

Aktuelle Entscheide – décisions actuelles

STEUERRECHT

DROIT FISCAL

■ Kein Steuerabzug für ärztlich verordnete mediterrane Diät

Laut Bundesgericht entspricht fettarme Kost mit viel Gemüse und Obst heute den normalen Essgewohnheiten weiter Bevölkerungskreise. Deshalb könne nicht von krankheitsbedingten und damit abzugsfähigen Mehrkosten gesprochen werden.

Art. 33 Abs. 1 lit. h und Art. 34 lit. a DBG
(BGer., 14.04.08 (2C_722/2007), Jusletter 14.07.08)

■ Le Tribunal fédéral refuse une déduction pour des fruits et légumes: Une diète ne justifie pas un allègement de la charge fiscale

A la diète sur le conseil de son médecin, un contribuable n'obtiendra plus de déduction fiscale pour l'achat de fruits et légumes. Le Tribunal fédéral l'a débouté en dernière instance.

Art. 33 al. 1 let. h et art. 34 let. a LIFD
(TF, 14.04.08 (2C_722/2007), Jusletter 14.07.08)

■ Weiterbildungskosten. Berufsbegleitendes Betriebsökonomiestudium FH

Als Weiterbildungskosten abziehbar sind Auslagen, die im Rahmen des bereits erlernten und ausgeübten Berufs anfallen. Dazu gehören auch Fortbildungskosten zur Sicherung der bisherigen Stelle, welche im Wesentlichen keine zusätzlichen Berufschancen vermitteln. Auslagen für eine Fortbildung, die zum Aufstieg in eine eindeutig vom bisherigen Beruf zu unterscheidende höhere Berufsstellung (sog. Berufsaufstiegskosten) oder gar zum Umstieg in einen anderen Beruf dienen, sind keine Weiterbildungskosten. Auch Auslagen, die anfallen, um die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse zur Ausübung eines eigentlichen Berufs zu erlernen (z. B. Lehre, Handelsschule, Matura, Studium, Nachdiplomstudium usw.) sind nicht abziehbare Ausbildungskosten.

Das in casu absolvierte Fachhochstudium eines Steuerrevisors geschieht zwar berufsbegleitend und liegt auch im Interesse des Arbeitgebers. Es eröffnet jedoch dem Beschwerdeführer ein Wirkungsfeld, das weit über dasjenige seiner gegenwärtigen Tätigkeit als Steuerrevisor hinausgeht. Überdies hatte der Steuerpflichtige das Studium schon aufgenommen, bevor er die Stelle angetreten hat. Es handelt sich deshalb um nicht abziehbare Ausbildungskosten.

Art. 26 Abs. 1 lit. d und Art. 34 lit. b DBG
(BGer., 9.04.08, StE 2008, B 22.3 Nr. 96)

■ Abzug von Liegenschaftsunterhaltungskosten; Dumont-Praxis

Gemäss Dumont-Praxis sind die Aufwendungen, die ein Steuerpflichtiger zur Instandstellung einer neuerworbenen, vom bisherigen Eigentümer vernachlässigten Liegenschaft in den ersten 5 Jahren erbringt, nicht abziehbar. In casu ist die Dumont-Praxis – entgegen der Ansicht der Vorinstanzen – auf die nicht wertvermehrenden Aufwendungen nicht anwendbar. Gegen die Vernachlässigung sprechen u.a. die Nichterhöhung der Mietzinse nach der Renovation, der Umstand, dass die Liegenschaft ohne Unterbruch bewohnt war sowie etwa die unverändert gebliebene Nutzung der Bauten. Auch sind Kosten für Küchen- und Badezimmerneuerung sowie für Verbesserung der Isolation und der elektrischen Anlagen als Reparaturen zu verstehen, die eine zeitgemässe Wohnnutzung im bisherigen Umfang ermöglichen sollen. Auch aus dem Alter des über 100-jährigen Gebäudes allein kann nicht auf einen vernachlässigten baulichen Zustand geschlossen werden.

Art. 32 Abs. 2 DBG
(BGer., 26.05.08 (2C_673/2007), StR 2008, S. 720)

■ Vergleich der Steuerbelastung von alleinstehenden und zusammen veranlagten Personen

Für den Vergleich der Steuerbelastung von zusammen veranlagten und alleinstehenden Personen sind alle Faktoren zu berücksichtigen, welche die Steuerlast beeinflussen. Ein Tarifvergleich für sich allein ist nicht aussagekräftig; einzubeziehen sind auch sämtliche für die zusammen veranlagten Personen spezifischen Abzüge. Es ist nachvollziehbar, dass die Progressionskurve bei einer alleinstehenden Person am Anfang stärker ansteigen darf als bei zusammen veranlagten Personen, weil bei Letzteren zwei Personen den Lebensunterhalt aus dem Einkommen bestreiten müssen. Ausgangspunkt für einen Vergleich ist nicht die Steuerbelastung, sondern das Einkommen. Um zu einem schlüssigen Vergleich zu kommen, muss das Einkommen von Alleinstehenden um einen Faktor erhöht werden, sodass es auch für zwei Personen den gleichen Lebensstandard ermöglicht. Statistiken zeigen auf, dass dieser Faktor im Durchschnitt rund 1.4 beträgt. Es besteht aus diesen Gründen und in Anbetracht der dem Bundesgericht auferlegten Zurückhaltung kein Anlass, die Mehrbelastung der alleinstehenden Beschwerdeführerin von rund 300% gegenüber einem gleich verdienenden zusammen veranlagten Paar aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beanstanden.

Art. 8 Abs. 1 und Art. 127 Abs. 2 BV; Art. 11 Abs. 1 Satz 1 StHG

(BGer., 18.03.08, StE 2008, A21.16 Nr. 11)

■ Verrechnungssteuer; Emissionsabgabe – Entstehung der Steuerschuld (Verrechnungssteuer); Zuschüsse (Emissionsabgabe)

Wenn die von einer Gesellschaft beschlossene Dividende fällig ist, ist die Verrechnungssteuer geschuldet, auch wenn diese Gesellschaft später auf die Zahlung der Dividende verzichtet oder den Beschluss über die Gewinnverteilung abändert. Diese Steuer bleibt geschuldet, auch wenn der Verzicht vor der Fälligkeit der Steuerschuld erfolgt.

Der Beschluss über die Auszahlung einer Dividende ist eine unabänderliche Kompetenz der Generalversammlung. Deshalb kann nur sie einen solchen Beschluss rückgängig machen. Ein Aufhebungsbeschluss resultiert aus einer Meinungsänderung der Mehrheit der Aktionäre. Er wirkt deshalb nur ex nunc, und nicht ex tunc.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist nur dann realisiert und wirksam, wenn die Erfolgsrechnung genehmigt wird. Nur dann kann diese Leistung als fällig angeschaut werden, nur dann entsteht die resultierende Steuerschuld. Hingegen ist eine von einer Generalversammlung, aufgrund einer genehmigten Jahresrechnung, beschlossene Dividende am Datum fällig, das von der Generalversammlung bestimmt wird.

Auch wenn die Steuerpflicht, welche diesen beiden Arten von Leistungen entspricht, den gleichen Regeln unterliegt, entsteht sie somit nicht im gleichen Moment: Im ersten Fall entsteht sie mit der Genehmigung der Jahresrechnung, im zweiten mit der von der Generalversammlung bestimmten Fälligkeit. Die für die geldwerten Leistungen entwickelte Praxis erscheint somit nicht als eine Ausnahme, sondern als eine Präzisierung der rechtlichen Regelung. Sie ist auf eine fällige Dividendenausschüttung, worauf die Aktionäre verzichten, nicht übertragbar.

Ein Forderungsverzicht seitens des Aktionärs zugunsten seiner eigenen Gesellschaft muss grundsätzlich als ein Zuschuss betrachtet werden, welcher der Emissionsabgabe unterliegt. Der Verzicht auf die Zahlung einer fällig gewordenen Dividende, einem Forderungsverzicht gleich, stellt ebenfalls einen steuerbaren Zuschuss.

Art. 5 Abs. 2 lit. a StG

(BGer., 11.02.08 (2C_115/2007), StR 2008, S. 368)

■ **Impôt anticipé; droit de timbre d'émission – naissance de la créance fiscale (impôt anticipé); versement supplémentaire (droit de timbre d'émission)**

Si le dividende décidé par une société est échu, l'impôt anticipé est dû même si la société renonce ultérieurement au versement du dividende ou annule la décision relative à la répartition du bénéfice. Cet impôt est dû quand bien même la renonciation intervient avant l'échéance de la créance d'impôt.

La décision relative à la distribution d'un dividende étant une compétence inaliénable de l'assemblée générale, seule celle-ci peut annuler une telle décision. Une décision d'annulation, qui résulte du changement d'avis de la majorité des actionnaires, n'a qu'un effet *ex nunc* et non *ex tunc*.

Une distribution dissimulée n'est réalisée et ne devient effective qu'avec l'approbation des comptes. C'est à cette date que la prestation peut être considérée comme échue et que naît la créance d'impôt. En revanche, un dividende décidé par une assemblée générale, sur la base de comptes approuvés, est échu à la date fixée par cette assemblée. Ainsi, bien qu'obéissant aux mêmes règles, l'obligation fiscale relative à ces deux types de prestations ne prend pas naissance au même moment: dans le premier

cas, elle prend naissance avec l'approbation des comptes, dans le second, avec l'échéance du dividende fixée par l'assemblée générale. La pratique développée pour les prestations appréciables en argent n'apparaît pas comme une exception, mais comme une précision de la réglementation légale. Elle n'est pas transposable à la distribution d'un dividende échu à laquelle les actionnaires renoncent.

Un abandon de créance consenti par l'actionnaire en faveur de sa société doit en principe être considéré comme un versement supplémentaire soumis au droit de timbre d'émission. La renonciation au prélèvement d'un dividende exigible, qui équivaut à un abandon de créance, constitue également un versement supplémentaire.

Art. 5 al. 2 let. a LT

(TF, 11.02.08 {2C_115/2007}, RF 2008, p. 368)

■ **Mehrwertsteuer auf Drogenhandel**

Auch auf Umsätze aus dem Drogenhandel muss Mehrwertsteuer bezahlt werden. Laut Bundesgericht unterscheidet das Gesetz nicht zwischen legalen und illegalen Geschäften. Es hat die Beschwerden eines Zürcher Hanfladens abgewiesen.

Art. 27 Abs. 1 MWSTV

(BGer., 16.05.08 {2C_16/2008}, Jusletter 7.07.08)

■ **Le trafic de drogue est soumis à la TVA**

Le chiffre d'affaires provenant du commerce de stupéfiants est aussi soumis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Le Tribunal fédéral déboute le propriétaire d'un magasin de chanvre.

Art. 27 al. 1 OTVA

(BGer., 16.05.08 {2C_16/2008}, Jusletter 7.07.08)

■ **Unterstützungsabzug: Voraussetzungen**

Für die Gewährung des Unterstützungsabzugs muss die unterstützte Person erwerbsunfähig oder beschränkt erwerbsfähig sein. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die vollständige oder partielle Einschränkung der Erwerbsunfähigkeit grundsätzlich infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen eingetreten sein. Arbeitslosigkeit stellt somit grundsätzlich keine Unterstützungsbedürftigkeit im Sinn dieser Rechtsprechung dar. Darüber hinaus sind die Unterstützungsleistungen hinreichend nachzuweisen. Die Steuerbehörden dürfen im internationalen Verhältnis an den Nachweis der von den Steuerpflichtigen geltend gemachten Unterhalts- und Unterstützungsleistungen besonders strenge Anforderungen stellen.

§ 42 Abs. 1 lit. c Satz 1 StG LU

(Verwaltungsgericht LU, 17.03.08 {A 07 173}, StR

2008, S. 568)

■ **Einkommen aus beweglichem Vermögen; Emissionsdisagio**

Bei der in Frage stehenden Optionsanleihe handelt es sich um eine Anleihe, die aus einem durch einen Schuldtitel repräsentierten Obligationenteil (Bond) sowie aus einem in Optionschein verbrieften Optionsteil (Warrant) bestand. Was die Besteuerung betrifft, sind der Optionsteil und der Obligationenteil getrennt zu betrachten. Während ein allfälliger Kapitalgewinn auf der Option steuerfrei bleibt, folgt die Besteuerung der Obligation den allgemeinen Regeln. Es handelt sich demnach hinsichtlich des Obligationenteils – sowohl beim letztmals fällig gewordenen periodischen Zins wie auch beim Emissionsdisagio – um steuerbaren Vermögensertrag.

§ 20 Abs. 1 StG ZH; Art. 20 Abs. 1 DBG (BGer., 28.03.08 {2C_221/2008}, StR 2008, S. 590)

■ **Revenue de la fortune mobilière; disagio d'émission**

L'obligation à option sous examen est un emprunt consistant en une partie d'obligation (bond) représentée par une reconnaissance de dette ainsi qu'une partie d'option (warrant) garanti par une option. Pour ce qui est de l'imposition, les parties d'obligation et d'option doivent être considérées séparément. Un gain en capital éventuel réalisé sur l'option est libre d'impôts, alors que l'imposition de l'obligation suit les règles générales. Quant à la partie obligation, qu'il s'agisse de l'intérêt périodique échu pour la dernière fois, ou du disagio d'émission, ces revenus sont imposables au titre de revenus de la fortune mobilière.

§ 20 al. 1 LID ZH; art. 20 al. 1 LIFD (TF, 28.03.08, {2C_221/2008}, Rf 2008, p. 590)

■ **Abgrenzungen zwischen abzugsfähigen Weiterbildungskosten und nicht abzugsfähigen Ausbildungskosten**

Die von der Beschwerdeführerin, einer diplomierten Ärztin, geltend gemachten Kosten für Lehranalysen und Supervision wurden vom kantonalen Steueramt und der Steuerrekurskommission nicht als abzugsfähige Weiterbildungskosten anerkannt. Bei der Beurteilung der Abzugsfähigkeit der Kosten für Zusatzausbildungen ist nicht nur ein Vergleich zwischen der bestehenden Grundausbildung und den neu erworbenen Kenntnissen vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind auch der aktuell ausgeübte Beruf und die Auswirkungen der Zusatzausbildung auf die gegenwärtige und künftige Berufstätigkeit. Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen nicht untersucht, inwieweit die Pflichtige eine eigentliche und damit angestammte berufliche Tätigkeit in Psychiatrie und Psychotherapie ausgeübt hat. Infolgedessen kann nicht beurteilt werden, ob die Lehranalysen und die Supervision geeignet waren, die in der Berufspraxis der Pflichtigen bereits oder noch nicht vorhandenen Fachkenntnisse zu vertiefen oder zu erweitern. Die Beschwerde ist deshalb teilweise gutzuheissen und die Sache zur weiteren Untersuchung sowie zum Neuentscheid an die Steuerrekurskommission zurückzuweisen.

§ 26 Abs. 1 lit. d, § 27 Abs. 1 und § 33 lit. b StG ZH; Art. 9 Abs. 1 Satz 2 StHG

(Verwaltungsgericht ZH, 26.03.08 {SB.2007.109}, StR 2008, S. 566)

■ **Einkommenssteuer: Vorsorgebeiträge**

Damit Vorsorgebeiträge von den steuerbaren Einkünften abgezogen werden können, muss die Vorsorgeeinrichtung auch im überobligatorischen Bereich die Grundsätze der Kollektivität, Solidarität, Planmässigkeit, Angemessenheit und Gleichbehandlung erfüllen. Zusätzlich müssen die Risiken Alter, Invalidität und Tod abgesichert sein (Versicherungsprinzip).

§ 31 Abs. 1 lit. d StG ZH (Verwaltungsgericht Zürich, 19.12.07 {SB.2007.56}, ZStP 2008, S. 150)

■ **Einkommenssteuer: Beiträge von Nichterwerbstätigen für die obligatorische Unfallversicherung nach KVG**

Beiträge von Nichterwerbstätigen für die obligatorische Unfallversicherung nach KVG fallen nicht unter § 31 Abs. 1 lit. g StG und sind somit lediglich im Rahmen der Pauschalen steuermindernd zuzulassen.

§ 31 Abs. 1 lit. f und g StG ZH (Verwaltungsgericht Zürich, 12.12.2007 {SB.2007.41}, ZStP 2008, S. 158)

■ **Verkehrswertschätzung nicht kotierter Wertpapiere**

Sachlich bestimmt sich bei nicht kotierten Wertpapieren der Verkehrswert nach dem Reinvermögen der Gesellschaft, das letztlich auch Gegenstand einer allfälligen Veräusserung bilden würde. Wo keine Liquidation der Gesellschaft in nächster Zukunft durchgeführt wird, hat die Bewertung von den Grundsätzen auszugehen, die bei einer Fortführung der Gesellschaft massgebend sind. Bei Handels-, Indus-

trie- und Dienstleistungsgesellschaften ergibt sich der Unternehmenswert aus der doppelten Gewichtung des Ertragswerts und der einfachen Gewichtung des Substanzwerts zu Fortführungswerten. Als Ertragswert ist der kapitalisierte ausgewiesene Reingewinn der zwei letzten vor dem massgebenden Bewertungsstichtag abgeschlossenen Jahresrechnungen heranzuziehen, wobei der Reingewinn des letzten Geschäftsjahrs doppelt gewichtet wird. Um dem allgemeinen Unternehmerrisiko Rechnung zu tragen, wird der auf diese Weise errechnete Durchschnittsgewinn um 30% gekürzt. Die vorliegend angeführten Anhaltspunkte für die «erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass der Exklusivliefervertrag zwischen KG und der AG nur noch einige wenige Jahre bestehen bleibt», sind zu vage, um eine von der Wegleitung abweichende Bewertung zu rechtfertigen. § 51 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 StG ZH (Verwaltungsgericht ZH, 26.09.07, StE B 52.42 Nr. 4)

■ Handänderungssteuer: Kettenhandel

Aufgrund der Aufhebung der gesetzlichen Grundlage für die Handänderungssteuer sind Handänderungen, die nach dem 31. Dezember 2004 erfolgt sind, nicht steuerbar. Für den Zeitpunkt der ersten Handänderung bei einem Kettenhandel ist der Zeitpunkt des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts massgebend, mit welchem der Eigentümer des Grundstücks einem Dritten die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück verschafft hat. Die wirtschaftliche Verfügungsmacht über Grundeigentum geht bei Abschluss eines Kauf- oder Kaufrechtsvertrages durch den «Zwischenerwerber» auf diesen über. Dass dabei die vereinbarten Bedingungen für die Eigentumsübertragung nicht von Anfang an erfüllt sind, steht dem Übergang der wirtschaftlichen Verfügungsmacht nicht entgegen.

§ 227 Abs. 2 lit. a StG ZH

(Verwaltungsgericht Zürich, 19.12.07 (SB.2007.105), ZStP 2008, S. 170)

■ Besteuerung eines aus Deutschland stammenden Ruhegehalts in der Schweiz unter Progressionsvorbehalt

Art. 19 Abs. 1 DBA-D beinhaltet für Vergütungen, einschliesslich Ruhegehältern, die von einem Vertragsstaat u. a. für erbrachte Leistungen im öffentlichen Dienste gewährt werden, eine ausschliessliche Zuteilung des Besteuerungsrechts an den Schuldnerstaat. Diese Einkunft darf damit zwar nicht in die Bemessungsgrundlagen für die Besteuerung in der Schweiz einbezogen, sie darf aber zur Satzbestimmung berücksichtigt werden. Die Anwendung des Gesamtsteuersatzes ergibt sich aus Art. 7

Abs. 1 DBG. Der Progressionsvorbehalt kommt hier somit auch dann zur Anwendung, wenn er hier – wegen der ausschliesslichen Besteuerungszuteilung von Ruhegehältern aus «öffentlichem Dienst» in Art. 19 Abs. 1 DBA-D, der dem Methodenartikel vorgeht – allenfalls nicht direkt aus dem Methodenartikel 24 Abs. 2 DBA-D hergeleitet werden könnte.

Art. 19 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 DBA-D; Art. 7 Abs. 1 DBG

(BGer., 6.03.08 (2C_558/2007/2C_559/2007), StR 2008, S. 564)

SOZIALVERSICHERUNGSRECHT ASSURANCES SOCIALES

■ Verzugszinsregelung nach dem

Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003

Art. 41^{bis} Abs. 1 AHVV ist gesetzeskonform und bleibt auch nach Inkrafttreten von Art. 26 Abs. 1 ATSG anwendbar. Der Umstand, dass gemäss Art. 26 Abs. 1 ATSG der Verzugszins auf fälligen Beitragsforderungen geschuldet ist, während in dem bis 31. Dezember 2002 gültigen Art. 14 Abs. 4 lit. e AHVG, auf welchem Art. 41^{bis} Abs. 1 AHVV beruht, das Wort Fälligkeit nicht enthalten war, ändert nichts. Art. 26 Abs. 1 ATSG; Art. 41^{bis} Abs. 1 AHVV (BGer., 9.04.08 (9C_202/2007), BGE 134 V 202)

■ Réglementation en matière d'intérêts moratoires après l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003

L'art. 41^{bis} al. 1 RAVS est conforme à la loi et demeure également applicable après l'entrée en vigueur de l'art. 26 al. 1 LPGA. Quand bien même l'art. 14 al. 4 let. e LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), sur lequel est fondé l'art. 41^{bis} al. 1 RAVS, ne faisait pas mention de la notion d'échéance, cela ne change rien au fait que, suivant l'art. 26 al. 1 LPGA, sont soumises à la perception d'intérêts moratoires les créances de cotisations échues. Art. 26 al. 1 LPGA; art. 41^{bis} al. 1 RAVS (TF, 9.04.08 (9C_202/2007), ATF 134 V 202)

■ Beitragspflicht auf Mieterträgen von sich im Geschäftsvermögen befindenden Liegenschaften

Mieterträge aus Liegenschaften, die zum Geschäftsvermögen gehören, unterliegen kraft dieses Umstandes als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit der AHV-Beitragspflicht. Belassen die Erben Liegenschaften nach dem Erbgang im Geschäftsvermögen, so müssen sie sich AHV-rechtlich – gleich wie im Steuerrecht – eine selbstständige Erwerbstätigkeit entgegenhalten lassen, selbst wenn sie die Geschäftstätigkeit des Erblassers nicht fortsetzen.

Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 AHVG; Art. 17 und 23 AHVV; Art. 18 Abs. 2 DBG

(BGer., 28.04.08 (9C_538/2007), BGE 134 V 250)

■ Cotisations, revenu locatif provenant d'immeubles de la fortune commerciale

Le revenu locatif provenant d'immeubles appartenant à la fortune commerciale constitue du revenu provenant d'une activité indépendante soumis à cotisations. Les immeubles que les héritiers conservent dans leur fortune en qualité de biens commerciaux servent – à l'image du droit fiscal – à une activité lucrative indépendante au sens de la LAVS, quand bien même l'activité commerciale du défunt n'est pas poursuivie.

Art. 3 al. 1 et art. 9 al. 1 LAVS; art. 17 et 23 RAVS; art. 18 al. 2 LIFD

(TF, 28.04.08 (9C_538/2007), ATF 134 V 250)

■ Verjährung des Schadenersatzanspruchs

Der Umstand, dass die Ausgleichskasse (vorläufig) von einer Fortsetzung des Schadenersatzverfahrens Abstand genommen und sich das Recht vorbehalten hat, die Forderung zu einem späteren Zeitpunkt geltend zu machen, lässt ihre diesbezüglichen Befugnisse grundsätzlich unbeschadet. Das Prinzip des «ne bis in idem» wird nicht verletzt. Wenn eine Aktiengesellschaft zufolge fehlender Aktiven von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wird, gelten der Schaden und auch dessen Kenntnis – unter Vorbehalt anderweitiger Anhaltspunkte – mit der Publikation der Massnahme im Schweizerischen Handelsamtsblatt als eingetreten.

Art. 52 Abs. 3 AHVG; Art. 81 und 82 aAHVV; Art. 89 HRegV (in der bis zum 31. Dezember 2007 gültigen Fassung)

(BGer., 26.05.08 (9C_280/2007), BGE 134 V 257)

■ Prescription de la prétention en dommages-intérêts

Le fait que la Caisse de compensation ait (provisoirement) renoncé à continuer la procédure en dommages-intérêts, se réservant le droit de poursuivre l'action envers les organes au moment opportun, ne la prive pas d'une telle possibilité. Aucune violation du principe «ne bis in idem». En cas de radiation d'office d'une société anonyme pour manque d'actifs, le dommage et la connaissance de celui-ci interviennent – en l'absence d'autres éléments – au moment de la publication de la mesure dans la Feuille officielle suisse du commerce.

Art. 52 al. 3 LAVS; art. 81 et 82 aRAVS; art. 89 ORC (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007)

(TF, 26.05.08 (9C_280/2007), ATF 134 V 257)

■ Umfang der Hinterlassenenleistung an die geschiedene Person

Art. 46 Satz 1 VVK/SG, wonach sich die Ansprüche der geschiedenen Ehegatten «in Voraussetzung und Höhe nach den Vorschriften des BVG über die Ansprüche der geschiedenen Frau» richten, beschränkt den Anspruch auf Hinterlassenenleistungen auf die Minimalleistungen gemäss BVG, d.h. 60% der obligatorischen BVG-Rente des verstorbenen Ex-Ehegatten. Die – in casu gestützt auf Art. 46 Satz 2 VVK/SG anwendbare – Kürzungsregelung des Art. 20 Abs. 2 BVV 2 erlaubt die Anrechnung nur solcher Leistungen, welche durch den Tod des geschiedenen, unterhaltspflichtigen Ehegatten ausgelöst bzw. beeinflusst werden. Die AHV-Altersrente ist daher nicht bzw. lediglich im Umfange einer allfälligen, durch den Todesfall bedingten Erhöhung anrechenbar.

Art. 19 Abs. 3 BVG; Art. 20 BVV 2 (in den bis Ende 2004 gültig gewesenen Fassungen); Art. 46 der st. gallischen Verordnung vom 5. September 1989 über die Versicherungskasse für das Staatspersonal (VVK/SG) (BGer., 17.04.08 (9C_589/2007), BGE 134 V 208)

■ Droit du conjoint divorcé à des prestations de survivants

L'art. 46, 1^{re} phrase, du règlement, d'après lequel les droits des conjoints divorcés résultent, quant aux conditions et à l'étendue du droit aux prestations, des dispositions de la LPP sur les droits des femmes divorcées, limite le montant des prestations de survivants au niveau des prestations minimales selon la LPP, soit à 60% de la rente de la prévoyance professionnelle obligatoire du défunt conjoint. La réduction des prestations prévue à l'art. 20 al. 2 OPP 2 – applicable en vertu de l'art. 46, 2^e phrase, du règlement – n'autorise l'imputation de prestations d'autres assurances que dans la mesure où elles résultent du décès du conjoint divorcé débiteur d'entretien ou sont influencées par celui-ci. La rente de vieillesse de l'AVS n'a pas à être imputée, si ce n'est dans la mesure induite par les effets du décès.

Art. 19 al. 3 LPP; art. 20 OPP 2 (dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2004); art. 46 du règlement du 5 septembre 1989 sur la caisse d'assurance du personnel de l'Etat du canton de Saint-Gall (TF, 17.04.08 (9C_589/2007), ATF 134 V 208)

■ Relevante Arbeitsunfähigkeit

Auch bei langjährigen psychischen Problemen eines Versicherten, insbesondere auch Schubkrankheiten (i. c. Schizophrenie), ist einzig entscheidend, dass diese sich während des Berufsvorsorgeverhältnisses im Sinne einer relevanten Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Arbeits-

ausfällen oder Verminderung der Arbeitsleistungen bemerkbar machen. Nicht darunter fallen jedoch krankheitsbedingte Probleme und Verhaltensauffälligkeiten am Arbeitsplatz sowie eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung wegen Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten.

Art. 23 BVG (BGer., 11.02.08 (B 152/06), SZS 2008, S. 370)

■ Incapacité de travail significative

Même lorsque l'assuré souffre depuis de nombreuses années de problèmes psychiques, en particulier d'une maladie évoluant par poussées (en l'espèce la schizophrénie), seul est déterminant le fait que ces problèmes se sont manifestés, pendant les rapports de prévoyance professionnelle, en tant qu'incapacité de travail significative, en tant qu'interruptions de travail ou en tant que réduction des prestations que l'assuré est en mesure de fournir. Ne sont, toutefois, pas qualifiés comme tels les problèmes causés par la maladie, les comportements singuliers sur le lieu de travail ainsi que la résiliation immédiate des rapports de travail qui résulte du comportement de l'assuré et plus précisément d'une violation de ses obligations de travailleur.

Art. 23 LPP (TF, 11.02.08 (B 152/06), RSAS 2008, p. 370)

■ Leistungskürzung durch Pensionskasse

Eine Leistungskürzung durch die Pensionskasse wegen schweren Selbstverschuldens ist laut Gesetz und Reglement nicht zulässig, wenn nicht auch die AHV/IV ihre Leistungen gekürzt hat. Ein schweres Selbstverschulden kann auch nicht darin gesehen werden, wenn eine Versicherte während Jahren abendlich Zweitbetätigungen nachging, ebenso wenig kann darin ein grobfahrlässiges Herbeiführen einer Krankheit gesehen werden.

Art. 35 BVG (BGer., 10.01.08 (B 87/06), SZS 2008, S. 375)

■ Réduction du prestations

La caisse de pension n'a le droit de réduire les prestations pour faute grave de l'assurée ni en vertu de la loi, ni en vertu du règlement, si l'AVS/AI n'a pas réduit ses propres prestations. Il n'y a pas faute grave lorsqu'une assurée a exercé, pendant des années, des activités accessoires en soirée, tout comme il n'est pas possible de considérer que, ce faisant, elle s'est rendue coupable d'une négligence grave ayant provoqué une maladie.

Art. 35 LPP (TF, 10.01.08 (B 87/06), RSAS 2008, p. 376)

■ Auszahlung der Altersleistung bei verheirateten Personen

Für die Auszahlung der Altersleistungen nach Art. 16 Abs. 1 FZV infolge Erreichens der Altersgrenze ist die schriftliche Zustimmung des Ehegatten nicht vorausgesetzt.

Art. 37 Abs. 5 und Art. 49 Abs. 2 BVG; Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB; Art. 5 Abs. 2 FZG; Art. 16 Abs. 1 FZV (BGer., 8.05.08 (9C_212/2007), BGE 134 V 182)

■ Paiement de la prestation de vieillesse chez les personnes mariées

Le consentement écrit du conjoint n'est pas une condition pour le paiement des prestations de vieillesse selon l'art. 16 al. 1 OLP à la suite de la survenance de l'âge de la retraite.

Art. 37 al. 5 et art. 49 al. 2 LPP; art. 89^{bis} al. 6 CC; art. 5 al. 2 LFLP; art. 16 al. 1 OLP (TF, 8.05.08 (9C_212/2007), ATF 134 V 182)

■ Pensionskassenguthaben für gleichgeschlechtliche Partner

Gleichgeschlechtliche Konkubinatspartner haben bei der Auszahlung des Pensionskassenguthabens an den überlebenden Teil das gleiche Privileg wie unverheiratete Hetero-Paare. Das Bundesgericht hat der lesbischen Freundin einer Verstorbenen Recht gegeben.

Gemäss dem Urteil können eine «Lebensgemeinschaft» im Sinne des Pensionskassengesetzes nicht nur heterosexuelle, sondern auch homosexuelle Konkubinate bilden. Laut den Luzerner Richtern hat sich mit der registrierten Partnerschaft die Stellung gleichgeschlechtlicher Paare deutlich verbessert. Überlebende Partner einer registrierten Beziehung sind heute bei der zweiten Säule dem überlebenden Ehegatten gleichgestellt. Laut dem Urteil wäre es diskriminierend, bei den inoffiziellen Verbindungen nur die heterosexuellen Konkubinate als Lebensgemeinschaft gelten zu lassen.

Damit eine solche Gemeinschaft bejaht werden kann, ist es gemäss dem Urteil nicht einmal erforderlich, dass die beiden Personen dauernd zusammen gewohnt haben. Entscheidend sei, dass die Beziehung in Würdigung aller Umstände die Qualität einer Schicksalsgemeinschaft aufweise. Das sei hier der Fall gewesen.

Art. 73 Abs. 1 lit. a BVG; Art. 10 Abs. 2 lit. a FZV; Art. 96 und Art. 168 Abs. 1 OR (BGer., 20.08.08 (9C_874/2007), Jusletter 8.09.08)

■ Homosexuels non pacsés et concubins égaux face au deuxième pilier

Face au deuxième pilier, les couples homosexuels non pacsés sont placés sur pied d'égalité avec les concubins en cas de décès d'un des partenaires. Le survivant peut bénéficier des avoirs de prévoyance s'il formait une «communauté de vie» avec le défunt.

Selon les juges fédéraux, cette «communauté de vie» mentionnée dans la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP) et dans le règlement de la fondation de libre passage ne saurait être limitée aux concubins hétérosexuels. Elle vise également les partenaires homosexuels non-pacsés. Le Tribunal fédéral rappelle que la situation des couples homosexuels a été sensiblement améliorée avec l'acceptation par le parlement de la loi sur le partenariat enregistré, passée en votation en juin 2005. Un partenaire pacsé qui survit à son compagnon a désormais les mêmes droits qu'un veuf ou une veuve.

Cette nouvelle loi concrétise le droit à l'égalité, qui est ancré dans la Constitution fédérale et qui prévoit que «nul ne doit être discriminé en raison de son mode de vie». Il ne serait dès lors pas acceptable de considérer que la «communauté de vie», mentionnée dans la LPP ne se réfère qu'aux concubins hétérosexuels. Pour le Tribunal fédéral, une «communauté de vie» ne suppose pas que les deux partenaires aient constamment vécu sous le même toit. Même si les deux femmes avaient conservé chacune leur appartement, dans le souci de ne pas trop s'exposer, il n'en demeure pas moins qu'elles formaient un couple.

Art. 73 al. 1 let. a LPP; art. 10 al. 2 let. a OLP; art. 96 et art. 168 al. 1 CO

(TF, 20.08.08 [9C_874/2007], Jusletter 8.09.08)

■ **Alkoholiker durfte «Krankheit» verschweigen: Gipser erstreitet vor Bundesgericht höhere IV-Rente**

Ein Gipser musste sein schweres Alkoholproblem nicht offenbaren, als er beim Eintritt in die Pensionskasse nach «Krankheiten» gefragt

wurde. Das Bundesgericht hat dem Mann aus Zürich Recht gegeben und eine höhere IV-Rente zugesprochen.

Art. 49 Abs. 2 BVG; Art. 14 FZG; Art. 4 VVG (BGer., 3.07.08 [9C_99/2008], Jusletter 18.08.08)

■ **Un plâtrier alcoolique avait le droit de dissimuler sa «maladie»: Le Tribunal fédéral lui accorde une rente AI plus importante**

Le Tribunal fédéral a donné raison à un plâtrier zurichois sanctionné par sa caisse de pension pour ne pas avoir signalé ses problèmes d'alcool lors de son affiliation. L'assuré voit sa rente invalidité augmentée.

Art. 49 al. 2 LPP; art. 14 LFLP; art. 4 LCA (TF, 3.07.08 [9C_99/2008], Jusletter 18.08.08)

■ **Neue Vorsorgeeinrichtung**

Aufgrund der seit dem 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Art. 4. Abs. 2^{bis} und Art. 11 Abs. 2 FZG sollen beim Eintritt in eine Vorsorgeeinrichtung alle bei Freizügigkeitseinrichtungen vorhandenen Vorsorgekapitalien tatsächlich auf die neue Vorsorgeeinrichtung übertragen werden, mithin sowohl die bestehende Austrittsleistung als auch das Vorsorgekapital aus einer Freizügigkeitseinrichtung. Dies gilt auch, wenn das Risiko bereits eingetreten ist. Die Anzeigepflicht bestimmt sich nicht danach, ob und wie bedeutsam der Antragsteller eine Krankheit oder einen krankheitsverdächtigen Sachverhalt subjektiv einschätzt, sondern wie es die Versicherung beurteilt. Die Nichtangabe von jahrelang wiederkehrenden Rückenschmerzen hätte der Versicherung angezeigt werden müssen.

Art. 4 Abs. 2^{bis} und Art. 11 Abs. 2 FZG; Art. 4 und Art. 6 VVG

(BGer., 5.06.08 [9C_790/2007], SZS 2008, S. 485)

■ **Nouvelle institution de prévoyance**

Sur la base des art. 4 al. 2^{bis} et 11 al. 2 LFLP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001, lors de l'entrée dans une institution de prévoyance tous les capitaux de prévoyance existant auprès d'institutions de libre passage doivent être transférés effectivement à la nouvelle institution de prévoyance, ce principe s'appliquant tant à la prestation de sortie existante qu'au capital de prévoyance provenant d'une institution de libre passage. Tel est aussi le cas lorsque le risque est déjà survenu.

L'obligation d'annoncer ne se détermine pas en fonction de l'importance que le proposant attribue à sa maladie ou à un état de fait constituant une suspicion de maladie, ou qu'il ne lui en attribue pas, mais en fonction de l'évaluation de l'importance que le proposant attribue à sa maladie ou à un état de fait constituant une suspicion de maladie, ou qu'il ne lui en attribue pas, mais en fonction de l'évaluation de l'assurance. Le fait de ne pas déclarer des douleurs dorsales récurrentes depuis des années qui aurait dû être déclarées à l'assurance, constitue un motif qui justifie la résolution du contrat par l'assurance.

Art. 4 al. 2^{bis} et art. 11 al. 2 LFLP; art. 4 et art. 6 LCA

(TF, 5.06.08 [9C_790/2007], RSAS 2008, p. 485)

■ **Begriff des Arbeitnehmers und des Familienangehörigen; Grundsatz der Nichtdiskriminierung**

Der Beitritt zur AHV/IV als nichterwerbstätige Person mit Wohnsitz in der Schweiz führt nicht zum Erwerb des Status eines Arbeitnehmers im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71, wenn die betreffende Person zuvor nie eine Erwerbstätige

keit ausgeübt hat. Im konkreten Fall wird die ansprechende Person im Zusammenhang mit der Prüfung des Anspruchs auf eine ausserordentliche Invalidenrente als Familienangehörige eines Arbeitnehmers betrachtet; unter diesem Titel fällt sie in den persönlichen Anwendungsbereich der Verordnung. Die ausserordentliche Invalidenrente entspricht einer Leistung für Behinderte im Sinne von Art. 1 lit. f Ziff. ii der Verordnung Nr. 1408/71. Wegen des in dieser Verordnung vorgesehen Gebotes der Nichtdiskriminierung aufgrund der Nationalität kann die Zusage dieser Leistung nicht vom Besitz der schweizerischen Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden.

Art. 39 IVG; Art 42 Abs. 1 AHVG; Art. 8 und Art. 15 FZA; Anhang II zum FZA; Art. 1 lit. a Ziff. ii und lit. f Ziff. ii, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (BGer., 14.04.08 {9C_100/2007}, BGE 134 V 236)

■ Notion de travailleur et de membre de la famille; non discrimination

La simple affiliation à l'AVS/AI Suisse en tant que personne sans activité lucrative domiciliée en Suisse ne fonde pas la qualité de travailleur, au sens du règlement n° 1408/71, d'une personne qui n'a jamais exercé d'activité lucrative. En l'espèce, en relation avec le droit à une rente extraordinaire d'invalidité, la personne concernée est considérée comme un «membre de la famille» d'un travailleur et entre, à ce titre, dans le champ d'application personnel du règlement n° 1408/71. La rente extraordinaire d'invalidité est une prestation pour handicapés au sens de l'art. 1 lit. f point ii du règlement n° 1408/71. Le principe de non discrimination fondée sur la nationalité, prévu par ce règlement, rend inopposable à l'assuré l'exigence de la nationalité suisse pour l'octroi de cette prestation.

Art. 39 LAI; art. 42 al.1 LAVS; art. 8 et art. 15 ALCP; annexe II à l'ALCP; art. 1 let. a point ii et let. f point ii, art. 2 par. 1 et art. 3 par. 1 du règlement (CEE) n° 1408/71 (TF, 14.04.08 {9C_100/2007}, ATF 134 V 236)

■ Keine finanzielle Unterstützung für Krankenversicherung

Ein Anwaltspraktikant erhält für seine Krankenversicherung trotz seines bescheidenen Einkommens keine finanzielle Unterstützung. Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit eines waadtländischen Reglements bestätigt, welches das Einkommen seiner Freundin zu seinem eigenen addiert und damit die Unterstützung durch den Kanton unterbindet.

Art. 65 und 66 KVG (BGer., 23.07.08 {8C_790/2007}, Jusletter 18.08.08)

■ Subsidies pour la réduction des primes d'assurance-maladie

Un avocat stagiaire vaudois ne décrochera aucun subsidie pour son assurance-maladie, malgré ses revenus modestes. Le Tribunal fédéral confirme la légalité d'un règlement vaudois, qui ajoute le salaire de son amie au sien et l'empêche de toucher l'aide cantonale.

Art. 65 et 66 LAMal (BGer., 23.07.08 {8C_790/2007}, Jusletter 18.08.08)

OBLIGATIONENRECHT DROIT DES OBLIGATIONS

■ Vertrauenshaftung; Verjährung

Ansprüche aus Vertrauenshaftung unterliegen der Verjährungsfrist von Art. 60 OR.

Art. 60 OR (BGer., 13.05.08 {4A_499/2007}, BGE 134 III 390)

■ Responsabilité fondée sur la confiance; prescription

Les prétentions issues de la responsabilité fondée sur la confiance se prescrivent dans le délai de l'art. 60 CO.

Art. 60 CO (TF, 13.05.08 {4A_499/2007}, BGE 134 III 390)

■ Keine Untervermietung der aufgegebenen Wohnung

Wer seine Mietwohnung definitiv nicht mehr selber nutzen will, darf sie gegen den Willen des Vermieters nicht einem Untermieter überlassen. Sonst droht laut Bundesgericht die vorzeitige Kündigung.

Art. 271a Abs. 1 lit. e und Art. 262 OR (BGer., 24.06.08 {4A_181/2008}, Jusletter 21.07.08)

■ La sous-location ne peut pas être définitive

Une sous-location ne peut pas être définitive. Un locataire qui quitte son appartement sans avoir l'intention de revenir y habiter et le sous-loue à un membre de sa famille risque la résiliation du bail pour abus de droit.

Art. 271a al. 1 let. e et art. 262 CO (TF, 24.06.08 {4A_181/2008}, Jusletter 21.07.08)

■ Krankheit bedeutet nicht automatisch Ferienunfähigkeit

Auch in der Zeit der Freistellung steht das Abgeltungsverbot von Ferien im Vordergrund. Der Arbeitnehmer hat aufgrund der Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers insoweit wahrzunehmen, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche Vorrang hat. Selbst

wenn also keine entsprechende Anweisung des Arbeitgebers erfolgt, sind Ferientage mit der freien Zeit während der Freistellung zu kompensieren. Arbeitsunfähigkeit ist nicht mit Ferienunfähigkeit gleichzusetzen. Massgebend ist, ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht oder nicht. Bei Bettlägerigkeit, Spitalaufenthalt und bei regelmässigem, häufigem Arztbesuch über längere Zeit schliesst die Krankheit Ferien aus. Die Beeinträchtigungen müssen ein einigermaßen erhebliches Ausmass angenommen haben, um überhaupt den Ferienzweck vereiteln zu können.

Art. 329c OR

(AGer. Zürich, 17.10.07 {AN070151}, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 11, S. 20)

■ Rückforderung eines zu guten Zeugnisses durch den Arbeitgeber

Ein unrichtiges oder unvollständiges Arbeitszeugnis stellt nicht nur für den ausstellenden Arbeitgeber und dessen Arbeitnehmer, sondern auch für potenzielle neue Arbeitgeber als Dritte eine Gefahrenquelle dar. Auch sie können Schutz vor unkorrekten Zeugnissen beanspruchen. Die Rechtssicherheit gebietet daher, dass ein unkorrektes Zeugnis auch dann widerrufen werden kann, wenn dem Arbeitgeber der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Ausstellung bekannt gewesen ist. Letztlich ist dabei im konkreten Fall eine Interessensabwägung vorzunehmen und die Interessen Dritter und (damit) auch des Arbeitgebers an einem mängelfreien Zeugnis denjenigen des Arbeitnehmers an der Weiterverwendung des mängelbelasteten Zeugnisses gegenüberzustellen. Die Interessen namentlich Dritter an einem mängelfreien Arbeitszeugnis im Rechtsverkehr sind vorliegend höher zu gewichten als jene des Beklagten am ausgestellten, mängelbehafteten Zeugnis.

Art. 330a OR

(AGer. Zürich, 17.09.07 {AN060037}, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2007, Nr. 12, S. 21)

■ Beginn der Kündigungsfrist

Die seit rund drei Jahren bestehende Rechtsunsicherheit bei der Berechnung des Beginns der Kündigungsfrist ist endlich beseitigt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Beginn der Kündigungsfrist nach wie vor durch Rückrechnung vom Kündigungsendtermin bestimmt wird.

Art. 336c Abs. 2 und 3 OR

(BGer., 29.04.08 {4A_47/2008}, Centre Patronal 2008, Nr. 114, BGE 134 III 354)

■ **Prolongation des rapports de travail en cas de grossesse survenue après la résiliation**

Confirmation de la jurisprudence, selon laquelle le délai de congé de l'art. 336c al. 2 CO doit être calculé rétroactivement à partir de l'échéance du contrat.

Art. 336c al. 2 et 3 CO
(TF, 29.04.08 (4A_47/2008), ATF 134 III 354)

■ **Keine Mischrechnung bei Ferienentschädigung**

Das Bundesgericht hat gegen einen Bauunternehmer 100 000 Franken Strafe verhängt, weil er seinen Arbeitern zu wenig Ferienvergütung bezahlt hat. Dass sie gleichzeitig mehr als den tariflichen Mindestlohn erhalten haben, spielt keine Rolle.

Art. 357 und 357b OR; Art. 4 ZBG
(BGer., 6.05.08 (4A_300/2007), Jusletter 30.06.08)

■ **Indemnisation insuffisante du droit aux vacances**

Un entrepreneur schwytois devra payer 100 000 francs pour n'avoir pas accordé à ses employés une indemnisation intégrale de leur droit aux vacances. Le Tribunal fédéral a accepté le recours d'une commission paritaire cantonale du secteur du bâtiment.

Art. 357 et 357b CO; art. 4 CC
(TF, 6.05.08 (4A_300/2007), Jusletter 30.06.08)

ZIVILRECHT
DROIT CIVIL

■ **Abänderung des Stiftungszwecks**

Die Abänderung des Stiftungszwecks ist – jedenfalls nach bisherigem, hier anwendbarem Recht – nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und zu Unrecht auf die Darstellung der Beschwerdegegnerin (Stiftung) abgestellt, die einen Liquiditätsengpass behauptet.

Art. 86 ZGB
(Verwaltungsgericht ZH, 30.04.08, ZR 2008, S. 169)

■ **Ausländisches Scheidungsurteil**

Hat ein ausländisches Scheidungsurteil, das in der Schweiz anerkennungsfähig und vor Eintritt des Vorsorgefalls rechtskräftig geworden ist, zum Vorsorgeausgleich nichts festgelegt, so ist dieser Anspruch durch eine Ergänzungsklage vor dem zuständigen schweizerischen Scheidungsgericht geltend zu machen. Der Tod eines Ehegatten während der Hängigkeit der Ergänzungsklage führt nicht zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens, da diese Klage nicht

höchstpersönlicher Natur ist. Der Prozess kann mit den Erben des Verstorbenen weitergeführt werden.

Art. 122 ZGB; Art. 25a Abs. 1 FZG; Art. 15 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 IPRG
(BGer., 7.07.08 (9C_385/2008), SZS 2008, S. 486)

■ **Jugement de divorce étranger**

Si un jugement de divorce étranger, qui est susceptible d'être reconnu en Suisse et qui est entré en force de chose jugée avant la survenance du cas de prévoyance, n'a rien prévu quant à la compensation de la prévoyance, la prétention correspondante doit être invoquée devant le juge Suisse du divorce par la voie d'une requête additionnelle. Le décès d'un conjoint alors que la procédure relative à la requête additionnelle est pendante ne rend pas cette procédure sans objet, puisque cette requête n'est pas de nature éminemment personnelle. Le procès peut se poursuivre avec les héritiers du conjoint décédé.

Art. 122 CC; art. 25a al. 1 LFLP; art. 15 al. 1 et art. 64 al. 1 LDIP
(TF, 7.07.08 (9C_385/2008), RSAS 2008, p. 486)

■ **Happy End für Genfer Konkubinatsfamilie**

Das Bundesgericht zieht einen Schlussstrich unter die bizarre Adoptionsgeschichte eines Genfer Paares. Die Lausanner Richter haben nach der Ermahnung aus Strassburg in einem zweiten Anlauf bestätigt, dass eine Frau auch nach der Adoption ihres Kindes durch den Konkubinatspartner Mutter bleibt.

Art. 267 und Art. 267a ZGB
(BGer., 18.07.08 (5F_6/2008), Jusletter 8.09.08)

■ **Happy end d'une adoption kafkaïenne**

Adoptée par le concubin de sa mère, une femme paraplégique de 37 ans restera juridiquement la fille de sa mère. Le Tribunal fédéral s'est vu contraint, sous l'impulsion de Strasbourg, de réviser un arrêt dans lequel il avait conclu que l'adoption brisait le lien maternel.

Art. 267 et art. 267a CC
(TF, 18.07.08 (5F_6/2008), Jusletter 8.09.08)

■ **Kinderabzug bei unverheirateten, zusammenlebenden Eltern**

Bei der direkten Bundessteuer kann für jedes minderjährige Kind, für dessen Unterhalt die steuerpflichtige Person sorgt, ein Abzug vom Einkommen vorgenommen werden (sog. Kinderabzug). Der Kinderabzug steht (ebenso wie die Erhöhung des Abzugs für Einlagen, Prämien und Beiträge für bestimmte Versicherungen und die Zinsen von Sparkapitalien) pro Kind nur einmal zur Verfügung. Sind die Eltern nicht verheiratet und werden sie demzufolge nicht zu-

sammen veranlagt, ist zu prüfen, welchem Elternteil der Kinderabzug zusteht.

Liegt keine gemeinsame elterliche Sorge im Sinn von Art. 298a ZGB vor, ist der Kinderabzug demjenigen Elternteil zu gewähren, der vom anderen Alimente empfängt; fliessen keine Alimente, steht der Abzug dem Elternteil mit dem alleinigen Sorgerecht zu. Anders verhält es sich bei gemeinsamer elterlicher Sorge. Kann der Nachweis, dass den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam übertragen wurde, nicht erbracht werden, so steht der Abzug nur dem sorgeberechtigten Elternteil zu.

Art. 298a ZGB; Art. 213 Abs. 1 Bst. a DBG (Verwaltungsgericht BE, 18.02.08 (VGE 22884), StR 2008, S. 569)

■ Adoption nicht anerkannt – junge Frau erbt nichts

Eine heute 27-jährige Frau, die als 12-Jährige in Brasilien von einem vermögenden Schweizer Ehepaar adoptiert worden war, erbt nach dem Tod des Adoptivvaters nichts. Wie die Berner Justiz hat auch das Bundesgericht die Adoption nicht anerkannt.

Die in Spanien wohnhaften Eltern hatten das Kind 1992 zwar nach brasilianischem Recht adoptiert. Wegen des Wohnsitzes der Eltern hatte sich die Berner Justizdirektion aber für unzuständig erklärt und den Akt nicht anerkannt. Die Eltern liessen es dabei bewenden. Einige Jahre später war die Beziehung zwischen ihnen und der jungen Frau dann ohnehin vergiftet.

In seinem Urteil hält das Bundesgericht fest, dass die nach brasilianischem Recht vollzogene Adoption in ein Verfahren in der Schweiz oder in Spanien hätte münden müssen. Da dies nicht geschehen sei, schütze das Recht den Anspruch der Frau nicht.

Art. 457 und Art. 267 Abs. 1 ZGB; Art. 78 IPRG (BGer., 25.06.08 (5A_74/2008), Jusletter 18.08.08)

■ Fille adoptive privée d'héritage

Adoptée au Brésil à l'âge de onze ans par un couple de Suisses fortunés, une jeune femme de 27 ans n'héritera rien de son père adoptif. Le Tribunal fédéral a confirmé un verdict négatif de la justice bernoise.

Il a débouté la jeune femme, qui sollicitait la reconnaissance de sa qualité d'héritière après le décès de son père. La haute instance rappelle que le chemin de l'adoption internationale reste parsemé d'embûches.

Suisses mais domiciliés en Espagne, ses parents l'avaient adoptée en 1992. La procédure avait bien abouti en vertu du droit brésilien, mais n'avait pas été validée en Suisse. La Direction de la justice du canton de Berne s'était estimée incompétente puisque les parents étaient domiciliés dans la Péninsule ibérique. Par la

suite, les parents n'avaient plus rien entrepris. Quelques années plus tard, les rapports entre eux et leur fille s'étaient gâtés.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral souligne que l'adoption brésilienne aurait dû être suivie par une autre démarche permettant la reconnaissance du lien de filiation, telle qu'une reconnaissance de l'adoption devant les autorités espagnoles ou une nouvelle adoption en Suisse ou en Espagne. Dans une telle situation, l'enfant adoptif n'est pas protégé par la loi, relève le Tribunal fédéral. Il ne peut exiger que ses parents aillent au bout de leurs intentions et demandent la reconnaissance d'une adoption prononcée hors de Suisse.

Art. 457 et art. 267 al. 1 CC; art. 78 LDIP (TF, 25.06.08 (5A_74/2008), Jusletter 18.08.08)

■ Wahl des Verwalters und des Abwarts einer Stockwerkeigentümergeinschaft sowie Festsetzung der Entschädigung; Ausschliessung vom Stimmrecht

Aufgrund des Verweises in Art. 712^m Abs. 2 ZGB findet die Vorschrift über die Ausschliessung vom Stimmrecht (Art. 68 ZGB) auf die Stockwerkeigentümersammlung Anwendung. Bei der Wahl des Verwalters handelt es sich nicht um ein Rechtsgeschäft i.S. von Art. 68 ZGB, sondern um einen internen Verwaltungsakt, sodass auch ein Stockwerkeigentümer an einem Beschluss teilnehmen kann, welcher seine Wahl zum Verwalter betrifft. Rechtsgeschäfte gemäss Art. 68 ZGB sind hingegen der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für die Tätigkeit als Verwalter und die Wahl eines Abwarts sowie der Beschluss auf Leistung einer Entlohnung für dessen Tätigkeit, sodass der betreffende Stockwerkeigentümer an dieser Beschlussfassung nicht stimmberechtigt ist. Ist ein Stockwerkeigentümer vom Stimmrecht ausgeschlossen, so gilt dies auch dann, wenn er einen nicht vom Stimmrecht ausgeschlossenen Stockwerkeigentümer vertritt. Unter Verletzung von Art. 68 ZGB abgegebene Stimmen sind als ungültig zu betrachten und nicht zu zählen. Die Nichtteilnahme an einer Versammlung steht einer Berufung auf Art. 68 ZGB nicht entgegen.

Art. 712m Abs. 2 und Art. 68 ZGB (BGer., 10.07.08 (5A_149/2007), BGE 134 III 481)

■ Nomination de l'administrateur et du concierge de la communauté des copropriétaires d'étages ainsi que fixation de l'indemnité; privation du droit de vote

De par le renvoi prévu à l'art. 712^m al. 2 CC, la disposition sur la privation du droit de vote (art. 68 CC) s'applique à l'assemblée des copropriétaires d'étages. La nomination de l'administrateur ne constitue pas une affaire au sens de l'art. 68 CC, mais un acte d'administration in-

terne, de sorte que le propriétaire d'étage peut participer à une décision concernant sa propre nomination en tant qu'administrateur. Constituent cependant des affaires au sens de l'art. 68 CC la décision relative à l'octroi d'une rémunération pour l'activité déployée en tant qu'administrateur, le choix d'un concierge ainsi que la décision relative à son éventuelle rémunération, si bien que le propriétaire d'étage concerné ne peut participer à cette prise de décisions. Lorsqu'un propriétaire d'étage est exclu du droit de vote, cette exclusion vaut également lorsqu'il représente un propriétaire d'étage qui n'est pas privé du droit de vote. Les voix exprimées en violation de l'art. 68 CC ne sont pas valables et ne doivent pas être comptées. Le fait de n'avoir pas participé à l'assemblée n'empêche pas de se prévaloir de l'art. 68 CC.

Art. 712m al. 2 et art. 68 CC

(TF, 10.07.08 (5A_149/2007), ATF 134 III 481)

SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

DROIT DE LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

■ Einkommenspfändung

Die Pfändung eines schuldnerischen Guthabens auf einem Bankkonto, das lediglich als «Durchlaufkonto» für diverse Ein- und Ausgaben dient und keinen Schluss auf angehäuften Vermögen zulässt, unterliegt den Regeln der Einkommenspfändung nach Art. 93 SchKG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in der fraglichen Betreuung das Vorliegen neuen Vermögens nach Art. 265a SchKG festgestellt wurde.

Art. 93 und Art. 265 SchKG

(Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen Bern, 1.05.07, BISchK 2008, S. 94)

■ Saisie de revenus

La saisie d'un avoir du débiteur sur un compte bancaire, qui est utilisé comme compte de passage pour diverses entrées et sorties est qui ne permet pas de déceler la constitution d'une fortune nouvelle, est soumise aux dispositions sur la saisie de revenus au sens de l'art. 93 LP. Celles-ci s'appliquent aussi lorsque l'existence d'un retour à meilleure fortune au sens de l'art. 256a LP a été constatée.

Art. 93 et art. 265a LP

(L'Autorité de surveillance en matière de poursuite et de faillite Berne, 1.05.07, BISchK 2008, p. 94)

■ Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung; Anfechtung von Rechtshandlungen; Verwirkung

Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung verwirkt das Recht zur Anfechtung von Rechts-

handlungen nach Ablauf von zwei Jahren nach Bestätigung des Nachlassvertrages.

Art. 285 ff., Art. 292 und Art. 331 SchKG (BGer., 4.02.08 (5A_418/2007), BGE 134 III 273)

■ **Concordat par abandon d'actif; révocation d'actes juridiques; péremption**

En cas de concordat par abandon d'actif, le droit à la révocation d'actes juridiques se périt par deux ans à compter de l'homologation du concordat.

Art. 285 ss, art. 292 et art. 331 LP (TF, 4.02.08 (5A_418/2007), ATF 134 III 273)

■ **Paulianische Anfechtung**

Mit den paulianischen Anfechtungsklagen können Vermögensverschiebungen angefochten werden, die vor Eröffnung eines Konkurses oder Nachlassverfahrens (oder einer Pfändung) erfolgten und zu einer Bevorteilung bzw. Benachteiligung einzelner Gläubiger führten (Art. 285 ff. SchKG). Anfechtbar sind Schenkungen und Zahlungen eines überschuldeten Schuldners mit unüblichen Zahlungsmitteln rückwirkend auf ein Jahr sowie Rechtshandlungen mit Vorsatz auf Bevorteilung oder Benachteiligung ein-

zelner Gläubiger rückwirkend auf fünf Jahre seit Insolvenzeröffnung (oder Pfändung).

Das Bundesgericht hat in verschiedenen von den Swissairgläubigern angestregten Verfahren entschieden, dass an das Element der Schädigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit durch den Gläubiger i. S. v. Art. 288 SchKG im beurteilten Fall kein allzu strenger Massstab anzulegen ist. Ein Begünstigter dürfe bei einer Sanierung des Schuldners und bei deutlichen Anzeichen dafür, dass der Schuldner mit Darlehensrückzahlungen eine Schädigung anderer Gläubiger zumindest in Kauf nehme, nicht passiv bleiben, sondern habe weitergehende Erkundigungen einzuholen. Tue er dies nicht, müsse die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht des Schuldners i. S. v. Art. 288 SchKG bejaht werden, wobei es genüge, wenn er allenfalls bloss fahrlässig gehandelt habe.

Art. 288 SchKG (BGer., 29.05.08 (5A_29/2007), BGE 134 III 452, Jusletter 25.08.08)

■ **Révocation d'actes dolosifs**

Le Tribunal fédéral a décidé que l'intention du débiteur – reconnaissable par les créanciers –

de leur porter préjudice au sens de l'art. 288 LP ne devait pas être immédiatement visible. Un créancier favorisé à l'occasion d'un remboursement de dette par le débiteur et qui dispose de signes tangibles indiquant que le débiteur porte dolosivement atteinte au préjudice des autres créanciers ne doit pas rester passif mais doit chercher à se renseigner. S'il ne le fait pas, l'intention de porter préjudice à ses créanciers au sens de l'art. 288 LP doit être admise; il suffit alors qu'il ait agi par simple négligence.

Art. 288 LP (TF, 29.05.08 (5A_29/2007), ATF 134 III 452, Jusletter 25.08.08)

VERFASSUNGSRECHT
DROIT CONSTITUTIONNEL

■ **Kantonalrechtliche, das Steuerharmonisierungsgesetz ergänzende Regelung der bei der Grundstückgewinnsteuer massgeblichen Besitzesdauer**

Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten gegen einen Steuerentscheid, mit dem die Streitsache an die untere Instanz zurückgewiesen wird.

Die kantonale Steuerverwaltung ist gemäss der entsprechenden Legitimationsbestimmung im Steuerharmonisierungsgesetz zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt, und zwar unabhängig davon, ob es um eine vom Steuerharmonisierungsgesetz abschliessend geregelte Frage oder um eine solche geht, in der den Kantonen ein gewisser Gestaltungsspielraum verbleibt. Die zur Beschwerde berechtigte Behörde kann, im Rahmen ihres Aufgabenbereichs, jede Rechtsverletzung geltend machen, die mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gerügt werden kann, mithin auch eine Verletzung von Bundesverfassungsrecht und insbesondere des Willkürverbots.

Prüfung der Auslegung einer kantonalen Übergangsrechtlichen Ordnung zur Berechnung der für die Grundstückgewinnsteuer massgeblichen Besitzesdauer auf Willkür hin.

Art. 9 BV; Art. 89 Abs. 2 lit. d, Art. 90, Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 95 lit. a BGG; Art. 12 und Art. 73 StHG

(BGer., 6.03.08 [2C_583/2007], BGE 134 II 124)

■ Réglementation cantonale complémentaire à la loi sur l'harmonisation des impôts directs sur la durée déterminante de possession en matière d'impôt sur les gains immobiliers

Recevabilité du recours en matière de droit public contre une décision fiscale par laquelle l'affaire litigieuse est renvoyée à l'autorité inférieure.

L'Administration fiscale cantonale a qualité pour recourir au Tribunal fédéral selon la disposition de la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs applicables indépendamment du fait qu'il s'agit d'une matière réglée exhaustivement par la loi sur l'harmonisation des impôts directs ou d'un domaine dans lequel les cantons jouissent encore d'une certaine autonomie.

L'autorité qui a qualité pour recourir peut, dans le cadre de ses compétences, invoquer toute violation d'un droit public, y compris la violation de droits découlant de la Constitution fédérale, en particulier l'interdiction de l'arbitraire.

Examen sous l'angle de l'arbitraire de l'interprétation d'une réglementation cantonale de droit transitoire sur le calcul de la durée de possession déterminante pour l'impôt sur les gains immobiliers.

Art. 9 Cst.; art. 89 al. 2 let. d, art. 90, art. 93 al. 1 let. a et art. 95 let. a LTF; art. 12 et art. 73 LHID

(TF, 6.03.08 [2C_583/2007], ATF 134 II 124)

■ Berufsbildung. Höhere Fachprüfung. Beschwerdegründe und die sich daraus ergebende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer), der Vorinstanz sowie

der Erstinstanz. Anspruch auf rechtliches Gehör: Akteneinsichtsrecht in handschriftliche Notizen

1. Bestätigung der Rechtsprechung, wonach das BVGer Examensleistungen hinsichtlich materieller Inhalte nur eingeschränkt überprüft, formelle Mängel hingegen in freier Kognition.
2. Dieselbe Zurückhaltung darf sich auch die Vorinstanz als Beschwerdeinstanz auferlegen. Dagegen überprüft die Erstinstanz sowohl materielle Inhalte als auch formelle Mängel in freier Kognition.
3. Die handschriftlichen Notizen der Experten bei mündlichen Prüfungen werden vom Akteneinsichtsrecht – als sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebende Verfahrensgarantie – nicht erfasst, da sie zur internen Meinungsbildung beitragen. Ihr wesentlicher Inhalt ist in den Stellungnahmen der Experten an die Vorinstanz wiederzugeben.

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 49 VwVG

(BVGer., 14.04.08 [B-6078/2007], BVGE 2008/14, S. 181)

■ Formation professionnelle. Examen professionnel supérieur. Motifs du recours et étendue du pouvoir d'examen qui en découle pour le Tribunal administratif fédéral (TAF), pour l'instance inférieure et pour la première instance. Droit d'être entendu: accès aux notes manuscrites du dossier

1. En matière de résultat d'examen, le TAF dispose d'un pouvoir d'examen restreint en ce qui concerne les questions matérielles mais examine librement les griefs de nature formelle. Confirmation de la jurisprudence.
2. L'instance inférieure, en tant qu'autorité de recours, peut aussi s'imposer cette retenue. En revanche, la première instance apprécie librement tant les questions matérielles que formelles.
3. Les notes manuscrites prises par les experts lors d'examens oraux ne font pas l'objet du droit d'accès au dossier (garantie de procédure qui découle du droit d'être entendu), car elles constituent des pièces à usage interne contribuant à la formation des opinions. L'essentiel de leur contenu doit toutefois être exprimé dans les déterminations que les experts doivent remettre à l'autorité inférieure.

Art. 29 al. 2 Cst.; art. 49 PA

(TAF, 14.04.08 [B-6078/2007], ATAF 2008/14, p. 181)

■ Gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Schadenersatz

§ 28 KZG/ZG bildet keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Schaden-

ersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge nach kantonalem Recht (Beiträge an die Kantonale Familienausgleichskasse [FAK-Beiträge]).

Art. 127 Abs. 1 BV; Art. 52 AHVG; Art. 25 FLG; § 28 KZG Kt. ZG

(BGer., 17.03.08 [9C_704/2007], BGE 134 I 179)

■ Base légale pour le recouvrement de dommages et intérêts

Le § 28 de la loi cantonale zougnoise sur les allocations familiales ne constitue pas une base légale suffisante pour réclamer l'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement de cotisations sociales selon le droit cantonal (cotisations en faveur de la Caisse cantonale de compensation des familles).

Art. 127 al. 1 Cst.; art. 52 LAVS; art. 25 LFA; § 28 de la loi cantonale zougnoise sur les allocations familiales

(TF, 17.03.08 [9C_704/2007], ATF 134 I 179)

VERSICHERUNGSVERTRAGSRECHT DROITS DES CONTRATS D'ASSURANCE

■ Verletzung der Anzeigepflicht und Rücktritt vom Vorsorgevertrag

Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Begriff der «Gefahrstatsache» im Sinne von Art. 4 VVG und zur Anzeigepflicht im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge. In casu keine Anzeigepflichtverletzung eines alkoholabhängigen Antragstellers, welcher die offengehaltene Frage «Bestanden in den letzten 5 Jahren jemals Krankheiten (...)?» verneint hat; Auslegung des Begriffs «Krankheit».

Art. 4 und 6 VVG (in der bis Ende 2005 gültig gewesenen Fassung)

(BGer., 3.07.08 [9C_99/2008], BGE 134 III 511)

■ Violation de l'obligation de déclarer et résiliation du contrat de prévoyance

Résumé de la jurisprudence relative à la notion de «fait important pour l'appréciation du risque» au sens de l'art. 4 LCA et à l'obligation de déclarer dans le domaine de la prévoyance plus étendue. Dans le cas particulier, aucune violation de l'obligation de déclarer de la part d'un proposant souffrant de dépendance à l'alcool qui a répondu par la négative à la question ouverte suivante: «Avez-vous présenté une ou plusieurs maladies durant les 5 dernières années (...)?»; interprétation de la notion de «maladie».

Art. 4 et 6 LCA (dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005)

(TF, 3.07.08 [9C_99/2008], ATF 134 III 511)