



Tod des Arbeitnehmers

ANGELA HENSCH

Im Kontext der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zufolge Todes des Arbeitnehmers sind einige arbeitsrechtliche Regelungen zu berücksichtigen. Der Tod des Arbeitnehmers löst das Arbeitsverhältnis auf. Bereits bestehende, noch nicht erfüllte Ansprüche gehen auf die Erben über, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind. Die Schulden des verstorbenen Arbeitnehmers werden mit dem Erbgang zu persönlichen Schulden der Erben. Der Lohnnachgenuss steht den Anspruchsberechtigten nach Art. 338 Abs. 2 OR zu, wobei eine Anspruchshierarchie besteht und Verteilungsregeln zu beachten sind. Es besteht ein direkter Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin, der nicht dem Erbrecht unterliegt. Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers und die Anspruchsberechtigten im Sinne von Art. 338 Abs. 2 OR können, müssen aber nicht identisch sein. Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Ansprüchen gegen die Arbeitgeberin und gegen Versicherungen sowie die zahlreichen Sonderfragen bedürfen einer Beurteilung im konkreten Einzelfall.

Dans le cadre de la fin des rapports de travail suite au décès du travailleur, il convient de respecter certaines règles du droit du travail. Le décès du travailleur met fin au contrat de travail. Les prétentions existantes, qui n'ont pas encore été exécutées, passent aux héritiers, pour autant qu'elles ne soient pas de nature strictement personnelle. Les dettes du travailleur décédé deviennent des dettes personnelles des héritiers avec la dévolution de la succession. Le droit à la jouissance du salaire du défunt revient aux ayants droit selon l'art. 338 al. 2 CO, sachant qu'il existe une hiérarchie parmi ceux-ci et que des règles de répartition doivent être observées. Il existe un droit direct à l'encontre de l'employeur, lequel droit n'est pas soumis au droit des successions. Les héritiers du travailleur décédé et les ayants droit au sens de l'art. 338 al. 2 CO peuvent, mais ne doivent pas être identiques. La relation entre les différentes prétentions à l'encontre de l'employeur et des assurances ainsi que les nombreuses questions spécifiques nécessitent une évaluation au cas par cas.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Güter- und erbrechtliche Grundlagen
- III. Beendigung Arbeitsverhältnis
 - A. Allgemeines
 - B. Normcharakter von Art. 338 Abs. 1 OR
- IV. Forderungen Erben gegenüber Arbeitgeberin
 - A. Allgemeines
 - B. Geldforderungen
 - C. Arbeitszeugnis
- V. Forderungen Arbeitgeberin gegenüber Erben
 - A. Allgemeines
 - B. Geldforderungen
 - C. Nachwirkende Verpflichtungen
- VI. Forderungen Anspruchsberechtigte gegenüber Arbeitgeberin aus eigenem Recht
 - A. Lohnnachgenuss
 1. Allgemeines und Verhältnis zum Erbrecht
 2. Anspruchsberechtigte und Verteilung
 3. Höhe
 4. Sozialversicherungsbeiträge
 5. Normcharakter von Art. 338 Abs. 2 OR
 6. Verhältnis zu anderen Leistungen
 - B. Vorsorgeschaden und Genugtuung
- VII. Sonderfragen
 - A. Fälligkeit, Verzug und Verjährung
 - B. Verrechnung
 - C. Auszahlungen, Lohnausweis und Rentenbescheinigung
 - D. Erstklassprivileg und Insolvenzschiädigung

E. Auskunftsrecht nach Datenschutzgesetz

F. Eintragung Tod, Verschollenerklärung

G. Prozessrecht

VIII. Fazit

I. Einleitung

Stirbt ein Arbeitnehmer, sieht sich die Arbeitgeberin mit zahlreichen Rechtsfragen ausserhalb der arbeitsrechtlichen Routine konfrontiert. Sie hat es mit verschiedenen Personen zu tun, die aus dem Tod des Arbeitnehmers gestützt auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen Rechte ableiten können.

Ausdrücklich bestimmt werden die arbeitsrechtlichen Folgen beim Tod eines Arbeitnehmers in Art. 338 OR:

«Mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt das Arbeitsverhältnis.

Der Arbeitgeber hat jedoch den Lohn für einen weiteren Monat und nach fünfjähriger Dienstdauer für zwei weitere Monate, gerechnet vom Todestag an, zu entrichten, sofern der Arbeitnehmer den Ehegatten, die eingetragene Partnerin, den eingetragenen Partner oder minderjährige Kinder oder bei Fehlen dieser Erben andere Personen hinterlässt, denen gegenüber er eine Unterstützungspflicht erfüllt hat.»

Art. 338 Abs. 1 OR regelt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Ansprüche zwischen den Erben des Arbeitnehmers und der Arbeitgeberin ergeben sich aus dem Erbrecht bzw. den zwischen den Arbeitsvertragsparteien geltenden Bestimmungen.

In Art. 338 Abs. 2 OR wird der sog. Lohnnachgenuss normiert. Bereits der Wortlaut von Abs. 2 wirft bei genauerer Betrachtung mit Bezug auf die Dauer des Lohnnachgenusses und die berechtigten Personen Fragen auf. Fragen stellen sich zudem hinsichtlich des Verhältnisses zum Erbrecht, allfälliger Kürzungen des Lohnnachgenusses und der Sozialversicherungsbeitragspflicht. Allenfalls haben die Angehörigen Anspruch auf Ersatz des Versorger Schadens und/oder Genugtuung. Die verschiedenen Leistungen der Arbeitgeberin und von Versicherungen sind zu koordinieren.

Sonderfragen können sich insbesondere betreffend Fälligkeit, Verzug, Verjährung, Verrechnung, Auszahlungen, Lohnausweis und Rentenbescheinigungen, Erstklassprivileg, Insolvenzenschädigung, Auskunftsrecht nach Datenschutzgesetz, Eintragung des Todes, Verschollenenerklärung und Prozessrecht stellen.

II. Güter- und erbrechtliche Grundlagen

Bei der Beurteilung der arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod eines Arbeitnehmers bestehen verschiedene Schnittstellen zum Güter- und Erbrecht, weshalb die wesentlichen Grundlagen in Erinnerung gerufen werden.

Nach Art. 560 Abs. 1 ZGB erben die Erben die Erbschaft als Ganzes (Universalsukzession), und der Erwerb der Erbschaft erfolgt auf den Zeitpunkt des Todes von Gesetzes wegen (eo-ipso-Erwerb). Der Übergang erfolgt so, wie die Rechte und Pflichten beim Erblasser vorbestanden; die übergewandten Rechtspositionen erfahren durch die Universalsukzession keine Änderung¹. Die Universalsukzession ist zwingendes Recht und kann durch den Erblasser nicht ausgeschlossen werden². Auf die Erben gehen die Forderungen, das Eigentum und der Besitz des Verstorbenen über, und seine Schulden werden zu ihren persönlichen Schulden (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Voraussetzung für die Vererblichkeit ist allerdings, dass das betreffende Recht unabhängig von der Person des Erblassers bestehen kann und nicht mit dessen Tod erlischt³. Nicht vererblich sind aus diesem Grund höchstpersönliche

Rechte⁴. Bei mehreren Erben besteht unter ihnen bis zur Teilung eine Erbgemeinschaft (Gesamthandschaft; Art. 602 Abs. 1 ZGB). Für die Schulden des Erblassers haften sie solidarisch (Art. 603 Abs. 1 ZGB). Erklärt der Erbe innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten die Ausschlagung, ist er nicht Erbe (Art. 566 f. ZGB). Der Erbschaftserwerb steht daher unter der resolutiven Bedingung der Ausschlagung⁵. Die Mitglieder der Erbgemeinschaft können – sofern kein Willensvollstrecker eingesetzt ist – nur gemeinsam handeln. Oft stehen die Erben erst nach der Ausschlagungsfrist fest. In diesem Interregnum ist es nicht einfach, gemeinsame Beschlüsse zu fassen und Forderungen geltend zu machen.

Der Nachlass ist die Vermögensmasse, die an die Erben geht⁶. War der Verstorbene im Todeszeitpunkt verheiratet⁷, kann der Nachlass erst nach Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung bestimmt werden. Er ist also nicht mit dem (ehelichen) Vermögen identisch, das dem Erblasser im Zeitpunkt des Todes gehörte⁸.

III. Beendigung Arbeitsverhältnis

A. Allgemeines

Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeitspflicht in der Regel persönlich zu erfüllen (Art. 321 OR). Entsprechend erlischt das Arbeitsverhältnis mit seinem Tod von Gesetzes wegen (Art. 338 Abs. 1 OR) und muss – anders als das Mietverhältnis (vgl. Art. 266i OR) – nicht von den Erben gekündigt werden⁹.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer nach Art. 321 OR zur Erbringung seiner Arbeitsleistung Hilfspersonen beiziehen durfte (z.B. der Hauswart seinen Sohn, die Tagesmutter oder die Pflegemutter ihren Ehemann)¹⁰. Der Tod einer Hilfsperson führt hingegen nicht zur Be-

¹ STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Bd. IV/1, Basel 2012, 25.

² IVO SCHWANDER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 4. A., Basel 2011, N 2 zu Art. 560 ZGB; BGE 107 Ib 22 ff.; WOLF/GENNA (FN 1), 26.

³ PAUL PIOTET, Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Bd. IV, Fribourg 1975, 8 ff.

⁴ JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. A., Bern 2002, 176 f.; MATTHIAS HÄUPTLI, Praxiskommentar, Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 7 zu Art. 560 ZGB.

⁵ WOLF/GENNA (FN 1), 33.

⁶ DRUEY (FN 4), 171 f.

⁷ Vgl. zur «Gütertrennung» bei der eingetragenen Partnerschaft Art. 18 und 25 PartG.

⁸ DRUEY (FN 4), 172; CHRISTOPH NERTZ, Praxiskommentar, Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 27 ff. zu Art. 474 ZGB.

⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) vom 25. August 1967, BBl 1967 II 392.

¹⁰ ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag (Art. 330b–355, Art. 361–362 OR), 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1 zu Art. 338 OR.

endigung des Arbeitsverhältnisses¹¹. Der Arbeitnehmer bleibt für die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung verpflichtet und hat allenfalls eine andere Hilfsperson einzusetzen oder Mehrarbeit zu leisten¹².

Beim Gruppenarbeitsverhältnis (Betriebs- oder Eigengruppe)¹³ ist das Arbeitsverhältnis bezüglich des verstorbenen Arbeitnehmers beendet; ob es für die überlebenden Gruppenarbeitnehmer weiter läuft, ergibt sich aus der jeweiligen Vereinbarung¹⁴. Kann der Wegfall der Arbeitsleistung des verstorbenen Arbeitnehmers durch die verbleibenden Gruppenarbeitnehmer oder den zulässigen Beizug von Hilfspersonen ersetzt werden, ist von der Fortsetzung der Arbeitsverträge der anderen Gruppenarbeitnehmer auszugehen, andernfalls führt der Tod eines Arbeitnehmers auch zur sofortigen Auflösung der übrigen Arbeitsverträge¹⁵.

B. Normcharakter von Art. 338 Abs. 1 OR

Art. 338 Abs. 1 OR ist relativ zwingend (Art. 362 OR). Durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag können Vereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers getroffen werden. Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis für den Fall des Todes des Arbeitnehmers nicht als vererblich vereinbaren¹⁶. Inwieweit eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung als die in Abs. 1 vorgesehene getroffen werden kann, ist nicht ersichtlich¹⁷.

IV. Forderungen Erben gegenüber Arbeitgeberin

A. Allgemeines

Beim Tod des Arbeitnehmers bereits bestehende, noch nicht erfüllte arbeitsvertragliche Ansprüche gehen auf die Erben über, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind¹⁸.

B. Geldforderungen

Forderungen des Arbeitnehmers gegen die Arbeitgeberin, die beim Tod auf die Erben übergehen können, sind zum Beispiel Ansprüche auf: festen und variablen Lohn (Art. 322 bis 322c OR), Gratifikation (Art. 322d OR), Zulagen und Zuschläge, Treueprämie, Auslagenersatz (Art. 327 ff. OR), Lohnfortzahlung, Entschädigung für Erwerb von Erfindungen und Design (Art. 332 Abs. 4 OR), Schadenersatz und Genugtuung¹⁹, Lohnersatz (Art. 337b, 337c Abs. 1 OR) und Entschädigung wegen missbräuchlicher, ungerechtfertigter fristloser oder diskriminierender Kündigung (Art. 336a, 337c OR, Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG)²⁰.

Verfügt der verstorbene Arbeitnehmer noch über ein offenes Ferienguthaben, stellt sich die Frage, ob dem Ferienanspruch Entgeltcharakter zukommt, der beim Tod des Arbeitnehmers erhalten bleibt und auf die Erben übergeht, oder ob es sich um einen höchstpersönlichen (Real-) Anspruch handelt, der mit dem Tod verfällt. Die Frage ist in der Lehre umstritten und wurde vom Bundesge-

¹¹ STAEHELIN (FN 10), N 1 zu Art. 338 OR.

¹² STAEHELIN (FN 10), N 1 zu Art. 338 OR.

¹³ Zum Begriff des Gruppenarbeitsverhältnisses mit den beiden Unterformen Betriebs- und Eigengruppen und dem als Betriebs- oder Eigengruppe ausgestalteten Jobsharing vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, N 12 zu Art. 319 OR, N 4 zu Art. 321 OR; zum Jobsharing vgl. auch THOMAS GEISER, Neue Arbeitsformen, Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer Arbeitsplätze, AJP/PJA 1995, 561 ff.

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 338 OR; a.M. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. A., Bern 2012, Rz 557.

¹⁵ MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, N 2 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 1 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 338 OR. In Arbeitsverträgen zwischen Fremdplatzierungsorganisationen und Pflegeeltern finden sich bspw. Vereinbarungen, wonach beim Tod eines Pflegeelternteils auch das Arbeitsverhältnis mit dem überlebenden Pflegeelternanteil endet.

¹⁶ STAEHELIN (FN 10), N 9 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 11 zu Art. 338 OR.

¹⁷ STAEHELIN (FN 10), N 9 zu Art. 338 OR.

¹⁸ JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, N 1 zu Art. 338 OR; HÄUPTLI (FN 4), N 8 zu Art. 560 ZGB; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 6 zu Art. 338 OR; vgl. II.

¹⁹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre nehmen an, dass der Genugtuungsanspruch vermögensrechtlicher Natur und somit vererblich ist, sofern ihn der Berechtigte zu Lebzeiten noch irgendwie geltend gemacht hat; eine Klageanhebung ist nicht erforderlich; BGE 81 II 385 E. 2; BGE 118 II 404 E. 3a mit Hinweisen; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, N 120 ff. zu Art. 47 OR mit Hinweisen; HÄUPTLI (FN 4), N 7 zu Art. 560 ZGB.

²⁰ Die aktive Vererbbarkeit ist auch zu bejahen, wenn der verstorbene Arbeitnehmer die Entschädigung noch nicht geltend gemacht hat, da dieser als «zivilrechtliche Strafe» nicht nur Genugtuungs-, sondern auch Strafcharakter zukommt und die pönale Funktion auch nach dem Tod des Arbeitnehmers durchgesetzt werden können muss, ADRIAN VON KAENEL, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR), Diss. Zürich 1996, 47 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 336a OR.

richt noch nicht beurteilt²¹. Hingegen hat der Europäische Gerichtshof entschieden, Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG schliesse nationale Regelungen aus, wonach der Anspruch auf bezahlten Urlaub mit dem Tod des Arbeitnehmers ohne Abgeltungsanspruch untergeht²². Im Ergebnis läuft dieser Entscheid auf eine zwingende Vererblichkeit von Ferienansprüchen bzw. einen Anspruch auf Abgeltung hinaus.

Weist der Arbeitnehmer im Zeitpunkt seines Todes ein Überstunden- oder Überzeitguthaben aus, ist je nach der für das betreffende Arbeitsverhältnis geltenden Regelung zu unterscheiden. Wurde die Freizeitkompensation und die Entschädigung von Überstunden²³ gültig ausgeschlossen (Art. 321c Abs. 3 OR), steht dem Arbeitnehmer und folglich auch seinen Erben kein Entschädigungsanspruch zu. Wurde lediglich eine Freizeitkompensation der Überstunden vereinbart und die Entschädigung von nicht kompensierten Überstunden gültig ausgeschlossen (Art. 321c Abs. 2 und 3 OR), existiert ebenfalls kein vererbbarer Entschädigungsanspruch. Trafen die Arbeitsvertragsparteien hingegen keine Regelung²⁴ oder haben sie eine Überstundenentschädigung in einer bestimmten Höhe (bspw. zum Grundlohn ohne Zuschlag) festgelegt (Art. 321c Abs. 3 OR), besteht ein Entschädigungsanspruch, der im Zeitpunkt des Todes des Arbeitnehmers auf die Erben übergeht. Im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes besteht für bis zum Tod des Arbeitnehmers nicht kompensierte Überzeit ein den Erben zufallender Entschädigungsanspruch (Art. 13 ArG, Art. 25 Abs. 2 ArGV 1)²⁵.

Die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge und -prämien beurteilt sich gleich, wie wenn die Forderungen dem verstorbenen Arbeitnehmer ausbezahlt worden wären.

Bis zur Erbteilung stehen die Forderungen der Erben-gemeinschaft zu. Wem diese Forderungen individuell zu-

fallen, steht erst nach Abschluss der Erbteilung fest, der allenfalls die güterrechtliche Auseinandersetzung voraus-zugehen hat²⁶.

C. Arbeitszeugnis

Der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist höchstpersönlicher Natur²⁷, so dass nur der Arbeitnehmer selbst diesen geltend machen und er nicht vererbt werden kann²⁸.

V. Forderungen Arbeitgeberin gegen-über Erben

A. Allgemeines

Die Schulden des verstorbenen Arbeitnehmers werden mit dem Erbgang zu persönlichen Schulden der Erben²⁹. Dies betrifft nicht nur Geldschulden, sondern auch Ver-pflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen, soweit sie nicht aufgrund des persönlichen Charakters erloschen sind³⁰.

B. Geldforderungen

Der Arbeitgeberin können z.B. folgende Ansprüche ge-genüber den Erben zustehen: Rückforderung einer grundlos erfolgten Zuwendung (Art. 62 ff. OR), Schadenersatz (Art. 321e, 337b, 337d, 340b Abs. 1 und 2 OR), Lohn-rückforderung für zu viel bezogene Ferien³¹, Konventio-nalstrafe (Art. 340b Abs. 2, Art. 160 ff. OR), Forderung aus nicht in den Risikobereich der Arbeitgeberin fallende Minusstunden, «Clawbacks», Rückzahlungsverpflichtung aus Aus- und Weiterbildungsvereinbarung³² sowie Forderung aus Anrechnung anderweitigen Verdienstes (Art. 324 Abs. 2, Art. 337c Abs. 2 OR).

²¹ Vgl. STEFAN RIEDER, Sind Ferienentschädigungen vererbbar? AJP/PJA 2012, 1579 ff., der sich eingehend mit den verschiedenen Auf-fassungen auseinandersetzt und zum Schluss gelangt, dass der Feri-enanspruch nicht vererbbar ist.

²² EuGH vom 12. Juni 2014, Urteil C-118/13.

²³ Im Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes kann beim Büropersonal sowie den technischen und anderen Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels auch die Entschädigung für die ersten 60. Überzeitstunden pro Kalen-derjahr wegbedungen werden (Art. 13 Abs. 1 ArG); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 5 und 9 zu Art. 321c OR. Der Über-zeitkredit von 60 Stunden reduziert sich bei unterjähriger Beendi-gung des Arbeitsverhältnisses pro rata, Gewerbliches Schiedsge-richt Basel-Stadt, Urteil vom 5. Mai 2011, JAR 2012, 446.

²⁴ Diesfalls besteht ein Anspruch auf einen Zuschlag von 25%, Art. 321c Abs. 3 OR.

²⁵ Die Überzeiten sind mit einem Lohnzuschlag von mindestens 25 % zu bezahlen, Art. 13 Abs. 1 ArG.

²⁶ Vgl. II.

²⁷ Vgl. II.

²⁸ Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 25. Mai 2012, JAR 2013, 444 f.

²⁹ Vgl. II.

³⁰ HÄUPTLI (FN 4), N 10 zu Art. 560 ZGB; vgl. II.

³¹ RIEDER (FN 21), 1583.

³² Die Parteien können in der Rückzahlungsvereinbarung abmachen, dass im Todesfall eine Rückzahlungspflicht entsteht, FADRI BRU-NOLD, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeits-recht, Diss. Zürich 2014, Rz 330; PETER STIEGER, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 2009, Rz 521. Wurde die Rück-zahlung im Todesfall vor Ablauf der Bindungsdauer nicht gere-gelt, ist die Klausel auszulegen, BRUNOLD, Rz 330 und STIEGER, Rz 521, je mit unterschiedlichen Auslegungsansätzen.

C. Nachwirkende Verpflichtungen

Zu den Verpflichtungen des Arbeitnehmers, die von Gesetzes wegen über den Tod hinaus andauern und seine Erben binden, gehören z.B. die Rückgabe- (Art. 339a OR), die Geheimhaltungs- (Art. 321a Abs. 4 OR) sowie die Aufklärungs- und Mitteilungspflicht (Art. 321a Abs. 1 OR)³³. Letztere verpflichtet die Erben unter anderem, die Arbeitgeberin über den Tod des Arbeitnehmers zu informieren³⁴. Nachwirkende Verpflichtungen können sich auch aus Vereinbarungen im Arbeitsvertrag ergeben, so beispielsweise mit Bezug auf Erfindungen und Designs, Urheberrechten oder anderen Rechten an Arbeitsergebnissen.

VI. Forderungen Anspruchsberechtigte gegenüber Arbeitgeberin aus eigenem Recht

A. Lohnnachgenuss

1. Allgemeines und Verhältnis zum Erbrecht

Nach Art. 338 Abs. 2 OR hat die Arbeitgeberin nach Erlöschen des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers den Lohn noch für einen weiteren Monat und nach fünfjähriger Dienstdauer für zwei weitere Monate an bestimmte Anspruchsberechtigte zu bezahlen. Es handelt sich um eine nachwirkende Vertragspflicht der Arbeitgeberin, die dazu dient, den Anspruchsberechtigten für eine beschränkte Übergangszeit den Lebensunterhalt zu sichern³⁵.

Der Lohnnachgenuss ist erst nach dem Stellenantritt geschuldet³⁶. Stirbt der Arbeitnehmer nach dem Abschluss des Arbeitsvertrags, aber vor dem Stellenantritt, ist er nicht zu bezahlen³⁷. Er ist auch beim Tod während der Probezeit (Art. 335b OR) zu entrichten. Der Anspruch auf Lohnnachgenuss hängt nicht davon ab, ob vor dem

Tod ein Lohnanspruch bestand³⁸. Er besteht auch dann, wenn die Lohnfortzahlung wegen Krankheit, Schwangerschaft, Mutterschaft oder Militär vor dem Tod erschöpft oder nicht gegeben war³⁹. Auch wenn ein freigestellter Arbeitnehmer stirbt, schuldet die Arbeitgeberin Lohnnachgenuss⁴⁰. Der Anspruch wird mit dem Tod begründet und besteht ungeachtet dessen, ob durch Befristung oder vorgängige Kündigung das Arbeitsverhältnis schon vor Ablauf der Lohnnachgenussdauer geendet hätte⁴¹.

Art. 338 Abs. 2 OR schafft einen direkten Anspruch zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 OR⁴². Die Anspruchsberechtigten haben einen eigenen Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin, der – trotz der unglücklichen Verwendung des Begriffs «Erben» («bei Fehlen dieser Erben») im Gesetzestext – nicht dem Erbrecht unterliegt⁴³. Schlägt ein Anspruchsberechtigter das Erbe aus oder ist er nicht erbberechtigt, bleibt ihm sein Anspruch auf Lohnnachgenuss trotzdem erhalten⁴⁴. Der Lohnnachgenuss muss auch nicht an den Erbteil angerechnet werden⁴⁵.

2. Anspruchsberechtigte und Verteilung

Der Lohnnachgenuss ist nur geschuldet, wenn im Zeitpunkt des Todes bestimmte Anspruchsberechtigte vorhanden sind: Ehegatten, eingetragene Partner, minderjährige Kinder oder andere Personen, gegenüber denen der Arbeitnehmer eine Unterstützungspflicht erfüllt hat. Es werden zwei Kreise von Anspruchsberechtigten unterschieden:

1. Kreis: Ehegatten bzw. eingetragene Partner und minderjährige Kinder;

³³ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 1 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 2 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 338 OR.

³⁴ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 1 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 2 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 338 OR.

³⁵ Botschaft (FN 9), 392; STAHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 4 zu Art. 338 OR.

³⁶ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 3 zu Art. 338 OR.

³⁷ STAHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR.

³⁸ KUKO OR-MATTHIAS SCHWAIBOLD, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, N 3 zu Art. 338 OR.

³⁹ CHRISTIANE BRUNNER/JEAN MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNHARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, N 2 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 4 zu Art. 338 OR.

⁴⁰ ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2010, Rz 299.

⁴¹ BRÜHWILER (FN 18), N 2 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR.

⁴² GEISER/MÜLLER (FN 14), Rz 560; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 6 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 338 OR.

⁴³ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 und 6 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 338 OR; Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. April 2014, RA140010-O/U.

⁴⁴ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; GEISER/MÜLLER (FN 14), Rz 560; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 5 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 338 OR.

⁴⁵ GEISER/MÜLLER (FN 14), Rz 560.

2. Kreis: andere Personen, gegenüber denen der Arbeitnehmer eine Unterstützungspflicht erfüllt hat.

Der Ehegatte, der eingetragene Partner oder minderjährige Kinder müssen nicht finanziell unterstützt worden sein, weil die Unterstützung auch durch nicht finanzielle Leistungen erbracht worden oder nicht nötig gewesen oder der Arbeitnehmer mit den Unterhaltszahlungen säumig gewesen sein kann⁴⁶. Eine Unterstützungspflicht und eine tatsächlich geleistete Unterstützung ist jedoch bei den Anspruchsberechtigten aus dem zweiten Kreis erforderlich⁴⁷. Diese Unterstützung muss aufgrund einer Pflicht geleistet worden sein, die gesetzlicher, vertraglicher oder auch nur moralischer Natur sein kann⁴⁸. Nicht erforderlich ist, dass diese Pflicht gerichtlich festgelegt wurde⁴⁹. Es muss jedoch immer eine Leistungspflicht wenigstens moralischer Natur gegeben sein; die tatsächlich erfolgte Unterstützung z.B. aus Freigiebigkeit allein genügt nicht, um den Anspruch auf Lohnnachgenuss zu begründen⁵⁰. In den zweiten Kreis der Anspruchsberechtigten gehören z.B.: mündige Kinder, geschiedene Ehegatten⁵¹, Eltern, Grosseltern, Konkubinatspartner und dessen Kinder, Geschwister und Schwiegereltern⁵².

Nach einem Teil der Lehre fallen auch die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder in den ersten Kreis der Anspruchsberechtigten⁵³. Dies leuchtet zwar mit Blick auf eine allfällige Pflicht der Eltern zur Leistung von Mündigenunterhalt ein (Art. 277 Abs. 2 ZGB), widerspricht jedoch dem klaren Gesetzeswortlaut und ist deshalb abzulehnen⁵⁴.

Was die Verteilung des Lohnnachgenusses betrifft, kommen Anspruchsberechtigte aus dem zweiten Kreis

nur dann zum Zug, wenn es keine Personen gibt, die zum ersten Kreis gehören⁵⁵. Fehlen auch Anspruchsberechtigte des zweiten Kreises, schuldet die Arbeitgeberin keinen Lohnnachgenuss.

Es ist umstritten, ob es auch innerhalb des ersten Kreises eine Anspruchshierarchie gibt. Ein Teil der Lehre geht von einer Rangfolge zwischen Ehegatten bzw. eingetragenen Partner und minderjährigen Kindern aus, was zur Folge hat, dass die Kinder nur anspruchsberechtigt sind, wenn kein Ehegatte bzw. eingetragener Partner vorhanden ist⁵⁶. Diese Meinung ist abzulehnen⁵⁷. Zwar könnte aus der Verwendung des Wortes «oder» im Gesetzestext («den Ehegatten, die eingetragene Partnerin, den eingetragenen Partner oder minderjährige Kinder») auf einen subsidiären Anspruch der minderjährigen Kinder gegenüber dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner geschlossen werden. Anders als beim zweiten Kreis, bei dem sich die Rangfolge aufgrund der Formulierung «bei Fehlen dieser Erben» aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, fehlt mit Bezug auf die minderjährigen Kinder ein entsprechender Vorbehalt; nach dem Gesetzestext bezieht sich die Subsidiarität auf das Verhältnis zwischen den beiden Kreisen⁵⁸. Der Vorrang der Ehegatten bzw. eingetragenen Partner gegenüber den minderjährigen Kindern ist m.E. auch aus materiellen Gründen abzulehnen. Den Arbeitnehmer trifft gegenüber seinem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner und seinen Kindern je eine selbständige gesetzliche Unterstützungspflicht (Art. 163, 276 ff. ZGB, Art. 13 PartG). Die minderjährigen Kinder vom Lohnnachgenuss auszuschliessen, weil ein Ehegatte bzw. eingetragener Partner vorhanden ist, stünde demnach im Widerspruch zum gesetzlichen Unterhaltsregime. Ausserdem wäre diese Regelung in Fällen stossend, in denen die minderjährigen Kinder nicht mit dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner des Arbeitnehmers im gleichen Haushalt leben und/oder sie nicht zu ihm in einem Kindesverhältnis stehen

⁴⁶ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 4 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁴⁷ STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁴⁸ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR; vgl. aber STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR, der die tatsächliche Erfüllung einzig bei Unterstützungspflichten verlangt, die auf einer moralischen Verpflichtung beruhen.

⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁵⁰ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁵¹ Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. April 2014, RA140010-O/U.

⁵² BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁵³ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 4 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR.

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁵⁵ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR.

⁵⁶ WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, Rz 805; WOLFGANG PORTMANN, Der Einzelarbeitsvertrag, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, N 2 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 5 zu Art. 338 OR; MATTHIAS W. RICKENBACH, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich 2000, 76 f.

⁵⁷ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, n 7 f. ad art. 338 CO.

⁵⁸ SUBILIA/DUC (FN 57), N 8 ad art. 338 CO.

und ihnen deshalb der Lohnnachgenuss nicht (mindestens indirekt) zu Gute käme.

Sind mehrere Berechtigte aus dem gleichen Kreis vorhanden, wird der Lohnnachgenuss «nach Köpfen» aufgeteilt⁵⁹.

Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers und die Anspruchsberechtigten im Sinne von Art. 338 Abs. 2 OR können, müssen aber nicht identisch sein.

3. Höhe

Ab Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende des fünften Dienstjahres beträgt der Lohnnachgenuss einen Bruttomonatslohn, danach zwei Bruttomonatslöhne, jeweils gerechnet ab dem Todestag⁶⁰. Dies gilt, obwohl die Formulierung in Art. 338 Abs. 2 OR «zwei weitere Monate» auch auf drei Monate schliessen lassen könnte. Dass diese Auslegung nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht, ergibt sich aus den Materialien⁶¹. Die Zeit zwischen Todestag und Monatsende ist nicht zusätzlich zu berücksichtigen⁶².

Zum Lohn gehören insbesondere die festen und variablen Lohnbestandteile (Art. 322 bis 322c OR) und die regelmässigen Zulagen⁶³, nicht aber Bestandteile ohne Lohncharakter wie beispielsweise die echten Pauschalspesen.

Die Höhe des Lohnnachgenusses reduziert sich nicht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf der Lohnnachgenussdauer geendet hätte, weil es befristet oder im Zeitpunkt des Todes des Arbeitnehmers zwar noch bestand, aber bereits gekündigt war⁶⁴. Meines Erachtens fehlt auch eine gesetzliche Grundlage dafür, den Lohn-

nachgenuss an die Anspruchsberechtigten des zweiten Kreises (beispielsweise an die unterhaltsberechtigte geschiedene Ehefrau oder an unterhaltsberechtigte mündige Kinder) auf die Höhe der tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge zu kürzen⁶⁵.

Ein Selbstverschulden des Arbeitnehmers an seinem Tod, z.B. bei einem Autounfall oder bei Selbstmord, berührt weder den Bestand noch die Höhe des Lohnnachgenusses⁶⁶.

4. Sozialversicherungsbeiträge

Zuwendungen der Arbeitgeberin an Hinterlassene von Arbeitnehmern gehören nicht zum massgebenden Lohn und sind in der AHV nicht beitragspflichtig (Art. 8 lit. c AHVV). Als Zuwendungen an Hinterlassene gilt auch die Weiterzahlung des Lohnes (Rz 2133 WML⁶⁷), also auch der Lohnnachgenuss. Nach der Rz 2133 WML ist die Beitragsbefreiung jedoch auf drei Monatslöhne limitiert. Eine gesetzliche Grundlage für diese Beschränkung auf drei Monatslöhne ist m.E. jedoch nicht ersichtlich.

Soweit keine AHV-Beiträge geschuldet werden, sind auch keine IV-, EO- und ALV-Beiträge zu bezahlen (Art. 2 IVG, Art. 27 EOG, Art. 2 AVIG). BU- und NBU-Prämien sind – m.E. auch bei einem Lohnnachgenuss, der drei Monatslöhne übersteigt – keine zu entrichten (Art. 92 Abs. 1 UVG, Art. 22 Abs. 2 lit. d i.V.m. Art. 115 UVV). Da nach dem Tod keine Versicherungspflicht mehr besteht, sind auf dem Lohnnachgenuss keine BVG-Beiträge abzuführen.

5. Normcharakter von Art. 338 Abs. 2 OR

Art. 338 Abs. 2 ist relativ zwingend (Art. 362 OR). Zugunsten der Anspruchsberechtigten kann im Arbeitsvertrag eine längere Zeitspanne des Lohnnachgenusses oder ein weiterer Kreis von Anspruchsberechtigten vorgesehen werden⁶⁸.

⁵⁹ BRÜHWILER (FN 18), N 3 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 5 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 6 zu Art. 338 OR; a.M. STAEHELIN (FN 10), N 4 zu Art. 338 OR, der im Verhältnis des Unterhaltsbedarfs, sekundär nach Erbquoten verteilen will.

⁶⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 39), N 2 zu Art. 338 OR.

⁶¹ AmtlBull NR 1970, 821 ff.; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 3 zu Art. 338 OR.

⁶² GEISER/MÜLLER (FN 14), Rz 558.

⁶³ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 5 zu Art. 338 OR.

⁶⁴ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 39), N 2 zu Art. 338 OR; KUKO OR-SCHWAIBOLD (FN 38), N 3 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 3 und 6 zu Art. 338 OR; a.M. PORTMANN (FN 56), N 1 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; Arbeitsgericht Bern, Urteil vom 16. Juni 1992, JAR 1994, 157; Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 25. August 1999, AN990229.

⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 10 zu Art. 338 OR; a.M. BJM 1993, 298 f.

⁶⁶ BRÜHWILER (FN 18), N 2 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 3 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 5 zu Art. 338 OR; Chambre d'appel des prud'hommes de Genève, Urteil vom 19. März 1998, JAR 1999, 181 f.

⁶⁷ Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML, Stand 1. Januar 2016).

⁶⁸ KUKO OR-SCHWAIBOLD (FN 38), N 5 zu Art. 338 OR.

6. Verhältnis zu anderen Leistungen

6.1. Abgangsentschädigung

Die in der Praxis kaum relevante Pflicht zur Bezahlung einer Abgangsentschädigung im Todesfall nach Art. 339b Abs. 2 OR ist von der Arbeitgeberin kumulativ zum Lohnnachgenuss an dieselben Anspruchsberechtigten zu erfüllen, falls die Voraussetzungen für beide Ansprüche erfüllt sind⁶⁹.

6.2. Lebensversicherung

Hat die Arbeitgeberin für die Arbeitnehmer eine Lebensversicherung abgeschlossen und alleine (ohne Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer) finanziert, können die Versicherungsleistungen an den Lohnnachgenuss angerechnet werden bzw. an dessen Stelle treten⁷⁰.

6.3. Sozialversicherungen

6.3.1 Berufliche Vorsorge

Der Anspruch auf Hinterlassenenleistungen aus der beruflichen Vorsorge entsteht für sämtliche Anspruchsberechtigte (vgl. Art. 19 ff. BVG) einheitlich mit dem Tod der versicherten Person, jedoch frühestens mit der Beendigung der vollen Lohnfortzahlung (Art. 22 Abs. 1 BVG). Die Leistungen der obligatorischen beruflichen Vorsorge setzen demnach erst nach der Beendigung des Lohnnachgenusses ein.

Bei der überobligatorischen Personalvorsorge richtet sich der Zeitpunkt des Beginns der Hinterlassenenleistungen nach dem Reglement⁷¹. Im Reglement kann analog der Bestimmung von Art. 22 Abs. 1 BVG die Entstehung des Anspruchs auf überobligatorische Hinterlassenenleistungen ebenfalls aufgeschoben werden, solange ein Anspruch auf Lohnnachgenuss besteht⁷². Enthält das Reglement keine solche «Aufschubsbestimmung», sind die Hinterlassenenleistungen unabhängig vom Lohnnach-

nuss geschuldet, das heisst, die Anrechnung des Lohnnachgenusses an die Hinterlassenenleistungen einer Vorsorgeeinrichtung ist nicht zulässig⁷³. Eine Übernahme des Lohnnachgenusses durch die Vorsorgeeinrichtung wird als zulässig betrachtet, soweit die den Lohnnachgenuss konsumierenden Leistungen der Vorsorgeeinrichtung alleine von der Arbeitgeberin finanziert wurden⁷⁴ und dieselben Personen anspruchsberechtigt sind.

6.3.2 Hinterlassenenrenten AHV/UV und Familienzulagen

Allfällige Ansprüche auf Hinterlassenenrenten der AHV und UV werden nicht um die Dauer des Lohnnachgenusses aufgeschoben (Art. 23 Abs. 3, Art. 25 Abs. 4 AHVG; Art. 29 Abs. 6, Art. 30 Abs. 3 UVG).

Beim Tod eines Arbeitnehmers werden die gesetzlichen Familienzulagen unabhängig vom Anspruch auf Lohnnachgenuss noch während des laufenden Monats und der drei darauf folgenden Monate ausgerichtet (Art. 10 Abs. 3 FamZV).

B. Versorgerschaden und Genugtuung

Hat die Arbeitgeberin den Tod des Arbeitnehmers zu verantworten, stehen den Angehörigen⁷⁵ allenfalls ausservertragliche Ansprüche auf Ersatz des Versorgerschadens (Art. 45 Abs. 3 OR) und Genugtuung (Art. 47 OR) zu. Es handelt sich um Ansprüche der Angehörigen aus eigenem Recht (als sog. Reflexgeschädigte)⁷⁶, die nicht in den Nachlass fallen. Zwischen Schadenersatz und Genugtuung ist rechtlich streng zu unterscheiden; die Berechnung und die Ersatzbemessung beider Schadensarten sind getrennt vorzunehmen⁷⁷.

Ob der Versorgerschaden von der Arbeitgeberin kumulativ zum Anspruch auf Lohnnachgenuss zu ersetzen ist, hängt zunächst von der Identität der anspruchsberechtigten Personen ab. Liegt Identität vor, kann die Arbeitgeberin unter Umständen geltend machen, die Versorgungsbedürftigkeit habe erst einen bzw. zwei Monate nach dem Tod begonnen⁷⁸. Mangels Identität der Anspruchsberech-

⁶⁹ BRÜHWILER (FN 18), N 4 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 6 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 8 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR, N 6 zu Art. 339b OR.

⁷⁰ STAEHELIN (FN 10), N 8 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR.

⁷¹ BRÜHWILER (FN 18), N 4 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 6 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 8 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR. Vgl. aber FRANZ SCHLAURI, Die Leistungscoordination zwischen Berufsvorsorge, arbeitsrechtlicher Lohnfortzahlung und versicherungsmässigen Lohnfortzahlungssurrogaten, SZS 2007, H. 2, FN 4, der die Rentenaufschubsmöglichkeit in Art. 22 Abs. 1 BVG ignorieren und sie jedenfalls für das Überobligatorium verbieten will.

⁷² BRÜHWILER (FN 18), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR.

⁷³ BRÜHWILER (FN 18), N 4 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR.

⁷⁴ BRÜHWILER (FN 18), N 4 zu Art. 338 OR; REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 6 zu Art. 338 OR; STAEHELIN (FN 10), N 8 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 9 zu Art. 338 OR.

⁷⁵ Vgl. zu den möglichen Anspruchsberechtigten auf Versorgerschaden, BREHM (FN 19), N 98a ff. zu Art. 45 OR; zu den möglichen Anspruchsberechtigten auf Genugtuung, BREHM (FN 19), N 133 ff. zu Art. 47 OR.

⁷⁶ BREHM (FN 19); N 27 ff. zu Art. 45 OR, N 131 ff. zu Art. 47 OR.

⁷⁷ BREHM (FN 19); N 52 ff. zu Art. 47 OR.

⁷⁸ BREHM (FN 19), N 84 zu Art. 45 OR; vgl. aber JÜRGE EGLI, Der Lohnnachgenuss, ZBJV 1979, 26, der von einem kumulativen Anspruch auf Schadenersatz und Lohnnachgenuss ausgeht.

tigten sind Lohnnachgenuss und Versorgerschaden kumulativ möglich.

Was die Genugtuung betrifft, ist diese kumulativ zum Lohnnachgenuss geschuldet, wenn die Anspruchsberechtigten nicht identisch sind. Sind die Anspruchsberechtigten hingegen identisch, ist in Lehre und Praxis umstritten, ob fremde Summen, wozu m.E. auch der Lohnnachgenuss gehört, bei der Bemessung der Genugtuung zu berücksichtigen sind⁷⁹.

VII. Sonderfragen

A. Fälligkeit, Verzug und Verjährung

Art. 339 Abs. 1 OR legt absolut zwingend fest (Art. 361 OR), dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sämtliche arbeitsrechtlichen Forderungen fällig werden. Dies gilt auch für die Beendigung durch Tod⁸⁰. Mit dem Tod werden alle entstandenen, noch nicht fälligen Forderungen⁸¹ aus dem Arbeitsverhältnis fällig, auch der Lohnnachgenuss⁸². Umfasst der Lohnnachgenuss zwei Monatslöhne, werden beide gleichzeitig mit dem Tod fällig⁸³.

Ist der Fälligkeitstermin durch Abrede bestimmt (Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR), treten die Verzugsfolgen automatisch ein, wenn die Forderung am Verfalltag nicht erfüllt wird. Beruht die Fälligkeit der Forderung auf Gesetz (z.B. auf Art. 323 oder 339 OR), ist zur Herbeiführung des Verzugs – nach allerdings umstrittener Auffassung – eine Mahnung erforderlich (Art. 102 Abs. 1 und 2 OR)⁸⁴. Bei erst mit dem Tod des Arbeitnehmers fällig werdende Forderungen treten die Verzugsfolgen demnach erst nach erfolgter Mahnung ein.

Die Verjährung beginnt für jeden einzelnen Anspruch mit der Fälligkeit zu laufen (Art. 130 Abs. 1 OR)⁸⁵.

Die Verjährungsfrist beträgt grundsätzlich zehn Jahre (Art. 127 OR). Die zehnjährige Frist gilt z.B. für Schadenersatzforderungen aus Vertragsverletzungen und Strafzahlungen nach Art. 336a, 337c OR und Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG⁸⁶. Forderungen des Arbeitnehmers, die im weitesten Sinn die Arbeit entgelten (wie fixer und variabler Lohn, Gratifikation, Ferienlohn, Überstunden- und Überzeitschädigungen), verjähren nach fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 3 OR)⁸⁷. Auch der Lohnnachgenuss verjährt nach fünf Jahren⁸⁸.

Die Forderungen gehen auf die Erben über, wie sie beim Arbeitnehmer vorbestanden haben⁸⁹. Forderungen, die bereits vor dem Tod des Arbeitnehmers fällig waren, bleiben fällig, ohne dass sich der Fälligkeitstermin gestützt auf Art. 339 OR ändern oder nach hinten verschieben würde⁹⁰. Laufende Verzugsfolgen und Verjährungsfristen gehen auf die Erben über. Ist der Schuldnerverzug vor dem Tod des Arbeitnehmers noch nicht eingetreten, ist hierfür eine Mahnung erforderlich⁹¹.

B. Verrechnung

Nach Art. 120 Abs. 1 OR müssen sich für die gültige Verrechnung zwei bestehende, gleichartige und fällige⁹² Forderungen zwischen denselben Parteien gegenüberstehen, wobei die Gegenforderung auch bestritten sein kann (Art. 120 Abs. 2 OR)⁹³. Da mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers alle gegenseitigen Forderungen fällig werden⁹⁴, ist das Erfor-

und 41072/11, hiess das Bundesgericht das Revisionsgesuch zu den Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen der Töchter eines Asbestopfers gut und wies den Fall zur Neubeurteilung ohne Berücksichtigung der Verjährung an das Arbeitsgericht Baden zurück, BGER vom 11. November 2015, 4F_15/2014.

⁸⁶ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 31 zu Art. 341 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 341 OR.

⁸⁷ REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 30 zu Art. 341 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 341 OR.

⁸⁸ RICKENBACH (FN 56), 78; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 338 OR.

⁸⁹ Vgl. II.

⁹⁰ STAHELIN (FN 10), N 2 zu Art. 339 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 2 zu Art. 339 OR.

⁹¹ Vgl. VII A.

⁹² Entgegen dem Wortlaut von Art. 120 Abs. 1 OR genügt es nach h.A., wenn die Hauptforderung erfüllbar ist. Die Gegenforderung der verrechnenden Partei muss hingegen fällig und klagbar sein, damit die Erfüllung durch Verrechnung erzwungen werden kann, WOLFGANG PETER, Das Erlöschen der Obligation, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011, N 4 und 21 ff. zu Art. 120 OR.

⁹³ Die Verrechnung erfolgt auf den Nettobeträgen, Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 26. Oktober 2009, JAR 2010, 589.

⁹⁴ Vgl. VII A.

⁷⁹ BREHM (FN 19), N 56 ff. zu Art. 47 OR.

⁸⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (FN 39), N 1 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 3 zu Art. 339 OR. Sonderregeln für die Fälligkeit der Provision im Sinne von Art. 322b und 322c OR und des Anteils am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR sind in Art. 323 Abs. 2 und 3 OR vorgesehen.

⁸¹ Vgl. zu den beim Tod bereits fälligen Forderungen VII.A.a.E.

⁸² REHBINDER/STÖCKLI (FN 15), N 3 zu Art. 338 OR; STAHELIN (FN 10), N 2 zu Art. 339 OR, N 7 zu Art. 338 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 4 zu Art. 338 OR, N 4 zu Art. 339 OR.

⁸³ RICKENBACH (FN 56), 77.

⁸⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 3 zu Art. 323 OR und N 2 zu Art. 339 OR je mit Hinweisen.

⁸⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 13), N 8 zu Art. 341 OR. Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Schweiz wegen der Verjährungsproblematik bei Asbestfällen gerügt hatte, Urteil vom 11. März 2014, Nr. 52067/10

dernis der Fälligkeit in den hier interessierenden Konstellationen immer erfüllt.

Die Geldforderungen der Erben gegenüber der Arbeitgeberin⁹⁵ können grundsätzlich mit den Geldforderungen der Arbeitgeberin gegenüber den Erben⁹⁶ verrechnet werden. Art. 323b Abs. 2 OR sieht vor, dass die Arbeitgeberin Gegenforderungen mit Lohnforderungen des Arbeitnehmers nur soweit verrechnen darf, als diese pfändbar sind. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht für Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden, die unbeschränkt verrechnet werden dürfen (letzter Teilsatz von Art. 323b Abs. 2 OR)⁹⁷. Die Verrechnungsbeschränkung von Art. 323b Abs. 2 OR gilt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses⁹⁸ und muss m.E. auch mit Bezug auf die auf die Erben übergehenden Lohnforderungen gelten⁹⁹.

Mangels gleicher Parteien¹⁰⁰ ist die Verrechnung der Forderungen der Arbeitgeberin gegenüber den Erben¹⁰¹ mit den Forderungen der Anspruchsberechtigten nach Art. 338 Abs. 2 OR auf Lohnnachgenuss in der Regel ausgeschlossen. Liegen ausnahmsweise identische Parteien vor, muss m.E. die Verrechnungsbeschränkung von Art. 323b Abs. 2 OR auch den – der Existenzsicherung der Anspruchsberechtigenden dienenden – Lohnnachgenuss erfassen.

An der Identität der sich gegenüberstehenden Parteien kann es auch bei den Forderungen der Angehörigen aus eigenem Recht auf Genugtuung und Versorgerschaden¹⁰² fehlen. Ist diese gegeben, ist mit Bezug auf den Versorgerschaden der Verrechnungsausschluss von Art. 125 Ziff. 2 OR zu beachten¹⁰³. Genugtuungsforderungen fallen hingegen nicht unter den Verrechnungsausschluss¹⁰⁴.

C. Auszahlungen, Lohnausweis und Rentenbescheinigung

Der Lohn und weitere den Erben zustehende Geldbeträge¹⁰⁵ werden in der Regel auf das Lohnkonto des ver-

storbenen Arbeitnehmers überwiesen. Gleiches gilt für die Überweisung allfälliger Familienzulagen, die in der Praxis als Einmalzahlung erfolgt¹⁰⁶. Die Auszahlung des Lohnnachgenusses¹⁰⁷ erfolgt demgegenüber nicht auf das Lohnkonto des verstorbenen Arbeitnehmers, sondern – nach erfolgter Abklärung der Berechtigung – durch Einmalzahlung auf das von einem oder mehreren Anspruchsberechtigten angegebene Konto.

Die ab dem 1. Januar (bzw. bei unterjährigem Eintritt ab dem späteren Eintrittsdatum) bis zum Todestag entstandenen Ansprüche des Arbeitnehmers sind – soweit deklarationspflichtig – auf dem Lohnausweis für den verstorbenen Arbeitnehmer aufzuführen¹⁰⁸.

Für den Lohnnachgenuss muss für jeden einzelnen Anspruchsberechtigten eine separate Rentenbescheinigung ausgefüllt werden. Der Betrag ist unter Ziff. 4 (Kapitalleistungen) mit dem Vermerk «Besoldungsnachgenuss» aufzuführen. Als Lohnperiode ist der Monat anzugeben, in dem die Auszahlung erfolgte, bei mehreren Monatsraten die Gesamtdauer¹⁰⁹.

D. Erstklassprivileg und Insolvenzenschädigung

Das Erstklassprivileg nach Art. 219 Abs. 4 lit. a, a^{bis} und a^{ter} SchKG bleibt beim Übergang der privilegierten Forderungen auf die Erben erhalten¹¹⁰. Zu den nach Art. 219 Abs. lit. a SchKG privilegierten Forderungen gehört auch der Lohnnachgenuss¹¹¹. Auch Forderungen gegen die Masse gehen mit dem Tod des Arbeitnehmers auf die

¹⁰⁶ Vgl. VI.A.6.3.2.

¹⁰⁷ Vgl. VI.A.

¹⁰⁸ Fragen und Antworten zum Lohnausweis, 20. Januar 2010, Tabelle 3/4/1/S. 7; abrufbar unter: <http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00385/index.html?lang=de>. Steuern, die der verstorbene Arbeitnehmer schuldet, auch die noch nicht veranlagten direkten Steuern pro rata temporis bis zum Todestag, sind Erbschaftsschulden, DRUEY (FN 4), 187.

¹⁰⁹ Fragen und Antworten zum Lohnausweis, 20. Januar 2010, Tabelle 3/4/1/S. 7; abrufbar unter: <http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00385/index.html?lang=de>. Steuerpflichtig sind die Anspruchsberechtigten. Im Kanton St. Gallen unterliegt der Lohnnachgenuss einer vollen Jahressteuer und wird gesondert besteuert. Beim Bund erfolgt die Besteuerung zu einem Fünftel der Tarife, Art. 36 lit. b StG bzw. Art. 23 lit. b DBG, Art. 52 StG bzw. Art. 38 DBG, Steuerbuch St. Gallen, StB 36 Nr. 7. Falls der Anspruchsberechtigte quellensteuerpflichtig ist, ist vom Lohnnachgenuss die Quellensteuer in Abzug zu bringen.

¹¹⁰ FRANCO LORANDI, Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352, 2. A., Basel 2010, N 61 zu Art. 219 SchKG; zur Liste mit den privilegierten Arbeitnehmerforderungen vgl. N 166 ff. zu Art. 219 SchKG.

¹¹¹ LORANDI (FN 110), N 167 zu Art. 219 SchKG.

⁹⁵ Vgl. IV.B.

⁹⁶ Vgl. V.B.

⁹⁷ Vgl. ausführlich zur Verrechnungsbeschränkung ANGELA HENSCH, Die Sicherung des Lohnes, AJP/PJA, 2014, 751 ff.

⁹⁸ PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009, N 7 ad art. 323b CO.

⁹⁹ Vgl. Art. 93 Abs. 1 SchKG, der das betriebsrechtliche Existenzminimum für den Schuldner und auch für seine Familie schützt.

¹⁰⁰ Vgl. VI.A.a.E.

¹⁰¹ Vgl. V.B.

¹⁰² Vgl. VI.B.

¹⁰³ BREHM (FN 19), N 98 zu Art. 45 OR.

¹⁰⁴ BGE 88 II 299 E. 6.

¹⁰⁵ Vgl. IV.B.

Erben über (Art. 211 Abs. 2, Art. 211a Abs. 2, Art. 310 Abs. 2 SchKG).

Beim Tod des Arbeitnehmers bereits bestehende Ansprüche auf Insolvenzenschädigung (Art. 51 ff. AVIG) gehen auf die Erben über¹¹². Lehre und Rechtsprechung befassen sich nicht mit der Frage, ob der Lohnnachgenuss von der Insolvenzenschädigung gedeckt ist. Meines Erachtens ist dies nicht der Fall, weil die Insolvenzenschädigung nur den Lohnausfall für effektiv geleistete Arbeit während der Zeit, in der der Arbeitnehmer der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen kann, erfasst¹¹³.

E. Auskunftsrecht nach Datenschutzgesetz

Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG ist höchstpersönlich und nicht vererblich¹¹⁴. Wird jedoch Auskunft über Daten von verstorbenen Personen verlangt, ist sie zu erteilen, wenn der Gesuchsteller ein Interesse an der Auskunft nachweist und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Person oder von Dritten entgegenstehen. Nahe Verwandtschaft sowie Ehe mit der verstorbenen Person begründen ein Interesse (Art. 1 Abs. 7 VDSG).

Die aus dem Tod eines Arbeitnehmers Rechte ableitenden Personen haben somit ein Anspruch auf Auskunft und können von der Arbeitgeberin eine Kopie des Personaldossiers verlangen (Art. 8 Abs. 5 DSG). Die Auskunft kann erforderlich sein, um die Forderungen gegenüber der Arbeitgeberin zu quantifizieren (z.B. Forderungen auf fixen und variablen Lohn, Überstundenentschädigungen, Lohnnachgenuss) bzw. deren Zahlungen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen.

F. Eintragung Tod, Verschollenerklärung¹¹⁵

Der Tod einer Person wird primär durch das Zivilstandsamt erfasst (Art. 39 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 ZGB, Art. 7

ZStV). Die Eintragung erfolgt im Anschluss an die Meldung des Todesfalls (Art. 34a ff. ZStV); der Meldung ist eine ärztliche Bescheinigung beizulegen (Art. 35 Abs. 5 ZStV). Zuständig ist grundsätzlich das Zivilstandsamt am Ort des Todes (Art. 20a f. ZStV).

Der Tod einer Person kann, auch wenn niemand die Leiche gesehen hat, als erwiesen betrachtet werden, sobald die Person unter Umständen verschwunden ist, die ihren Tod als sicher erscheinen lassen (Art. 34 ZGB). Der Tod ist namentlich dann als sicher anzunehmen, wenn die Person nachweislich von einem besonderen Ereignis betroffen war, das notwendigerweise ihren Tod zur Folge haben musste (z.B. Flugzeugabsturz, Sturz in eine Gletscherspalte oder Verschüttung durch eine Lawine)¹¹⁶. Bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 34 ZGB kann mittels Gestaltungsklage die Eintragung des Todes im Personenstandsregister verlangt werden¹¹⁷. Zur Klage legitimiert sind alle Personen, die ein schützenswertes persönliches Interesse haben (Art. 42 ZGB)¹¹⁸.

Ist der Tod einer Person lediglich höchst wahrscheinlich, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langem nachrichtlos abwesend ist, kann einzig das Verfahren um Verschollenerklärung nach Art. 35 ff. ZGB eingeleitet werden. Das Gesuch kann nach Ablauf von mindestens einem Jahre seit dem Zeitpunkt der Todesgefahr oder von fünf Jahren seit der letzten Nachricht, von Personen, die aus dem Tod Rechte ableiten, angebracht werden (Art. 35, 36 Abs. 1 ZGB). Das Gericht hat jedermann, der Nachrichten über den Verschwundenen oder Abwesenden geben kann, in angemessener Weise öffentlich aufzufordern, sich binnen einer bestimmten Frist zu melden, wobei diese Frist auf mindestens ein Jahr seit der erstmaligen Auskündigung anzusetzen ist (Art. 36 Abs. 2 und 3 ZGB). Geht während der angesetzten Zeit keine Meldung ein, wird der Verschwundene oder Abwesende für verschollen erklärt, und es können die aus seinem Tod abgeleiteten Rechte geltend gemacht werden, wie wenn der Tod bewiesen wäre (Art. 38 Abs. 1 ZGB). Die Wirkung der Verschollenerklärung wird auf den Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht zurückbezogen (Art. 38 Abs. 2 ZGB).

Sofern die Arbeitgeberin eines verstorbenen Arbeitnehmers bis zum Tod zu Leistungen verpflichtet ist oder ihr Forderungen gegenüber dem Arbeitnehmer zustehen, kann sie m.E. ein schützenswertes Interesse daran haben,

¹¹² URS BURGHERR, Die Insolvenzenschädigung: Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, SZS, 2004, 58 f., der sich auch zur Problematik des im Zeitpunkt des Todes noch nicht eingetretenen Insolvenztatbestandes äussert.

¹¹³ BGE 137 V 96; BGE 132 V 82; Sozialversicherungsgericht Zürich, Entscheid vom 30. Juni 2010, AL.2008.00372; BGer vom 17. März 2008, 8C_244/2007; BGer vom 15. März 2012, 8C_713/2011.

¹¹⁴ RALPH GRAMIGNA/URS MAURER-LAMBROU, Allgemeine Datenschutzbestimmungen, Basler Kommentar Datenschutzrecht, Öffentlichkeitsgesetz, 3. A., Basel 2014, N 4 und 8 zu Art. 8 DSG.

¹¹⁵ Vgl. zum Ganzen Merkblatt des Bezirksgerichts Zürich zur Feststellung des Todes und zur Verschollenerklärung, abrufbar unter: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Person/Formulare_und_Merkblaetter/M_Todesfeststellung.pdf.

¹¹⁶ WOLF/GENNA (FN 1), 23.

¹¹⁷ FLAVIO LARDELLI, Das Recht der Persönlichkeit, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. A., Basel 2014, N 1 und 5 zu Art. 34 ZGB.

¹¹⁸ LARDELLI (FN 117), N 5 zu Art. 34 ZGB.

das Gesuch um Eintragung des Todes im Personenstandsregister oder um Verschollenerklärung zu stellen¹¹⁹.

G. Prozessrecht

Bei Streitigkeiten der Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers gegen die Arbeitgeberin handelt es sich nicht um erbrechtliche Klagen¹²⁰. Die Art der Klage ergibt sich aus dem Streitgegenstand (beispielsweise arbeitsrechtliche Klage¹²¹, Klage aus unerlaubter Handlung¹²² oder Anspruch aus Datenschutz¹²³).

Die Erbengemeinschaft ist nicht parteifähig; es haben die einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft als klagende oder beklagte Partei aufzutreten¹²⁴.

Willensvollstrecker, Erbschaftsverwalter oder Erbenvertreter haben auch die Befugnis zur Prozessführung in Zivilprozessen¹²⁵. Diese Vertreter treten, soweit ihnen die Verwaltung der betreffenden Erbschaftswerte zusteht, in Aktiv- und Passivprozessen der Erben nicht etwa als blosse Stellvertreter, sondern als Prozessstandschafter in eigenem Namen und als Partei anstelle und unter Ausschluss der Erben auf¹²⁶.

Stirbt ein Arbeitnehmer im Verlauf eines Zivilprozesses, treten die Erben i.d.R. ohne weiteres in den Prozess

ein, sofern sie die Erbschaft nicht ausschlagen und der Streitgegenstand nicht höchstpersönliche Ansprüche betrifft (Art. 83 Abs. 4 ZPO)¹²⁷. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Zeugnisanspruchs findet im Zeugnisprozess keine Rechtsnachfolge statt und die Erben sind nicht aktivlegitimiert¹²⁸.

VIII. Fazit

Im Kontext der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zufolge Todes eines Arbeitnehmers sind einige in der Praxis nicht selten übersehene Regelungen zu berücksichtigen. Deren Beachtung hilft den Verantwortlichen, im Todesfall rechtssicher zu verfahren und den Anspruchsberechtigten professionell zu begegnen.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht sind folgende Punkte wesentlich:

- Der Tod des Arbeitnehmers löst das Arbeitsverhältnis auf.
- Bereits bestehende, noch nicht erfüllte arbeitsvertragliche Ansprüche gehen auf die Erben über, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind.
- Die Schulden des verstorbenen Arbeitnehmers werden mit dem Erbgang zu persönlichen Schulden der Erben.
- Der Lohnnachgenuss steht den Anspruchsberechtigten nach Art. 338 Abs. 2 OR zu, wobei eine Anspruchshierarchie besteht und Verteilungsregeln zu beachten sind. Es besteht ein direkter Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin, der nicht dem Erbrecht unterliegt und grundsätzlich nicht sozialversicherungspflichtig ist.
- Die Erben des verstorbenen Arbeitnehmers und die Anspruchsberechtigten im Sinne von Art. 338 Abs. 2 OR können, müssen aber nicht identisch sein.
- Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Ansprüchen gegen die Arbeitgeberin und gegen Versicherungen sowie die zahlreichen Sonderfragen bedürfen einer Beurteilung im konkreten Einzelfall.

¹¹⁹ Zuständig ist das Gericht am letzten Wohnsitz der verschwundenen Person, Art. 21 ZPO. Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung, Art. 248 lit. e, Art. 249 lit. a Ziff. 3 ZPO.

¹²⁰ KUKO ZPO-ULRICH HAAS/YAËL STRUB, in: Kurzkomentar ZPO, Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), 2. A., Basel 2013, N 3 zu Art. 28 ZPO.

¹²¹ Vgl. IV., V.; auch Streitigkeiten betreffend den Lohnnachgenuss, VI.A. sind arbeitsrechtlicher Natur, vgl. Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. April 2014, RA140010-O/U. Art. 34 f. ZPO; vereinfachtes Verfahren bis zum Streitwert von CHF 30'000; Art. 243 Abs. 1 ZPO; Art. 244 ff. ZPO, mit Besonderheiten des Arbeitsprozesses: Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2, Art. 153, 229 Abs. 3, Art. 113 Abs. 2 lit. d, Art. 114 lit. e ZPO.

¹²² Vgl. VI.B. Art. 36 ff. ZPO; vereinfachtes Verfahren bis zum Streitwert von CHF 30'000; Art. 243 Abs. 1, Art. 244 ff. ZPO.

¹²³ Vgl. VII.E. Art. 20 lit. d, Art. 243 Abs. 2 lit. d, Art. 244 ff., 247 Abs. 2 lit. a; Art. 153, 229 Abs. 3 ZPO; vereinfachtes Verfahren.

¹²⁴ KUKO ZPO-TANJA DOMEJ (FN 120), N 8 zu Art. 66 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz 3.32. Es liegt eine aktive notwendige Streitgenossenschaft vor (Art. 70 ZPO); bei Passivprozessen liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor, sondern jeder Erbe kann bei Forderungsprozessen aufs Ganze eingeklagt werden (Art. 603 Abs. 1 ZGB); ERNST STAHELIN/SILVIA SCHWEIZER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Zürich 2014, N 27 zu Art. 66 ZPO, N 41 zu Art. 70 ZPO.

¹²⁵ THOMAS WEIBEL, Praxiskommentar, Erbrecht, 2. A., Basel 2011, N 37 zu Art. 602 ZGB mit Hinweisen.

¹²⁶ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 124), Rz 3.84; THOMAS WEIBEL (FN 125), N 37 zu Art. 602 ZGB mit Hinweisen.

¹²⁷ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (FN 124), Rz 3.75; WOLF/GENNA (FN 1), 29; DANIEL SCHWANDER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Zürich 2014, N 40 zu Art. 83 ZPO.

¹²⁸ Vgl. IV.C.; Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 25. Mai 2012, JAR 2013, 444 f.