



# Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Lidlohn

Art. 334 ZGB de lege lata und de lege ferenda

BGE 5A\_427/2015\*

Lorenz Baumann\*\*

*Das Bundesgericht hat die Beschwerde zweier Kinder eines Erblassers abgewiesen, die bezüglich ihrer Mitarbeit im Baugeschäft des Vaters das Bestehen einer einfachen (stillen) Gesellschaft geltend gemacht hatten. Da die Behauptung eines Gesellschaftsverhältnisses verspätet vorgebracht worden war, war bereits das Obergericht in diesem Punkt nicht auf die Berufung eingetreten, was vom Bundesgericht geschützt wurde. Eventualiter stützten die Beschwerdeführer ihre Ansprüche auf Art. 334 ZGB (Lidlohn), und sie verlangten eine Entschädigung für behauptete Leistungen zugunsten des Nachlasses. Der Fall zeigt exemplarisch, wie wichtig es ist, im Prozess von Anfang an korrekte Anträge zu stellen und diese (vor Aktenschluss) anhand von genau bezeichneten Urkunden zu substantzieren. Schliesslich gibt der Fall Anlass, über eine Revision von Art. 334 ZGB nachzudenken.*

## Inhaltsverzeichnis

- I Kurzfassung des Sachverhalts und Prozessgeschichte
- II Zusammenfassung der Erwägungen
- III Bemerkungen

### I Kurzfassung des Sachverhalts und Prozessgeschichte

1. Die Eheleute A. verstarben am 10. Dezember 1991 (Erblasser) und am 2. Juni 1995 (Erblasserin) und hinterliessen als gesetzliche Erben sieben gemeinsame Kinder (von denen einzelne zum Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils bereits nachverstorben waren). Vier der Söhne (A.B., A.D., A.E. und A.F.) hatten zu Lebzeiten des Erblassers im 1960 gegründeten Unternehmen A. & Söhne Baugeschäft als Maurer mitgearbeitet. Nach dem Rückzug des Erblassers aus dem Erwerbsleben im Oktober 1974 gründeten sie die Kollektivgesellschaft A. & Cie Baugeschäft. Drei Söhne (A.D., A.E. und A.F.) wohnten bis zum Tod des Erblassers im elterlichen Haus. Seit dessen Tod bewohnen A.D. und A.E. die Parterrewohnung und A.D. [recte wohl: A.F.] mit seiner Familie die Dachwohnung.

2. Am 24. März 2009 wurde beim Bezirksgericht Bremgarten/AG eine Erbteilungsklage eingereicht.<sup>1</sup> Mit Urteil vom 13. Dezember 2012 stellte das Bezirksgericht einen Nachlass fest von CHF 2076 184.20 und einen Erbanteil von je  $\frac{1}{7}$  der sieben Kinder (bzw. von deren Erben) an diesem Betrag sowie am Nettoerlös aus dem Verkauf von zwei Liegenschaften und einer Wegparzelle. Zudem bestimmte es die Zuweisung der vorhandenen Aktiven und die Höhe der Ausgleichszahlungen. Gegen dieses Urteil erhoben fünf Beteiligte Berufung. Während die von zwei Kindern (A.D. und A.F.) erhobene Berufung abgewiesen wurde, hiess das Obergericht des Kantons Aargau diejenige von drei Kindern teilweise gut und modifizierte das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich des massgeblichen Nachlasses, der Ersatzansprüche des Nachlasses zulasten mehrerer Erbanteile, der Zuweisung vorhandener Aktiven,

\* Bundesgerichtsentscheid vom 27. Oktober 2015.

\*\* Dr.iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, weberschaub & partner ag, Zürich, [www.weber-schaub.ch](http://www.weber-schaub.ch). Frau Rechtsanwältin Dr.iur. Dominique Ott gebührt Dank für ihre wertvollen Anregungen und für die kritische Durchsicht des Beitrags.

1 Von wem ist aus dem Urteil des Bundesgerichts nicht ersichtlich, spielt aber vorliegend auch keine Rolle.

der Verpflichtung gewisser Erben (A.D. und A.F.) zu «diversen Beträgen»<sup>2</sup> an die übrigen Erben und der Anordnung der öffentlichen Versteigerung der Liegenschaften, unter Zuweisung des Steigerungserlöses an die Erbanteile zu je 1/7.

3. Die Kinder A.D. und A.F., deren Berufung abgewiesen wurde, hatten im obergerichtlichen Verfahren geltend gemacht, der Erblasser habe das Baugeschäft von 1960 bis 1974 nicht als Einzelfirma betrieben; vielmehr habe zusammen mit den vier mitarbeitenden Söhnen eine einfache Gesellschaft bestanden, wobei die Söhne stille Gesellschafter gewesen seien. Bevor die Erbteilung erfolgen könne, müsse deshalb die einfache Gesellschaft aufgelöst werden und den Gesellschaftern ihr Liquidationsanteil zugesprochen werden. Vor erster Instanz (sowie vor Obergericht im Eventualstandpunkt) waren demgegenüber für die betreffende Zeit (bzw. ab 1965) Lidlöhne gefordert worden.

4. Gegen den Entscheid des Obergerichts Aargau reichten die zwei unterliegenden Kinder A.D. und A.F. am 19. Mai 2015 Beschwerde beim Bundesgericht ein. Diese enthielt unter anderem das Begehren, dass das Raiffeisenkonto im Totalbetrag von CHF 888'323.80 sowie der Steigerungserlös einer der Liegenschaften (nach Abzug der Kosten und Schulden) zu je 1/5 auf die Gesellschafter der (von ihnen behaupteten) einfachen Gesellschaft (bzw. deren Nachlässe) aufzuteilen seien – und entsprechend nicht zum Nachlass gehören. Zudem beantragten sie, dass ihre Verpflichtung zur Zahlung von diversen Beträgen an die übrigen Erben aufzuheben sei.

5. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Entscheid vom 27. Oktober 2015 ab, soweit darauf einzutreten war.

## II Zusammenfassung der Erwägungen

1. In Bezug auf die von A.D. und A.F. behauptete einfache Gesellschaft war das Obergericht auf die Berufung gar nicht eingetreten, da diese Behauptung neu war, was vom Obergericht als Änderung des Klagefundaments bezeichnet wurde. Gemäss dem Obergericht war die Klageänderung ausschliesslich mit unechten Noven begründet worden,

welche sich im Lichte von Art. 317 Abs. 1 ZPO als unzulässig erwiesen. Vor Bundesgericht machten die Beschwerdeführer diesbezüglich eine willkürliche Beweiswürdigung durch das Obergericht geltend, eine Verletzung der Art. 530 ff. OR und zudem eine Verletzung der Beweisabnahmepflicht gemäss Art. 152 ZPO. Das Obergericht habe es pflichtwidrig unterlassen, das A.&Söhne-Baugeschäft als einfache Gesellschaft bzw. als Innengesellschaft zu qualifizieren und aufzulösen – pflichtwidrig deshalb, weil sich das Gesellschaftsverhältnis aus den Klageantwortbeilagen ergeben habe, was vom Obergericht aber nicht beachtet worden sei. Die Beschwerdeführer unterliessen es jedoch, die Erwägungen des Obergerichts zur unzulässigen Klageänderung zu beanstanden. Das Bundesgericht konnte es deswegen bei der formellen Feststellung bewenden lassen, es fehle «an der Grundlage für die Behauptung, das Obergericht habe in der Sache keine Würdigung vorgenommen»<sup>3</sup>, und musste sich materiell mit der Thematik des behaupteten Gesellschaftsverhältnisses nicht auseinandersetzen.

2. Vom Bundesgericht zu beurteilen war im Weiteren die Angemessenheit des von der Vorinstanz festgelegten Lidlohns der Beschwerdeführer. Gemäss Art. 334 ZGB können volljährige Kinder, die ihren Eltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, dafür eine angemessene Entschädigung verlangen. Das Bezirksgericht war von den Lidlohnansätzen gemäss Bauernverband ausgegangen und hatte diese (für die hier interessierende Baubranche) um 20% erhöht, was vom Obergericht als angemessen bezeichnet wurde. Das Obergericht hielt fest, es sei unter dem Titel Lidlohn ausdrücklich kein Marktlohn geschuldet, sondern eben nur die im Gesetz erwähnte angemessene Entschädigung. Diese entspreche der Differenz «zwischen dem Wert der vom Kind erbrachten Leistungen und dem Umfang der von den Eltern aufgebrauchten Mittel[...]»<sup>4</sup>. Es war im Verfahren unbestritten geblieben, dass die beiden Beschwerdeführer im Haushalt der Eltern gelebt hatten, wo sie gratis Kost und Logis sowie Taschengeld erhalten hatten und ihnen die Wäsche besorgt worden war. Zudem hatten die Eltern ihnen sämtliche Steuern, Versicherungsprämien und Artikel des täglichen Bedarfs bezahlt. Diese Gegenleistungen wurden vom Obergericht vom errechneten Wert der erbrachten Leistungen der Söhne in Abzug gebracht.

2 Der vom Bundesgericht verwendete Begriff «Beträge» ist im erbrechtlichen Kontext wenig aussagekräftig. Gemeint sein dürften Ausgleichszahlungen.

3 Erw. 5.

4 Siehe Erw. 2.



3. Die Beschwerdeführer hatten vor Bundesgericht geltend gemacht, die Wertschöpfung in der Bauwirtschaft sei drei- bis viermal höher als in der Landwirtschaft, weshalb es bundesrechtswidrig sei, in ihrem Fall landwirtschaftliche Ansätze als Berechnungsbasis zu nehmen und diese um 20% zu erhöhen. Vielmehr sei Art. 334 ZGB «geltungszeitlich»<sup>5</sup> zu handhaben und nicht, wie in den letzten hundert Jahren, unter ausschliesslicher Bezugnahme auf landwirtschaftliche Verhältnisse. Das Bundesgericht führte in Erw. 4 dazu zunächst und in Übereinstimmung mit dem Obergericht aus, der Richter sei bei der Festlegung des Lidlohnes auf sein Ermessen verwiesen, habe aber «alle wesentlichen Besonderheiten des konkreten Falles zu beachten». Dabei entstehe nur dann ein Anspruch auf Lidlohn, «wenn die geleistete Arbeit den Wert der aus der Hausgemeinschaft bezogenen Vorteile» übertreffe. Es dürfe höchstens derjenige Betrag als Lidlohn zugesprochen werden, den das volljährige Kind mit der gleichen Arbeit in einem fremden Dienst (unter Tragung der anfallenden Kosten) hätte ersparen können.

4. Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts hatten sich die Beschwerdeführer nicht mit den Ausführungen des Obergerichts zum Lidlohn auseinandergesetzt, sondern lediglich ihre eigene Berechnung wiederholt, welche eine Multiplikation von (aus ihrer Sicht angemessenen) Monatslöhnen enthielt. Dies genügt laut Bundesgericht den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht. Die Beschwerdeführer hätten sich mit den vorstehend skizzierten Grundsätzen zur Berechnung des Lidlohnanspruchs auseinandersetzen und diese auf den konkreten Fall anwenden müssen. Stattdessen seien die Beschwerdeführer mit ihren einzigen zwei konkreten Aussagen an der Sache vorbeigegangen: Sowohl der Verweis auf die grössere Wertschöpfung in der Baubranche im Vergleich zur Landwirtschaft wie auch der Hinweis, Art. 334 ZGB sei geltungszeitlich anzuwenden, seien unbehelflich. Vor Bundesgericht gefragt gewesen wäre eine konkrete Vergleichsrechnung, um aufzuzeigen, was die Beschwerdeführer mit der gleichen Arbeit bei einer Drittfirma – unter Tragung sämtlicher Kosten – hätten verdienen bzw. ansparen können. Da die Beschwerdeführer nichts dergleichen vorbrachten, bestand für das Bundesgericht kein Anlass, die Berechnungen der Vorinstanz zu korrigieren.

5. Schliesslich hatten die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Forderungen des Nachlasses für ihr unentgeltliches Wohnen in einer Nachlassliegenschaft vorgebracht, sie hätten zugunsten des Nachlasses in den Liegenschaften «Maler-, Holz-, Gips-, Sanitär-, Heizungs-, Dach- und Umgebungsarbeiten im Wert von mindestens CHF 200 000 erbracht», zudem habe einer der Beschwerdeführer insgesamt über 5000 Hauswarts-Stunden geleistet. Das Obergericht hatte dazu ausgeführt, diese behaupteten Leistungen seien «nicht spezifiziert» worden. In der Duplik sei lediglich auf zwei Duplikbeilagen verwiesen und im Übrigen offeriert worden, auf Verlangen Ordner mit Belegen nachzureichen. Erst nach Abschluss des Behauptungsverfahrens habe einer der Beschwerdeführer ein Dossier zu den Akten gereicht, das «ungeordnete Rechnungen und Abrechnungen zuhanden der Steuerbehörden enthalten habe». Gemäss Obergericht sei nicht dargetan worden, inwiefern diese Unterlagen einen Bezug zu den behaupteten Leistungen hätten. Es genüge nicht, «pauschal auf Eingaben oder Beilagen zu verweisen; vielmehr seien konkrete Behauptungen aufzustellen, welche [...] rechtzeitig [...] eingereichten [...] Urkunden zugeordnet werden könnten».<sup>6</sup>

6. Vor Bundesgericht machten die Beschwerdeführer geltend, das Bezirks- und das Obergericht hätten es unterlassen, die Belege aus dem vorgelegten Ordner zu prüfen und zu berücksichtigen sowie die Beschwerdeführer dazu zu befragen. Damit machten sie sinngemäss eine Verletzung der Beweisabnahmepflicht geltend. Was die Kritik am Bezirksgericht betraf, so trat das Bundesgericht nicht darauf ein, weil nur der Entscheid des Obergerichts Anfechtungsobjekt ist (Art. 75 Abs. 1 BGG). Bezüglich des Verfahrens vor Obergericht hielt das Bundesgericht fest, die Beschwerdeführer hätten nicht pauschal auf die erstinstanzlich eingereichten Akten verweisen dürfen; vielmehr hätten sie konkret dartun müssen, inwiefern die Beweisabnahme prozessuale Bestimmungen verletzt bzw. inwiefern das Bezirksgericht den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Auch die Erwägungen des Obergerichts waren in diese Richtung gegangen, konkret hatte das Obergericht den Beschwerdeführern vorgehalten, sie hätten «ohne substantiierten Bezug zu den behaupteten Leistungen auf einen erstinstanzlich eingereichten Ordner verwiesen».<sup>7</sup> Das Bundesgericht erachtete es nicht als treuwidrig im Sinne von Art. 52 ZPO, dass das Obergericht die Beschwerdeführer nicht von sich aus zum eingereichten Ordner befragt

5 Also gemäss zeitgenössischer Auffassung bzw. moderner Bedeutung.

6 Erw. 2.

7 Erw. 3.3.

hatte. Das Verfahren habe der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime unterstanden, und vor Obergericht habe zudem eine Begründungspflicht gemäss Art. 310 ZPO bestanden. Es sei nicht dargetan worden, «gestützt auf welche Norm das Obergericht gehalten gewesen wäre, von sich aus in einem Ordner mit unsortierten Belegen nach den richtigen zu suchen und durch geeignete Fragen einen Bezug zur pauschalen Behauptung [der Beschwerdeführer] herzustellen».<sup>8</sup>

### III Bemerkungen

1. Die Beschwerdeführer brachten vor Obergericht im Hauptstandpunkt vor, es liege eine einfache Gesellschaft (in der Form einer stillen Gesellschaft) vor. Im Eventualstandpunkt machten sie Lidlohnansprüche geltend. Das Obergericht sowie das Bundesgericht mussten sich auf Grund der unzulässigen Noven nicht mit dem Hauptstandpunkt auseinandersetzen, weshalb sich im besprochenen Entscheid keine Erwägungen zur Abgrenzung finden.

2. Lidlohnansprüche und (Liquidations-)Ansprüche aus einfacher Gesellschaft schliessen sich gegenseitig aus. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Anspruchsgrundlagen wird in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht explizit thematisiert, hat aber analog der Abgrenzung zwischen Ansprüchen aus Arbeitsvertrag und einfacher Gesellschaft zu erfolgen, zumal sich Lidlohnansprüche ebenfalls auf eine Arbeitstätigkeit (jedoch ausschliesslich im familiären Umfeld) stützen.

3. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen einer arbeitsvertraglichen Verbindung und einem Gesellschaftsverhältnis ist das Subordinationsverhältnis bzw. das Mass an Unterordnung.<sup>9</sup> Der Lidlohnanspruch richtet sich gegen das Familienhaupt.<sup>10</sup> Handelt es sich bei den Eltern und dem Kind nicht um

gleichberechtigte Gesellschafter, sondern treten die Eltern bzw. ein Elternteil auch im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung im Betrieb als Familienhaupt auf, so kann keine (stille) Gesellschaft vorliegen. Klarerweise gegen das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses sprechen namentlich folgende Kriterien: Die Übernahme des Geschäftsrisikos durch die Eltern, keine Verlustbeteiligung des Kindes<sup>11</sup>, das Fehlen von Mitspracherechten des Kindes bei Entscheiden von massgeblicher Tragweite (insb. betr. Struktur, Geschäftsgang, Entwicklung des Betriebs etc.)<sup>12</sup>, der Mangel an weitgehenden Kontrollrechten des Kindes<sup>13</sup> sowie die Weisungsgebundenheit des Kindes. Die einfache Gesellschaft wird demgegenüber vom *animus societatis* (Gesellschaftswillen) der gleichberechtigten Gesellschafter gekennzeichnet, welche sich insbesondere auch das Unternehmensrisiko teilen. Dies gilt ebenso bei der stillen Gesellschaft, welche eine reine Innengesellschaft darstellt und deren stille Gesellschafter nicht gegen aussen in Erscheinung treten.

4. Die Regeln der einfachen Gesellschaft finden auf die Beendigung der stillen Gesellschaft analog Anwendung. Da bei der stillen Gesellschaft kein Gesellschaftsvermögen (zur gesamten Hand) besteht, welches liquidiert werden könnte, beschränkt sich die Liquidation auf ein Abrechnungsverhältnis. Der stille Gesellschafter kann obligatorische Ansprüche gegen den Hauptgesellschafter geltend machen.<sup>14</sup> Wäre das Bestehen einer stillen Gesellschaft im hier besprochenen Entscheid zu bejahen gewesen, so hätte den Beschwerdeführern ein «interner Liquidationsanteil» zugestanden, welcher als Nachlasspassivum (Erbschaftsschuld) zu berücksichtigen gewesen wäre.

5. Von grösserer praktischer Bedeutung als die Abgrenzung zwischen Lidlohn und einfacher Gesellschaft ist m.E. die Abgrenzung von Lidlohnansprü-

<sup>8</sup> Erw. 3.4.

<sup>9</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 319 N 10.

<sup>10</sup> Vgl. Bundesgerichtsentscheid 5C.133/2004, 5. Januar 2005, Erw. 4.3 «Gemäss Feststellungen im angefochtenen Urteil war die Mutter der Parteien nach dem Tod ihres Ehemannes die Betriebsleiterin des landwirtschaftlichen Gewerbes. Sie vereinnahmte den ganzen Ertrag des Betriebes, bezahlte die Rechnungen und zahlte den auf dem Hof arbeitenden Söhnen ein Taschengeld aus. Sie ist daher als Familienhaupt anzusehen, und gegen sie richten sich folglich die Lidlohnforderungen.»

<sup>11</sup> Auch der stille Gesellschafter haftet gegen aussen nicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Auf das Innenverhältnis sind jedoch die Normen der einfachen Gesellschaft analog anwendbar, sodass im Innenverhältnis auch der stille Gesellschafter ein Risiko mitträgt (vgl. Art. 533 OR).

<sup>12</sup> Vgl. demgegenüber das Einstimmigkeitsprinzip bei einfachen Gesellschaften in Art. 534 OR.

<sup>13</sup> Vgl. die Kontrollrechte bei einer einfachen Gesellschaft, Art. 541 OR.

<sup>14</sup> MICHELLE COTTIER/CÉCILE CREVOISIER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, AJP 2012, S. 33 ff., 40.





chen zu Ansprüchen aus Arbeitsvertrag.<sup>15</sup> Das Arbeitsrecht sieht vor, dass ein Arbeitsvertrag bereits dann als abgeschlossen gilt, wenn jemand Arbeit entgegennimmt, die nach den Umständen nur gegen Entgelt zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR). Gleichzeitig können in Situationen, in denen Kinder im elterlichen Betrieb tätig sind, die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Lidlohn erfüllt sein. Da sich die Anspruchsgrundlagen theoretisch überschneiden können und da die Rechtsfolgen unterschiedlich sind, ist die Abgrenzung wesentlich.<sup>16</sup> Der Schutzzweck der Bestimmungen zum Lidlohn ist heute vor allem «im Schutz des elterlichen oder grosselterlichen Betriebs vor jahrelang aufgelaufenen Lohnforderungen der Kinder oder Grosskinder zu erblicken [...], deren Erfüllung wirtschaftlich gar nicht möglich wäre»<sup>17</sup>. Rechtsprechung und Lehre gehen davon aus, dass die Bestimmungen zum Lidlohn der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsvertrages nach Art. 320 Abs. 2 OR als *leges speciales* vorgehen.<sup>18</sup> Klar ist aber umgekehrt auch, dass ein Arbeitsvertrag ohne Weiteres vertraglich vereinbart werden kann und den Lidlohnanspruch verdrängt. Für die Abgrenzung ist entscheidend, «ob die Arbeitsleistung aufgrund einer – möglicherweise stillschweigend zustande gekommenen – Willenseinigung über eine arbeitsrechtliche Entlohnung erbracht wurde, ob die Fiktion von Art. 320 Abs. 2 OR zum Zuge kommt oder ob die Bestimmungen über den Lidlohn Anwendung finden»<sup>19</sup>. Gemäss RICHERS können die folgenden Fälle unterschieden werden:

- «Die Arbeit leistende Partei hat zu Beginn in persönlichkeitsrechtlich zulässiger Weise auf ein Entgelt verzichtet: Es liegt weder ein Arbeits- noch ein Lidlohnverhältnis vor.
- Zwischen den Parteien besteht zu Beginn der Arbeitsleistung ein ausdrücklicher oder stillschweigender Konsens über die Entlohnung von zu leistender Arbeit: Es liegt regelmässig ein nach Art. 320 Abs. 1 OR geschlossener Arbeitsvertrag vor, welcher einem allfälligen Lidlohn vorgeht.

- Zwischen den Parteien besteht zu Beginn keine nachweisbare Willenseinigung über die entgeltliche Verrichtung von Arbeit, solche wird aber geleistet, und die Voraussetzungen der Lidlohnbestimmungen sind *nicht erfüllt*: Es liegt [allenfalls] nach der Fiktion von Art. 320 Abs. 2 OR ein Arbeitsverhältnis vor.
- Zwischen den Parteien besteht zu Beginn der Arbeitsleistung kein Konsens über die Entlohnung der zu leistenden Arbeit; solche wird aber geleistet und die Voraussetzungen der Lidlohnbestimmungen sind *erfüllt*: Die Lidlohnbestimmungen gehen Art. 320 Abs. 2 OR vor und sind anwendbar.»<sup>20</sup>

Folglich ist für die Beantwortung der Frage, ob ein Lidlohn- oder ein Arbeitsverhältnis vorliegt, «oft die Abgrenzung zwischen einem stillschweigenden Vertragsschluss und der Fiktion von Art. 320 Abs. 2 OR ausschlaggebend»<sup>21</sup>. Dabei sind gemäss RICHERS «die nachteiligen Rechtsfolgen des Lidlohnverhältnisses vor Augen zu halten» und dessen Anwendungsbereich möglichst eng zu halten.<sup>22</sup> Seines Erachtens ist die «Verweisung des Kindes auf einen blossen Lidlohn [...] nur dort angebracht, wo der Schutz des elterlichen Betriebs vor untragbaren Lohnforderungen des Kindes dies zwingend erfordert»<sup>23</sup>. Er äussert die Ansicht, dass Kinder bei Abschaffung der Lidlohnbestimmungen besser gestellt wären, da sie sich auf Art. 320 Abs. 2 OR berufen und so einen höheren Anspruch geltend machen könnten.<sup>24</sup> Dabei ist m.E. aber zu beachten, dass ein Lidlohnanspruch besteht, sobald die Voraussetzungen von Art. 334 ZGB erfüllt sind. Es sind lediglich die Volljährigkeit, das Kindes-/Grosskindesverhältnis, der gemeinsame Haushalt und die Zuwendung von Arbeit/Einkünften nachzuweisen. Bei Art. 320 Abs. 2 OR hat ein allfälliger Kläger demgegenüber höhere Hürden zu überwinden, zumal u.a. ein Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis sowie die Umstände, nach denen die Leistung nur gegen Lohn zu erwarten ist, nachgewiesen werden müssen. Dies kann sich insbesondere im familiären Bereich als schwierig erweisen, da die Umstände allenfalls für die Unentgeltlichkeit der Leistung sprechen können.<sup>25</sup> Folglich wären Lidlohnberechtigte bei Abschaffung der Bestimmung zum Lidlohn nur

15 Diese Abgrenzung musste im besprochenen Entscheid vom Bundesgericht ebenfalls nicht vorgenommen werden.

16 ROMAN RICHERS, Arbeitslohn oder bloss Lidlohn?, Zum Verhältnis der beiden Anspruchsgrundlagen im heutigen wirtschaftlichen Umfeld, in: Stöckli [Hrsg.], ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 2004, Bern 2005, S. 85 ff., S. 86.

17 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 92.

18 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 103.

19 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 85 ff., S. 103 f.

20 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 104.

21 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 104.

22 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 104.

23 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 132.

24 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 85 ff., S. 91 und S. 101.

25 Vgl. hierzu ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 85 ff., S. 98.

dann bessergestellt, wenn sich gleichzeitig auch die Voraussetzungen von Art. 320 Abs. 2 OR beweisen liessen. Meines Erachtens sollte deshalb keinesfalls über die Streichung dieser Normen diskutiert werden, sondern vielmehr deren Ausweitung in Betracht gezogen werden (s.u., Ziff. III/12).

6. In prozessualer Hinsicht zeigt der Fall exemplarisch, wie wichtig es im Bereich der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (Art. 55 ZPO; Art. 58 ZPO) ist, von Anfang an korrekte Anträge zu stellen und diese anhand von genau bezeichneten Urkunden (vor Aktenschluss) zu substantizieren. Wer erst vor zweiter Instanz einen Strategiewechsel vollzieht und im Hauptantrag plötzlich ein Gesellschaftsverhältnis geltend macht, riskiert, dass in diesem Punkt auf das Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Und wenig erfolgversprechend ist es vor Gericht, die Beweismittel zwar einzureichen, diese aber nicht klar zu bezeichnen und den einzelnen Behauptungen zuzuordnen. Die Gerichte sind nicht gehalten, in unsortierten Akten selber nach möglicherweise beweisbildenden Urkunden zu suchen.

7. Das Bundesgericht bestätigt im hier besprochenen Entscheid die Grundsätze zur Bestimmung des Lidlohnanspruchs. Es besteht kein Anspruch auf einen Marktlohn, sondern vielmehr ist die «maximal mögliche Ersparnisbildung bei einer Anstellung in einer Drittfirma unter Tragung sämtlicher anfallenden Kosten»<sup>26</sup> (wie Verpflegung, Unterkunft, Artikel des täglichen Bedarfs, Versicherungsprämien, Steuern, Wäsche etc.) zu vergüten. Folglich sind nicht die zur Zeit der Leistungen marktüblichen Monatslöhne mit der Anzahl Monate zu multiplizieren, sondern es ist anhand einer konkreten Vergleichsrechnung aufzuzeigen, welche Sparerträge hätten erwirtschaftet werden können bei einer Anstellung in einer Drittfirma und unter Tragung aller Kosten. Massgebend sind also «die bei einer Drittfirma erzielbaren Löhne für vergleichbare Tätigkeiten, vermindert um sämtliche Gegenleistungen»<sup>27</sup>.

8. Im Streitfall bestimmt das Gericht die Höhe des Lidlohnes «nach objektiven (Wert der Leistungen) und subjektiven (Ausbildung, persönliche Aufwendungen, Verantwortung, regionale Lohnunterschiede etc.) Kriterien»<sup>28</sup>. Dabei kann auch die finanzielle

Lage des Schuldners Berücksichtigung finden.<sup>29</sup> Das Gericht entscheidet auch über eine allfällige Sicherung der Forderung und über die Modalitäten der Bezahlung.<sup>30</sup>

9. Der Lidlohnanspruch kann durch eine letztwillige Verfügung des Schuldners nicht wegbedungen werden.<sup>31</sup> Es handelt sich um eine obligatorische Forderung, die dem Berechtigten von Gesetzes wegen zusteht und folglich unabhängig vom erblasserischen Willen besteht. Nach dem Tod des Schuldners kann sie (bis zum Maximalbetrag des Nettotonachlasses, vgl. Art. 603 Abs. 2 ZGB) als Erbschaftsschuld geltend gemacht werden.<sup>32</sup> Insoweit besteht auch eine solidarische Haftung der Erben. Dabei werden landwirtschaftliche Gewerbe nicht nur zum Ertragswert angerechnet, sondern es ist der Anrechnungswert bei einem Überschuss der Erbschaftspassiven zu erhöhen bis maximal zum Verkehrswert.<sup>33</sup>

10. Die Lidlohnforderung unterliegt zwar keiner Verjährung, sie muss aber spätestens bei der Erbteilung im Nachlass des Schuldners erhoben werden.<sup>34</sup> Gemäss Lehre ist die Unverjährbarkeit einschränkend auszulegen und nur auf solche Fälle anwendbar, in denen der Gläubiger Erbe ist. In den übrigen Fällen sei «eine Verjährung der Forderung innert zehn Jahren seit dem Tod des Schuldners anzunehmen»<sup>35</sup>.

11. Beim Lidlohn handelt es sich um einen obligatorischen Anspruch<sup>36</sup>. Voraussetzungen für die Entschädigung sind der gemeinsame Haushalt und die Arbeitsleistung im gemeinsamen Haushalt oder die Zuwendung von Einkünften an den gemeinsamen Haushalt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 334 Abs. 1 ZGB können also nur volljährige Kinder und Grosskinder, die mit ihren Eltern oder Grosseltern<sup>37</sup> im gleichen Haushalt leben, Entschädigungsforderungen geltend machen. Wegen des Erforder-

---

gehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, AJP 2014, S. 342 ff., 354.

29 KINGA M. WEISS/DOMINO M. HOFSTETTER, a.a.O. (Fn. 28), 354.

30 Art. 334 Abs. 2 ZGB.

31 BGE 109 II 389 ff.; KINGA M. WEISS/DOMINO M. HOFSTETTER, a.a.O. (Fn. 28), 354.

32 Vgl. BGE 109 II 389 ff., 392 und 395.

33 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 85 ff., S. 112, mit weiteren Verweisen.

34 Art. 334<sup>bis</sup> Abs. 3 ZGB.

35 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 117 f.

36 ROMAN RICHERS, a.a.O. (Fn. 16), S. 85 ff., S. 120.

37 Oder auch nur Eltern- oder Grosselternanteil, siehe Bundesgerichtsentscheid 5A\_682/2014, 5A\_692/2014, vom 16. Juli 2015, Erw. 7.1.

---

26 Erw. 2.

27 Erw. 4.3.

28 KINGA M. WEISS/DOMINO M. HOFSTETTER, Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch An-



nisses des gleichen Haushalts greift die Vorschrift bei den – heute deutlich häufiger anzutreffenden – Fallkonstellationen, in welchen Kinder für ihre betagten Eltern Pflegeleistungen erbringen, nicht. Eine Entschädigung kann zwar gestützt auf die Bestimmungen zum Arbeitsvertrag (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR) oder zum Auftrag (Art. 394 OR) infrage kommen. Klare Regelungen zur Frage der Honorierung werden zu Lebzeiten jedoch in der Regel nicht getroffen und insbesondere nicht schriftlich festgehalten. Dies erschwert die Durchsetzung von Ansprüchen nach dem Tod der betreuten Personen stark, insbesondere auch, weil Lohnansprüche in der Regel nach 5 Jahren verjähren. Die Betroffenen haben oftmals keinen durchsetzbaren Anspruch auf Entschädigung der von ihnen erbrachten Betreuungs- und Pflegeleistungen.<sup>38</sup> Dies widerspricht insbesondere dann dem Gerechtigkeitsempfinden, wenn von mehreren Nachkommen nur einzelne Betreuungs- und Pflegeleistungen in einem Ausmass erbracht haben, das die familienrechtlichen Beistandspflichten stark übersteigt.<sup>39</sup> Dass solche Konstellationen nicht durch die Bestimmungen des Lidlohns abgefangen werden, stellt eine Regelungslücke dar.

12. *De lege ferenda* wäre ein (gesetzlicher) Entschädigungsanspruch für Betreuungs- und Pflegeleistungen von (in einem anderen Haushalt wohnen-

den) Nachkommen wünschenswert, insbesondere um die Mehrleistungen eines Nachkommen gegenüber anderen Nachkommen finanziell auszugleichen. Es soll vom Gesetzgeber anerkannt werden, dass private Pflegeleistungen nicht in jedem Umfang selbstverständlich zu erbringen sind, sondern einen ökonomischen Wert aufweisen, der im Rahmen des Erbrechts zu entschädigen ist.<sup>40</sup> Gerade in Zeiten kontinuierlich steigender Gesundheitskosten sollte ein Anreiz für familiär erbrachte Unterstützungsleistungen geschaffen werden, um den Bezug kostenpflichtiger Pflegedienstleistungen einzudämmen. Aus diesen Gründen sollte in der laufenden Revision des Erbrechts der Kreis der Lidlohnberechtigten gemäss Art. 334 ZGB erweitert werden, um diese Bestimmung den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen anzupassen.<sup>41</sup> Es sollte sowohl den Nachkommen, die nicht im gleichen Haushalt leben, als auch den Stief- und Pflegekindern ein Anspruch auf Lidlohn zukommen. Das im Vorentwurf vorgesehene Unterhaltsvermächtnis (Art. 484a E-ZGB) kann diese Regelungslücke gerade nicht schliessen, zumal dieses nicht auf Pflegeleistungen von Nachkommen zugeschnitten ist und Nachkommen nur dann einen Anspruch vermittelt, wenn sie vom Erblasser zu Lebzeiten finanzielle Unterstützung erhalten haben und auch weiterhin erhalten hätten, wenn er nicht verstorben wäre.

38 Vgl. MICHELLE COTTIER, Ein zeitgemässes Erbrecht in der Schweiz, *successio* 2014, S. 29 ff., 47; PETER BREITSCHMID, Der Heimträger – eine Einrichtung?, in: Kamp/Kobler/Lienhard/Lüdi/Müller (Hrsg.), Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages *In praeteritum non vivitur*, Zürich 2014, S. 137 ff., 141 f.; ANDREAS BAUMANN, Erbrechtliche Konsequenzen von privaten Betreuungs- und Pflegeleistungen zugunsten des Verstorbenen, *Pflegerecht* 2012, S. 81 ff., 90; ANDREAS BAUMANN, Die Berücksichtigung von privaten Pflegeleistungen im Erbrecht, *successio* 2011, S. 30 ff., 41; vgl. zum Ganzen auch KINGA M. WEISS/DOMINO M. HOFSTETTER, a.a.O. (Fn. 28), passim;

39 Ebenso ANDREAS BAUMANN, *successio* 2011, a.a.O. (Fn. 38), 31, wonach «Ungleichheiten zwischen künftigen Erben, welche einerseits keine Pflegeleistungen für den Erblasser übernommen haben, als auch Erben, welche mit persönlichem Einsatz die häusliche Pflege des Erblassers ermöglicht haben, zum Ausgleich gebracht werden» sollen.

40 Siehe auch ANDREAS BAUMANN, *successio* 2011, a.a.O. (Fn. 38], 30.

41 Vgl. die Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren: Advokatenkammer Basel, 20. Juli 2016, S. 9; Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, 19. Juni 2016, S. 5; Schweizerischer Bauernverband, 31. Mai 2016, S. 5.