

überreicht von

credor   
GRUPPE

## Gerichtliche Festlegung von Bonuskriterien bei einem lückenhaften Arbeitsvertrag

Das Bundesgericht hatte einen Arbeitsvertrag auszulegen, der für die beiden Anstellungsjahre 1999 und 2000 einen Bonus vorsah (1999: CHF 850'000 als Entschädigung des Bonusausfalls aus der früheren Anstellung; 2000: mind. CHF 850'000). Für die folgenden Jahre wurde ein Bonus weder festgelegt noch ausgeschlossen. Nach der Entlassung klagte der Arbeitnehmer auf Auszahlung eines Bonus für das Jahr 2002, nachdem er im Jahr 2001 ebenfalls wieder einen Bonus erhalten hatte.

Fraglich war unter anderem, ob das Schweigen für die Folgejahre ein Qualifiziertes war, d.h. ob die Parteien einen Bonus ausgeschlossen hatten.

Das BGer betrachtete den **Vertrag**, wie das vorinstanzliche OGer ZH, als **lückenhaft**, weil die Parteien auf Grund der Umstände (marktübliche Löhne, Bonuspolitik der Arbeitgeberin) wenigstens grundsätzlich von Bonuszahlungen auch für die Folgejahre ausgegangen seien. Das OGer ZH hatte die Vertragslücke durch die Annahme gefüllt, die

Arbeitgeberin hätte sich einem vertraglichen Anspruch auf Bonuszahlungen angesichts der für die ersten beiden Jahre vereinbarten Boni in beträchtlicher Höhe kaum widersetzen können. Sie hätte den Bonus nur von **Bedingungen** abhängig machen können. Beachtliche Kriterien wären der **Geschäftsgang** und die **persönliche Leistung** des Arbeitnehmers gewesen. Folglich sei der Vertrag durch die Regel zu ergänzen, dass ein Bonusanspruch bestand, aber abhängig von diesen Kriterien (unechte Gratifikation).



Das BGer schützt dieses Urteil vor dem Hintergrund seiner Rechtsprechung, dass die Verweigerung einer Gratifikationszahlung gegen das individuelle Diskriminierungsverbot verstossen kann und angesichts der Lehrmeinung, ein Arbeitnehmer könne eine betriebliche Übung betr. Gratifikation grundsätzlich auch für sich in Anspruch nehmen.

Der Arbeitsvertrag sah

schliesslich einen Wegfall des Bonus vor bei einer Kündigung "for cause", d.h. aus wichtigem Grund. Konkret war die Kündigung jedoch auf Grund unterschiedlicher Verhandlungspositionen betr. Wechsel des Arbeitsorts erfolgt. Ein wichtiger Grund lag nicht vor. Das BGer liess deshalb auch die Frage **ausdrücklich offen**, ob der Bonus nicht angesichts seiner **relativen Höhe** (rund CHF 800'000 im Verhältnis zum Fixlohn von CHF 270'000) **als Lohn zu qualifizieren** war, wodurch die Wegfallklausel ohnehin nichtig gewesen wäre.

Will man sich als Arbeitgeber vor den Rechtsfolgen der stillschweigenden Annahme eines Lohnbestandteils schützen, so muss **regelmässig** bei der Ausrichtung der Gratifikation bzw. des Bonus darauf hingewiesen werden, dass dieser **freiwillig ausbezahlt** wird. Dieser Hinweis gehört auf jede einzelne Auszahlung, z.B. in den jährlichen Lohnbrief oder in die Lohnabrechnung des Auszahlungsmonats.

Es genügt nicht, nur im Arbeitsvertrag oder im Anstellungsreglement den Vorbehalt der Freiwilligkeit anzubringen. Gemäss BGer ist der Vorbehalt nur dann wirksam, wenn er **bei der Auszahlung an-**

gebracht wird. (Quelle: BGE 4A\_356/2011)

## Zulässiger Vereinsausschluss ohne Angabe von Gründen

Schliesst ein Verein ein Mitglied gestützt auf eine Bestimmung in den Statuten aus, wonach ein Vereinsausschluss wegen Verletzung der Statuten zulässig ist, kann dies nicht materiell angefochten werden. Eine Anfechtung ist nur wegen Verfahrensmängeln oder Rechtsmissbrauch möglich.

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung bestätigt, wonach allgemein formulierte Ausschlussgründe gleich zu behandeln sind wie eine Vereinsregel, wonach ein Ausschluss ohne Angabe von Gründen zulässig ist.

Das Bundesgericht beruft sich auf den historischen Gesetzgeber, der das Prinzip der Vereinsautonomie möglichst umfassend umsetzen wollte. Auch vage formulierte Ausschlussklauseln sind zu erlauben, meinte das Gericht. Denn wer einem solchen Verein beitrifft, der unterwirft sich diesem Ausschlussregime. (Quelle: BGE 5C\_136/2004 vom 9.12. 2004) ■



## Aufbewahrungspflichten in speziel-

## len Fällen

Die gängigen 10-jährigen Aufbewahrungspflichten von Geschäftsbüchern sind hinlänglich bekannt.

Weniger bekannt sind die folgenden Sonderfälle:

- Heimarbeitsgesetz: die schriftlichen Abrechnungen der Heimarbeiter müssen von **beiden** Parteien während fünf Jahren aufbewahrt werden
- Papiere über den **Gesundheitszustand** des Arbeitnehmers sind höchstens fünf Jahre aufzubewahren, nachher müssen sie vernichtet werden
- **E-Mails, SMS, Xing, LinkedIn** Nachrichten usw. sind unter Umständen geschäftsrelevant und müssten 10 Jahre aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung und Organisation dieser Nachrichten ist eine Herausforderung für die IT-Verantwortlichen und verlangt eine genaue Anweisung an die Mitarbeiter, wie mit elektronischen geschäftsrelevanten Nachrichten umzugehen ist
- bei der **Liquidation** eines Unternehmens gilt ebenfalls die 10-jährige Aufbewahrungspflicht. Die Liquidatoren sind persönlich verpflichtet, einen sicheren Ort für die Geschäftsbücher zu finden, deshalb muss dafür eine entsprechende Liquiditätsreserve einberechnet werden
- **Zolldokumente** müssen seit Januar 2008 nicht mehr im Original

aufbewahrt werden

- das aktuelle Gesetz (Art. 957 OR in Verbindung mit Geschäftsbücherverordnung; GebÜV) verlangt, dass die **gesamte** Geschäftskorrespondenz aufzubewahren ist, obwohl sie für die Buchführung in vielen Fällen ohne Erkenntniswert ist.

Darüber hinaus ist bei Thermobelegen, wie man sie im Detailhandel erhält zu empfehlen, eine Papierkopie zu machen und an den Originalbeleg zu heften, da der Text nach ein paar Jahren erlischt. ■



## Unrechtmässig bezogene Kapitalleistungen aus der 2. Säule werden besteuert

Im Juni 2011 entschied das Bundesgericht, dass eine Kapitalleistung nur dann privilegiert besteuert wird, wenn die Auszahlung rechtmässig erfolgt ist. Dabei ging es um einen Steuerpflichtigen, der sich sein BVG-Kapital infolge Aufnahme einer selbst-

ständigen Erwerbstätigkeit ausbezahlen liess. Im Rahmen der späteren Steueranlagung hat das Steueramt festgestellt, dass tatsächlich nur für sehr kurze Zeit, nämlich für zwei Monate, eine selbstständige Tätigkeit bestand, in diesem Zeitraum aber keine Einkünfte aus dieser Tätigkeit erzielt wurden.

Das Bundesgericht entschied, dass im vorliegenden Fall keine selbstständige Tätigkeit aufgenommen wurde. Somit erfolgte die Auszahlung der Vorsorgegelder unrechtmässig. Da das bezogene Kapital auch nicht zurückbezahlt wurde, wurde der Betrag zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert.

Dieser Entscheid zeigt, dass sich das Steueramt mehr Zeit zur Prüfung einer selbstständigen Tätigkeit nehmen kann als die Pensionskassen. Für den Steuerpflichtigen bedeutet dieser Entscheid, dass die Aufnahme einer Scheinselbstständigkeit oder ein nur sehr kurzer Wegzug ins Ausland steuerliche Folgen nach sich ziehen kann. (Quelle: BGE 2C\_156/2010 vom 7.06.2011) ■



## Konkurrenzverbot wird bei Arbeitgeberkündigung aufgehoben

Oft wird übersehen, dass eine **Kündigung durch den Arbeitgeber** automatisch zum Wegfall des Konkurrenzverbotes führt. Auch wenn der Kündigungsentscheid vom Mitarbeitenden ausgeht und die Parteien übereinkommen, dass die formelle Kündigung von Arbeitgeber ausgesprochen wird, verliert der Arbeitgeber das Konkurrenzschutzverbot.

Bei der **Kündigung des Arbeitnehmers** ist es gerade umgekehrt. Hier müsste der Mitarbeitende beweisen, dass ihm der Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat. Nur dann würde das Konkurrenzverbot entfallen. Sonst bleibt es gemäss Arbeitsvertrag bestehen.

Bei einem **Aufhebungsvertrag** muss explizit auf den Fortbestand des Konkurrenzverbotes hingewiesen werden, wenn es dem Parteiwillen entspricht.

Vorsicht ist auch bei der Schlussformulierung im **Arbeitszeugnis** geboten. In vielen Zeugnissen findet man die Standardformulierung: „Frau Y verlässt unser Unternehmen frei von jeder Verpflichtung.“ Verschiedene Gerichte haben diese Formulierung als verbindlichen Verzicht auf das Konkurrenzverbot gewertet. Deshalb ist auf diese Floskel besser zu verzichten.

Schliesslich hat das Bezirksgericht St. Gallen auch schon einmal entschieden, dass das längere Dulden einer konkurrenzierenden Tätigkeit einen Verzicht auf das Konkurrenzverbot darstelle.

Der Arbeitgeber, der sich gegen eine Konkurrenzverbotsverletzung wehren will, muss deshalb **sofort** dem ehemaligen Mitarbeitenden ein Protestschreiben mit Klageandrohung zustellen. ■



## MWSTG: Die unternehmerische Tätigkeit

Am 11. April 2012 hat die ESTV einen ersten Entwurf eines Auszugs aus dem MWST-Info 02 "Steuerpflicht" aufgeschaltet. Der Auszug beinhaltet im Wesentlichen den Versuch einer **Abgrenzung von unternehmerischen und nicht unternehmerischen Tätigkeiten**.

Im Fokus stehen dabei insbesondere Leistungen, für die keine oder offensichtlich zur Kostendeckung nicht ausreichende Entgelte verlangt werden. Solche Situationen können insbesondere bei NPO (Non-Profit oder gemeinnützige Organisationen) vorliegen.

Dabei gilt es zunächst an den Wortlaut des **Art. 28 Abs. 1 MWSTG** zu erinnern: Eine unternehmerische Tätigkeit berechtigt grundsätzlich zum Vorsteuerabzug (soweit sie nicht von der Steuer ausgenommen ist). Im Umkehrschluss bedeutet dies,

dass nicht unternehmerische Tätigkeiten nicht zum Vorsteuerabzug berechtigen.

Eine wohltätige Stiftung, die gratis Mahlzeiten an Obdachlose abgibt und sich nur über Legate und Spenden finanziert, gilt als nicht unternehmerisch tätig und kann auf ihren Aufwendungen keine Vorsteuern geltend machen. Sie wird gar nicht erst ins MWSt-Register eingetragen. Wie verhält es sich aber, wenn sie pro abgegebene Mahlzeit 20 Rappen verlangt? Es dürfte allen klar sein, dass dieser Betrag zur Kostendeckung keinesfalls ausreicht, aber es liegt zweifelsfrei ein (symbolisches) Entgelt für eine erbrachte Leistung vor.

Auch hier erinnern wir uns: **Gewinnstrebigkeit** ist keine Bedingung für das Vorliegen einer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne von Art. 10 MWSTG. Gilt mit einem Beitrag von 20 Rappen pro Mahlzeit die Tätigkeit der Stiftung nun aber - mit Anspruch auf Vorsteuerabzug auf den Vorleistungen - als unternehmerisch im Sinne des MWSTG? Zweifel sind angebracht.

Nicht zuletzt um die Klärung dieser und ähnlicher Fragen geht es im besagten Entwurf. Gemäss **Art. 10 MWSTG** betreibt ein Unternehmen, wer:

- eine auf die nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen ausgerichtete berufliche oder gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt und unter eigenem Na-

men nach aussen auftritt.

Laut vorliegendem Entwurf wird eine **unternehmerische Tätigkeit** namentlich dann **verneint**, wenn die Erzielung von Einnahmen aus Leistungen **kein primär verfolgtes Ziel** darstellt. Das soll insbesondere dann der Fall sein, "wenn absehbar ist, dass die Aufwendungen für eine Tätigkeit dauerhaft nicht mindestens zu 25% durch Einnahmen aus Leistungen, sondern zu mehr als 75% durch Nichtentgelte wie Spenden, Subventionen, Querfinanzierungen, Kapitaleinlagen usw. gedeckt werden, ohne dass ein konkreter unternehmerischer Grund besteht.»

Die Einhaltung dieser Kriterien soll jedoch nicht je Rechtsträger (z.B. eine Stiftung), sondern gegebenenfalls für einzelne Tätigkeitsbereiche (Betriebszweige, Sparten) eines Rechtsträgers geprüft werden. Betreibt also eine Stiftung nebst der Abgabe von Mahlzeiten für 20 Rappen (erster Betriebszweig) noch einen Laden (zweiter Betriebszweig), kann das bedeuten, dass die Mahlzeitenabgabe als nicht unternehmerisch (ohne Anspruch auf Vorsteuerabzug auf Vorleistungen), der Laden demgegenüber als unternehmerisch (mit Anspruch auf Vorsteuerabzug auf Vorleistungen) eingestuft wird.

Die ESTV bemüht sich, mit zahlreichen Beispielen aufzuzeigen, wie sie ihre Ausführungen auszulegen gedenkt.



Dennoch stellen sich Fragen:

Wie sind zukunftsbezogene Begriffe wie «**absehbar**» oder «**dauerhaft**» zu interpretieren? Werden damit **Businesspläne**, die **bei NPO** naturgemäss selten bestehen, von zentraler Bedeutung?

Was wird unter einem «**konkreten unternehmerischen Grund**» verstanden, der beispielsweise bei Kapitaleinlagen oder Quersubventionierungen von Bedeutung ist?

Wie wird vorgegangen, wenn Buchhaltungen von Rechtsträgern mit mehreren Tätigkeitsbereichen **keine Spartenkontrollrechnungen** zulassen?

Wir halten fest, dass der publizierte Entwurf (noch) keine Rechtsverbindlichkeit entfaltet. Änderungen sind somit noch möglich. Trotzdem fragen wir uns schon heute:

Wie immer die Definition der unternehmerischen Tätigkeit aussehen wird: **Wird sie rückwirkend auf den 1.1.2010 angewandt?**

Das könnte zur Folge haben, dass in den letzten Jahren getätigte Vorsteuerabzüge wegen Verneinung einer unternehmerischen Tätigkeit zurückerstattet werden müssten,

während bezüglich Umsatzsteuer der Grundsatz von Art. 27 MWSTG (eine ausgewiesene Steuer ist eine geschuldete Steuer) zur Anwendung käme.

Bei Anwendern der bei Stiftungen und Vereinen häufig gebräuchlichen Pauschalsteuersatzmethode könnte eine nachträgliche Aberkennung der unternehmerischen Tätigkeit sogar zu Steuernachforderungen im Umfang der Differenz zwischen der (zu den gesetzlichen Steuersätzen) ausgewiesenen und der (zu Pauschalsteuersätzen) abgerechneten Steuer führen.

Noch ist es nicht soweit, aber der Mahnfinger ist oben!

#### **Fazit:**

Die ESTV ist nicht zu beneiden. Die Aufgabe, die sie gerade in diesem Bereich übernommen hat, ist schwierig lösbar. Was immer sie zum Thema publizieren wird, dürfte Kritik hervorrufen.



## **Elektronische Fristerstreckung für Mehrwertsteuer bei der ESTV**

Ab sofort können Steuerpflichtige und deren Vertreter **Fristerstreckungs-gesuche** für die verspätete Einreichung der Abrechnung und/oder die verspätete Zahlung über ein **elektronisches Formular online** einreichen.

Mit dem Formular können Abrechnungs- und Zahlungsfristen beantragt werden. Folgende Punkte sind zu beachten:

- Fristerstreckungen können erst beantragt werden, nachdem der Steuerpflichtige das **Abrechnungsfornular** erhalten hat.
- Gemäss Mehrwertsteuergesetz ist ab dem Fälligkeitsdatum ein **Verzugszins** geschuldet.
- Für jede Firma und Abrechnungsperiode ist ein **separates** Fristerstreckungsformular einzureichen.
- Fristerstreckungen bis zwei Wochen nach dem Fälligkeitsdatum werden stillschweigend gewährt. Es ist **kein** Fristerstreckungsformular einzureichen.
- Nach Erhalt eines allfälligen Schlussprotokolls können **keine** Fristen mehr beantragt werden.

Das Formular ist unter [www.estv.admin.ch/mwst/dienstleistungen](http://www.estv.admin.ch/mwst/dienstleistungen) -> Formulare zu finden. ■

## **Impressum**

### **backup**

erscheint monatlich

### **Herausgeber**

Credor Holding AG

Railcenter

Säntisstr. 2

CH-9500 Wil

Telefon: 071 914 71 71

Telefax: 071 914 71 79

E-Mail: [info@credor.ch](mailto:info@credor.ch)

Internet: [www.credor.ch](http://www.credor.ch)

Trotz gewissenhafter Bearbeitung und sorgfältiger Recherche kann keine Haftung für den Inhalt der Beiträge übernommen werden. Konsultieren Sie im Zweifelsfall eine unserer Fachpersonen.