

Dokument	<b>AJP 2014 S. 342</b>
Autor	<b>Kinga M. Weiss, Domino M. Hofstetter</b>
Titel	<b>Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

---

AJP 2014 S. 342

## **Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht**



---

\* Kinga M. Weiss, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Erbrecht, Konsulentin bei Walder Wyss AG, Zürich.  
Domino M. Hofstetter, MLaw, Zürich.  
Dieser Aufsatz wurde gekürzt gehalten als Referat durch Dr. iur. Kinga M. Weiss an der Tagung "St. Galler Erbrechtstag" am 19. Juni 2013 in Zürich.

Domino M. Hofstetter



*Private Betreuungs- und Pflegeleistungen für pflegebedürftige Angehörige nehmen stetig zu. Sozialversicherungsrechtliche Leistungen sind zumeist ungenügend und Pflegeverträge werden aus Pietätsgründen nur selten ausdrücklich abgeschlossen. Zudem fehlt häufig eine Entschädigungsregelung. Dennoch besteht keine (erbrechtliche) Norm, welche die Angehörigen entsprechend entschädigen würde. De lege ferenda stellt sich daher die Frage nach einem gesetzlich verankerten Begünstigungsanspruch für betreuende oder pflegende Angehörige. Für dessen konkrete Ausgestaltung bieten sich Institute wie namentlich das Ausgleichsrecht, die fiktive Nachlassverbindlichkeit oder das gesetzliche Vermächtnis an.*

*Les prestations privées de prise en charge et de soin en faveur des parents nécessitant des soins sont en constante augmentation. Les prestations du droit des assurances sociales sont insuffisantes et, pour des raisons de piété, il est rare que des contrats de soins soient expressément conclus. Une réglementation relative à la rémunération fait en outre souvent défaut. Il n'existe toutefois aucune norme (de droit successoral) selon laquelle les parents auraient le droit d'être indemnisés en conséquence. De lege ferenda, il se pose la question de l'inscription dans la loi du droit à un traitement privilégié dans la succession pour les parents assumant la prise en charge ou les soins. Concrètement, le concept pourrait par exemple s'inspirer du droit au rapport. Le droit légal à un traitement privilégié pourrait cependant aussi être créé à travers les institutions des dettes fictives de la succession ou du legs fondé sur une disposition légale.*

## I. Einleitung

Der Anteil älterer hilfsbedürftiger Personen an der Gesamtbevölkerung nimmt stetig zu. Die hohen Kosten, welche Alters- und Pflegeheime verursachen sowie die generelle Abneigung solchen Institutionen gegenüber führen dazu, dass immer mehr ältere Menschen temporär oder dauerhaft ausserhalb von Alters- und Pflegeheimen beherbergt und gepflegt werden:

Zehn Prozent der zu Hause lebenden älteren Bevölkerung (65-jährig und älter) ist *pflegebedürftig*, bei den über 85-Jährigen ist es rund ein Drittel<sup>1</sup>. Noch stärker steigt die

---

<sup>1</sup> Die Hälfte davon ist nur leicht pflegebedürftig (14%), die andere Hälfte mittelmässig (6%) bis stark (12%) pflegebedürftig. Am meisten Unterstützung wird beim Baden bzw. Duschen sowie beim An- und Ausziehen benötigt: François Höpflinger/Lucy Bayer-Oglesby/Andrea Zumbrunn, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Hrsg.), Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter, Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Bern 2011, 46 ff. sowie SGB 2007 (gewichtete Daten, Antworten zu den ADL-Items).

*Hilfsbedürftigkeit* mit dem Alter, da sie im Gegensatz zur Pflegebedürftigkeit nicht zwingend die Unterbringung in eine Alters- und Pflegeeinrichtung erfordert: Rund ein Fünftel der zu Hause lebenden Personen ab 65 Jahren ist stark, ein weiteres Siebtel leicht hilfsbedürftig. Im hohen Alter (85 Jahre und älter) ist mehr als die Hälfte der zu Hause lebenden Personen für hauswirtschaftliche Tätigkeiten auf Unterstützung angewiesen<sup>2</sup>.

Zumeist übernimmt zunächst der jeweilige Ehegatte die Pflege, ist der Ehegatte bereits verstorben, werden die Aufgaben häufig von den Kindern oder deren Ehegatten getragen. Oftmals sind es also schon heute die Angehörigen, die sich der Pflegeaufgabe annehmen. In Zukunft werden die Angehörigen aufgrund der Zunahme der ältesten Bevölkerungsschicht und der damit einhergehenden Überlastung des Sozialstaats diesbezüglich noch stärker gefordert sein<sup>3</sup>.

Betreuungs- und Pflegeleistungen werden von Angehörigen in der Regel unentgeltlich erbracht, häufig aus Pietätsgründen. Drittpersonen wie Gläubiger oder Miterben profitieren vom Verzicht der pflegenden Person auf das Pflegeentgelt. Durch die Angehörigenpflege werden Ausgaben wie kostspielige Heimaufenthalte eingespart, die ansonsten zulasten des Vermögens der pflegebedürftigen Person gingen. Dadurch steht die Erbmasse ungeschmälert zur Verfügung<sup>4</sup>.

Spätestens beim Tod der gepflegten Person ist mit Streitigkeiten unter den Erben zu rechnen, wenn es um die Frage geht, ob und wie erbrachte Pflegeleistungen bei der Nachlassenteilung zu berücksichtigen sind. Der Grund hierfür ist, dass im schweizerischen Recht eine gesetzlich statuierte Ausgleichspflicht für privat erbrachte Pflegeleistungen durch Angehörige fehlt. Aber auch die staatlichen Mittel für Pflegeleistungen sowie diejenigen von Krankenkassen und Versicherungen sind nicht ausreichend, um den Lohnausfall von pflegenden Angehörigen vollständig zu decken<sup>5</sup>. Streitigkeiten über die Entschädigung der Pflegeleistungen lassen sich de lege lata in der Regel lediglich durch eine entsprechende lebzeitige schriftliche Vereinbarung zwischen Erblasser und Pflegeperson oder durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers zugunsten der Pflegeperson verhindern<sup>6</sup>.

De lege ferenda ist daher die Einführung einer von Gesetzes wegen geschuldeten Entschädigung des Betreuungs- und Pflegeeinsatzes im Rahmen des Erbrechts in Erwägung zu ziehen. Damit könnte nicht nur innerfamiliär ein Ausgleich geschaffen werden, sondern die pflegenden Personen, die durch die Reduktion ihrer Erwerbstätigkeit und mangels vertraglicher Entgeltlichkeitsabrede Lohneinbussen in Kauf nehmen, könnten finanziell abgesichert werden. Ein solcher Begünstigungsanspruch würde somit dem gesellschaftlichen Wandel Rechnung tragen<sup>7</sup>.

---

2 Höpflinger/Bayer-Oglesby/Zumbrunn (FN 1), 46 ff., 51%.

3 Vgl. Andreas Baumann, Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht, *successio* 2011, 30 ff., 30.

4 Der Lohnausfall kann auch zu sozialversicherungsrechtlichen Lücken führen, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Anerkennung und Aufwertung der Care-Arbeit, Impulse aus Sicht der Gleichstellung, Bern 2010, 22.

5 Agnes Leu/Iren Bischofberger, Pflegenden Angehörige als Angestellte in der Spitex: Eine Annäherung aus rechtlicher, qualifikatorischer und konzeptioneller Perspektive, *Pflegerecht* 2012, 210 ff., 211; Hardy Landolt, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, *AJP/PJA* 2009, 1233 ff., 1240.

6 Zur diesbezüglichen Problematik s. hinten Ziff. IV und V.

7 EBG (FN 4), 24.

## II. Private Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige – entgeltliche oder unentgeltliche Leistung

### A. Rechtspflicht

Ob ein Anspruch auf Entschädigung einer Pflegeleistung besteht, hängt davon ab, ob die Pflege freiwillig oder aufgrund einer bestimmten Pflicht geleistet wurde. Leistet eine Person Pflege- oder Betreuungsarbeit gestützt auf eine sittliche, ehe- oder familienrechtliche Pflicht, im Rahmen der Verwandtenunterstützungspflicht oder in der Annahme, einer solchen Pflicht zu unterliegen, sind die Leistungen – vorbehalten einer gegenteiligen Abrede – unentgeltlich<sup>8</sup>, das heisst, es besteht kein Anspruch auf Entschädigung. Eine Schenkung der pflegenden Person<sup>9</sup> und eine Rückerstattung wegen ungerechtfertigter Bereicherung<sup>10</sup> fallen dann a priori ausser Betracht.

Eine angehörige Person leistet Betreuung und Pflege gestützt auf eine Rechtspflicht, wenn ein Rechtsatz oder eine vertragliche Abrede dies von ihr verlangt.

### 1. Gesetzliche Leistungspflicht

#### a. Beistandspflicht unter Ehegatten

Aus dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft leitet sich ab, dass Ehegatten einander Treue und Beistand schulden (Art. 159 Abs. 3 ZGB). Darunter fällt auch die gegensei-

---

AJP 2014 S. 342, 344

tige Kranken- und Gesundheitspflege. Wie weit die Beistandspflicht gegenüber dem psychisch oder körperlich kranken oder verunfallten Ehegatten geht, beurteilt sich anhand der Umstände des Einzelfalls. Die Pflicht zu Betreuungs- und Pflegeleistungen hat für den Ehegatten dort seine Grenzen, wo die Änderung des die Ehe belastenden Zustands ausserhalb seiner Willensmacht liegt oder von ihm ein solches Mass an Verzicht und Selbstaufgabe fordern würde, dass damit seine Persönlichkeit verkümmern oder seine Menschenwürde beeinträchtigt würde<sup>11</sup>.

Die Pflegeleistungen eines Ehegatten im Zusammenhang mit der Berufsausübung des pflegebedürftigen Ehegatten oder die Übernahme der Betreuungs- und Pflegekosten durch Geld- oder Naturalleistung sind in der Regel als *unentgeltlich* zu betrachten, da sie in Erfüllung der gesetzlichen Beistandspflicht erfolgen, die dem Unterhalt der Familie dient (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Übernimmt ein Ehegatte dagegen den ganzen Tag Betreuungs- und Pflegeleistungen, leistet er erheblich mehr, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt. Diesfalls hat er Anspruch auf eine angemessene (eherechtlche) Entschädigung gemäss Art. 165 Abs. 2 ZGB<sup>12</sup>, sofern der Arbeitseinsatz nicht bereits aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses entschädigt wird (Abs. 3)<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 249 Ziff. 2 OR; BGE 70 II 21 ff., 28, E. 2; BGE 53 II 198 ff., 199, E. 1.

<sup>9</sup> BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2; Rolf H. Weber, in: Richard Frank et al. (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, Zürich 1984, N 33 f. zu § 11.

<sup>10</sup> BGE 45 II 291 ff., E. 2; BGE 53 II 198 ff.; Art. 63 Abs. 2 OR.

<sup>11</sup> BGE 78 II 123 ff., 127, E. 2; BGE 98 II 337 ff., 337 ff., E. 2; Verena Bräm, in: Verena Bräm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Art. 159–180 ZGB, Scheidungsrecht. Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Band II/2c., 3. A., Zürich 1998, N 159 zu Art. 159 ZGB.

<sup>12</sup> BGE 120 II 280 ff., 282, E. 6a = Pra 85 (1996) Nr. 13; Bernhard Isenring/Martin Kessler, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 4. A., Basel/Zürich/Genf 2010, N 2 zu Art. 165 ZGB.

<sup>13</sup> Insoweit ist die im Eherecht vorgesehene Abgeltung subsidiär; BSK ZGB I-Isenring/Kessler (FN 12), N 6 zu Art. 165 ZGB.

Der Anspruch auf Entschädigung kann jederzeit geltend gemacht werden, ist passiv vererblich und hat Vorrang vor den Ansprüchen der Erben, da er im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend zu machen ist<sup>14</sup>. Die Entschädigung für Ehegattenarbeit wird sozialversicherungsrechtlich gleich behandelt wie der Lohn aus einem Arbeitsverhältnis, steuerrechtlich hingegen ist sie aufgrund des geltenden Steuersystems mit Familienbesteuerung in ungetrennter Ehe unbeachtlich<sup>15</sup>.

## **b. Beistandspflicht unter registrierten Partnern**

Bei der eingetragenen Partnerschaft sind beide Partner einander von Gesetzes wegen zu Beistand verpflichtet (Art. 12 PartG<sup>16</sup>) und sorgen gemeinsam nach ihren Kräften für den gebührenden Unterhalt ihrer Gemeinschaft (Art. 13 bzw. Art. 34 Abs. 2 und 3 PartG)<sup>17</sup>. Zu den immateriellen Beistandspflichten zählen namentlich die Betreuung und Pflege des Partners oder seiner Angehörigen<sup>18</sup>.

Wie im Eherecht geht die partnerschaftliche Beistandspflicht der Annahme eines konkludenten Arbeitsvertrags vor. Im Partnerschaftsgesetz fehlen jedoch analoge Bestimmungen zu den ehelichen Ausgleichsmechanismen. Hinsichtlich der Entschädigung ausserordentlicher Beiträge eines Partners im Beruf oder Gewerbe des anderen im Sinn von Art. 165 Abs. 1 ZGB verweist die Botschaft zum Partnerschaftsgesetz auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 320 Abs. 2 OR<sup>19</sup>. Der nicht gerechtfertigte Verzicht auf eine Art. 165 Abs. 2 ZGB entsprechende Regelung führt dazu, dass die Schwelle für die Annahme eines konkludenten Vertrags niedriger als im Eherecht, jedoch höher als für Konkubinatspaare ist. Dennoch ist aus Gründen der Rechtssicherheit ein ausdrücklicher Darlehens- oder Arbeitsvertrag zu empfehlen<sup>20</sup>. Für die – ohnehin wenig attraktive<sup>21</sup> – Annahme einer einfachen Gesellschaft fehlt es oft an der

---

AJP 2014 S. 342, 345

über die Führung der Lebensgemeinschaft hinausgehenden gemeinsamen Zweckverfolgung<sup>22</sup>.

---

14 ZK-Bräm (FN 11), N 103 ff. zu Art. 165 ZGB.

15 BSK ZGB I-Isenring/Kessler (FN 12), N 99 ff. zu Art. 165 ZGB.

16 Bundesgesetz vom 18.6.2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG; SR 211.231).

17 Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI. Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010, N 22 zu Art. 320 OR; Hardy Landolt, Soziale Sicherheit älterer Geschädigter und ihrer Angehörigen/IV. Stellung der pflegenden Angehörigen im sozialen Sicherungssystem, in: Stephan Weber (Hrsg.), HAVE, Personen-Schaden-Forum 2010 – Tagungsbeiträge, Zürich 2011, 38 ff., 39.

18 Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, in: Thomas Geiser/Philipp Gremper (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zürich 2007, N 41 zu Art. 12 und N 6 ff. zu Art. 13 PartG; Philipp Gremper, Vermögensrechtliche Wirkungen der eingetragenen Partnerschaft, FamPra.ch 2004, 475 ff., 479; Ingeborg Schwenzer, in: Andrea Büchler (Hrsg.), FamKomm, Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, N 9 ff. und 15 zu Art. 34 PartG.

19 BBl 2003 1313; BGE 113 II 414 ff. = Pra 77 (1988) Nr. 84; BGE 130 V 553 ff., 557 f., E. 3.5; Michelle Cottier/Cécile Crevoisier, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP/PJA 2012, 33 ff., 40; ZK-Wolf/Genna (FN 18), N 9 f. zu Art. 13 PartG.

20 BBl 2003 1313; BGE 113 II 414 ff. = Pra 77 (1988) Nr. 84; Cottier/Crevoisier (FN 19), 40; FamK-Andrea Büchler/Gabriella Matefi (FN 18), N 87 zu Art. 25 PartG; FamK-Andrea Büchler/Rolf Vetterli (FN 18), N 19 zu Art. 12 PartG; Ingeborg Schwenzer, Registrierte Partnerschaft: Der Schweizer Weg, FamPra.ch 2002, 223 ff., 229; Gremper (FN 18), 503; für einen Analogieschluss: Myriam Grütter/Daniel Summermatter, Das Partnerschaftsgesetz, FamPra.ch 2004, 449 ff. 453.

21 Die Arbeitsleistungen der betreuenden Person werden grundsätzlich nicht besonders vergütet und Gewinn und Verlust nach Köpfen verteilt (Art. 533 OR).

22 Schwenzer (FN 20), 229; FamK-Büchler/Matefi (FN 18), N 98 ff. zu Art. 25 PartG.

### c. Beistandspflicht unter Konkubinatspartnern

Das Konkubinatsverhältnis ist im schweizerischen Recht nicht geregelt. Im Konkubinat bestehen daher nur Beistands- oder Unterhaltspflichten, soweit sie ausdrücklich oder stillschweigend zwischen den Parteien vereinbart worden sind<sup>23</sup>. Haben die Konkubinatspartner überdies einen Arbeitsvertrag oder einen anderen Nominat- oder Innominatvertrag über die Leistung abgeschlossen, geht dieser einem Betreuungsvertrag vor<sup>24</sup>.

### d. Familienrechtliche Beistandspflicht

Die in Art. 272 ZGB statuierte Rechtspflicht der Eltern und Kinder ist verwandt mit dem Treue- und Beistandsgebot unter den Ehegatten gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB. Die Pflicht zu allem Beistand sowie aller Rücksicht und Achtung beruht auf dem Kindesverhältnis, unabhängig vom Alter des Kindes, vom Bestand der häuslichen Gemeinschaft und von der elterlichen Sorge<sup>25</sup>. Die Pflicht gilt mittelbar auch zwischen Geschwistern<sup>26</sup> sowie Grosseltern und Enkeln<sup>27</sup>, nicht dagegen unter Eltern<sup>28</sup> oder zwischen Stiefkindern und Stiefeltern.

Umfang und Art der gemäss Art. 272 ZGB geschuldeten Geld-, Natural- und Dienstleistungen lassen sich nicht nach objektiven Kriterien fassen. Sie richten sich nicht bloss nach dem, was der eine bedarf und wozu der andere imstande ist. Ebenso wichtig ist, was billigerweise nach den persönlichen Verhältnissen beziehungsweise der inneren Natur der Beziehung dem einen gebührt und dem anderen zuzumuten ist<sup>29</sup>. Der wirtschaftliche Beistand umfasst mitunter Darlehen, Mithilfe im Gewerbe oder Beruf sowie die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft. Zum geistig-sittlichen Beistand gehören unter anderem die Vorkehr des Erforderlichen bei Krankheit und Not, Benachrichtigung entsprechender Stellen, wenn eigenes Handeln nicht ausreicht und die Bekanntgabe wichtiger Informationen<sup>30</sup>. Übersteigt die geleistete Unterhalts- und Unterstützungspflicht den Rahmen von Art. 272 ZGB, können Ausgleichszahlungen in Frage kommen (Art. 334 f. ZGB und Art. 320 Abs. 2 OR)<sup>31</sup>.

Auch wenn die Pflicht nach Art. 272 ZGB nicht klagbar und vollstreckbar ist, darf ihre Erfüllung oder Nichterfüllung rechtlich nicht vernachlässigt werden. Ihre Verletzung kann zur Kürzung des Unterhaltsanspruchs<sup>32</sup> oder zur Aufhebung einer Schenkung führen<sup>33</sup>, bei schwerer Verletzung einen Enterbungsgrund darstellen<sup>34</sup>, wie auch Ehe-

---

23 BGE 129 I 1 ff., 6, E. 3.2.4.

24 Richard Frank (FN 9), N 13 f. zu § 8.

25 BGE 119 Ia 134 ff.

26 BGE 76 II 265 ff., 271 f., E. 4.

27 BB1 1974 II 52.

28 Sie unterstehen Art. 159 Abs. 3 ZGB.

29 Cyril Hegnauer, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II., 2. Abteilung Die Verwandtschaft, 2. Teilband Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Kommentar zu Art. 270–275 ZGB, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Kommentar zu Art. 276–295 ZGB, Bern 1997, N 7 zu Art. 272 ZGB.

30 BGE 134 III 241 ff., 245, E. 5.3.1; BK-Hegnauer (FN 29), N 31 zu Art. 272 ZGB, Aufnahme in die Hausgemeinschaft kann geboten sein bei Notwendigkeit dauernder Betreuung.

31 Gemäss BGE 70 II 21 ff., 28, E. 2 ist die dreimonatige, auf zwei Jahre verteilte Pflege der kranken Mutter durch ihren Sohn in Erfüllung der sittlichen und rechtlichen Beistandspflicht erfolgt; ob Ausgleichszahlungen in Frage kommen, prüfte das Bundesgericht i.c. n.b. noch im Rahmen von aArt. 633 ZGB; heute dürfte die Rechtsprechung zu Art. 159 ZGB vermutlich analog herangezogen werden können. So wohl auch Hardy Landolt, Angehörigenpflege – Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit?, SZS 2013, 467 ff., 469 FN 6 und 479; vgl. dazu hinten Ziff. IV.C.3. sowie FN 87.

32 Vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB, Art. 329 Abs. 2 ZGB; BGE 111 II 413 ff., E. 4.

33 Art. 249 Ziff. 2 OR.

34 Art. 477 Ziff. 2 ZGB, BGE 106 II 304 ff., 306 ff., E. 3, vgl. dazu hinten Ziff. V.D.



und Kinderschutzmassnahmen nach sich ziehen<sup>35</sup>. Die Erfüllung einer Beistandspflicht schliesst weder die erbrechtliche Herabsetzung (Art. 527 ZGB) noch die Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) aus<sup>36</sup>.

### e. Verwandtenunterstützungspflicht

Unterstützungspflichtig sind ferner Verwandte<sup>37</sup> einer notleidenden Person, sofern sie in günstigen Verhältnissen leben (Art. 328 ZGB)<sup>38</sup>. Die pflegebedürftige Person befindet sich in einer Notlage, wenn sie das zu ihrem Le-

---

AJP 2014 S. 342, 346

bensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft aufbringen kann<sup>39</sup>. Der Anspruch bezieht sich somit in der Regel auf die Verschaffung von Nahrung, Kleidung, Wohnung und ärztlicher Betreuung.

## 2. Vertragliche Leistungspflicht

Eine Leistungspflicht kann auch gestützt auf eine stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung bestehen. In diesem Fall richten sich Leistungsinhalt, Leistungsumfang und Entgeltlichkeit nach der Parteivereinbarung<sup>40</sup>. Fehlt aber eine Entgeltlichkeitsabrede, ist zu beurteilen, ob im konkreten Fall eine entgeltliche oder unentgeltliche Leistung vorliegt und ob allenfalls von Gesetzes wegen ein Entschädigungsanspruch für die geleisteten Aufwendungen besteht.

## B. Sittliche Pflicht

Sitte und Moral können die Unterstützung von Verwandten über den gesetzlichen Rahmen von Art. 328 ZGB hinaus verlangen, obwohl sie rechtlich nicht vorgeschrieben ist. Das Vorliegen einer sittlichen Pflicht ist gemäss BGE 131 V 329 ff. jedoch nicht leichthin anzunehmen, sondern nur, wenn das Unterlassen des fraglichen Verhaltens als unanständig zu qualifizieren ist<sup>41</sup>. Gemäss von Büren setzt das Bestehen einer sittlichen Pflicht eine *"konkrete Pflichten-situation [...] von einer gewissen Eindringlichkeit, voraus"*, die eben nicht der *"allgemeine[n] Menschenpflicht, nach Möglichkeit vorhandene Not zu lindern"*, entspricht<sup>42</sup>. So hielt das Bundesgericht

---

35 Art. 172 ff. ZGB, Art. 307 ff. ZGB; Cornelia Achermann-Weber, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 2011, N 8 zu Art. 272 ZGB.

36 BK-Hegnauer (FN 29), N 27 und 49 zu Art. 272 ZGB; vgl. zur Ausgleichungsproblematik hinten Ziff. V.C.2.

37 Verwandte in auf- und absteigender Linie, nicht aber Geschwister, Stiefeltern/-kinder; BSK ZGB I-Thomas Koller (FN 12), N 15c zu Vorbem. zu Art. 328/329 und N 6 zu Art. 328/329 ZGB; zur Berechnung Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, SKOS, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe 12/08, Bern 2005, F.4 und H.4.

38 D.h., ihnen aufgrund ihrer finanziellen Situation eine wohlhabende Lebensführung (Eink. > Fr. 10'000.–/Mt.) möglich ist, wobei dem Recht auf Aufbau und Erhalt einer angemessenen Altersvorsorge Rechnung zu tragen ist, Urteile des BGer 5C.299/2006 vom 22.6.2007, BGer 5C.186/2006 vom 21.11.2007; BGE 136 III 1 ff., 3 f., E. 4; Urteil Eidg. VersG H 121/97 vom 15.12.1997: die vierjährige Pflege einer hochbetagten, dementen Mutter durch die Tochter geht weit über das unter dem Titel *"Verwandtenunterstützungspflicht zu Erwartende hinaus"*, AHI-Praxis 1998, 153, E. 3.

39 BGE 136 III 1 ff., 3 f., E. 4; BGE 132 III 97 ff., 100 ff., E. 2, bei der Abklärung der Bedürftigkeit dürfen die im Betreibungsrecht aufgestellten Regeln über den Notbedarf herangezogen werden.

40 Dazu hinten Ziff. IV.C.3.

41 Gemäss BGE 131 V 329 ff., 333 f. erfolgte eine elfjährige Pflege einer Mutter durch ihren Sohn bzw. deren Schwiegertochter ohne rechtliche oder sittliche Verpflichtung; Andreas Baumann, Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen, Pflegerecht 2012, 81 ff., 81 f.

42 Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551 OR), Zürich 1972, 275.



bereits in BGE 53 II 198 ff. fest, dass es kaum als sittliche Pflicht gelten kann, einen Verwandten unentgeltlich unterhalten zu müssen, solange dieser eigenes Vermögen besitzt<sup>43</sup>. Denkbar ist es aber, dass bei in Gütertrennung lebenden Ehegatten sowie bei Konkubinatspartnern eine sittliche Pflicht der arbeitstätigen Person zur finanziellen Ausgleichung der haushaltsführenden Person besteht<sup>44</sup>.

Die Leistungserbringung in Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist zwar rechtlich nicht erzwingbar, erfolgt jedoch auch nicht ganz freiwillig<sup>45</sup> und ist somit unentgeltlich<sup>46</sup>. Im Rahmen der erbrechtlichen Herabsetzung werden Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht entgegen Art. 239 Abs. 3 OR den Zuwendungen nach Art. 527 ZGB gleichgesetzt und unterliegen damit immerhin der Herabsetzung<sup>47</sup>. Ferner sind sie der Ausgleichung unterworfen (s. dazu hinten Ziff. V.C.2).

## C. Freiwillige Leistung

Erfolgt eine Pflegeleistung nicht gestützt auf eine der vorne erwähnten Leistungspflichten oder geht sie darüber hinaus, erfolgt sie freiwillig. Bei der freiwilligen Leistungserbringung handelt es sich in der Regel um achtenswerte Motive wie die familiäre Nähe oder das gute persönliche Verhältnis, die zu einer moralischen Verantwortung der Pflege leistenden Person führen. Es können aber auch wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, wenn

---

AJP 2014 S. 342, 347

die hohen Kosten eines Pflegeheims verhindert werden sollen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang alleine, ob die Pflegeleistung unter Berücksichtigung der Umstände als unentgeltlich oder entgeltlich zu qualifizieren ist und daher eine Entschädigung geschuldet ist<sup>48</sup>. Dazu muss eine umfassende Interessenabwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit erfolgen: Je enger der Verwandtschaftsgrad zwischen der pflegenden und der pflegebedürftigen Person ist, desto eher kann auf eine moralische Pflicht geschlossen werden. Dennoch sprechen verwandtschaftliche Bande nicht allgemein gegen die Entgeltlichkeit, sondern sind je nach Einzelfall und in Verbindung mit den übrigen Tatsachen zu würdigen<sup>49</sup>. Für Entgeltlichkeit der innerfamiliären Pflege sprechen namentlich der Verzicht auf ein anderweitiges Erwerbseinkommen, der Umstand, dass der Lohn als wichtigster Grund für die Arbeitsleistung zur Bestreitung des Lebensunterhalts dient<sup>50</sup>, sowie umfassende

---

43 Auch gemäss BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2 = Pra 47 (1958) Nr. 34, 99; s. auch BGE 138 III 689 ff., 693, E. 3.3.3, wonach der Vater keiner sittlichen Pflicht unterlag, für die Betreuung des über fünfjährigen Kindes Zahlungen zu leisten.

44 BGE 138 III 689 ff., 693, E. 3.3.3; vgl. BGE 137 III 102 ff., 109, E. 4.2.2.2 betreffend Nachscheidungssituation; vgl. zum Konkubinatsverhältnis Urteil der Cour de Cassation Civile/NE vom 25.4.1979, E. 3, Recueil de jurisprudence neuchâtoise [RJN] 1979, 269; so auch Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. A., Basel 2011, N 36a zu Art. 239 OR.

45 BGE 131 V 329 ff., 332 f., E. 4.2; Urteil des BGer 9C.781/2009 vom 11.11.2009; vgl. Hardy Landolt, Alters- und Pflegekosten in der Nachlassplanung: Vortrag anlässlich Successio Forum 2013 vom 19.4.2013, 4.

46 Dazu hinten Ziff. V.C.2.

47 BGE 102 II 313 ff., 325 f., E. 4c; BGE 116 II 243 ff., 246, E. 4b; Paul Piotet, Réduction et rapport des libéralités portant sur une assurance-vie, SJZ 1961, 33 ff., 38 f., Paul Piotet, La réduction des donations entre vifs en cas d'ordonnance ou de dispense de rapport, ZSR 1971 I, 19 ff., 39 ff., Paul Piotet, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1 Erbrecht, Basel 1978, § 63 II B, 446 f.; a.M. Peter Tuor, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Erbrecht, Art. 457–536 ZGB, 2. A., Bern 1952, N 21 zu Art. 527 ZGB, Arnold Escher, in: E. Beck et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abt. Die Erben (Art. 457–536), 3. A., Zürich 1959, N 19 zu Art. 527 ZGB; BGE 138 III 689 ff., 692, E. 3.3.1: Eine Handlung soll von der Herabsetzung ausgenommen sein, wenn ihr Unterlassen als unsittlich gelte, nicht jedoch, wenn die Vornahme moralisch bloss vertretbar erscheine.

48 Dazu hinten Ziff. V.C.

49 BGE 90 II 443 ff., 445 f., E. 1; m.w.H. Roman Richers, Arbeitslohn oder bloss Lidlohn? Zum Verhältnis der Anspruchsgrundlagen im heutigen wirtschaftlichen Umfeld, ArbR 2004, 85 ff., 98.

50 Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002, E. 6b; Baumann (FN 41), 83; vgl. alt§ 2057 BGB.

und langfristige Pflegeleistungen. Die Entgeltlichkeitsvermutung greift dagegen nicht, wenn Unentgeltlichkeit der Leistung vereinbart wurde<sup>51</sup> oder die pflegende Person diese Absicht äusserte. Ebenso kann sich die gegenteilige Vermutung aus anderen Umständen ergeben, wie zum Beispiel daraus, dass der Empfänger über ausreichende Mittel verfügt, um für seinen Unterhalt selbst aufzukommen<sup>52</sup>.

Ist keine Entschädigung geschuldet und zahlt die pflegebedürftige Person dennoch ein Entgelt für die Betreuungs- und Pflegeleistungen, riskiert sie, dass ihr bei den Ergänzungsleistungen im Rahmen des Sozialversicherungsrechts ein Verzichtvermögen angerechnet wird. Ein Verzichtvermögen wird bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen berücksichtigt, wenn die Vermögensentäusserung nachweislich ohne rechtliche Verpflichtung oder adäquate Gegenleistung erbracht wurde<sup>53</sup>.

### III. Bemessung der Entschädigung

Steht die Entgeltlichkeit fest, stellt sich die Frage nach der Bemessung der Entschädigung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Ersatz des Angehörigenpfleges Schadens hat die schädigende Person die tatsächlichen Kosten zu ersetzen, welche ohne den Einsatz der Familienangehörigen für die notwendige Betreuung und Pflege durch eine Drittperson anfallen würden. Für die Bemessung der Entschädigung sind somit der Stundenaufwand sowie der ortsübliche Lohn einer Pflegefachperson zu ermitteln. Dabei ist der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung massgeblich<sup>54</sup>. Ein darüber hinausgehender Erwerbsausfall der pflegenden Person ist dagegen in der Regel nicht zu ersetzen. Das Bundesgericht erachtete bei einem durchschnittlichen Nettostundenansatz von Fr. 29.30 für die Pflege zu Hause eine Erhöhung um 30% für Sozialversicherungsbeiträge, 13. Monatslohn usw. auf Fr. 38.– pro Stunde als gerechtfertigt. In einem anderen Gerichtsverfahren wurden die Pflegeleistungen des Sohnes bzw. dessen Ehefrau zugunsten der Mutter des Sohnes mit einem Stundenansatz von Fr. 23.– abgegolten<sup>55</sup>.

### IV. Lebzeitige Entschädigung von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige de lege lata

Ein allfälliger gesetzlicher Entschädigungsanspruch erbrachter Betreuungs- und Pflegeleistungen käme nur insoweit in Frage, als diese im Zeitpunkt des Todes des vormals gepflegten Erblassers nicht bereits aufgrund sozialversicherungs- bzw.

---

<sup>51</sup> Richers (FN 49), 97.

<sup>52</sup> BGE 82 II 536 ff. = Pra 47 (1958) 98 ff.; BGE 53 II 198 ff.

<sup>53</sup> BGE 131 V 329 ff., 332 ff., E. 4.2 ff.; Urteil des BGer P 52/06 vom 29.1.2008, E. 2.1; um die erhaltene Gegenleistung nachweisen zu können, ist die Vorweisung entsprechender Dokumente über die tatsächlich für den Pflegebedürftigen erbrachten Leistungen erforderlich, d.h. die erbrachten Leistungen sind fortlaufend zu dokumentieren. Eine im Nachhinein erstellte Aufstellung von geschätzten Durchschnittswerten ist keine ernsthafte Grundlage einer Rechnungsstellung.

<sup>54</sup> Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25.5.2010, E. 2.1 und 3.3; s. auch bereits Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002, E. 6b/dd; BGE 131 V 329 ff., 331, E. 4; Baumann (FN 41), 86; im Urteil des KGer VS vom 19.6.1985. i.S. *Lengen* = ZWR 1985, 199 und 123, E. 3d nahm das Gericht noch Tagessätze von durchschnittlich Fr. 32.50 an; m.w.H. Andrea Kottmann, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung – Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Bern 2012, Rz 577 ff.

<sup>55</sup> BGE 131 V 329 ff., 331, E. 4.1; im Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002, E. 7a wurde der von der kantonalen Vorinstanz angesetzte Stundenansatz von Fr. 27.– als bundesrechtskonform anerkannt; die Mindestlöhne für hauswirtschaftliche Angestellte (nicht angehörige Personen) für die Unterstützung von Betagten und Kranken in der Altersbewältigung betragen je nach Ausbildung zwischen Fr. 18.20 und Fr. 22.–; Art. 2, 3 lit. f und 5 der Verordnung vom 20.10.2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft; SR 221.215.329.4).

haftpflichtrechtlicher Ansprüche oder gestützt auf ein Vertragsverhältnis (oder infolge ei-

---

AJP 2014 S. 342, 348

ner Verfügung von Todes wegen) angemessen vergütet worden sind.

## A. Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche

Es existiert keine eigenständige Pflegeversicherung, welche den Anspruch der pflegebedürftigen Person auf soziale Pflegeversicherungsleistungen oder Deckungslücken von unentgeltlich pflegenden Personen kompensiert<sup>56</sup>. Namentlich Altersrentnern – und damit indirekt auch den sie pflegenden Personen – bieten die verschiedenen Sozialversicherungen nur unzureichenden Schutz.

Eine hilflose Person hat für entgeltliche und unentgeltliche Betreuungsleistungen von Angehörigen ab dem zweiten Jahr Hilflosigkeit<sup>57</sup> einen Anspruch auf *Hilflosenentschädigung*. Altersrentner sind gegenüber anderen Hilfsbedürftigen diesbezüglich jedoch besonders schlecht gestellt: Neben der Entschädigung für Hilfe bei alltäglichen Lebensverrichtungen und persönlicher Überwachung haben sie keinen Anspruch auf zusätzliche Entschädigung der lebenspraktischen Begleitung<sup>58</sup>. Zudem ist die Entschädigung unter der AHV beitragsmässig tiefer und entfällt bei Hilflosigkeit leichten Grades wie leichter Altersdemenz und gleichzeitigem Heimaufenthalt<sup>59</sup>. Wird die Hilflosenentschädigung zudem erst mehr als ein Jahr nach Entstehung des Anspruchs beantragt, zum Beispiel durch die Erben, werden nur noch die der Geltendmachung vorangehenden letzten zwölf Monate entschädigt (Art. 46 Abs. 2 AHVG). Des Weiteren können auch nur in einer Privatwohnung lebende Personen, die einen Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung gemäss IV haben oder zumindest früher hatten – nicht aber andere Rentenbezüger der AHV<sup>60</sup> – für Lohn und Sozialversicherungsleistungen sie betreuender, durch Arbeitsvertrag angestellter Geschwister oder Dritter<sup>61</sup> einen zusätzlichen *Assistenzbeitrag* verlangen<sup>62</sup>. Hat die betreute Person Anspruch auf Hilflosenentschädigung für mindestens mittlere Hilflosigkeit und lebt mit der sie betreuenden Person, der eine familien- oder eherechtliche Unterstützungspflicht zukommt, im gleichen Haushalt oder in gut erreichbarer Distanz, hat Letztere einen Anspruch auf *Betreuungsgutschriften*<sup>63</sup>. Nur

---

<sup>56</sup> Landolt (FN 5), 1233.

<sup>57</sup> Art. 43<sup>bis</sup> Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, (AHVG; SR 831.10); *hilflös* ist eine Person, die wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf, Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6.10.2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1); s. auch Ueli Kieser, Leistungen der Sozialversicherung, 2. A., Zürich 2012, 39; zu unentgeltlichen Betreuungsleistungen: BGE 133 V 472 ff., 475 f., E. 5.3.2.

<sup>58</sup> So dagegen IV-Bezüger gemäss Art. 39c der Verordnung vom 17.1.1961 über die Invalidenversicherung, (IVV; SR 831.201); Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Kreisschreiben Invalidität und Hilflosigkeit in der Invalidenversicherung (KSIH), gültig ab 1.1.2012 (318.507.13 d), Rz 8010 f.; BGE 133 V 450 ff., 467 f.; vgl. auch BGE 137 V 162 ff.; BGE 105 V 133 ff., 134, E. 1b; Leu/Bischofberger (FN 5), 216.

<sup>59</sup> Landolt (FN 5), 1238.

<sup>60</sup> Art. 42<sup>quinqies</sup> lit. b des Bundesgesetzes vom 19.6.1959 über die Invalidenversicherung (Invalidengesetz, IVG; SR 831.20).

<sup>61</sup> Z.B. der Onkel; keinen Anspruch haben in gerader Linie Verwandte, Verheiratete, eingetragene Partner, Konkubinen.

<sup>62</sup> Art. 39f IVV; Art. 42<sup>quater</sup> Abs. 1 und Art. 42<sup>septies</sup> Abs. 1 IVG; Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Kreisschreiben über den Assistenzbeitrag, gültig ab 1.1.2012 (318.507.26), Rz 2005 ff.; Dieter Widmer, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 99; ausnahmsweise können auch Personen, welche eine Hilflosenentschädigung nach dem AHVG erhalten einen Assistenzbeitrag im bisherigen Umfang beantragen: Besitzstandsgarantie in Art. 43<sup>ter</sup> AHVG; Maryka Laâmir-Bozzini, Der Assistenzbeitrag, Pflegerecht 2012, 219 ff., 220 f.

<sup>63</sup> Art. 29<sup>septies</sup> AHVG; Art. 52g der Verordnung vom 31.10.1947 über die Alters- und

sofern die Hilflosenentschädigung das soziale Existenzminimum nicht deckt, besteht ein zusätzlicher Anspruch auf *Ergänzungsleistungen* und auf die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten<sup>64</sup>. Schliesslich steht der pflegenden Person allenfalls in sehr engem Rahmen eine *Behandlungspflegeentschädigung* zu<sup>65</sup>.

Die Betreuung Angehöriger führt oft zu einer Beeinträchtigung der Erwerbsmöglichkeit und dadurch letztlich zu einer Reduktion der Rente. Betreuungsgutschriften als fiktives Einkommen gleichen die Einbussen bei der AHV-Rente nur teilweise aus und bei der beruflichen Vorsorge können fehlende oder geringere Beiträge vor allem

---

AJP 2014 S. 342, 349

für Geschiedene, Konkubinatspaare oder Alleinstehende grosse irreparable Lücken hinterlassen<sup>66</sup>.

## B. Haftpflichtrechtliche Ansprüche

Voraussetzung für eine haftpflichtrechtliche Entschädigung ist ein schädigendes Ereignis, das zur Hilfsbedürftigkeit der versicherten Person geführt hat. Die schädigende Person hat der geschädigten Person sämtliche tatsächlichen Kosten zu ersetzen, welche ihr aufgrund der notwendigen Betreuungs- und Pflegeleistungen zur Bewältigung der alltäglichen Lebensverrichtungen entstehen. Dazu gehören namentlich auch von der Sozialversicherung nicht gedeckte Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige<sup>67</sup>.

Für die Berechnung des Angehörigenpflegeschadens ist gemäss Bundesgericht bei Entgeltlichkeit auf die tatsächlichen Kosten abzustellen, bei kostenloser Betreuung durch die Angehörigen ist der Marktwert der eingesparten Substitutionskosten – mithin der ortsübliche Bruttolohn einer Pflegefachperson – massgeblich, da sich

---

Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101); BGE 127 V 113 ff.; BGE 126 V 153 ff., 154 ff., E. 4 f.: Onkel qualifiziert nicht als naher Angehöriger; zur bisherigen Rechtsprechung Ueli Kieser, in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des BGER zum Sozialversicherungsrecht, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 5 ff. zu Art. 43<sup>bis</sup> AHVG; der Anspruch auf Betreuungszulagen besteht analog der Regelung bei der Hilflosenentschädigung ab Ablauf des ersten Jahres Hilflosigkeit (Art. 52k i.V.m. Art. 52f AHVV) und muss spätestens bis zum Ablauf von fünf Jahren ab der Betreuung geltend gemacht werden (Art. 29<sup>septies</sup> Abs. 5 AHVG).

<sup>64</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 10 und 14 des Bundesgesetzes vom 6.10.2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters- Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30); Art. 112a BV; Dieter Widmer, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2013, 3 und 8.

<sup>65</sup> Keine Vergütung von Pflegeleistungen eines nicht als Leistungserbringer zugelassenen Angehörigen: BGE 133 V 218 ff., 220 ff., E. 6 = Pra 97 (2008) Nr. 20, 156 ff.; Urteile BGer K 141/2006 und BGer K 145/2006 vom 10.5.2007, E. 5.2; BGer K 156/04 vom 21.6.2006, E. 4 sowie schon BGE 126 V 330 ff.

<sup>66</sup> BGE 126 V 435 ff., 440 f., E. 3d; EBG (FN 4), 24; Landolt (FN 17), 42; Amtl. Bull. 1993 N 209; gl.M. Widmer (FN 62), 47; sie beläuft sich auf 300% des Jahresbetrags der minimalen Altersrente (im Jahr 2013: Fr. 42'120.–).

<sup>67</sup> Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, Rz 2029 ff., 2039 und 2055 f.; Dies., a.a.O., Rz 2037 zum umstrittenen Umfang der Entschädigung bei Überwachung und Präsenz; gemäss Urteil des BGER 4A\_500/2009 vom 25.5.2010, E. 3.2 ist stets die geschädigte Person aktivlegitimiert; Hardy Landolt, Der Pflegeschaden, Bern 2002, 69 ff. und 79 f.; Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Zürich 1995, Rz 110 zu § 6; der haftpflichtrechtliche Begriff der Hilfsbedürftigkeit (Art. 46 OR) geht weiter als der sozialversicherungsrechtliche; Hardy Landolt, Urteil OLG Bamberg vom 28.6.2005 (U 23/05) = VersR 2005/33, 1593 ff., HAVE 2006, 238 ff., 239 und 243.

freiwillige Leistungen nicht zugunsten des Schädigers auswirken sollen<sup>68</sup>. Die Schwierigkeit für die betreute Person besteht oft darin, die erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen rechtsgenügend beweisen zu können<sup>69</sup>.

## C. Ansprüche aus schuldrechtlichen Betreuungs- und Pflegeverträgen

### 1. Übersicht

Die unzureichende staatliche – namentlich sozialversicherungsrechtliche – Entschädigung auferlegt der pflegebedürftigen Person die Verantwortung, ihre (pflegenden) Angehörigen angemessen zu entschädigen. Soweit ein Vertragsverhältnis besteht, ist sie dazu sogar rechtlich verpflichtet.

Der Betreuungs- und Pflegevertrag lässt sich nicht leicht einem bestimmten Vertragstypus zuordnen. Je nach Ausgestaltung und Inhalt kann die Qualifikation divergieren. Oft handelt es sich um einen Innominatvertrag, der sich aus Elementen verschiedener Vertragstypen zusammensetzt. Er beinhaltet mitunter arbeitsvertragliche bzw. auftragsrechtliche (Betreuung, Pflege, Überwachung), kaufvertragstypische (Einkauf) und werkvertragsähnliche (Kochen) Elemente<sup>70</sup>. Die Hauptelemente sind auftragsrechtlicher Natur<sup>71</sup>.

Nimmt die pflegebedürftige Person Aufenthalt oder Wohnsitz in einem Heim oder bei einer natürlichen Person, zum Beispiel bei einem Angehörigen<sup>72</sup>, und besteht zum Aufnehmenden eine besondere Abrede, wonach gegen Entgelt Betreuung und Pflege geschuldet sind, stellt dies einen sogenannten Pensionsvertrag dar. Es handelt sich dabei um eine Unterart des Gastaufnahmevertrags mit Logisabrede<sup>73</sup>, der Miet-, Auftrags- und Werkvertrags Elemente enthält. Für die Heimaufnahmeverträge sind die Bestimmungen in Art. 382 bis Art. 386 ZGB zu beachten, die im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts in Kraft getreten sind.

### 2. Verpfändungsvertrag

Eine Sonderform des Pensionsvertrags stellt der in Art. 521 ff. OR geregelte Verpfändungsvertrag dar. Gemäss dem entgeltlichen Pflegevertrag, steht der Vermögensübertragung des Pfründer die Pflicht des Pfrundgebers gegenüber, dem Pfründer Unterhalt und Pflege auf

---

AJP 2014 S. 342, 350

---

<sup>68</sup> Gemäss Urteil des BGer 4A\_500/2009 vom 25.5.2010, E. 2.1 f. und 3.2 ist der Erwerbsausfall bei der Schadensberechnung nicht mehr zu berücksichtigen, unentgeltliche Leistungen sind aber zu entschädigen, obwohl nach der Differenztheorie kein Schaden besteht; Fellmann/Kottmann (FN 67), Rz 2031 ff. und 2043; Landolt (FN 45), 3 ff. und 6; Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26.3.2002 = Pra 91 (2002) Nr. 212: die im Bereich des Haushaltsschadens entwickelte Aufwandsmethode wird auch für die Bemessung des Angehörigenpflegeschadens angewendet; Hardy Landolt, Der Fall Kramis (BGE vom 26.3.2002 4C.276/2001) – Pflegeschaden quo vadis?, ZBJV 2003, 304 ff.; ferner Landolt (FN 17), 41 ff.; vgl. dazu vorne Ziff. III.

<sup>69</sup> Urteile des BGer 4A\_500/2009 vom 25.5.2010, E. 1.1–1.5, BGer 4C.283/2005 vom 18.1.2006, E. 4.2.

<sup>70</sup> Vgl. Mustervertrag der Pro Senectute abrufbar unter: <[www.pro-senectute.ch/uploads/media/Betreuungs-\\_und\\_Pflegevertrag\\_06.pdf](http://www.pro-senectute.ch/uploads/media/Betreuungs-_und_Pflegevertrag_06.pdf)> (zuletzt besucht am 20.1.2014).

<sup>71</sup> Baumann (FN 41), 85.

<sup>72</sup> Urteil des KGer VS vom 19.6.1985 i.S. *Lengen* = ZWR 1985, 119, E. 3b.

<sup>73</sup> Peter Breitschmid/Dieter Steck/Caroline Wittwer, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009, 867 ff.; BGE 126 II 443 ff., 447, E. 2b; Urteil des BGer 4A\_176/2012 vom 28.8.2012, E. 3.4.1.



Lebenszeit zu gewähren<sup>74</sup>. Damit kommt dem Verpfändungsvertrag aleatorischer Charakter zu: Die Leistungspflicht des Pfrundgebers hängt von der Dauer des Lebens des Pfründers ab und der Vertrag findet bei dessen Tod durch Erfüllung sein Ende. Das Gesetz vermutet, dass der Pfründer mit dem Pfrundgeber in eine Hausgemeinschaft eintritt, was aber nicht begriffsnotwendig ist<sup>75</sup>. Ist die Pflege des Pfründers zu Hause nicht mehr möglich, ist fraglich, ob die Kostenübernahme für einen stationären Heimaufenthalt noch dem Sinn der Verpfändung entspricht. Ergibt sich der genaue Inhalt einer Verpfändung nicht aus dem vereinbarten Vertrag, muss der Wert der Gegenleistung für die Bestimmung des Versorgungsumfanges beigezogen werden<sup>76</sup>. Eine umfassende Versorgung erscheint adäquat zu sein, wenn der Pfründer sein gesamtes Vermögen dem Verpfänder überlassen hat und dann mittellos von diesem abhängt<sup>77</sup>.

Der schuldrechtliche Verpfändungsvertrag (Art. 521 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 512 ZGB)<sup>78</sup> stellt grundsätzlich ein reines Rechtsgeschäft unter Lebenden dar. Bei beschränkter oder fehlender Handlungsfähigkeit kann der Beistand des Pfründers einen Verpfändungsvertrag abschliessen, wobei die Zustimmung der Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörde erforderlich ist (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 7 ZGB).

Im Gegensatz dazu besteht bei der Erbverpfändung nach Absatz 2 die Gegenleistung des Pfründers an den Pfrundgeber in einer Verfügung auf den Todesfall. Der Pfrundgeber wird mittels entgeltlichen Erbvertrags als Erbe oder Vermächtnisnehmer des Pfründers eingesetzt<sup>79</sup>. Da das gesamte Verhältnis den Regeln des Erbrechts unterliegt, sind namentlich Art. 468 ZGB hinsichtlich der Vertragsfähigkeit des Pfründers und Art. 513 ZGB, wonach die Aufhebung des Erbverpfändungsvertrags in Schriftform erfolgen muss, zu beachten<sup>80</sup>.

Eine Besonderheit besteht bezüglich der steuerlichen Behandlung von Verpfändungsverträgen. Die einzelnen Naturalleistungen des Pfrundgebers (Wohnung, Verpflegung, Pflege etc.) stellen für den Pfründer steuerbares Einkommen dar und sind wie Leistungen aus einer Leibrente im Sinn von Art. 22 Abs. 3 DBG<sup>81</sup> beziehungsweise § 22 Abs. 3 StG ZH<sup>82</sup> zu vierzig Prozent steuerbar<sup>83</sup>. Die durch den Pfrundgeber erbrachten Naturalleistungen können folglich von diesem zu vierzig Prozent von den steuerbaren Einkünften abgezogen werden<sup>84</sup>. Die Vermögenszuwendung durch den Pfründer an den Pfrundgeber qualifiziert als Schenkung beziehungsweise als Erbschaft und ist steuerlich nur relevant, wenn das der pfundgebenden Person zugewendete Vermögen denjenigen Betrag übermässig

---

74 BGE 105 II 43 ff., 45 ff., E. 3 f.; Gegenstand des Verpfändungsvertrags können auch die Sorge um ärztliche Behandlung sowie einzelne Vermögenswerte oder das ganze Vermögen sein, Thomas Bauer, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 4. A., Basel/Zürich/Genf 2011, N 1 ff. zu Art. 521 ZGB.

75 Verwaltungspraxis des Kantons Zug ZGGVP 1979/80, 144 ff., 148.

76 Entscheid d. Rekurskommission für Sozialversicherungsrecht vom 10.9.1996, AbR 1996/97 Nr. 46, 158 ff., 158, E. 4c.

77 Helmut Stofer, Leibrentenversprechen und Verpfändungsvertrag, 734 ff., 755 ff. sowie Walter R. Schlupe, Innominatverträge, 763 ff., beide in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2. Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1979.

78 Form wie beim Erbvertrag, Art. 522 OR; Entscheid d. Rekurskommission für Sozialversicherungsrecht vom 10.9.1996, AbR 1996/97 Nr. 46, 158 ff., 158, E. 4c; Theo Guhl/Anton K. Schnyder, in: Theo Guhl et al. (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A., Zürich 2000, N 14 zu § 58.

79 BSK ZGB II-Thomas Bauer (FN 74), N 7 zu Art. 521 ZGB.

80 Guhl/Schnyder (FN 78), N 8 f. zu § 58, die Bestimmungen des OR gelten hier nur ergänzend zum Erbrecht.

81 Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

82 Steuergesetz des Kantons Zürich vom 8.6.1997 (StG; 631.1).

83 Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans-Ulrich Meuter (Hrsg.), Handkommentar zum DBG, 2. A., Bern 2009, N 68 zu Art. 22 DBG.

84 Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG bzw. § 31 Abs. 1 lit. b StG ZH.

übersteigt, welcher der Leistung des Pfrundgebers aufgrund der statistischen Lebenserwartung entspricht<sup>85</sup>.

In den wenigsten Fällen wird sich aber heutzutage infolge der steigenden Lebenserwartung und der hohen Pflegekosten jemand verpflichten wollen, sich um die lebzeitige Pflege und den Unterhalt einer anderen Person zu sorgen. Der Verpfändungsvertrag setzt zudem a priori eine vertragliche Vereinbarung und damit Urteilsfähigkeit voraus, die bei älteren Personen je nach Komplexität des Rechtsgeschäftes bereits fehlen kann, weshalb der Verpfändungsvertrag auch aus diesem Grund in der Praxis selten ist. Daneben haben Verpfändungsverträge durch das Aufkommen der Sozial- und insbesondere Altersversicherung und der betrieblichen Altersvorsorge stark an Bedeutung verloren.

### 3. Arbeitsvertrag

Eine entgeltliche Angehörigenpflege liegt vor, wenn die pflegebedürftige Person mit dem Angehörigen in Übereinstimmung gegenseitiger Willensäußerungen ausdrücklich oder stillschweigend einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat (Art. 320 Abs. 1 OR) oder umständehalber

---

AJP 2014 S. 342, 351

von dessen Zustandekommen auszugehen ist (Abs. 2)<sup>86</sup>. Ein Arbeitsvertrag gilt also einerseits als abgeschlossen, wenn eine pflegende Person Arbeit auf Zeit im Dienst der pflegebedürftigen Person erbringt, und sie dafür ausdrücklich oder stillschweigend Lohn vereinbart haben (Art. 319 und Art. 320 Abs. 1 OR)<sup>87</sup>. Vom Zustandekommen eines stillschweigenden Arbeitsvertrags im Rahmen der Angehörigenpflege ist andererseits nur auszugehen, wenn die Betreuung und Pflege die übliche Familien- und Verwandtschaftshilfe in erheblichem Mass übersteigt. Dies trifft gemäss Bundesgericht bei einer (bloss) dreimonatigen Betreuung und Pflege der Mutter durch den Sohn nicht zu<sup>88</sup>, wohl aber bei einer zwölfjährigen Pflege<sup>89</sup>.

Die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit schliesst sowohl das Vorliegen eines konsensual zustande gekommenen als auch eines über die Abschlussvermutung konstruierten Arbeitsvertrags aus<sup>90</sup>. In diesen Fällen hat die pflegebedürftige Person nämlich Lohnkosten zu bezahlen, da die Entgeltlichkeit als Essentialia des Arbeitsvertrags gilt. Im Rahmen von Absatz 2 hat sie die Lohnkosten zu leisten, wie wenn sie sich durch Dritte versorgen lassen würde<sup>91</sup>. Absatz 2 stellt insofern die unwiderlegbare Vermutung auf, dass gleichwohl ein entgeltlicher Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, unabhängig davon, ob die Parteien dies gewollt haben oder nicht<sup>92</sup>. Art. 320 Abs. 2 OR ist auch anwendbar, wenn zum Beispiel der Erblasser sein gesamtes Vermögen seinen gesetzlichen oder eingesetzten Erben zukommen lässt, und

---

<sup>85</sup> Vgl. z.B. § 50 der Verordnung zum Steuergesetz des Kantons Aargau vom 11.9.2000 (StGV AG; 651.111).

<sup>86</sup> Urteile des EVG vom 15.12.1997 i.S. *M.-W.O.* = AHI-Praxis 1998, 153, E. 3 (Betreuung und Pflege einer hochbetagten Mutter) und vom 1.7.1991 i.S. *W.*, E. 4.

<sup>87</sup> Ein solcher Arbeitsvertrag geht einem allfälligen Lidlohn vor; vgl. Richers (FN 49), 103 f.

<sup>88</sup> BGE 70 II 21 ff., 28, E. 2; vgl. Josef Hoppler-Wyss, *Recht im Alter, Ein Leitfaden*, Zürich/St. Gallen 2011, Rz 809.

<sup>89</sup> Urteil des EVG vom 1.7.1991 i.S. *W.*, E. 4b und c [Entschädigung von Fr. 60'000.-]; m.w.Verw. auch Landolt (FN 31), 479.

<sup>90</sup> Adrian Staehelin, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V/2c. Arbeitsvertrag*, Art. 319–330a OR, 4. A., Zürich 2006, N 10 zu Art. 320; Urteil des OGer Solothurn SOG 1991 Nr. 6 vom 24.4.1991, 16 f.; vgl. Richers (FN 49), 93.

<sup>91</sup> Hardy Landolt, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V/1c/2. Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 45–49 OR, 3. A., Zürich 2007, N 362 f. zu Art. 46 OR.

<sup>92</sup> Urteil des BGer JAR 2001, 135; BSK OR I-Wolfgang Portmann (FN 44), N 19 zu Art. 320 OR; Richers (FN 49), 95 f., nach h.L. kommt es nur auf die objektiven Umstände an; nach a.A. liegt ein Fall stillschweigender Willensäußerungen vor.

er die Personen, die ihm jahrelang treue Dienste geleistet haben, ohne einen Barlohn zu beziehen, leer ausgehen lässt<sup>93</sup>. In BGE 70 II 21 ff. wurde die Anwendung von Art. 320 Abs. 2 OR aber verneint, weil die Betreuungs- und Pflegeleistungen eines Sohnes für seine erkrankte Mutter in Erfüllung der Beistandspflicht erfolgten. Für die Anwendung der Abschlussfiktion des Art. 320 Abs. 2 OR bleibt auch kein Raum, wenn Kinder<sup>94</sup> oder Grosskinder den Eltern im gemeinsamen Haushalt Arbeit leisten (Art. 334/334<sup>bis</sup> ZGB)<sup>95</sup>. Fehlt einer der Parteien die Handlungsfähigkeit, fällt die Vermutung von Art. 320 Abs. 2 OR ebenfalls dahin und es kommt nur eine Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nach den Regeln über faktische Vertragsverhältnisse in Frage (Abs. 3)<sup>96</sup>. Demnach kann das Verhältnis der Parteien für die Zeit des Leistungsvollzugs wie ein gültiger Arbeitsvertrag behandelt werden, wenn der Arbeitnehmer keine positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrags hatte. Anderenfalls<sup>97</sup> müsste eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht erfolgen<sup>98</sup>.

Ehegatten können im Rahmen ihrer Beistandspflicht und erst recht im diese übersteigenden Bereich Arbeitsverträge miteinander abschliessen (vgl. Art. 320 Abs. 3 OR)<sup>99</sup>. Sobald die Arbeit die eheliche Beistandspflicht erheblich übersteigt und kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, hat der pflegende Ehegatte einen eherechtlichen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (Art. 165 ZGB)<sup>100</sup>. Die Frage, ob in diesem Rahmen für die Anwendung der Abschlussvermutung von Art. 320 Abs. 2 OR unter den Ehegatten überhaupt noch Raum besteht, wird in der Lehre mehrheitlich bejaht. Da die eheähnliche Gemeinschaft im Zivilgesetzbuch nicht geregelt ist<sup>101</sup>, ist es den Partnern des Konkubinats umso mehr anheimgestellt, die Beziehungen unter sich durch vertragliche Vereinbarungen zu bestimmen und damit die von ihnen

---

AJP 2014 S. 342, 352

gewünschten gegenseitigen Rechte und Pflichten verbindlich zu regeln<sup>102</sup>. Insbesondere ist es ihnen nicht verwehrt, die von der einen Seite für die andere verrichteten Tätigkeiten arbeitsvertraglich zu regeln, wobei in Ermangelung eines förmlichen Vertrags gegebenenfalls auch die arbeitsvertragliche Abschlussvermutung nach Art. 320 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen kann<sup>103</sup>. Auch eingetragene Partner, bei welchen die gegenseitigen Rechte und Pflichten mit der Registrierung begründet werden (Art. 2 und Art. 12 ff. PartG), können einen Arbeitsvertrag abschliessen und die Abschlussvermutung von Art. 320 Abs. 2 OR kann zur Anwendung kommen<sup>104</sup>. Bei der Arbeit für Verwandte, insbesondere für Ehegatten,

---

<sup>93</sup> BGE 107 Ia 107 ff., 110, E. 2b.

<sup>94</sup> Dass gemäss Gesetzeswortlaut bei minderjährigen Kindern kein Lidlohnanspruch besteht, dürfte eine Lücke sein. Minderjährige sind gleich zu behandeln wie volljährige Kinder, Rehbindler/Stöckli (FN 17), N 20 zu Art. 320 OR; ZK-Staehelin (FN 90), N 19 zu Art. 320 OR; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, N 6 zu Art. 320 OR.

<sup>95</sup> Urteil des OGer SO, JAR 1993, 116, Rehbindler/Stöckli (FN 17), N 81 zu Einleitung und Kommentar zu Art. 319–330b OR; besteht kein gemeinsamer Haushalt, ist Art. 320 Abs. 2 OR anwendbar, BGE 90 II 443 ff., 445, E. 1.

<sup>96</sup> BK-Rehbindler/Stöckli (FN 17), N 45 zu Art. 320 OR.

<sup>97</sup> D.h. wenn dem Arbeitgeber bzw. dessen Erben der Beweis gelingt, dass der Arbeitnehmer von der rechtlichen Unverbindlichkeit positiv wusste.

<sup>98</sup> BK-Rehbindler/Stöckli (FN 17), N 45 zu Art. 320 OR.

<sup>99</sup> Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 78; ZK-Staehelin (FN 90), N 22 zu Art. 320 OR.

<sup>100</sup> Baumann (FN 41), 90; dazu vorne II.A.1.a.

<sup>101</sup> BGE 125 V 205 ff., 207, E. 3a.

<sup>102</sup> BGE 129 I 1 ff., 6, E. 3.2.4; Weber (FN 9), N 3 zu § 11.

<sup>103</sup> BGE 130 V 553 ff., 557 f., E. 3.5.1; BGE 109 II 228 ff.; BGE 79 II 168 ff.; a.M. BGE 87 II 165 ff., ein nicht verheirateter Partner sollte nicht besser gestellt werden als die in Gütertrennung lebende Ehefrau, der unter Hinweis auf ihre eheliche Beistandspflicht ein Lohnanspruch verweigert wird; dazu vorne Ziff. II.A.I.c.

<sup>104</sup> PraxK-Streiff/von Kaenel/Rudolph (FN 94), N 6 zu Art. 320 OR; Rehbindler/Stöckli (FN 17), N 22 zu Art. 320 OR.

aber auch für den Konkubinatspartner sind die Vorteile, welche der mitarbeitenden Person durch die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Partners zukommen<sup>105</sup>, reduzierend zu berücksichtigen<sup>106</sup>.

Wird das Lohnguthaben gestützt auf einen Arbeitsvertrag erst nach mehr als fünf Jahren geltend gemacht, ist der Anspruch in der Regel verjährt (Art. 323 Abs. 1 i.V.m. Art. 128 Ziff. 3 OR)<sup>107</sup>, es sei denn, die Parteien haben auf eine periodische Auszahlung verzichtet oder die pflegende Person lebt mit der zu pflegenden Person in einer Hausgemeinschaft (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Das Gleiche gilt für gegenseitige Forderungen der Ehegatten während der Ehe und für Forderungen von eingetragenen Partnern (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> OR). Die Annahme einer stillschweigenden Übereinkunft der Parteien im Rahmen von Art. 320 Abs. 2 OR, wonach die Lohnforderung bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gestundet würde<sup>108</sup>, wird bei fehlender Vereinbarung in der Lehre bezweifelt<sup>109</sup>. In BGE 90 II 443 ff. hat das Bundesgericht allerdings festgehalten, dass die besondere Rücksichtnahme, die in familiären Verhältnissen im Interesse des Familienfriedens bei dauerhafter Aufnahme im Haushalt der pflegenden Person geboten und üblich sei, den pflegenden Angehörigen davon abzuhalten pflege, seine Forderung schon während der Dauer des Pflegeverhältnisses in einer die Verjährung unterbrechenden Weise geltend zu machen. Der gesetzgeberische Gedanke von Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR treffe in diesen Fällen zu. Das Obergericht Zürich hat in einem Fall, in dem der Erblasser der pflegenden Person mehrmals erklärt hat, sie testamentarisch für die geleisteten Dienste zu entschädigen, analog entschieden, dass sie stillschweigend im Sinn einer Stundung auf die Lohnzahlung verzichtet habe. Der Beginn der Verjährung sei somit bis zum Tod des Erblassers aufgeschoben worden<sup>110</sup>.

#### 4. Pflegeauftrag

Gemäss Art. 394 Abs. 2 OR unterstehen Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag. Da der Arbeitsvertrag per Definition entgeltlich (Art. 319 OR) ist, liegt namentlich bei unentgeltlicher Arbeit häufig ein Auftrag vor<sup>111</sup>. Bei Pflegefällen fehlt ausserdem oft das für einen Arbeitsvertrag charakteristische Subordinationsverhältnis<sup>112</sup>. Ist aber die pflegende Person weisungsgebunden, kann sie keine selbständige Tätigkeit entfalten und ist sie von der pflegebedürftigen Person wie von einem Arbeitgeber abhängig, spricht dies wiederum eher für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags. Entscheidend ist somit die Freiheit, welche die pflegende Person in der Gestaltung der Arbeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht hat<sup>113</sup>.

Bei Pflegeaufträgen stellt sich oft die Frage, ob die dafür typischen Leistungen wie etwa Wohnung, Kleidung, Nahrung und Sicherstellung der ärztlichen Behandlung entgeltlich erfolgen oder nicht. Im Auftragsrecht gilt zunächst die Regel, dass nur eine Vergütung geschuldet ist, wenn sie verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Häufig kann eine Entgeltlichkeitsabrede nicht bewiesen werden. Stillschweigen stellt dann eine unwiderlegbare Vermutung für die Unentgeltlichkeit der geleisteten Dienste

---

<sup>105</sup> BSK OR I-Portmann (FN 44), N 21 f. zu Art. 320 OR; BGE 113 II 414 ff., 420, E. 2d; Urteil des BGer JAR 2000, 113.

<sup>106</sup> ZK-Staehelin (FN 90), N 14 zu Art. 320 OR.

<sup>107</sup> Diesbezüglich zu beachten ist aber die geplante Abschaffung der fünfjährigen Verjährungsfrist im Rahmen der Revision des obligationenrechtlichen Verjährungsrechts, BBl 2014 235 und 287.

<sup>108</sup> BGE 90 II 443 ff., 447 f., E. 2.

<sup>109</sup> ZK-Staehelin (FN 90), N 17 zu Art. 320 OR.

<sup>110</sup> ZR 1989 Nr. 101; vgl. auch Urteil des BGer 4C.313/1999 vom 25.1.2000, E. 3.

<sup>111</sup> ZK-Staehelin (FN 90), N 24 zu Art. 319 OR.

<sup>112</sup> Baumann (FN 3), 40.

<sup>113</sup> Baumann (FN 41), 89.



auf<sup>114</sup>, es sei denn, die pflegende Person durfte nach Treu und Glauben auf einen Rechtsbindungswillen

---

AJP 2014 S. 342, 353

der pflegebedürftigen Person schliessen<sup>115</sup>. In Anwendung des objektiven Massstabs der Üblichkeit besteht eine Zahlungspflicht jedoch nur, sofern "Auftragsdienste erbracht und entgegengenommen werden, deren Leistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist."<sup>116</sup>

Das Kantonsgericht Wallis<sup>117</sup> entschied in einem Fall, in welchem eine Frau den Onkel ihres Ehegatten fünf Monate bei sich beherbergte und ihn die letzten zwei Monate intensiv pflegte, dass die von ihr geleisteten Dienste vorab die Gewährung von Unterkunft und Verköstigung umfassten und daher als Auftrag zu qualifizieren seien. Die angeheiratete Nichte habe nicht eine eigentliche Spitalpflege übernommen, sondern lediglich Betreuung und Fürsorge geleistet, wie sie einer pflegebedürftigen Person in einem Altersheim für gewöhnlich zukomme. Das Bundesgericht ging bei einer Verpflichtung zur unentgeltlichen Pflege und Erziehung einer Nichte von einem stillschweigend zustande gekommenen Auftragsverhältnis in der Form eines sogenannten *Versorgungsvertrags*<sup>118</sup> aus.

Besteht zwar eine Einigung, fehlt jedoch ein Rechtsbindungswille, liegt eine unentgeltliche Arbeitsleistung im Sinn einer blossen Gefälligkeit vor<sup>119</sup>.

## 5. Geschäftsführung ohne Auftrag

Erbringt ein Angehöriger dagegen eigenmächtig und nicht gestützt auf einen Auftrag Pflegeleistungen, handelt er als auftragsloser Geschäftsführer im Sinn von Art. 419 ff. OR<sup>120</sup>.

Liegt die Geschäftsführung im Interesse der pflegebedürftigen Person, hat der pflegende Angehörige Anspruch auf Ersatz seiner durch die Umstände notwendigen und nützlichen Verwendungen. Umstritten ist, ob zudem auch eine Vergütung zu leisten ist<sup>121</sup>.

Wäre es dem Geschäftsführer jedoch zumutbar gewesen, den Geschäftsherrn vorgängig um Erlaubnis zu fragen, liegt keine Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern eine Gefälligkeit oder ein Auftrag vor<sup>122</sup>.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass je nach den konkreten Umständen sowohl bei Vorliegen einer sittlichen (moralischen) Pflicht, insbesondere bei der Fürsorge unter Verwandten<sup>123</sup>, aber auch bei fehlender Verpflichtung eines für den Unterhalt seines Onkels sorgenden Neffen, eine auftragslose Geschäftsführung vorliegt. Dementsprechend bestand ein Anspruch auf Ersatz der notwendigen Ausgaben<sup>124</sup>.

---

<sup>114</sup> So bereits Georg Gautschi, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI. Obligationenrecht, 2. Abt. Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband Der einfache Auftrag, Art. 394–406 ZGB, N 74c zu Art. 394 OR.

<sup>115</sup> BGE 129 III 181 ff., 183, E. 3.2; BGE 53 II 198 ff.; s. auch BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2 = Pra 47 (1958) Nr. 34, Baumann (FN 41), 88.

<sup>116</sup> Art. 320 Abs. 2 OR.

<sup>117</sup> Urteil des KGer VS vom 19.6.1985. i.S. *Lengen* = ZWR 1985, 119.

<sup>118</sup> BGE 53 II 198 ff., 200, E. 2.

<sup>119</sup> BGE 116 II 695 ff.; Eva Maissen/Tina Purtschert/Arnold F. Rusch, Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?, Jusletter vom 9.9.2013.

<sup>120</sup> BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2 = Pra 47 (1958), Nr. 34, 100; Maissen/Purtschert/Rusch (FN 119), passim.

<sup>121</sup> Claire Huguenin et al., Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, Rz 1642 ff.

<sup>122</sup> Huguenin et al. (FN 121), Rz 1628.

<sup>123</sup> BGE 57 II 94 ff., 101.

<sup>124</sup> BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2 = Pra 47 (1958) Nr. 34, 99 ff., wonach Unterhaltsleistungen im üblichen Umfang zur Deckung des Lebensbedarfs einer hilfsbedürftigen Person trotz fehlender Dringlichkeit geboten sind; gl.M. auch Jörg Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. V/3a. Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art.

## 6. Fazit

Die Ausgestaltung des vom Gesetzgeber vorgegebenen Verpfändungsvertrags entspricht in den meisten Fällen nicht der heutigen Usanz und die Einordnung von Betreuungs- und Pflegeleistungen in das schweizerische Vertragssystem ist mit schwierigen Abgrenzungsfragen verbunden. Dies führt zu grossen Rechtsunsicherheiten seitens der Parteien, insbesondere wenn wie meistens bei der Angehörigenpflege schon aus Pietätsgründen vertragliche Abmachungen gemieden werden. Überdies fehlt der pflegebedürftigen Person oftmals die Urteilsfähigkeit.

## D. Ausservertragliche Ansprüche

### 1. Lidlohn

Namentlich in der Landwirtschaft, aber auch in anderen Familienbetrieben kommt es vor, dass volljährige Kinder mit den Eltern zusammenleben und für diese unentgeltlich arbeiten. Nach Art. 334 und Art. 334<sup>bis</sup> ZGB haben eheliche und aussereheliche Kinder und Enkel<sup>125</sup>, die als Volljährige bei ihren Eltern auf deren Kosten wohnen und von ihnen unterhalten werden, für ihre Arbeit im gemeinsamen Haushalt einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, sofern kein Pflegevertrag abgeschlossen wurde<sup>126</sup>. Der Lidlohnartikel<sup>127</sup> regelt nicht auch den umgekehrten Fall, dass die Eltern beim Kind auf dessen Kos-

---

AJP 2014 S. 342, 354

ten wohnen oder das Kind ausserhalb des gemeinsamen Haushalts für die Eltern arbeitet. In diesen Fällen ist in der Regel Art. 320 Abs. 2 OR anwendbar<sup>128</sup>. Dessen Anwendbarkeit ist im Rahmen von Art. 334 ZGB ansonsten jedoch ausgeschlossen, da es sich bei Art. 334 ZGB um einen familienrechtlichen Lohnanspruch analog zu Art. 320 OR handelt<sup>129</sup>.

Die angemessene Höhe des Lidlohns bestimmt im Streitfall das Gericht nach objektiven (Wert der Leistungen) und subjektiven (Ausbildung, persönliche Aufwendungen, Verantwortung, regionale Lohnunterschiede etc.) Kriterien. In Anwendung von Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) berücksichtigt es bei der Berechnung des Lidlohns die finanzielle Lage des Schuldners<sup>130</sup>. Schuldner ist das Familienhaupt im Zeitpunkt der Geltendmachung der Lidlohnforderung und nicht etwa die pflegebedürftige Person<sup>131</sup>. Die angemessene Entschädigung ist (oft) geringer als der nach Art. 320 Abs. 2 OR geschuldete Lohn<sup>132</sup>. Gemäss Art. 334<sup>bis</sup> ZGB kann der gesetzlich schuldrechtliche Anspruch sui generis grundsätzlich mit dem Tod des Schuldners, das heisst bei der Eröffnung des Erbgangs gemäss Art. 537 Abs. 1 ZGB,

---

419–424 OR, Zürich 1993, N 15 f. und N 25 zu Art. 422 OR.

<sup>125</sup> Nicht aber Stief- und Pflegekinder oder Geschwister; sie unterliegen Art. 319 ff. OR: BGE 67 II 200 ff., 203.

<sup>126</sup> Peter Tuor/Vito Picononi, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang, Art. 537–640 ZGB, 2. A., Bern 1964, N 17 zu Art. 633 ZGB; Alexandra Rumo-Jungo et al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009, 536.

<sup>127</sup> AltArt. 633 ZGB.

<sup>128</sup> BGE 90 II 443 ff., 445 ff., E. 1; BGE 85 II 382 ff., 385 f., E. 1; Urteil des BGer 5C.133/2004 vom 5.1.2005, E. 5.2; in diesem Sinn Weber (FN 9), N 65 zu § 11.

<sup>129</sup> BGE 109 II 389 ff., 394 f., E. 6; BGE 124 III 193 ff., 195, E. 3b.

<sup>130</sup> BSK ZGB I-Benno Studer (FN 12), N 8 ff. zu Art. 334 ZGB; BGE 124 III 193 ff., 194 ff., E. 3b; auch ein allfälliger Zinsausfall kann im Rahmen der Billigkeit mitberücksichtigt werden, BGE 102 II 329 ff., 336, E. 3.

<sup>131</sup> Urteil des BGer 5C.133/2004 vom 5.1.2005, E. 4.2.

<sup>132</sup> Richers (FN 49), 108; Piotet (FN 47), 75; zur Bestimmung der Angemessenheit stehen Richtlinien zur Verfügung, z.B. die Lidlohnansätze des Schweizerischen Bauernverbandes: <www.sbv-usp.ch> (zuletzt besucht am 20.1.2014).

von den Berechtigten, auch Nichterben (z.B. Enkel, deren Eltern noch leben) geltend gemacht werden<sup>133</sup>. Spätester Zeitpunkt ist die Teilung der Erbschaft des Schuldners<sup>134</sup>, da ansonsten der Anspruch verwirkt ist (Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB)<sup>135</sup>. Insofern unterliegt der Lidlohn keiner Verjährung. Der Lidlohn kann aber nicht grösser sein als der Saldo der Erbschaft, womit die Haftung der Erben im Maximum auf den Nettonachlass begrenzt ist (Art. 603 Abs. 2 ZGB). Eine letztwillige Verfügung der pflegebedürftigen Person kann den Anspruch nicht wegbedingen<sup>136</sup>. Der Berechtigte hat sogar das Recht, entgegen einer ausdrücklichen letztwilligen Verfügung des Erblassers von Todes wegen, einen höheren, angemesseneren Anspruch geltend zu machen als ihm der Erblasser testamentarisch zugestehen wollte. Der Erblasser kann die Angemessenheit der Lidlohnansprüche nicht verbindlich bestimmen und dadurch deren Überprüfung zum Nachteil einzelner Kinder ausschliessen<sup>137</sup>.

Lidlohnentschädigungen, die über den Rahmen der Angemessenheit zum Vorteil des Begünstigten und zum Nachteil der anderen Erben hinausgehen, unterliegen zudem der Ausgleichspflicht nach Art. 626 ff. ZGB<sup>138</sup>. Analog zum Lohn gilt auch der Lidlohn als steuerbares Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit<sup>139</sup>. Gemäss Kreisschreiben Nr. 4 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) qualifiziert der Lidlohn in der Regel als Kapitalabfindung für eine wiederkehrende Leistung und die Besteuerung hat nach Art. 37 DBG zu erfolgen (periodisierter Rentensatz). Damit soll der allfälligen Progression und der damit verbundenen unverhältnismässigen steuerlichen Belastung im Zeitpunkt der Auszahlung des Lidlohns entgegengewirkt werden<sup>140</sup>.

## 2. Ungerechtfertigte Bereicherung

Erbringt eine Person Pflegeleistungen in Erwartung einer späteren Vergütung, welche enttäuscht wird, ohne dass sie einer entsprechenden sittlichen, familienrechtlichen oder vertraglichen Pflicht unterliegt, wird die gepflegte Person ungerechtfertigt bereichert. Die durch Zuwendung einer Arbeitsleistung ohne Bezahlung entstandene Bereicherung ist kausal für den entgangenen anderweitigen Erwerb der pflegenden Person<sup>141</sup>. In der Folge hat die pflegende Person gemäss Weber<sup>142</sup> – unter der Bedingung, dass die Parteien sich über Lohnerwartungen verständigt haben – gestützt auf Art. 62 OR einen Rückforderungsanspruch aufgrund eines erwarteten, aber nicht eingetretenen Rechtsgrunds (*conditio causa data causa non secu-*

---

AJP 2014 S. 342, 355

---

<sup>133</sup> Rumo-Jungo et al. (FN 126), 798; BGE 109 II 389 ff., 389 ff., E. 4 und 6; zu Lebzeiten kann der Lidlohn nur im Fall einer Konkursöffnung oder Pfändung gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden, sofern der gemeinsame Haushalt aufgehoben wird oder der Betrieb in andere Hände übergeht (Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 2 ZGB).

<sup>134</sup> Der Lidlohn kann aber bereits bei der Eröffnung des Erbgangs geltend gemacht werden (Art. 537 Abs. 1 ZGB).

<sup>135</sup> Die Regelung passt nicht, wenn der Gläubiger nicht auch zugleich Erbe ist, vgl. Piotet (FN 47), 76.

<sup>136</sup> Ivo Schwander, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. A., Zürich 2011, N 3 zu Art. 334 ZGB; BGE 109 II 389 ff., 392 ff., E. 4 ff.

<sup>137</sup> Rumo-Jungo et al. (FN 126), 798; BGE 109 II 389 ff., 394 f., E. 6.

<sup>138</sup> BGE 109 II 389 ff., 395, E. 6.

<sup>139</sup> SGE 2009 Nr. 10, vgl. auch St. Galler Steuerbuch StB 30 Nr. 8.

<sup>140</sup> HandK-Richner/Walter/Kaufmann/Meuter (FN 83), N 25 zu Art. 37 DBG.

<sup>141</sup> Vermögensvorteil hier im Sinn einer Bereicherung durch Nichtverminderung des Vermögens (*damnum cessans*) für Ausgaben wie Kosten des Alters- und Pflegeheims, die ohne die unentgeltliche Pflege durch den Angehörigen hätten getätigt werden müssen, Huguenin (FN 121), Rz 1776.

<sup>142</sup> Weber (FN 9), N 52 ff. zu § 11.

ta)<sup>143</sup>. Die Entlohnung zwischen den Angehörigen wurde wegen der atypischen Natur der Arbeit oder aus persönlichen Gründen nicht bestimmt, weshalb eine Gegenleistung gleichwohl erwartet werden darf.

### 3. Fazit

Die im Gesetz vorgesehenen ausservertraglichen Ansprüche sind mit Bezug auf die Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige ebenfalls nicht rechtsgenügend geregelt. Der Lidlohn ist – ohne extensive Auslegung von Art. 334 ZGB – nicht auf die Fälle anwendbar, in denen ein Angehöriger eine pflegebedürftige Person bei sich zu Hause aufnimmt oder sie ohne gemeinsamen Haushalt pflegt. Auch die Abwicklung der Entschädigungsforderung über die ungerechtfertigte Bereicherung wird in den wenigsten Fällen der Angehörigenpflege zur Anwendung kommen.

## V. Berücksichtigung von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige im Erbgang

### A. Erbrechtliche Begünstigung oder Lohnanspruch?

Eine pflegebedürftige Person kann eine sie pflegende Person für ihre Dienste zu Lebzeiten entschädigen (s. dazu vorne Ziff. IV.) oder sie aber durch eine Verfügung von Todes wegen begünstigen, sei es durch Ausrichten eines Vermächtnisses oder durch Erbeinsetzung. Fügt die pflegebedürftige Person für die erbrechtliche Begünstigung keinen Grund an, kann im Einzelfall strittig sein, ob es sich dabei um eine reine Begünstigung (ohne Gegenleistung) oder um eine Entschädigung zur nachträglichen Erfüllung der Lohnzahlungspflicht für die geleisteten Betreuungs- und Pflegeaufwendungen handelt.

Die Qualifikation der erbrechtlichen Begünstigung als Vermächtnis beziehungsweise Erbeinsetzung (im Sinn reiner Begünstigung) einerseits oder als Lohnentschädigung andererseits ist entscheidend, da es sich im letzteren Fall um eine Erblässerschuld handelt. Für die Schulden des Erblässers haften die Erben kraft Universalsukzession persönlich (Art. 560 Abs. 2 ZGB) und grundsätzlich solidarisch (Art. 603 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 143 Abs. 2 OR)<sup>144</sup>. Gemäss Bundesgericht<sup>145</sup> besteht die Solidarhaftung jedoch nur für Miterben gegenüber Gläubigern, die nicht Miterben sind. Die in Art. 640 Abs. 3 ZGB klar festgelegte anteilmässige Übernahme der Schulden des Erblässers durch die Miterben untereinander bleibt somit vorbehalten<sup>146</sup>. Ist die pflegende Person Miterbin, so haften ihr gegenüber die anderen Erben lediglich anteilmässig. Haftungssubstrat bei der Klage gegen den Willensvollstrecker ist hingegen das gesamte Nachlassvermögen<sup>147</sup>.

Jeder Erbe kann einzeln verlangen, dass die Schulden des Erblässers vor der Teilung der Erbschaft getilgt oder sichergestellt werden (Art. 610 Abs. 3 ZGB). Damit kann ein Erbe seine Haftung (faktisch) vermeiden<sup>148</sup>. Möchte sich ein Erbe der Haftung gänzlich entziehen, kann er die Erbschaft ausschlagen (Art. 566 ZGB); die Haftung beschränken kann er, indem er die Erbschaft unter öffentlichem Inventar annimmt (Art. 580 ff. ZGB). Typischerweise basiert die Erblässerschuld weder auf einer Verfügung von Todes wegen (Abgrenzung zum Vermächtnis), noch auf der Tatsache des Ablebens

---

<sup>143</sup> Huguenin (FN 121), Rz 1791 ff.

<sup>144</sup> M.w.H. Paul Eitel, Prozessführung durch den Willensvollstrecker, in: Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme (2), SSVV Band/Nr. 8, Zürich 2006, 125 ff., 149.

<sup>145</sup> BGE 72 II 154 ff., 159 f., E. 5 und ZR 1989 Nr. 101, E. 3b; vgl. auch BGE 101 II 218 ff.

<sup>146</sup> BK-Tuor/Picononi (FN 126), N 1 zu Art. 603 ZGB, a.M. Arnold Escher, in: E. Beck et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang (Art. 537–640), 3. A., Zürich 1960, N 7 zu Art. 610 ZGB und N 1a zu Art. 603 ZGB.

<sup>147</sup> Vgl. BGE 116 II 131 ff., 134 f., E. 3b und 4.

<sup>148</sup> Franco Lorandi, Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner, AJP/PJA 2012, 1378 ff., 1380.

des Erblassers (Abgrenzung zur Erbgangsschuld), sondern auf einem vertraglichen Schuldverhältnis, welches der Erblasser begründete, als er noch lebte<sup>149</sup>. Unabhängig davon, ob es sich um eine Erblasser- oder eine Erbgangsschuld handelt, hat der Nachlassgläubiger die Wahl, ob er seine Forderung gegenüber dem Willensvollstrecker oder direkt gegenüber einem oder mehreren Erben (Art. 560 Abs. 2 ZGB) geltend macht<sup>150</sup>. Im ersten Fall besteht das Haftungssubstrat ausschliesslich aus dem Nachlassvermögen, im zweiten Fall aus dem persönlichen Erbenvermögen<sup>151</sup>. Dem pflegenden Angehörigen steht somit für seine geleisteten Betreuungs- und Pflegeaufwendungen das Nachlassvermögen vollumfänglich und (falls andere Gläubiger fehlen) alleine zu. Die übrigen Erben partizipieren lediglich am Nettonachlassvermögen gemäss ihren Erbquoten. Würde die erbrechtliche Begünstigung – zu Unrecht – nicht

---

AJP 2014 S. 342, 356

als Lohnforderung qualifiziert, sondern als Vermächtnis beziehungsweise Erbeinsetzung (im Sinn reiner Begünstigung), wäre die entsprechende erbrechtliche Begünstigung des pflegenden Angehörigen bei Verletzung der Pflichtteile nach Art. 522 ZGB herabsetzbar.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hängt die Qualifikation nicht von der lediglich als Indiz dienenden, im Testament gegebenen Bezeichnung oder Begründung ab, sondern davon, ob ohne die erbrechtliche Begünstigung ein Entschädigungsanspruch bzw. eine Lohnforderung im Sinn von Art. 320 Abs. 2 OR gegen die Erben hätte durchgesetzt werden können. Somit erfolgt auch keine Auslegung des Testaments gestützt auf den Erblasserwillen. Deshalb ist das Pflegeverhältnis zwischen der pflegebedürftigen Person und der pflegenden Person auch im Erbfall gemäss dem vorne Ausgeführten<sup>152</sup> zu qualifizieren. Die damit verbundenen Schwierigkeiten sind augenfällig.

Auch aus steuerrechtlichen Gründen ist abzuklären, ob die Begünstigung einer pflegenden Person von Todes wegen für eine Gegenleistung oder ohne eine solche erfolgt, denn im ersten Fall unterliegt die erbrechtliche Begünstigung als Lohnanspruch der Einkommenssteuer<sup>153</sup> und im zweiten Fall der Erbschaftssteuer. Gegebenenfalls sind im ersten Fall auch Sozialabgaben zu bezahlen.

## B. "Dreissigster"

Liegt eine Konstellation vor, in welcher der Erblasser selbst die pflegende Person gewesen ist und zu Lebzeiten einen Erben in seinem Haushalt aufgenommen und diesem Unterhalt oder Pflege gewährt hat, so kann dieser Erbe verlangen, dass ihm nach dem Tod des Erblassers der Unterhalt noch während eines Monats auf Kosten der Erbschaft zugewendet wird (Art. 606 i.V.m. Art. 474 Abs. 2 ZGB, sog. "Dreissigster"). Diese Schulden belasten ebenfalls den Nachlass und sind vor der Erbteilung entsprechend in Abzug zu bringen<sup>154</sup>. Gleichzeitig wäre auch zu prüfen, ob dem Nachlass eine Forderung gegenüber dem Erben für allfällige geleistete Betreuungs- und Pflegeaufwendungen des Erblassers zusteht.

---

<sup>149</sup> Marc'Antonio Iten, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers – Sorgfaltspflichten und andere ausgewählte Rechtsprobleme, SSVV Band/Nr. 11, Zürich 2012, 59.

<sup>150</sup> M.w.H. Eitel (FN 144), 149.

<sup>151</sup> BGE 116 II 131 ff., 134 f., E. 3b und 4; vorbehalten bleibt die anteilmässige Haftung der Erben, sofern der Gläubiger Miterbe ist.

<sup>152</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.C.

<sup>153</sup> BGE 107 Ia 107 ff., 109, E. 2.

<sup>154</sup> BGE 83 II 533 ff., 536, E. 2 = Pra 47 (1958) 100.

## C. Ausgleichsrecht

### 1. Betreuungs- und Pflegeleistungen durch die Nachkommen

Im Ausgleichsrecht herrscht im Verhältnis des Erblassers zu den Nachkommen der Gleichbehandlungsgedanke vor (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Die Gleichbehandlung unter den Nachkommen wird gestört, wenn lediglich ein Kind von mehreren zu Lebzeiten vom Erblasser eine unentgeltliche Zuwendung erhält. Das Gleiche gilt aber auch dann, wenn ein Kind durch seine Arbeitsleistung, beispielsweise durch Betreuungs- und Pflegeaufwendungen, das Nachlassvermögen vermehrt oder zu erhalten hilft, während die anderen Kinder ungestört einer eigenen Verdienstmöglichkeit nachgehen. Diese ungleichen, für den Stand der Erbschaft relevanten Erwerbsverhältnisse der Kinder sollten bei der Aufteilung des elterlichen Nachlasses eine nachträgliche Korrektur erfahren<sup>155</sup>. Ausgleichszahlungen unter den Nachkommen wären somit notwendig, wenn weder gestützt auf ein schuldrechtliches Verhältnis zwischen einem pflegenden Nachkommen und dem gepflegten Erblasser noch gestützt auf Art. 334 ZGB ein Entschädigungsanspruch begründet werden kann.

Unter altem Recht sah Art. 633 ZGB eine Regelung zur Ausgleichung von Zuwendungen an die häusliche Gemeinschaft vor, für den Fall, dass ein volljähriges Kind gewisse Leistungen an die Eltern erbracht hat. Dem Kind stand bei der Teilung ein Anspruch auf Rückerstattung der getätigten Zuwendungen in Form einer billigen Ausgleichung zu, sofern es nicht ausdrücklich auf ein entsprechendes Entgelt verzichtet hatte. Demnach war der Ausgleichsanspruch nach Art. 633 ZGB als erbrechtliche Forderung ausgestaltet. Das Kind konnte somit erst nach Befriedigung der Gläubiger mit seiner erbrechtlichen Forderung zum Zug kommen und hatte wie der Vermächtnisnehmer gegenüber den Gläubigern zurückzutreten. Als erbrechtliche Forderung ausgestaltet, unterlag der Anspruch auch nicht der Einkommenssteuer, sondern der Erbschaftssteuer<sup>156</sup>. Im Rahmen der Revision des bürgerlichen Erbrechts im Jahre 1974 wurde Art. 633 ZGB aber gestrichen und der Anspruch der Kinder als Lidlohnforderung im Sinn von Art. 334 ZGB ausgestaltet. Art. 334 ZGB setzt voraus, dass das Kind im Haushalt der Eltern (oder eines Elternteils) wohnt. Auf den umgekehrten – wohl häufigeren – Fall ist Art. 334 ZGB jedoch nicht zugeschnitten<sup>157</sup>, sodass in den meisten Fällen kein ge-

---

AJP 2014 S. 342, 357

setzlicher Lohnanspruch besteht. Ein (gesetzlicher) Ausgleichsanspruch wäre entsprechend wünschenswert, damit die Betreuungs- und Pflegeleistungen eines Nachkommens gegenüber den nichtleistenden Nachkommen ausgeglichen und die Nachkommen untereinander finanziell gleichgestellt würden.

### 2. Betreuungs- und Pflegeleistungen durch den Erblasser

Wie bereits ausgeführt, können Betreuungs- und Pflegeleistungen gestützt auf familienrechtliche Beistandspflichten geschuldet sein<sup>158</sup>. Hat ein Erblasser in Erfüllung einer gesetzlichen Rechtspflicht (unentgeltlich geschuldete) Betreuungs- und Pflegeleistungen getätigt, stellt sich die Frage, ob diese Zuwendungen des Erblassers durch die pflegebedürftige Person im Nachlass des Erblassers ausgleichungspflichtig sind. Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass eine gesetzliche Ausgleichspflicht nur bei unentgeltlichen Zuwendungen an Nachkommen statuiert ist (Art. 626 Abs. 2 ZGB). In allen übrigen Fällen muss der Erblasser die Ausgleichspflicht ausdrücklich anordnen (Art. 626 Abs. 1 ZGB).

---

<sup>155</sup> So noch BK-Tuor/Picenoni (FN 126), N 8 zu Art. 633 ZGB.

<sup>156</sup> Dazu bereits ZK-Escher (FN 146), N 1 zu Art. 633 ZGB.

<sup>157</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.D.1.

<sup>158</sup> Vgl. vorne Ziff. II.A.1.



Nach gängiger Auffassung sind Leistungen, die ein Erblasser in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht, wie zum Beispiel der Verwandtenunterstützungspflicht erbracht hat, grundsätzlich von der Ausgleichung ausgenommen, da sie als *entgeltliche Zuwendungen* gelten und nicht freiwillig erfolgen, es sei denn, dass dieser eine Ausgleichungspflicht ausdrücklich angeordnet hat. Die neuere familienrechtliche Lehre befürwortet demgegenüber die Ausgleichung von das übliche Mass übersteigenden Verwandtenunterstützungsleistungen dem Grundsatz nach<sup>159</sup>.

Zuwendungen in Erfüllung einer sittlichen Pflicht gelten nach herrschender Meinung als *unentgeltliche Zuwendungen* und sind daher uneingeschränkt der Ausgleichung unterworfen<sup>160</sup>.

### 3. Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers als Dank für Betreuungs- und Pflegeleistungen

Keiner Ausgleichung unterliegen lebzeitige Zuwendungen des Erblassers als Dank für die ihm gegenüber erbrachten Pflegeleistungen. Eine lebzeitige Zuwendung ist im erbrechtlichen Sinn nicht ausgleichungsrelevant, wenn der Erblasser dafür eine Gegenleistung erhalten hat<sup>161</sup>. Anders verhält es sich, wenn die Zuwendung des Erblassers die erhaltene Gegenleistung bei Weitem übersteigt.

## D. Enterbung

Eine schwere Verletzung familienrechtlicher Unterstützungspflichten gegenüber dem Erblasser oder dessen Angehörigen kann einen Enterbungsgrund im Sinn von Art. 477 Ziff. 2 ZGB darstellen<sup>162</sup>. Ob die erforderliche Schwere gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Ebenso wenig wie Sittenwidrigkeit erfüllt in der Regel die Verletzung von vertraglichen Pflichten die Voraussetzungen eines Enterbungsgrunds. Gelangt der verwandte Vertragspartner dadurch jedoch in grosse finanzielle Not, kann dies wiederum indirekt eine Verletzung der Unterstützungspflicht und damit auch einen Enterbungsgrund darstellen<sup>163</sup>. Weigert sich aber zum Beispiel eine Tochter, ihre Mutter rund um die Uhr zu pflegen, so wäre die testamentarische Enterbung der Tochter gestützt auf Art. 479 ZGB anfechtbar, da kein rechtsgenügender Enterbungsgrund vorläge.

## E. Erbschleicherei

Die Erbschleicherei ist im Zivilgesetzbuch nicht geregelt. In BGE 132 III 305 hat das Bundesgericht jedoch Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Bestimmung über die Erbnunwürdigkeit) extensiv ausgelegt und auf eine Erbschleicherei angewendet. Eine Person ist demnach erbnunwürdig, wenn sie den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran gehindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. Intensive Pflegebeziehungen können Abhängigkeiten schaffen, die in unlauter Weise ausgenützt werden und daher zur Erbnunwürdigkeit führen können. *Last-minute* Begünstigungen von pflegenden Personen über das geschuldete

---

<sup>159</sup> Roland Fankhauser, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, N 4 zu Art. 626 ZGB; BSK ZGB I-Thomas Koller (FN 12), N 48 zu Art. 328/329 ZGB m.w.H.; BGE 76 II 212 ff.; Paul Eitel, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang, 3. Teilband Die Ausgleichung, Art. 626–632 ZGB, Bern 2004, N 29 f. zu Art. 626 ZGB; BSK ZGB II-Rolando Forni/Giorgio Piatti (FN 74), N 12 zu Art. 626 ZGB.

<sup>160</sup> Piotet (FN 47), 304; Jacqueline Burckhardt Bertossa/Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 17 zu Art. 626 ZGB.

<sup>161</sup> BK-Eitel (FN 159), N 25 zu Art. 626 ZGB; zur Problematik des Verzichtvermögens im Rahmen der Ergänzungsleistungen s. FN 53.

<sup>162</sup> BGE 106 II 304 ff.; BGE 76 II 265 ff., 271 ff., E. 4.

<sup>163</sup> BGE 106 II 304 ff., 306 f., E. 3a und b.

---

AJP 2014 S. 342, 358

Entschädigungsmass hinaus sind daher prädestiniert, um von Miterben in Frage gestellt zu werden<sup>164</sup>.

## F. Verfügungsfähigkeit

Mit steigendem Alter und als Folge gewisser Krankheiten nehmen die Urteilsfähigkeit und damit die Verfügungsfähigkeit ab. Testamentarische Begünstigungen für den pflegenden Angehörigen, die in späteren Lebensphasen geäussert werden, tragen daher regelmässig das Risiko bei der Erbteilung durch die Erben mangels Testierfähigkeit (erfolgreich) angefochten zu werden und sind insofern nur beschränkt wirksam<sup>165</sup>. Ausserdem bergen Testamente die Gefahr des Widerrufs. Ein vertraglicher Verzicht des Testierenden auf den jederzeit möglichen Widerruf ist ebenso ungültig wie die Verpflichtung eines Partners, später ein Testament mit bestimmtem Inhalt zu errichten oder aber einen Vorvertrag zu einem Erbvertrag (Entschädigungsvereinbarung) als Zusicherung einer mit dem Todesfall des Erblassers fälligen und durch das Überleben des Partners bedingten Entschädigung. Es bleibt schliesslich nur die Möglichkeit eines Erbvertrags, sofern die Erbvertragsfähigkeit des Erblassers gegeben ist. Erbvertragsfähigkeit setzt zwar gleichermassen Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit voraus und ist insofern identisch mit den Tatbestandsmerkmalen der Testierfähigkeit. Im Unterschied zur letztwilligen Verfügung können aber Personen, die unter umfassender Beistandschaft oder unter einer Mitwirkungsbeistandschaft (im Sinn von Art. 396 ZGB) stehen, welche auch den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, nur (aber immerhin) mit der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters verfügen (Art. 468 Abs. 2 ZGB)<sup>166</sup>.

## G. Erbteilung

Das Teilungsrecht wird vom Grundsatz der freien privaten Erbteilung dominiert. Wenn sich die Erben über die Teilung einig sind, ist für deren Durchführung einzig ihr Wille massgebend<sup>167</sup>. Gesetzliche und erblasserische Teilungsregeln sind subsidiär. Grund dafür ist, dass die Erben durch Universalsukzession zu Rechtsnachfolgern des Erblassers werden und damit auch dessen Dispositionsfreiheit über das Vermögen übernehmen<sup>168</sup>. Demnach steht es den Erben frei, der pflegenden Person – auch ohne erblasserische Entschädigungsanordnung – für die erbrachten Leistungen ein Entgelt zukommen zu lassen. In diesem Fall würde das Entgelt als Lohn qualifizieren (Art. 320 Abs. 2 OR) und die entsprechenden Steuer- und Sozialversicherungsfolgen müssten miterücksichtigt werden. Handelt es sich aber bei der erbrachten Betreuungs- oder Pflegeleistung um eine unentgeltlich geschuldete Leistung (z.B. Beistandspflicht nach Art. 272 ZGB), so kann diese durch die Erben der pflegenden Person zugesprochene Leistung als Querschenkung qualifizieren und der – mangels Steuerbefreiungssubjekt in der Regel geschuldeten – Schenkungssteuer unterliegen<sup>169</sup>.

---

<sup>164</sup> Peter Breitschmid/Caroline Wittwer, *Pflegerecht – eine Standortbestimmung* (2. Teil), *Pflegerecht* 2012, 66 ff., 68 f.; zur Problematik der Zuwendung an Vertrauenspersonen Stephanie Hrubesch-Millauer/Julia Wittwer, *Erbrechtliche Verfügungsmöglichkeiten bei Pflegebedürftigkeit, Krankheit oder Altersschwäche der verfügenden Person*, *Pflegerecht* 2013, 194 ff., 203 ff.

<sup>165</sup> Dazu unlängst Urteil des BGer 5A\_501/2013 vom 13.1.2014: Keine Ungültigkeit eines Testaments einer an Altersdemenz leidenden Erblasserin zugunsten einer sie über zehn Jahre pflegenden Angestellten; Peter Breitschmid, *Erbrechtliche Fragen alterstypischer Familienkonstellationen – Erbrecht als Teil des Altersrechts – erbrechtliche Fragen des Alters*, *AJP/PJA* 2009, 1427 ff., 1433.

<sup>166</sup> Weber (FN 9), N 31 f. zu § 11.

<sup>167</sup> BGE 78 II 408 ff., 409; BGE 97 II 11 ff., 16 f., E. 3.

<sup>168</sup> PraxK-Weibel (FN 160), N 5 zu Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB.

<sup>169</sup> PraxK-Weibel (FN 160), N 9 zu Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB.

## VI. Blick über die Grenzen

Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass andere Rechtsordnungen erbrechtliche Ausgleichungsmechanismen für Pflege- und Betreuungsleistungen kennen, die für das schweizerische Recht als Vorbild dienen könnten.

Im *deutschen* Recht existieren im Gegensatz zum schweizerischen Recht rudimentäre gesetzliche Bestimmungen über die Anrechnung von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen durch die Erben. Gemäss § 2057 des bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) können nicht unerhebliche, unentgeltliche Betreuungs- und Pflegeleistungen, die über die Verwandtenunterstützungspflicht hinausgehen und durch erbberechtigte Nachkommen erbracht werden, durch Veränderung des erbrechtlichen Verteilerschlüssels entschädigt werden<sup>170</sup>. Damit wurde ein System geschaffen, welches von der üblichen Systematik der Ausgleichung von Leistungen des Erblassers abweicht: Hier werden umgekehrt besondere Leistungen der Erben ausgeglichen<sup>171</sup>. Kritisch werden aber der enge Kreis der Anspruchsberechtigten sowie die fehlende Regelung des

---

AJP 2014 S. 342, 359

Ausgleichsbetrags beurteilt<sup>172</sup>. Auch *Japan* hat dem gesellschaftlichen Wandel bereits Rechnung getragen, indem es in Art. 904-2 (1) des japanischen Zivilgesetzbuches entsprechend dem deutschen Recht einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch statuiert hat<sup>173</sup>. Das japanische Recht kennt zudem schon lange ein Teilungsvorrecht von Kindern auf die elterliche Liegenschaft, wenn sie dort die Eltern gepflegt haben und sich deshalb plausibel über einen nahen Bezug ausweisen können<sup>174</sup>.

In *Spanien* (katalanisches Recht) gibt es zum Beispiel ein der Verwandtenunterstützungspflicht ähnliches Rechtsinstitut, welches entfernte und nicht verwandte Personen verpflichtet, ältere, hilfsbedürftige Personen für eine bestimmte Dauer und gegen Entgelt in ihre Gemeinschaft aufzunehmen<sup>175</sup>. Sind die relativ hohen Voraussetzungen an diesen Aufnahmevertrag erfüllt, entfaltet er nebst schuldrechtlichen und familienrechtlichen auch erbrechtliche Wirkungen: Gemäss Intestaterbfolge hat die aufnehmende Person im Erbfall den Anspruch auf einen Viertel der Erbschaft, wobei die Erben bestimmen, welche Güter ihr – im Umfang der noch ausstehenden Entschädigung – zugeteilt werden. In Universalsukzession gesetzliche Erbin wird die pflegende Person, wenn keine anderen gesetzlichen Erben bestehen. Bei einer Testaterbfolge hat die betreuende Person nebst ihrem Viertel einen Anspruch auf

---

<sup>170</sup> Dietmar Weidlich, in: Otto Palandt (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 72. A., München 2013, N 4 zu § 2057a BGB.

<sup>171</sup> BGBK-Weidlich (FN 170), N 1 zu § 2057a BGB.

<sup>172</sup> Nur erbberechtigte Abkömmlinge sind einbezogen, nicht aber Schwiegerkinder, Ehegatten oder Freunde, BGBK-Weidlich (FN 170), N 1, 3 und 7 zu § 2057a BGB; Reformbestrebungen § 2057b BGB zu erlassen, wonach alle gesetzlichen Erben ausgleichungspflichtig gewesen wären, sind gescheitert. Die Diskriminierung von doppelt belasteten Pflegenden, die gleichzeitig ein eigenes berufliches Einkommen haben, wurde mit der Revision im Jahr 2010 immerhin abgeschafft.

<sup>173</sup> Gesetz Nr. 89 von 1896 i.d.F. des Gesetzes Nr. 78 von 2006: "If there is a person from amongst joint heirs who has made a special contribution to the maintenance or increase of the decedent's property through the provision of labor or [...] medical treatment or nursing of the decedent, [...] the total inherited property shall be deemed the value calculated by deducting the contributory portion as determined by agreement by the joint heirs from the value of the property of the decedent at the time of commencement of inheritance, and that person's share in inheritance shall be the amount of the contribution added to the share in inheritance calculated pursuant to the provisions of Articles 900 to 902 inclusive"; s. dazu Peter Breitschmid, Standort und Zukunft des Erbrechts, *successio* 2009, 276 ff., 311.

<sup>174</sup> Breitschmid (FN 165), 298.

<sup>175</sup> Thomas M. Mannedorfer, Aufnahme älterer und hilfsbedürftiger Personen durch Private – Darstellung der katalanischen Acogida und Vergleich mit dem schweizerischen Ansatz (insbesondere dem Verpfändungsvertrag), *ZVW* 2002, 117 ff., 119 f.



eine weitere Quote, sofern ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Pflege und Entschädigung besteht<sup>176</sup>. In *Frankreich* existiert mit der *rente viagère* ein der Leibrente verwandtes Institut, welches insbesondere Ehegatten untereinander begünstigt (Art. 1968–1983 CC). In *Österreich* sind ebenfalls bereits Bestrebungen im Gang, um den Pflegenden nach dem Tod des Pflegebedürftigen bei der Nachlassteilung gegenüber anderen Angehörigen besser zu stellen.

## VII. Ausblick im schweizerischen Recht: Erbrechtlicher Begünstigungsanspruch de lege ferenda

Aus Art. 13 Abs. 1 BV, der das Familienleben schützt, kann kein erbrechtlicher Schutz der Nachkommen, der Geschwister oder des Ehegatten abgeleitet werden<sup>177</sup>. In Anbetracht des gesellschaftlichen Wandels hinsichtlich privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen innerhalb der Familie und angesichts der unbefriedigenden gegenwärtigen Rechtslage mit Bezug auf die schuldrechtlichen Betreuungs- und Pflegeverträge sowie die ausservertraglichen Ansprüche und die bestehenden Schwierigkeiten im Erbgang, stellt sich aber die Frage, ob im schweizerischen Erbrecht – wie bereits in anderen Ländern implementiert – ebenfalls ein gesetzlicher Begünstigungsanspruch für pflegende Angehörige geschaffen werden soll.

Angeknüpft an altArt. 633 ZGB beziehungsweise an das deutsche Recht könnte die Begünstigung über die Ausgleichung geschaffen werden. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, Leistungen, die ein Miterbe bei der Erbteilung geltend machen kann, wie eine fiktive Nachlassverbindlichkeit in der Form der Erblässerschuld zu behandeln und sie auf diese Weise aus dem Ausgleichsrecht herauszulösen. Dadurch würden wiederum sämtliche Erben belastet, was einleuchtend erscheint, da auch alle von den erbrachten Leistungen zugunsten der Erbmasse profitiert haben. Eine weitere Option wäre, die Begünstigung als gesetzliches Vermächtnis auszugestalten<sup>178</sup>. Das katalanische Konzept geht sogar noch weiter, indem es eine fixe Erbquote statuiert hat. Gemäss Breitschmid soll diejenige Person, die als *Angehöriger* oder als *nahestehende Person* den Erblasser gepflegt und in

---

AJP 2014 S. 342, 360

dessen Wohnung oder Liegenschaft gelebt hat, analog zum japanischen Recht ein Teilungsvorrecht im Sinn von Art. 612a ZGB haben<sup>179</sup>.

Wesentlich ist es, ein Begünstigungskonzept zu schaffen, welches einerseits der heutigen Usanz Rechnung trägt und andererseits die erbrechtlichen und schuldrechtlichen Schwierigkeiten sowie das Älterwerden (Urteilsfähigkeit, Abhängigkeit etc.) mitberücksichtigt. Ob im Rahmen der Motion Gutzwiller eine entsprechende Anpassung erfolgen wird, ist derzeit noch offen. Zur Vermeidung von Vorsorgelücken und für den allfälligen Arbeitnehmerschutz zugunsten von pflegenden Personen sind das Sozialversicherungsrecht und das Arbeitsrecht berufen. In diesem Bereich sind bereits entsprechende Bestrebungen im Gang<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> M.w.H. zu den Voraussetzungen Mannerdorfer (FN 175), 120 ff.

<sup>177</sup> Baumann (FN 3), 31.

<sup>178</sup> Vgl. für das deutsche Recht Walter Krug, Die aktuelle deutsche Erbrechtsreform (2008) – eine Übersicht, *successio* 2007, 276 ff., 281; Anne Paetel, Die erbrechtliche Ausgleichung von Pflegeleistungen und anderen Sonderleistungen, Eine Auseinandersetzung mit § 2057a BGB und dem geplanten § 2057b BGB, Diss., Hamburg 2008, 173 ff.

<sup>179</sup> Breitschmid (FN 165), 310.

<sup>180</sup> Nationalrätin Schenker, Postulat "11.4001 Work and Care. Analyse und Massnahmenplan" vom 30.9.2011; die beiden parlamentarischen Initiativen von Nationalrätin Meier-Schatz unterscheiden sich insofern, als die eine Betreuungszulagen für pflegende Angehörige (11.411) und die andere weitere Rahmenbedingungen für die Entlastung von pflegenden Angehörigen (11.412) vorsieht.