

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-969-1 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung 99

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis 121

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht 141

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen 159

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht 175

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen 193

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht	209
--	-----

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede	227
--	-----

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée	245
--	-----

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommission der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten	259
---	-----

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung	275
---	-----

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes	291
--	-----

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in
Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19
IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG 415

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht 431

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht 445

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im
befristeten Arbeitsverhältnis 461

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Kündigungsschutz 481

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem
Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen 503

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	122
II.	Begriffe	122
III.	Arbeitsrechtliche Pflichten	123
	A. Gesetz	123
	1. Allgemeine Treuepflicht	123
	2. Interessenkollisionen im Zusammenhang mit Zuwendungen	124
	a. Schmiergelder und passive Bestechung	124
	b. Geringfügige, sozial übliche oder genehmigte Zuwendungen	126
	c. Übrige Zuwendungen	126
	B. Vereinbarung	127
	C. Weisung	127
IV.	Erbrechtliche Schranken	128
	A. Im Allgemeinen	128
	B. Das Verbot, erbrechtliche Zuwendungen zu fordern oder sich versprechen zu lassen	129
	1. Formgebundenheit von Verfügungen von Todes wegen	129
	2. Erbrechtliche Relevanz des Forderns oder Sich-Versprechen-Lassens	130
	3. Erbschleicherei nach Art. 541a VE-ZGB	130
	4. Die Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB	131
	5. Erbunwürdigkeit nach Art. 540 ZGB	132
	C. Die Verpflichtung, erbrechtliche Zuwendungen auszuschlagen	132
	1. Das Recht zur Ausschlagung	132
	2. Die Pflicht zur Ausschlagung	134
	D. Die Verpflichtung, erbrechtliche Zuwendungen herauszugeben	135
V.	Pflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit erbrechtlichen Zuwendungen	136
	A. Gesetzliche Pflichten	136
	1. Bei der Aufnahme als Begünstigter in eine Verfügung von Todes wegen	136
	2. Im Erbfall	137
	a. Annahmeverbot	137
	b. Herausgabepflicht	138
	B. Vertragliche Pflichten	138
	C. Befolgungspflichten aufgrund von Weisungen	138
VI.	Fazit	139

I. Einleitung

Im Beratungsalltag stösst man immer wieder auf Fragestellungen, die den Umgang der Arbeitnehmer mit Zuwendungen Dritter zum Gegenstand haben. Im Individualarbeitsrecht sind die freiwilligen Zuwendungen Dritter an den Arbeitnehmer nicht spezifisch gesetzlich geregelt. Hingegen finden sich in den arbeitsrechtlichen Regelwerken häufig Bestimmungen, die sich mit den Pflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Annahme von Geschenken und sonstigen Vorteilsgewährungen befassen. Teilweise wird auch ausdrücklich auf erbrechtliche Zuwendungen Bezug genommen, und es sind bspw. folgende Klauseln anzutreffen:

- «Die Entgegennahme von Geschenken, Wertsachen, *testamentarischen Vergünstigungen*, oder Vorteilen anderer Art für sich selber oder für Drittpersonen ist nicht erlaubt. Wünscht ein Kunde seinen Dank durch Spenden oder Legate zum Ausdruck zu bringen, fällt dies in die Zuständigkeit der Arbeitgeberin. Vorbehalten bleiben Höflichkeitsgeschenke von geringem Wert.»
- «Es ist im Zusammenhang mit der Ausübung der Arbeitstätigkeit unzulässig, Geschenke, *testamentarische Zuwendungen* oder sonstige Vergünstigungen anzunehmen. Der Arbeitgeber ist unverzüglich zu informieren. Die Geschäftsleitung entscheidet über die Zulässigkeit einer allfälligen Annahme.»
- «Der Arbeitnehmer darf in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit für die Arbeitgeberin von Dritten keine Zuwendungen wie Geld, verpflichtende Geschenke, *Legate oder Erbschaften* annehmen oder sich andere Vorteile einräumen lassen wie die *Aufnahme als Begünstigter in Verfügungen von Todes wegen*. Empfangene Zuwendungen sind der Arbeitgeberin herauszugeben.»

Nachfolgend soll geklärt werden, ob im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Gesetz, eine Vereinbarung oder eine Weisung der Arbeitgeberin die Aufnahme des Arbeitnehmers als Begünstigter in eine Verfügung von Todes wegen (letztwillige Verfügung/Testament oder Erbvertrag) und die Annahme erbrechtlicher Zuwendungen verboten sein kann bzw. ob mit Bezug auf empfangene Zuwendungen Herausgabepflichten gelten können.

II. Begriffe

Unter *Zuwendung* wird vorliegend eine freiwillige materielle Leistung eines Dritten an einen Arbeitnehmer verstanden, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht und dem Arbeitnehmer einen Vorteil bringt. Sie kann ihre Wirkung vor dem Tod des Dritten entfalten und sein Vermögen betreffen (Rechtsgeschäft unter

Lebenden) oder erst mit dessen Tod Wirkung haben und seinen Nachlass berühren (Verfügung von Todes wegen).

Gegenstand der Zuwendung kann irgendwelche materielle Leistung sein, die für den Arbeitnehmer direkt oder indirekt einen Vorteil bringt, der ihm sonst im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nicht zukommen würde. Zu denken ist bspw. an Geld, Wertpapiere, bewegliche und unbewegliche Sachen, Rechte, Vergünstigungen, Forderungsverzichte etc. *Freiwillig* sind Zuwendungen, wenn darauf kein gesetzlicher, vertraglicher oder zumindest moralischer Anspruch besteht.

Dritte sind Personen, die nicht Partei des Arbeitsverhältnisses sind, also bspw. Kunden, Lieferanten, Patienten, Heimbewohner, Angehörige, Mitglieder von Behörden, andere Arbeitnehmer, Mitglieder von Organen der Arbeitgeberin etc.

III. Arbeitsrechtliche Pflichten

A. Gesetz

1. Allgemeine Treuepflicht

Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich nicht im Austausch von Arbeit gegen Geld, sondern begründet auch eine persönliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien. Seitens des Arbeitnehmers bedeutet dies, dass er die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren hat (Art. 321a Abs. 1 OR). Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers setzt einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis voraus und besteht nur insoweit, wie es zur Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolgs nötig ist.¹ Inhalt und Umfang der Treuepflicht hängen somit von der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ab, das heisst von der Funktion des Arbeitnehmers, den zu erfüllenden Aufgaben, den betrieblichen Verhältnissen und der branchenspezifischen Ausprägung.² Sie wird durch die überwiegenden berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers beschränkt, weshalb der konkrete Inhalt immer auch das Ergebnis einer Interessenabwägung ist.³ Es handelt

¹ THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 57; THOMAS GEISER/ROLAND, MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Rz. 349; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 12; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

² BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 17; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 361; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 9; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

sich primär um eine Unterlassungspflicht, indem insbesondere alles zu unterlassen ist, was die Arbeitgeberin wirtschaftlich schädigen könnte, kann aber in bestimmten Fällen auch zum Handeln (bspw. zur Mitteilung oder Herausgabe) zwingen.⁴ In zeitlicher Hinsicht erlischt die Treuepflicht mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit der Beendigung des Arbeitsvertrags.⁵

2. Interessenkollisionen im Zusammenhang mit Zuwendungen

Die Aussicht auf eine Zuwendung oder deren Erhalt kann zu einer Interessenkollision des Arbeitnehmers führen, indem nicht mehr gewährleistet ist, dass er die Interessen der Arbeitgeberin am Arbeitserfolg über die Interessen des Dritten bzw. seine eigenen stellt. Die Zuwendung kann bspw. dazu führen, dass der Arbeitnehmer nicht unabhängig handelt und er den Dritten gegenüber anderen Geschäftspartnern bevorzugt, womit nicht nur das Loyalitätsverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien beeinträchtigt, sondern die Arbeitgeberin auch wirtschaftlich geschädigt sowie deren Reputation gefährdet werden kann. Der Arbeitnehmer hat die zur Vermeidung einer für die Arbeitgeberin nachteiligen Interessenkollision erforderlichen Handlungen oder Unterlassungen vorzunehmen. Tut er dies nicht, verletzt er die Treuepflicht.

a. Schmiergelder und passive Bestechung

Ein klarer Fall einer Treuepflichtverletzung liegt vor, bei der Forderung, beim Sich-Versprechen-Lassen und der Annahme von Schmiergeldern bzw. von Bestechungsgeldern⁶ im Sinne von Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG (passive Bestechung) für eine Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers.⁷ Schmiergelder sind Vermögensvorteile, die immer zu einer treuwidrigen finanziellen Besserstellung des Arbeitnehmers führen, weil sie ihn veranlassen sollen, durch pflichtwidriges Verhalten zum Nachteil der

⁴ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 2 und 12; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 3 ff.; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 10 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 30 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 2.

⁶ Da sich die Begriffe in ihrer Bedeutung decken, wird nachfolgend nur noch der Begriff Schmiergelder verwendet.

⁷ BGE 92 II 184, 190, E. 5; BGE 124 III 25, 29, E. 3b = Pra 87 (1998) Nr. 54; SONJA LEIBINGER, Individualarbeitsrecht und UWG, Diss. Zürich 2014, Rz. 139 ff.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 7; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 4; TOBIAS F. ROHNER/MARTINA A. KESSLER, Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 2016, 221, 225; ZK-Staehelin, Art. 321a OR N 24.

Arbeitgeberin einem Dritten Vorteile zu verschaffen.^{8,9} Verlangt wird ein Äquivalenzverhältnis zwischen Zuwendung und angestrebtem Verhalten.¹⁰ Dass die mit der Zuwendung bezweckte Pflichtwidrigkeit schon vorgenommen wurde, noch vorzunehmen ist oder überhaupt vorgenommen wird, die Arbeitgeberin also tatsächlich gefährdet oder geschädigt wird, ist nicht verlangt.¹¹ Die Zuwendung muss lediglich im Zusammenhang mit einer bestimmten oder zumindest nach ihrer Art bestimm- baren pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung stehen und zumindest geeignet sein, dazu zu motivieren.¹²

Der Arbeitnehmer darf keine Schmiergelder verlangen, sich versprechen lassen oder annehmen und muss diese, wenn die Zurückweisung nicht möglich ist, der Arbeit- geberin sofort offen legen und ihr herausgeben.¹³ Dabei ist es dogmatisch umstritten, jedoch praktisch im Ergebnis u.E. nicht entscheidend, ob sich die Herausgabepflicht aus der allgemeinen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR¹⁴, der Herausgabepflicht nach Art. 321b Abs. 1 OR¹⁵, der analogen Anwendung der Pflicht zur Rechenschafts- ablegung nach Art. 400 OR¹⁶ oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 Abs. 1 OR (Geschäftsanmassung)¹⁷ ergibt.¹⁸

⁸ LEIBINGER (Fn. 7), Rz. 145; BBl 1967, II 300.

⁹ Beim lauterkeitsrechtlichen Verbot wird zusätzlich vorausgesetzt, dass die Bestechung eine wett- bewerbsrelevante Pflichtwidrigkeit oder Ermessenshandlung bezweckt, wobei Letztere immer auch eine Pflichtwidrigkeit darstellt (vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen LEIBINGER [Fn. 7], Rz. 113 ff.). Ausserdem kann bei der passiven Bestechung der Vorteil nicht nur materieller, sondern auch immaterieller Natur sein (LEIBINGER [Fn. 7], Rz. 146).

¹⁰ BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 60; LEIBINGER (Fn. 7), Rz. 128, 152.

¹¹ BGE 92 II 184, 190, E. 5; BGE 124 III 25, 29, E. 3b = Pra 87 (1998) Nr. 54; LEIBINGER (Fn. 7), Rz. 152; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 4.

¹² BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 60; LEIBINGER (Fn. 7), Rz. 128, 152.

¹³ LEIBINGER (Fn. 7), Rz. 141; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 4; STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 321a OR N 4.

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 4.

¹⁵ BBl 1967, II 303; BGE 129 IV 124, 127, E. 4.1; BRÜHWILER, Art. 321b OR N 1; ZK-STAEHELIN, Art. 321b OR N 3.

¹⁶ FRANK VISCHER, SPR VII/4, 192.

¹⁷ CHK-EMMEL, Art. 321b OR N 1; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 7; PORTMANN/ STÖCKLI (Fn. 3), Rz. 367; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 4; vgl. auch Art. 4a i.V.m. Art. 9 Abs. 3 UWG.

¹⁸ Generell gegen eine Herausgabepflicht GEISER (Fn. 1), 326 f.

b. Geringfügige, sozial übliche oder genehmigte Zuwendungen

Nicht als Schmiergelder gelten geringfügige, sozial übliche Zuwendungen.¹⁹ Was darunter fällt, ist im konkreten Einzelfall zu entscheiden. In der Regel zählen dazu bspw. Gelegenheitsgeschenke (Schokolade, Blumen, Wein, Werbeartikel) oder branchenübliche Trinkgelder. Der Charakter eines Schmiergelds fehlt auch dann, wenn die Zuwendung von der Arbeitgeberin vorgängig oder nachträglich genehmigt wird.²⁰ Solche Zuwendungen sind generell nicht geeignet, die Loyalität des Arbeitnehmers zu beeinflussen und zu einer Kollision mit den Interessen der Arbeitgeberin zu führen, weshalb es diesbezüglich für den Arbeitnehmer keine aus der Treuepflicht fließenden Schranken gibt.²¹ Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre begründet die nicht bestehende Ablieferungspflicht von Trinkgeldern und Gelegenheitsgeschenken allerdings nicht mit der fehlenden Interessenkollision, sondern damit, dass diese Art von Zuwendungen nicht unter die Herausgabepflicht nach Art. 321b OR fallen, weil sie für den Arbeitnehmer und nicht für die Arbeitgeberin bestimmt sind.²²

c. Übrige Zuwendungen

Bei den übrigen Zuwendungen, die nicht den Charakter von Schmiergeldern haben, weil sie nicht darauf abzielen, den Arbeitnehmer zu einer Pflichtwidrigkeit zu veranlassen (fehlendes Äquivalenzverhältnis²³), bei denen es sich aber auch nicht bloss um geringfügige, sozial übliche oder genehmigte Zuwendungen handelt²⁴, ist u.E. im Einzelfall abzuwägen, ob das Fordern, Vereinbaren oder Annehmen der Zuwendung aufgrund der konkreten Umstände geeignet ist, sich auf die Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers auszuwirken.²⁵ Faktoren, die eine Rolle spielen können,

¹⁹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 7; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 3), Rz. 367; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 4, 7; vgl. auch Art. 4a Abs. 2 UWG.

²⁰ ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 24; vgl. auch Art. 4a Abs. 2 UWG.

²¹ GEISER/MÜLLER (Fn. 1), Rz. 355; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a OR N 4.

²² Urteil des BGer 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011, E. 4.2 m.w.H.; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321b N 4; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321b OR N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 321b OR N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321b OR N 3.

²³ Vgl. Ziff. III.A.2.a.

²⁴ Vgl. Ziff. III.A.2.b.

²⁵ KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321b N 5. Weiter geht ein Teil der Lehre, wonach in allen Fällen, in denen die Zuwendung nicht mehr Gelegenheitsgeschenk- oder Trinkgeldcharakter hat, eine Ablieferungspflicht des Arbeitnehmers besteht (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321b OR N 3; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 24, Art. 321b OR N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 4; vgl. auch AGer ZH JAR 1988 158 f.). Demgegenüber gehen ROHNER/KESSLER (Fn. 7), SJZ 2016, 221, 225 f., davon aus, dass in Fällen, in denen die Zuwendung dem Arbeitnehmer als Anerkennung für die geleistete Arbeit ausgerichtet wird, unabhängig von der Höhe des zugewendeten Betrags keine Herausgabepflicht besteht, weil der Wille des Dritten darauf gerichtet ist, dass die Begünstigung dem Arbeitnehmer (und nicht der Arbeitgeberin) zukommen soll.

sind bspw. die Position, Aufgaben, Verantwortung, Kompetenzen und Autonomie des Arbeitnehmers, die Nähe, Art und Dauer der Beziehung zum Dritten, die Initiative zur Zuwendung, das Motiv der Zuwendung, die Erwartungshaltung des Dritten, der Zeitpunkt des Anfalls der Zuwendung, die möglichen Auswirkungen der Zuwendung auf die Unabhängigkeit des Arbeitnehmers sowie das Risiko der Bevorzugung des zuwendenden Dritten durch den Arbeitnehmer.

Immer dann, wenn sich der Arbeitnehmer durch die Zuwendung in eine Interessenkollision begäbe und damit nicht mehr garantiert ist, dass er die Interessen der Arbeitgeberin vor seine eigenen Interessen bzw. die Interessen des Dritten stellt, darf er diese nicht fordern, sich diese nicht versprechen lassen und hat sie zurückzuweisen bzw. falls er sie dennoch annimmt, offenzulegen und herauszugeben.²⁶ Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, verletzt er die Treuepflicht. Keine Rolle spielt, ob der Arbeitnehmer unter dem Einfluss der Zuwendung die Interessen der Arbeitgeberin tatsächlich verletzt.²⁷ Hat umgekehrt eine in Aussicht stehende oder realisierte Zuwendung keinerlei Auswirkungen auf das Loyalitätsverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien, ergeben sich aus der Treuepflicht für den Arbeitnehmer keine Handlungs- oder Unterlassungspflichten.

B. Vereinbarung

Weil die allgemeine arbeitsrechtliche Treuepflicht (Art. 321a OR) und auch die Herausgabepflicht (Art. 321b OR) dispositiven Charakter haben, ist im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 328 Abs. 1 OR eine Ausdehnung durch Vereinbarung im Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag möglich.²⁸ Im Zusammenhang mit Zuwendungen Dritter an den Arbeitnehmer ist es also in der Regel zulässig zu vereinbaren, dass die Annahme gänzlich verboten, betragsmässig beschränkt oder damit in einem bestimmten Sinn zu verfahren (bspw. Ablieferung des Erhaltenen an die Arbeitgeberin oder in die Personalkasse) ist.

C. Weisung

Die Arbeitgeberin kann im Zusammenhang mit Zuwendungen Dritter innerhalb des gesetzlichen und vertraglichen Rahmens auch einseitige Weisungen ertei-

²⁶ Vgl. Ziff. III.A.2.a.; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321b N 5.

²⁷ ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 24.

²⁸ KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 321a N 33; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 9, Art. 321b OR N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321a OR N 6, Art. 321b OR N 6.

len (Art. 321d OR).²⁹ Weisungen sind aber immer nur soweit berechtigt, als die Treuepflicht des Arbeitnehmers reicht.³⁰ Zulässig sind daher Weisungen, die die Treuepflicht konkretisieren, die also etwas verlangen, was im Rahmen der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ohnehin geschuldet ist; eine Erweiterung der Treuepflicht durch Weisungen ist demgegenüber ausgeschlossen.³¹ Möglich sind somit Weisungen betreffend Schmiergeldern und anderen Zuwendungen, die verhindern sollen, dass der Arbeitnehmer eine Interessenkollision schafft, die das Arbeitsverhältnis beeinträchtigt.³² Das Bundesgericht erachtete auch eine Weisung der Arbeitgeberin, wonach Geldspenden von Angehörigen von Heimbewohnern, die für das Pflegeteam, und nicht für den einzelnen Arbeitnehmer, bestimmt sind, der Personalkasse abzuliefern sind, als zulässig.³³ Hingegen sind Weisungen zu geringfügigen, sozial üblichen Zuwendungen³⁴ oder zu den übrigen Zuwendungen, die sich nicht in einer Interessenkollision manifestieren können³⁵ unzulässig und müssen vom Arbeitnehmer nicht befolgt werden, weil es diesbezüglich keine aus der Treuepflicht fließenden Handlungsbeschränkungen für den Arbeitnehmer gibt.³⁶ Haben sich die Arbeitsvertragsparteien hingegen über den Umgang mit Zuwendungen vertraglich geeinigt³⁷, sind die die Vereinbarung konkretisierenden Weisungen mit Bezug auf alle vertraglich geregelten Zuwendungen, allenfalls auch geringfügige und sozial übliche, zulässig.

IV. Erbrechtliche Schranken

A. Im Allgemeinen

Wie soeben dargelegt, können Zuwendungen Dritter an den Arbeitnehmer gestützt auf die gesetzliche Treuepflicht oder Vereinbarung beschränkt oder gänzlich untersagt sein.³⁸ Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welche erbrechtlichen Vorschriften zu beachten sind, wenn ein Arbeitnehmer erbrechtliche Zuwendungen

²⁹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR N 3.

³⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR N 2.

³¹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d OR N 21; ZK-STAEHELIN, Art. 321a OR N 9.

³² Vgl. Ziff. III.A.2.a, III.A.2.c.

³³ Urteil des BGER 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011, E. 3 m.w.H.

³⁴ Vgl. Ziff. III.A.2.b.

³⁵ Vgl. Ziff. III.A.2.c.

³⁶ Vgl. Ziff. III.A.2.b, III.A.2.c.

³⁷ Vgl. Ziff. III.B.

³⁸ Vgl. Ziff. III.A.2, III.B., III.C.

fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, obwohl ihm ein solches Verhalten kraft Gesetz oder Arbeitsvertrag nicht erlaubt ist.

Die erbrechtlichen Schranken manifestieren sich primär beim Verfügenden selbst, indem qualifizierte Formvorschriften zu befolgen sind (Art. 498 ff. ZGB), der Inhalt einer Verfügung von Todes wegen nicht beliebig gestaltet werden kann (Art. 481 ff. ZGB), der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit und insbesondere die Pflichtteile bestimmter gesetzlicher Erben zu beachten sind (Art. 470 ff. ZGB). Das Erbrecht enthält allerdings auch Normen, welche den Begünstigten (Erbe oder Vermächtnisnehmer) betreffen. Zu erwähnen sind namentlich die Bestimmungen zur Erbfähigkeit bzw. Erbwürdigkeit (Art. 539 ff. ZGB), zum Erwerb der Erbschaft, insbesondere zur Annahme bzw. zur Ausschlagung (Art. 566 ff. ZGB) sowie zu Verträgen, die den Nachlass betreffen, namentlich zum Erbvertrag (Art. 494 ZGB) und zu Verträgen über noch nicht angefallene Erbschaften (Art. 636 ZGB).

In zeitlicher Hinsicht ist relevant, dass sich das Fordern und das Sich-Versprechen-Lassen erbrechtlicher Zuwendungen zu Lebzeiten des Dritten abspielen, während die Annahme und eine allfällige Herausgabe der Zuwendung an die Arbeitgeberin erst nach dem Tod des Dritten stattfinden. Daraus ergeben sich im Wesentlichen drei Fallgruppen, die im Folgenden näher betrachtet werden.

B. Das Verbot, erbrechtliche Zuwendungen zu fordern oder sich versprechen zu lassen

1. Formgebundenheit von Verfügungen von Todes wegen

Das Fordern oder Sich-Versprechen-Lassen erbrechtlicher Zuwendungen bleibt im Nachlass des Dritten ohne Folgen, soweit und solange sich dieses arbeitsrechtlich allenfalls verpönte Verhalten nicht in einer Verfügung von Todes wegen niederschlägt. In welcher Form – Erbvertrag oder letztwillige Verfügung – der Dritte verfügt, ist in Bezug auf den Zweck der arbeitsvertraglichen Klausel ohne Belang. Bei der Formulierung entsprechender Klauseln im Arbeitsvertrag wäre daher darauf zu achten, die erbrechtlichen Zuwendungen nicht auf «testamentarische Vergünstigungen» einzuschränken. Bereits aus Gründen der Prävention wäre vielmehr jeglicher Erwerb aus einer Verfügung von Todes wegen zu regeln, auch wenn sich eine solche Regelung allenfalls nicht real durchsetzen lässt.³⁹

³⁹ Vgl. Ziff. IV.C, IV.D.

2. Erbrechtliche Relevanz des Forderns oder Sich-Versprechen-Lassens

Das Erbrecht bezweckt u.a. den Schutz des Erblassers, seiner Erben und Gläubiger. Diese Zielsetzung ist dort gefährdet, wo der Arbeitnehmer vom Dritten eine erbrechtliche Zuwendung fordert oder sich versprechen lässt, die nicht mit einer äquivalenten Gegenleistung verbunden ist, wo die Verfügungsfähigkeit des Dritten in Frage steht oder wo die Verfügung selbst auf einem mangelhaften Willen beruht, unsittlich oder rechtswidrig ist (vgl. Art. 469 und 519 ZGB). Kritisch sind vor allem diejenigen Fälle, die man im weitesten Sinne als «Erbschleicherei» bezeichnen könnte und die auch schon treffend als «stinkende Fälle»⁴⁰ bezeichnet wurden.

3. Erbschleicherei nach Art. 541a VE-ZGB

Der Tatbestand der «Erbschleicherei» ist gegenwärtig nicht spezifisch normiert. Der Vorentwurf zur Revision des Erbrechts sieht vor, dass Personen, die in Ausübung ihrer beruflichen Funktion in einem Vertrauensverhältnis zum Erblasser stehen, sowie ihren Angehörigen durch eine Verfügung von Todes wegen insgesamt höchstens ein Viertel der Erbschaft zugewendet werden kann (Art. 541a VE-ZGB). Würde ein solcher Tatbestand in Kraft gesetzt, wären erbrechtliche Zuwendungen Dritter an Arbeitnehmer nicht von vornherein unzulässig, aber quantitativ begrenzt.

In der Vernehmlassung wurde die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung allerdings in Frage gestellt, u.a. weil der Nachweis eines Vertrauensverhältnisses, der beruflichen Funktion und des Zusammenhanges zwischen beruflicher Funktion und Vertrauensverhältnis praktisch unmöglich sei.⁴¹ So sehr auch die Zielrichtung einer solchen Norm in der Vernehmlassung begrüsst wurde, so sehr gehen die Meinungen hinsichtlich ihrer Ausgestaltung auseinander, weshalb nach dem heutigen Meinungsstand⁴² kaum zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber im Rahmen der aktuellen Revision einen neuen Tatbestand der «Erbschleicherei» einführen wird. De lege lata stehen diesbezüglich die Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB und die Klage auf Feststellung der Erbnunwürdigkeit gemäss Art. 540 ZGB im Vordergrund.

⁴⁰ DANIEL ABT/MARTIN KÜNZLI, Stinkende Fälle: Entwicklungen, Erfahrungen, Erkenntnisse, in: Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Zürich 2014, 1 ff.; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 41.

⁴¹ Ergebnisbericht Vernehmlassung Erbrecht, 42.

⁴² Ergebnisbericht Vernehmlassung Erbrecht, 42 ff.

4. Die Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ZGB

Die Ungültigkeitsklage dient der Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen aufgrund Verfügungsunfähigkeit des Erblassers, Willensmängeln, Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit (Art. 519 Abs. 1 ZGB).⁴³ Bei formellen Mängeln richtet sich die Klage nach Art. 520 f. ZGB.

Eine Verfügung von Todes wegen ist rechtswidrig, wenn sie zwingende privat- oder öffentlich-rechtliche Rechtsnormen verletzt, z.B. wenn ein Erbvertrag mit einem Arbeitnehmer zum Zwecke der Bestechung abgeschlossen wird. Sittenwidrig ist eine Verfügung von Todes wegen, wenn sie das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verletzt.⁴⁴ In diesem Sinne sittenwidrig und damit anfechtbar kann z.B. eine Verfügung von Todes wegen sein, wenn ein Arbeitnehmer sein Vertrauensverhältnis zum Dritten bewusst ausnutzt und ihn in seiner Willensfreiheit derart beeinträchtigt und kausal beeinflusst, dass der Dritte ihn erbrechtlich begünstigt.⁴⁵ Praktisch relevant sind in diesem Zusammenhang vor allem Verstösse gegen berufsethische Maximen und elementare Standesregeln⁴⁶, welche zum Ausdruck bringen, dass erbrechtliche Zuwendungen mit dem Berufsethos oder den sittlichen Anschauungen nicht zu vereinbaren sind.⁴⁷

Sind erbrechtliche Zuwendungen an den Arbeitnehmer nach Art. 519 ZGB anfechtbar⁴⁸, hilft die Ungültigkeitsklage der Arbeitgeberin nicht weiter. Aktivlegitimiert zur Klage ist nur ein Erbe oder Bedachter, der ein erbrechtliches Interesse⁴⁹ an der Aufhebung der Verfügung hat (Art. 519 Abs. 2 ZGB). Die Arbeitgeberin kann ihre Interessen mit der Ungültigkeitsklage somit nicht selbst durchsetzen, sondern ist auf die Hilfe von Personen angewiesen, die durch die inkriminierte Zuwendung an den Arbeitnehmer benachteiligt wurden.

⁴³ Grundlegend, DANIEL ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2001.

⁴⁴ PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 33, vgl. etwa BGE 123 III 101, E. 2; BGE 132 III 455, E. 4.1.

⁴⁵ BGE 132 III 455, E. 4.2; Urteil des BGER 4A_3/2014 vom 9. April 2014, E. 3.

⁴⁶ Zum Beispiel in Bezug auf Ärzte die Standesordnung FMH, in Bezug auf Anwälte die Standesordnung SAV und in Bezug auf das Pflegepersonal die Richtlinien und Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften.

⁴⁷ PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 44a.

⁴⁸ Nichtigkeit wird nur in krassen Fällen angenommen, s. BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 4; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 1 ff.

⁴⁹ BGE 81 II 33, E. 3; BGE 99 II 246, E. 6; Urteil des BGER 5C.163/2003 vom 18.09.2003, E. 2.1; BSK-ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519 N 25; PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 519 ZGB N 57.

5. **Erbunwürdigkeit nach Art. 540 ZGB**

Erbunwürdig und damit erbunfähig ist nach Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen, soweit ihm der Erblasser nicht verziehen hat (Art. 540 Abs. 2 ZGB). Wie auch die Ungültigkeitsklage bezweckt dieser Tatbestand den Schutz des freien Willens des Erblassers und dessen Entscheidungsfähigkeit.⁵⁰ Erbunwürdig im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ist der Arbeitnehmer, der eine Fehlvorstellung des Dritten bewirkt oder ausnützt, die sich als schwere Verfehlung gegen den Dritten qualifiziert, so dass sie nach dem Empfinden der Allgemeinheit als unerträglich erscheint und zu missbilligen ist.⁵¹ Das Bundesgericht hat in diesem Sinne die Erbunwürdigkeit eines Rechtsanwalts bejaht, der Kenntnis davon hatte, dass seine betagte und alleinstehende Mandantin, zu welcher ein mehrjähriges Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis bestand, ihn als Alleinerben eingesetzt hatte.⁵²

Im Gegensatz zur Ungültigkeitsklage steht jedem Interessierten die unbefristete Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit nach Art. 540 ZGB offen, also auch der Arbeitgeberin, deren Arbeitnehmer sich gegenüber dem Dritten als erbunwürdig erwiesen hat.⁵³ Gleichwohl ist es aufgrund der damit verbundenen Prozessrisiken und der fehlenden Aussicht auf einen Prozesserrlös nur schwer vorstellbar, dass eine Arbeitgeberin von diesem Instrument Gebrauch macht. Naheliegender dürfte es sein, den Willensvollstrecker oder weitere, direkt in die Erbteilung involvierte Personen (Erben, Vermächtnisnehmer) zu einer Feststellungsklage zu motivieren oder den Arbeitnehmer zu bewegen, die Erbschaft oder das Vermächtnis auszuschlagen.

C. **Die Verpflichtung, erbrechtliche Zuwendungen auszuschlagen**

1. **Das Recht zur Ausschlagung**

Die gesetzlichen und eingesetzten Erben haben die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen (Art. 566 ZGB). Das gleiche Recht hat der Vermächtnisnehmer (Art. 577 ZGB). Das Gegenstück zur Ausschlagung bildet die Annahme (Art. 569 Abs. 1 ZGB). In beiden Fällen handelt es sich um ein grundsätzlich unwiderrufliches, bedingungsfeindliches und nicht übertragbares Gestaltungsrecht.⁵⁴

⁵⁰ PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 4.

⁵¹ PraxKomm Erbrecht-ABT, Art. 540 ZGB N 29.

⁵² BGE 132 III 305 ff.

⁵³ CHRISTIAN BRÜCKNER/THOMAS WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, Rz. 103.

⁵⁴ PraxKomm Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 566 ZGB N 2; BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 566 N 3 f.

Ausschlagung und Annahme sind jedoch nicht höchstpersönlicher Natur; eine Vertretung ist somit nicht ausgeschlossen.⁵⁵

Nach einhelliger Lehre sind die Befugnis zur Ausschlagung und deren Modalitäten zwingendes Recht und kann der Erbe vor dem Erbgang nicht darauf verzichten.⁵⁶ Die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses setzen den Tod des Erblassers voraus; vorher ist nur der erbvertragliche Verzicht möglich.⁵⁷ Das Recht zur Ausschlagung ist punktuell eingeschränkt: Zum einen ist bei Gütergemeinschaft die Zustimmung des Ehegatten zur Ausschlagung einer Erbschaft oder (umstritten⁵⁸) eines Vermächtnisses und zur Annahme einer überschuldeten Erbschaft erforderlich (Art. 230 Abs. 1 ZGB).⁵⁹ Fehlt die Zustimmung des Ehegatten, so ist die Ausschlagung oder Annahme nichtig.⁶⁰ Zum anderen können Gläubiger eines überschuldeten Erben die Ausschlagung anfechten (Art. 578 ZGB).⁶¹ Ficht ein Gläubiger die Ausschlagung erfolgreich an, so gelangt die Erbschaft (sofern die Forderungen nicht sichergestellt werden) zur konkursamtlichen Liquidation. Die Ausschlagung des Arbeitnehmers bleibt jedoch insofern wirksam, als ein allfälliger Liquidationsüberschuss an die weiteren Erben fällt (Art. 578 Abs. 3 ZGB).

Zu beachten sind zudem die Modalitäten der Ausschlagung. Als empfangsbedürftige Willenserklärung hat die Ausschlagung einer Erbschaft gegenüber der zuständigen Behörde zu erfolgen (Art. 570 ZGB). Die Befugnis zur Ausschlagung ist auf drei Monate befristet (Art. 567 ZGB) und kann durch Zeitablauf und Einmischung in die Erbschaft verwirkt werden (Art. 571 ZGB). Der Verzicht auf ein Vermächtnis ist demgegenüber nicht an eine Frist oder an eine bestimmte Form gebunden und hat auch nicht gegenüber der Nachlassbehörde, sondern gegenüber den belasteten Erben zu erfolgen.⁶²

⁵⁵ BK-TUOR/PICENONI, Art. 566 ZGB N 7; PraxKomm Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 566 ZGB N 9; a.M. noch ZK-ESCHER, Vorbem. zu Art. 566 ff. ZGB N 20.

⁵⁶ BK-TUOR/PICENONI, Art. 566 ZGB N 2; ZK-ESCHER, Art. 566 ZGB N 7; BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 566 N 2; PraxKomm Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 566 ZGB N 7.

⁵⁷ PraxKomm Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 566 ZGB N 8 m.w.H.

⁵⁸ KUKO ZGB I-SCHULER-SCHEURER, Art. 230 N 2.

⁵⁹ Gilt auch für die altrechtliche Güterverbindung (Art. 204 aZGB).

⁶⁰ KUKO ZGB I-SCHULER-SCHEURER, Art. 230 N 4.

⁶¹ Bei Ausschlagung eines Vermächtnisses steht demgegenüber nur die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) zur Verfügung, s. BK-TUOR/PICENONI, Art. 577 ZGB N 5.

⁶² PraxKomm Erbrecht-HÄUPTLI, Art. 577 ZGB N 1.

2. Die Pflicht zur Ausschlagung

Aus den soeben dargelegten Grundsätzen folgt, dass das Erbrecht die Befugnis zur Ausschlagung weitgehend regelt und schützt. Die Ausschlagungsbefugnis ist nur dort eingeschränkt, wo die Rechte Dritter (Ehegatten in Gütergemeinschaft, Gläubiger des überschuldeten Erben) betroffen sind. Aus der Freiheit zur Ausschlagung lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf eine Freiheit zur Annahme erbrechtlicher Zuwendungen schliessen. Namentlich fehlt eine analoge Bestimmung zu Art. 566 ZGB, welche die Befugnis des Erben oder Vermächtnisnehmers zur Annahme einer erbrechtlichen Zuwendung zwingend regeln würde.

Hinsichtlich einer sich aus der Treuepflicht ergebenden oder vertraglichen Ausschlagungsverpflichtung des Arbeitnehmers lässt sich immerhin festhalten, dass der Arbeitnehmer die Ausschlagung nicht im Voraus erklären kann, sondern erst im Erbgang des Dritten. Vor der Eröffnung des Erbgangs ist die erbrechtliche Zuwendung noch nicht «zugefallen» (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Als Gestaltungsrecht lässt sich die Annahme- oder Ausschlagungsbefugnis auch nicht vertraglich übertragen. Eine arbeitsvertragliche Klausel, welche der Arbeitgeberin das Recht einräumt, im eigenen Namen erbrechtliche Zuwendungen an den Arbeitnehmer auszuschlagen, wäre somit nicht gültig. Denkbar wäre eine (widerrufliche) Vollmacht, welche die Arbeitgeberin berechtigt, im Namen des Arbeitnehmers allfällige erbrechtliche Zuwendungen Dritter auszuschlagen. Eine solche Vollmacht ist jedoch nicht praktikabel. Die Arbeitgeberin müsste, damit sie die Vollmacht ausüben kann, (rechtzeitig) von der erbrechtlichen Zuwendung an den Arbeitnehmer erfahren, bevor der Arbeitnehmer seine Annahme erklärt und bevor er (im Falle der Erbeinsetzung) sein Ausschlagungsrecht zufolge Einmischung oder Zeitablaufs verwirkt hat.

Ganz allgemein liesse sich argumentieren, die Verpflichtung zu erbrechtlichen Dispositionen oder Unterlassungen verletze den Persönlichkeitsschutz nach Art. 27 ZGB. Nach BUCHER kann die Vertragspflicht, eine Erbschaft auszuschlagen, die Wirksamkeit einer entgegengesetzten Entscheidung nicht hindern.⁶³ Dem ist im Ergebnis beizupflichten. Zwar kann u.E. ein Annahmeverbot im Rahmen von Art. 27 ZGB gültig vereinbart werden. Jedoch lässt sich nicht verhindern, dass der Arbeitnehmer trotz anderslautender Verpflichtung eine erbrechtliche Zuwendung annimmt. Ein Annahmeverbot bleibt somit auf der erbrechtlichen Ebene ohne Rechtsfolgen.

⁶³ BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 69.

D. Die Verpflichtung, erbrechtliche Zuwendungen herauszugeben

Nach Art. 636 Abs. 1 ZGB sind Verträge unverbindlich, die ein Erbe über eine noch nicht angefallene Erbschaft ohne Mitwirkung und Zustimmung des Erblassers mit einem Miterben oder einem Dritten abschliesst. Art. 636 Abs. 1 ZGB gilt nicht für Vermächtnisnehmer, die ihren zukünftigen Anspruch auch ohne Zustimmung des Erblassers abtreten können.⁶⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Zustimmung des Erblassers formlos möglich.⁶⁵ Dieser wird mit der Zustimmung zum Vertrag nicht Vertragspartei, kann also nach wie vor frei über seinen Nachlass verfügen. Errichtet der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen, welche dem Vertrag über die noch nicht angefallene Erbschaft widerspricht, geht die Verfügung von Todes wegen vor.⁶⁶

In Bezug auf die Herausgabepflicht ist demnach zwischen der Erbeinsetzung (Art. 483 ZGB) und der Ausrichtung eines Vermächtnisses (Art. 484 ZGB) zu unterscheiden. Wurde der Arbeitnehmer als Erbe eingesetzt, betrifft die Herausgabepflicht eine noch nicht angefallene Erbschaft i.S.v. Art. 636 Abs. 1 ZGB, die ohne Zustimmung des Erblassers nicht verbindlich ist. Die Arbeitgeberin müsste in solchen Fällen also vorsorglich die Zustimmung jedes potentiellen Dritten einholen, was einerseits kaum praktikabel ist und andererseits den Dritten nicht davon abhalten kann, letztwillig gleichwohl anders zu verfügen. Soweit die erbrechtliche Zuwendung ein Vermächtnis betrifft, kann sich der Arbeitnehmer jedoch gültig verpflichten, solche Zuwendungen an die Arbeitgeberin herauszugeben. Enthält die Vereinbarung nebst der Verpflichtung gleich auch die als Verfügungsgeschäft erforderliche Zession, sind die für die Abtretung erforderlichen Voraussetzungen (Art. 164 ff. OR) zu beachten, namentlich das Gebot der Bestimmbarkeit.⁶⁷

⁶⁴ ZK-ESCHER, Art. 636 ZGB N 3; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 636 ZGB N 11; unklar BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 636 N 6.

⁶⁵ BGE 98 II 281, E. 5g; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 636 ZGB N 8; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 636 N 9; a.M. noch BGE 57 II 21, E. 1, einfache Schriftform.

⁶⁶ BGE 128 III 163, E. 3c.; BK-TUOR/PICENONI, Art. 636 ZGB N 6 ff.; ZK-Escher, Art. 636 ZGB N 6 f.; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 636 N 8; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 636 ZGB N 3 und N 7.

⁶⁷ BGE 84 II 355, E. 3; PraxKomm Erbrecht-MABILLARD, Art. 636 ZGB N 17.

V. Pflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit erbrechtlichen Zuwendungen

A. Gesetzliche Pflichten

Mit Bezug auf erbrechtliche Zuwendungen, die nicht bloss geringfügig sind oder von der Arbeitgeberin genehmigt wurden⁶⁸, ergeben sich für den Arbeitnehmer aus der Treuepflicht folgende Verpflichtungen.

1. Bei der Aufnahme als Begünstigter in eine Verfügung von Todes wegen

Dass es dem Arbeitnehmer zu Lebzeiten des Dritten verboten ist, die Aufnahme als Begünstigter in dessen Testament oder ihn begünstigenden Erbvertrag aktiv zu erwirken, steht ausser Frage, weil dies «Schmiergeldwirkung»⁶⁹ haben kann und jedenfalls zum Verlust seiner Unabhängigkeit in der Arbeitsausübung führt.⁷⁰ Auch wenn die Aufnahme in die Verfügung von Todes wegen als Begünstigter nicht vom Arbeitnehmer gefordert wurde, kann die Aussicht auf eine erbrechtliche Zuwendung beim Ableben des Dritten zu Pflichtverletzungen motivieren⁷¹ oder den Interessen der Arbeitgeberin zuwiderlaufen.⁷² Diesfalls ist es dem Arbeitnehmer verboten, den ihn begünstigenden Erbvertrag abzuschliessen.⁷³ Lässt sich der Abschluss, bspw. aus Angst, die Geschäftsbeziehung zu gefährden, nach seiner Beurteilung nicht vermeiden, trifft ihn gegenüber der Arbeitgeberin eine umgehende, grundsätzlich vorgängig auszuübende Anzeigepflicht. Damit erhält die Arbeitgeberin die Möglichkeit, gegenüber dem Arbeitnehmer die aus ihrer Sicht erforderlichen Weisungen zu erteilen (bspw. Weisung, den Erbvertrag nicht abzuschliessen, oder Auswechseln des Kundenberaters)⁷⁴ und gegenüber dem Dritten adäquate Massnahmen zu ergreifen.⁷⁵ Ebenso besteht eine sofortige Anzeigepflicht bei einer mit den Interessen der Arbeitgeberin kollidierenden testamentarischen Begünstigung, von der der Arbeitnehmer Kenntnis erhalten hat. Kommt der Arbeitnehmer diesen Verpflichtungen nicht nach, verletzt er seine Treuepflicht. Dies kann allenfalls arbeitsrechtlich sanktioniert wer-

⁶⁸ Vgl. Ziff. III.A.2.b.

⁶⁹ Vgl. Ziff. III.A.2.a.

⁷⁰ Vgl. Ziff. III.A.2.c.

⁷¹ Vgl. Ziff. III.A.2.a.

⁷² Vgl. Ziff. III.A.2.c.

⁷³ Vgl. Ziff. III.A.2.a und III.A.2.c.

⁷⁴ Vgl. Ziff. III.C.

⁷⁵ Vgl. Ziff. III.A.2.a und III.A.2.c.

den (bspw. mit Disziplinarmaßnahmen, Kündigung oder Schadenersatzforderungen). Aus erbrechtlicher Sicht besteht jedoch derzeit kein taugliches Instrument, mit dem die Arbeitgeberin vor oder nach dem Ableben des Dritten gegen die Begünstigung in der Verfügung von Todes wegen vorgehen könnte.⁷⁶

2. Im Erbfall

a. Annahmeverbot

Verletzte der Arbeitnehmer bereits im Zusammenhang mit seiner Begünstigung in der Verfügung von Todes wegen die Treuepflicht⁷⁷, ist er arbeitsrechtlich verpflichtet, die Erbschaft oder das Vermächtnis auszuschlagen.⁷⁸ Tut er dies nicht, kann die Arbeitgeberin zwar arbeitsrechtliche Sanktionen ergreifen, sie hat jedoch keine Möglichkeit, vom Arbeitnehmer die erbrechtliche Ausschlagung zu erzwingen.⁷⁹

Ist der Arbeitnehmer hingegen seinen Verpflichtungen nachgekommen⁸⁰ oder hatte er zu Lebzeiten des Dritten keine Kenntnis von seiner Begünstigung in dessen Verfügung von Todes wegen, steht der Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses grundsätzlich nichts entgegen. Die erhaltene erbrechtliche Zuwendung ist nach dem Ableben des Dritten nicht dazu geeignet, die Handlungsweisen des Arbeitnehmers zu beeinflussen und zu einer Kollision mit den Interessen der Arbeitgeberin zu führen.⁸¹

Problematisch ist, dass sich sowohl das Fordern oder Sich-Versprechen-Lassen erbrechtlicher Zuwendungen als auch das Wissen des Arbeitnehmers um seine Begünstigung in der Verfügung des Dritten nur schwer beweisen lassen. Eine generelle Beschränkung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, wie in Art. 541a VE-ZGB⁸² vorgesehen, hätte den Vorteil, dass keine Kenntnis der Begünstigung nachgewiesen werden muss. Sie ist damit effektiver, trifft allerdings auch den Arbeitnehmer, der sich loyal verhalten hat.

⁷⁶ Vgl. Ziff. IV.B.

⁷⁷ Vgl. Ziff. V.A.1.

⁷⁸ Vgl. Ziff. III.A.2.a, III.A.2.c.

⁷⁹ Vgl. Ziff. IV.C.

⁸⁰ Vgl. Ziff. V.A.1.

⁸¹ Vgl. Ziff. III.A.2.c.

⁸² Vgl. Ziff. IV.B.3.

b. Herausgabepflicht

Ist der Arbeitnehmer aufgrund der Treuepflicht verpflichtet, die Erbschaft oder das Vermächtnis auszuschlagen, weil er diese im Zusammenhang mit der Aufnahme als Begünstigter in der Verfügung von Todes wegen verletzte⁸³, und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach oder ist dies nicht (mehr) möglich, muss er der Arbeitgeberin die empfangene Zuwendung herausgeben.⁸⁴

B. Vertragliche Pflichten

Wie dargelegt, ist es dem Arbeitnehmer bereits gestützt auf die gesetzliche Treuepflicht verboten, auf die Aufnahme als Begünstigter in eine Verfügung von Todes wegen des Dritten hinzuwirken und ist er in gewissen Konstellationen arbeitsrechtlich zur Ausschlagung bzw. Herausgabe der erbrechtlichen Zuwendung verpflichtet.⁸⁵ Den Arbeitnehmer können nun aber auch noch darüber hinausgehende vertragliche Pflichten treffen⁸⁶, so bspw. wenn er sich einem generellen Annahmeverbot erbrechtlicher Zuwendungen unterworfen hat. In diesen Fällen ist er auch dann zur Ausschlagung bzw. Herausgabe verpflichtet, wenn die erbrechtliche Zuwendung keine Interessenkollision bewirken kann.⁸⁷ Allerdings ist zu beachten, dass sich die erbrechtliche Ausschlagung nicht erzwingen lässt⁸⁸ und eine vertragliche Pflicht zur Herausgabe ohne Zustimmung des Dritten nur bei einem Vermächtnis, nicht hingegen bei einer Erbschaft, gültig vereinbart werden kann.⁸⁹

C. Befolgungspflichten aufgrund von Weisungen

Da durch einseitige Weisungen der Arbeitgeberin die Pflichten des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit erbrechtlichen Zuwendungen nicht erweitert werden können⁹⁰, können sich daraus keine zusätzlichen Befolgungspflichten für den Arbeitnehmer ergeben.

⁸³ Vgl. Ziff. V.A.2.a.

⁸⁴ Vgl. Ziff. III.A.2.a und III.A.2.c.

⁸⁵ Vgl. Ziff. V.A.

⁸⁶ Vgl. Ziff. III.B.

⁸⁷ Vgl. Ziff. V.A.2.a.

⁸⁸ Vgl. Ziff. IV.C.2.

⁸⁹ Vgl. Ziff. IV.D.

⁹⁰ Vgl. Ziff. III.C.

VI. Fazit

Dem Arbeitnehmer kann es gestützt auf die Treuepflicht oder eine diese erweiternde Vereinbarung verboten sein, erbrechtliche Zuwendungen zu verlangen oder sich versprechen zu lassen. Im Erbfall kann er arbeitsrechtlich zur Ausschlagung bzw. Herausgabe der Erbschaft oder des Vermächtnisses verpflichtet sein. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, verletzt er die Treuepflicht und die Arbeitgeberin hat allenfalls die Möglichkeit, ihn mit arbeitsrechtlichen Mitteln zu sanktionieren. Das Erbrecht hilft ihr dabei nicht. Es bietet *de lege lata* keine tauglichen Instrumente, um die Aufnahme als Begünstigter in eine Verfügung von Todes wegen zu verhindern oder dagegen nach dem Tod des Dritten vorzugehen. Auch kann der Arbeitnehmer nicht zur erbrechtlichen Ausschlagung gezwungen werden. Will die Arbeitgeberin über die gesetzliche Treuepflicht hinaus den Arbeitnehmer zur Herausgabe erbrechtlicher Zuwendungen verpflichten, kann sie dies bei Vermächtnissen gültig vereinbaren. Eine Vereinbarung über einen zukünftigen Erbteil ohne die Zustimmung des Erblassers ist demgegenüber ungültig, womit dem Herausgabeanspruch die Grundlage fehlt.

