkt noch indirekt weiter gehende Vergütungen berechnet werden. Der Versicherte hat seit 1. Januar 2011 einen Pflegekostenselbstbehalt zu tragen. Die übrigen vom Pflegebeitrag des Krankenversicherers nicht gedeckten Pflegekosten trägt der Wohnsitzkanton<sup>53</sup>. Zusätzliche Entschädigungen dürfen nur für echte Mehrleistungen, hauswirtschaft-

---

SZS 2013 S. 467, 475

liche Leistungen und Betreuungsleistungen, verlangt werden.<sup>54</sup> Was eine echte Mehrleistung ist und was nicht, ist letztlich nicht klar, weil der Begriff der im KVG/KLV versicherten Grundpflege<sup>55</sup> nicht abschliessend geregelt ist und in den nicht versicherten Betreuungsbereich "diffundiert". Was nicht kassenpflichtige Betreuung und was kassenpflichtige (Grund-)Pflege ist, ist deshalb oft nicht klar.<sup>56</sup> Der

---

45 Vgl. Art. 524 Abs. 1 OR. Die Begründung einer Hausgemeinschaft ist für den Verpfändungsvertrag allerdings nicht begriffsnotwendig (vgl. ZGGVP 80 [1979] 148).

46 Die Parteien können den Leistungsumfang im Verpfändungsvertrag oder (formfrei) in ergänzenden Nebenabreden regeln und vom gesetzlichen Leistungsumfang nach oben oder unten abweichen (vgl. ZGGVP 80 [1979] 149 betreffend Subsidiarität der Pfrundleistungen gegenüber Sozialleistungen).

47 Vgl. Art. 524 Abs. 2 OR.

48 Vgl. Art. 524 Abs. 3 OR.

49 Dazu infra Ziffer E.

50 Siehe BGE 133 V 218 E. 6.

51 Vgl. Art. 44 Abs. 1 KVG.

52 Vgl. Art. 7 KLV.

53 Vgl. Art. 25a KVG.

54 Vgl. Urteile BGer vom 12.11.2002 (2P.25/2000) E. 8 und 14 sowie vom 10.7.2007 (9C\_103/2007) E. 4.

55 Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 KLV.

56 Der Preisüberwacher hat in einem Rundschreiben vom September 2011 ("Probleme bei neuer Pflegefinanzierung – Preisüberwacher ortet dringenden Handlungsbedarf") auf die nach wie vor bestehende systematische Verletzung des Tarifschutzes hingewiesen. Seiner Auffassung nach sollte in der Kostenträgerrechnung des entsprechenden Heims ein Schlüssel von 75% Pflege und 25% Betreuung (Nettokosten nach Umlagen) aufgeführt sein. Die vom Preisüberwacher im Sommer 2011 erfolgte Erhebung anhand von 88 Alters- und Pflegeheimen mit rund 9200 Bewohnern hat demgegenüber ein Verhältnis von 41% Pflege und 59% Betreuung ergeben. Nach



Rückforderungsanspruch wegen zu viel bezahlter Betreuungsentgelte richtet sich nach Bereicherungsrecht und verjährt innerhalb eines Jahres seit der ersten Reklamation<sup>57</sup>.

#### ***D. Pensionsvertrag***

Der Pensionsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass der Pflegebedürftige Aufenthalt oder Wohnsitz in einem Heim, insbesondere in einem Altersheim, oder bei einer anderen natürlichen Person, z. B. einem Angehörigen<sup>58</sup>, nimmt und sich dort verpflegen und beherbergen lässt. Der Pensionsvertrag ist im besonderen Vertragsrecht nicht geregelt. Dieser Vertragstyp stellt eine Unterart des Gastaufnahmevertrags mit Logisangabe dar.<sup>59</sup> Der Pensionsvertrag weist dabei eine grosse Ähnlichkeit mit

---

**SZS 2013 S. 467, 476**

einem Mietvertrag auf, wird aber trotzdem als Innominatvertrag mixti iuris mit Miet-, Auftrags- und Werkvertragsselementen verstanden.

Der Pensionsgeber hat dem Pensionär Unterkunft und Bedienung zu gewähren sowie für dessen persönliche Sicherheit zu sorgen und haftet für eingebrachte Sachen gemäss Art. 487 ff. OR. Pflege und Betreuung sind grundsätzlich nicht eingeschlossen, weshalb bei Pflegebedürftigkeit zusätzlich eine Betreuungs- und Pflegepflicht vereinbart wird und hierfür ein besonderes Entgelt geschuldet ist und allfällige Auslagen zu ersetzen sind.<sup>60</sup> Das Pflegeentgelt umfasst nicht den Lohnausfall des Angehörigen, sondern die mutmasslichen Pflegelöhne bzw. üblichen Tagessätze für Pflege- oder Altersheime in der Region<sup>61</sup>.

Eine Sonderform des Pensionsvertrages mit Pflegeverpflichtung stellt der Verpfändungsvertrag dar, bei dem der Pfründer in den Haushalt des Pfrundgebers eintritt. Im Gegensatz zum Pensionsvertrag mit Pflegeverpflichtung übereignet der Pfründer sein gesamtes Vermögen und ist auch ärztliche Behandlung eingeschlossen, der Pfrundgeber ist aber nicht selbst zur Erbringung der Dienstleistungen verpflichtet, sondern hat dafür zu sorgen, dass der Pfründer die fraglichen Leistungen erhält. Der Verpfändungsvertrag unterscheidet sich ferner vom ambulanten Pflegevertrag auch insoweit, als die pflegebedürftige Person in Hausgemeinschaft zur Pflegeperson tritt.

Seit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 sind bei Heimaufnahmeverträgen (Pensionsvertrag mit Pflegeverpflichtung im Heim) die zwingenden Bestimmungen des Betreuungsvertrages von Art. 382 bis 386 ZGB zu beachten. Wird eine urteilsunfähige Person für längere Dauer in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut, so muss schriftlich in einem Betreuungsvertrag festgelegt werden, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist.<sup>62</sup> Im Betreuungsvertrag ist ferner insbesondere zu regeln, wie die freie Arztwahl sichergestellt wird.<sup>63</sup>

---

der Auffassung des Preisüberwachers wurden dadurch den Bewohnern für Pflegeleistungen (in Verletzung von Art. 25a Abs. 5 KVG) im Jahr 2011 durchschnittlich rund 18 300 Franken pro Jahr an Betreuungstaxen zu viel verrechnet, welche als Pflegekosten deklariert und von der öffentlichen Hand getragen werden müssten.

<sup>57</sup> Siehe dazu Urteil Kreisgericht Toggenburg vom 19.9.2011 (OV.2010.15-T03ZK-BRA) = *Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012* 106.

<sup>58</sup> Vgl. Urteil KGer VS vom 19.6.1985 i. S. Lengen = *ZWR 1985* 119 E. 3b (Aufnahme des Onkels).

<sup>59</sup> Vgl. BGE 126 II 443 E. 2b, Urteile BGer vom 28.8.2012 (4A\_176/2012) E. 3.4.1 und VGer GR vom 17.12.2010 (S 09 43) = *PVG 2011* 81 E. 3a sowie ferner Breitschmid Peter/Steck Dieter/Wittwer Caroline, *Der Heimvertrag*, in: *FamPra 2009* 867 ff.

<sup>60</sup> Siehe Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Empfehlung "Der ältere Mensch im Heim", Empfehlungen bezüglich seiner Stellung, Lebensweise und Pflege, Basel 1988, und ferner zur Zulässigkeit von Pensionspreiserhöhungen Urteil OGer ZH vom 26.1.2012 (NG110007-O/U).

<sup>61</sup> Vgl. Urteil KGer VS vom 19.6.1985 i. S. Lengen = *ZWR 1985* 119 E. 3d.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 382 Abs. 1 ZGB.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 386 Abs. 3 ZGB.

---

SZS 2013 S. 467, 477

## **E. Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)**

### **1. Allgemeines**

Der Pflegebedürftige und der Angehörige können jederzeit vereinbaren, dass die Betreuungs- und Pflegeleistungen im Rahmen eines Arbeitsvertrages erbracht werden. Voraussetzung ist, dass sowohl der Pflegebedürftige als auch der Angehörige handlungsfähig sind. Der Arbeitsvertrag kann formfrei, insbesondere mündlich, abgeschlossen werden. Die Rechtsprechung verlangt in der Regel einen schriftlichen Arbeitsvertrag und zudem eine echtzeitliche Dokumentation der erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen, vor allem in den Fällen, in denen vom Staat (rückwirkend) die Finanzierung des Angehörigenlohnes verlangt wird.<sup>64</sup>

Als Lohn ist das verabredete oder das übliche Entgelt geschuldet, das einem Dritten bezahlt werden müsste. Lebt der Angehörige in Hausgemeinschaft mit dem Pflegebedürftigen, so bildet der Unterhalt im Hause mit Unterkunft und Verpflegung einen Teil des Lohnes, sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist. Der Angehörigenlohn wird je nach Schweregrad der Pflegebedürftigkeit durch Sozialversicherungsleistungen finanziert.

Diesbezüglich sind vor allem die Hilflosenentschädigung, der Assistenzbeitrag und die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten zu nennen. Eine Hilflosenentschädigung erhalten Pflegebedürftige vor<sup>65</sup> und nach<sup>66</sup> der Pensionierung, während der Assistenzbeitrag vor Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters schon verfügt sein muss<sup>67</sup> und nur dann gewährt wird, wenn der pflegende Angehörige weder Ehegatte noch in gerader Linie verwandt ist.<sup>68</sup> Die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten wird Bezüglern von Ergänzungsleistungen gewährt,<sup>69</sup> wobei das kantonale Ausführungsrecht in der Regel den Nachweis eines Erwerbsausfalls verlangt.<sup>70</sup>

---

SZS 2013 S. 467, 478

Typisch für einen Arbeitsvertrag ist ein Unterordnungsverhältnis des Arbeitnehmers, weil der Arbeitgeber das Unternehmerrisiko trägt und gegenüber dem Arbeitnehmer weisungsbefugt ist. Bei schwer behinderten oder (teilweise) urteilsunfähigen Pflegebedürftigen besteht oft ein faktisches Unterordnungsverhältnis des Pflegebedürftigen. Das Bundesgericht lässt aber in solchen Fällen, zumindest im Anwendungsbereich von Art. 320 Abs. 2 OR, genügen, dass vom Angehörigen Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht werden, die üblicherweise Arbeitnehmer ausführen.<sup>71</sup>

### **2. Stillschweigender Arbeitsvertrag (Art. 320 Abs. 2 OR)**

Haben sich die Parteien hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen, nicht aber über alle Details geeinigt, gilt ergänzend das dispositiven Arbeitsvertragsrecht (unter Einschluss des kantonalen

---

<sup>64</sup> Vgl. Urteile BGer vom 29.1.2008 (P 52/06) E. 4.2 f. und EVG vom 12.12.2003 (P 76/02) E. 2.1 f.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 42 ff. IVG und Art. 26 f. UVG.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 43<sup>bis</sup> AHVG.

<sup>67</sup> Vgl. Art. 42<sup>septies</sup> Abs. 3 lit. b IVG, Art. 43<sup>bis</sup> Abs. 4 AHVG und Rz. 1015 ff. KSAB.

<sup>68</sup> Vgl. Art. 42<sup>quinqies</sup> lit. b IVG.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b ELG.

<sup>70</sup> Siehe z. B. § 12 ZLV (ZH).

<sup>71</sup> Siehe Urteile EVG vom 15.12.1997 (H 121/97) = AHI-Praxis 1998 153 E. 3 f. und BVer vom 9.11.2012 (C-855/2011) E. 4.3.



Normalarbeitsvertragsrechts). Der Richter hat erforderlichenfalls lückenhafte Verträge nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Wird beispielsweise ein Arbeitsvertrag mit Versprechen zu Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit vorzeitig aufgelöst, ist gestützt auf eine richterliche Ergänzung des lückenhaften Vertrages die vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zu Unterhalt und Pflege des Arbeitnehmers auf Lebenszeit durch die Verpflichtung, eine kapitalisierte Leibrente zu zahlen, zu ersetzen.<sup>72</sup>

In den Fällen, in denen sich die Parteien nicht auf die Entgeltlichkeit der Erbringung von Betreuungs- und Pflegeleistungen geeinigt haben, ist kein Arbeitsvertrag zustande gekommen. Eine Entgeltlichkeitsabrede ist aber nicht nur dann zustande gekommen, wenn ein periodisches Pflegeentgelt vereinbart ist, sondern auch dann, wenn dem betreuenden Angehörigen in Aussicht gestellt wurde, beim Tod des Pflegebedürftigen angemessen entschädigt zu werden.<sup>73</sup> Für eine Lohnforderung, die dem Angehörigen, der gleichzeitig Erbe ist, zusteht, kann dieser vor dem Tod Klage gegen den Pflegebedürftigen und nach dessen Tod schon vor der

---

SZS 2013 S. 467, 479

Erteilung Klage gegen andere Miterben erheben; diese haften anteilmässig entsprechend ihren Erbanteilen nicht solidarisch.<sup>74</sup>

Art. 320 Abs. 2 OR fingiert den Abschluss eines Arbeitsvertrages in den Fällen, in denen der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Haben Angehörige Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht, muss deshalb einzelfallweise entschieden werden, ob diese wegen eines Verhältnisses der Verbundenheit und Anhänglichkeit, das zwischen dem Angehörigen und dem Pflegebedürftigen bestand,<sup>75</sup> oder in Erfüllung der Beistands- bzw. Verwandtenunterstützungspflicht erfolgt sind oder das in solchen Fällen übliche Mass überschritten haben.

Üblich sind etwa Betreuungs- und Pflegeleistungen des Sohnes für die Mutter während dreier Monate, verteilt auf zwei Jahre.<sup>76</sup> Nicht mehr üblich sind Betreuungs- und Pflegeleistungen für den Onkel während fünf Monaten,<sup>77</sup> für eine Nichtverwandte während dreier Jahre<sup>78</sup> oder für einen Elternteil während vier<sup>79</sup> oder sogar zwölf Jahren.<sup>80</sup> Ist von einem stillschweigenden Arbeitsvertrag auszugehen, kann der Angehörige eine Lohnforderung geltend machen, die einem Dritten zustünde. Nicht zu entschädigen ist der darüber hinaus angefallene Erwerbsausfall des Angehörigen.<sup>81</sup>

Besteht ein Lohnanspruch, schliesst dies allfällige andere Entschädigungsansprüche, insbesondere den Lidlohnanspruch<sup>82</sup> und den eherechtlichen Entschädigungsanspruch von Art. 165 ZGB, aus.<sup>83</sup> Diese Bestimmung statuiert einen Entschädigungsanspruch zugunsten des Ehegatten, der im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitgearbeitet hat, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt,<sup>84</sup> oder aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie bedeutend

---

72 Vgl. BGE 111 II 260 E. 2.

73 Siehe BGE 107 Ia 107 E. 2b und c sowie Urteile BGer vom 25.1.2000 (4C.313/1999) E. 3 und OGer ZH vom 27.6.1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 4.

74 Vgl. Urteil OGer ZH vom 27.6.1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 3a und b.

75 Vgl. BGE 70 II 21 E. 2.

76 Vgl. BGE 70II 21 E. 2.

77 Vgl. Urteil KGer VS vom 19.6.1985 i. S. Lengen = ZWR 1985 119 E. 3b.

78 Vgl. Urteil BGer vom 25.1.2000 (4C.313/1999) E. 3.

79 Vgl. Urteil EVG vom 15.12.1997 (H 121/97) = AHI-Praxis 1998 153 E. 3.

80 Vgl. Urteil EVG vom 1.7.1991 i. S. W. E. 4b und c (Entschädigung in Höhe von CHF 60 000.– für eine 12-jährige Pflege eines Elternteils).

81 Vgl. Urteil KGer VS vom 19.6.1985 i. S. Lengen = ZWR 1985 119 E. 3d.

82 Vgl. Art. 334 ZGB und infra Ziffer G.

83 Vgl. Art. 165 Abs. 3 ZGB.

84 Vgl. Art. 165 Abs. 1 ZGB.

---

SZS 2013 S. 467, 480

mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war.<sup>85</sup> Betreuungs- und Pflegeleistungen erfüllen diese Voraussetzungen, wenn der behinderte Ehegatte vom anderen im Zusammenhang mit der Berufsausübung erheblich unterstützt wurde oder dieser Betreuungs- und Pflegekosten über seine Unterhaltspflicht hinaus getragen hat. In diesen Fällen ist abzuwägen, ob Art. 320 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt oder mit dem Entschädigungsanspruch gemäss Art. 165 ZGB ein gerechter Ausgleich für erhebliche Ehegattenpflegeleistungen erzielt werden kann.<sup>86</sup>

### 3. Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen

Lohnguthaben und Pflegeentgelte zulasten des Nachlasses stellen steuerrechtlich Erwerbseinkommen des Angehörigen dar.<sup>87</sup> Entsprechend sind auch Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen.<sup>88</sup> Wird der Koordinationsabzug überschritten, sind auch Beiträge für die berufliche Vorsorge zu bezahlen und hat ein zwangsweiser Anschluss des Pflegebedürftigen, gegebenenfalls des Nachlasses, an die Auffangeinrichtung zu erfolgen.<sup>89</sup> Erhält der pflegende Angehörige für mehrere Kalenderjahre eine Einmalabfindung, ist diese auf die Anzahl der betroffenen Jahre aufzuteilen. Überschreitet das pro Kalenderjahr fällige Pflegeentgelt den Koordinationsabzug nicht, besteht keine Anschlusspflicht.<sup>90</sup>

### 4. Verjährung

Lohnguthaben verjähren innert fünf Jahren.<sup>91</sup> Die fünfjährige Verjährungsfrist beginnt für eigentliche Lohnforderungen mit dem Ablauf des jeweiligen Monats,<sup>92</sup> mit welchem das jeweilige Lohnguthaben fällig wird, spätestens mit dem Tod des Pflegebedürftigen, mit welchem der

---

SZS 2013 S. 467, 481

Arbeitsvertrag ex lege aufgelöst wird,<sup>93</sup> für Pflegeentgelte zulasten des Nachlasses immer erst mit dem Tod des Pflegebedürftigen zu laufen.<sup>94</sup> Wird in gegenseitigem Einvernehmen auf eine periodische, namentlich monatliche Auszahlung verzichtet, beginnt die Verjährung erst mit der Aufhebung des Arbeitsvertrages bzw. dem Tod des Pflegebedürftigen.

Zudem ist der Verjährungsstillstand bei Lohnforderungen gegenüber dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner<sup>95</sup> und bei einer Hausgemeinschaft<sup>96</sup> zu beachten. Bestand keine Hausgemeinschaft, kann im Interesse des Familienfriedens ein Verjährungsstillstand bei dauerhafter Anwesenheit im Haushalt des Pflegebedürftigen

---

<sup>85</sup> Vgl. Art. 165 Abs. 2 ZGB.

<sup>86</sup> Der Entschädigungsanspruch von Art. 165 ZGB ist spätestens im Scheidungsverfahren geltend zu machen (vgl. BGE 123 III 433 = Pra 1998 Nr. 51).

<sup>87</sup> Vgl. BGE 107 Ia 107 E. 2b und c.

<sup>88</sup> Vgl. Urteile EVG vom 15.12.1997 (H 121/97) = AHI-Praxis 1998 153 und BVGer vom 9.11.2012 (C-855/2011) E. 4.3.

<sup>89</sup> Siehe die Anwendungsfälle Urteile BVGer vom 9.11.2012 (C-855/2011) und vom 8.6.2011 (C-4656/2009).

<sup>90</sup> Vgl. Urteil BVGer vom 8.6.2011 (C-4656/2009) E. 4.9.

<sup>91</sup> Vgl. Art. 128 Ziff. 3 OR.

<sup>92</sup> Vgl. Art. 323 Abs. 1 OR.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 338a Abs. 2 und Art. 339 Abs. 1 OR.

<sup>94</sup> Vgl. Urteile BGer vom 25.1.2000 (4C.313/1999) E. 3 und OGer ZH vom 27.6.1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 4.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> OR.

<sup>96</sup> Vgl. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

<sup>97</sup> Siehe BGE 90 II 443 E. 2.

angenommen werden.<sup>97</sup> Half der Angehörige aber nur gelegentlich, kommt ein Stillstand der Verjährung nicht infrage.<sup>98</sup>

### ***F. Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 422 OR)***

Trat die Pflegebedürftigkeit infolge eines haftungsbegründenden Ereignisses ein, stellt sich wie in den sonstigen Fällen einer Betreuung und Pflege durch Angehörige die Frage, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Geschädigten und den Angehörigen, die Besuchs-, Betreuungs- und Pflegeleistungen erbringen, zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht hat die Ersatzfähigkeit von Angehörigendienstleistungen schon im vorletzten Jahrhundert bejaht<sup>99</sup> und seither mehrfach bestätigt.<sup>100</sup>

Die ältere Rechtsprechung erachtete den Angehörigen, insbesondere den besuchenden Ehegatten, als aktivlegitimiert.<sup>101</sup> Der Verletzte konnte

---

SZS 2013 S. 467, 482

den Besuchsschaden nur dann geltend machen, wenn eine schriftliche Abtretung vorlag.<sup>102</sup> 1971 änderte das Bundesgericht ohne nähere Begründung seine Auffassung. Es erwo, dass der besuchte Verletzte – es handelte sich um eine erwachsene Tochter – aktivlegitimiert ist und die Besuchskosten des Angehörigen vom Verletzten gestützt auf die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen sind.<sup>103</sup> Diese beiden Auffassungen hat das Bundesgericht seither in Bezug auf unmündige Geschädigte bestätigt. Der betreuungs- und pflegebedürftige Verletzte ist nicht nur in Bezug auf den Pflege- und Betreuungsschaden, sondern auch den Besuchsschaden aktivlegitimiert und hat die Angehörigen im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder in Anwendung des Auftragsrechts zu entschädigen.<sup>104</sup>

Diese haftpflichtrechtliche Rechtsprechung kontrastiert mit der Rechtsprechung zu Art. 320 Abs. 2 OR und wirft die Frage auf, ob der Geschädigte, der den Angehörigen entweder nur Vergütungsersatz oder zusätzlich eine auftragsrechtliche Pflegevergütung zu bezahlen hat, gleichwohl als Arbeitgeber zu qualifizieren ist, der insbesondere Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen und sich bei einer Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen hat, wenn der jährliche Betreuungs- und Pflegeschaden über dem Koordinationsabzug liegt. Soweit ersichtlich wird dies in der Schadenerledigungspraxis nicht so gehandhabt. Insbesondere betreuende und pflegende Eltern werden nicht als Arbeitnehmer ihrer geschädigten Kinder oder als selbstständigerwerbende Pflegedienstleistungserbringer qualifiziert. Im Interesse einer einheitlichen Praxis sollte auch in diesen Fällen von einem Arbeitsvertragsverhältnis ausgegangen werden, nicht zuletzt, weil dem zu entschädigenden Stundenansatz der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung zugrunde zu legen sind<sup>105</sup> und der pflegende Angehörige sonst keinen Unfallversicherungs- und Vorsorgeschutz hat.<sup>106</sup>

---

SZS 2013 S. 467, 483

---

<sup>98</sup> Vgl. Urteil OGer ZH vom 27.6.1989 = ZR 1989 Nr. 101 S. 289 E. 4.

<sup>99</sup> Vgl. z. B. BGE 21 1042/1050 (Pflege durch Ehefrau).

<sup>100</sup> Vgl. BGE 28 II 200 E. 5, 33 II 594 E. 4, 35 II 216 E. 5, 97 II 259 E. III/3 und 108 II 422 sowie Urteile BGer vom 23.6.1999 (4C.412/1998) = Pra 1999 Nr. 171 = plädoyer 5 (1999) 58 = SJZ 1999 58 und 479 = JdT 2001 I 489, vom 26.3.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 = plädoyer 5 (2002), 57 = HAVE 2002 276 = ZBJV 2003 394 E. II/6b/aa und vom 25.5.2010 (4A\_500/2009) E. 2.1.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 57 II 94 E. 3b: "perché il diritto di farla valere spettava al marito solo, il quale, invece, non si è portato attore."

<sup>102</sup> Vgl. BGE 69 II 324 E. 3a.

<sup>103</sup> Vgl. BGE 97 II 266 E. III/2–4.

<sup>104</sup> Vgl. Urteile BGer vom 25.5.2010 (4A\_500/2009) E. 3.3 und vom 27.3.2007 (4C.413/2006) E. 4.

<sup>105</sup> Vgl. Urteile BGer vom 25.5.2010 (4A\_500/2009) E. 2.1.

<sup>106</sup> Siehe dazu **Landolt Hardy**, Soziale Sicherheit älterer Geschädigten und ihrer Angehörigen, in: Personen-Schaden-Forum 2010 Zürich 2010, 13 ff., *ders.*, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, in: Haftpflichtrecht – Versicherungsrecht. Band 1, Zürich 2010, 59 ff., und *ders.*, Soziale Sicherheit pflegender Angehöriger, in: AJP 2009 1233 ff.



### ***G. Lidlohn (Art. 334 ZGB)***

Volljährige Kinder oder Grosskinder, die ihren Eltern oder Grosseltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, können hierfür eine angemessene Entschädigung verlangen.<sup>107</sup> Die Lidlohnbestimmung ist im Verhältnis zu den vorerwähnten Pflegeentgeltverpflichtungen subsidiär anwendbar und gilt ohnehin nur für volljährige Kinder und Grosskinder, nicht aber für Stiefkinder, für die ausschliesslich Art. 320 Abs. 2 OR anwendbar ist.<sup>108</sup> Schuldner der Lidlohnforderung ist nicht der Pflegebedürftige, sondern das Familienhaupt im Zeitpunkt der Geltendmachung der Lidlohnforderung.<sup>109</sup>

Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten von Eltern oder Grosseltern können als Zuwendung von Arbeit qualifiziert werden, sofern sie keine Eigenleistungen oder unentgeltliche Zuwendung darstellen. Insoweit ist fraglich, ob ein Lidlohn überhaupt geschuldet sein könnte, wenn Art. 320 Abs. 2 OR nicht anwendbar ist. Es kann unter Umständen bereits ausreichen, wenn das mündige Kind nur einen Teil seiner Arbeit seinen Eltern zuwendet,<sup>110</sup> indes muss eine gewisse Regelmässigkeit vorliegen und das Kind in der Ausübung einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit eingeschränkt sein. Eine nur gelegentlich geleistete Arbeit oder Zuwendung reicht nicht aus.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Vgl. Art. 334 Abs. 1 ZGB.

<sup>108</sup> Vgl. BGE 67 II 200/203.

<sup>109</sup> Vgl. Urteil BGer vom 5.1.2005 (5C.133/2004) E. 4.2.

<sup>110</sup> Vgl. BGE 85 II 382 E. 1.

<sup>111</sup> Vgl. Urteil BGer vom 5.1.2005 (5C.133/2004) E. 5.2.