



Conradin Cramer\*

## Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht

### Inhaltsübersicht

- I. Übersicht
- II. Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht
  1. Entwicklung der Gesetzgebung
  2. Rückerstattung von Leistungen (Art. 678 OR)
  3. Sachübernahme (Art. 628 OR)
  4. Transparenzvorschriften für börsennotierte Gesellschaften
  5. Revisionsrecht
  6. Unzulässige Vergütungen gemäss VE-OR 2014
  7. Transparenz bei Rohstoffunternehmen gemäss VE-OR 2014
- III. Begriffsgrundlagen
  1. Fehlende gesetzliche Definition
  2. Normbezogene Auslegung
  3. Natürliche und juristische Personen
  4. Treuhänderisch tätige nahestehende Personen
- IV. Möglichkeiten der Konkretisierung des Nahestehens
  1. Übersicht
  2. Beziehungen mit unwiderlegbarer Vermutung des Nahestehens
    - 2.1 Übersicht
    - 2.2 Verwandtschaftliche und weitere familienrechtliche Verbindungen
    - 2.3 Organstellung
    - 2.4 Konzernmässige Einordnung und Mehrheitsbeteiligungen
    - 2.5 Vertragliche Beziehungen
    - 2.6 Öffentlich-rechtliche Beziehungen
  3. Beziehungen mit widerlegbarer Vermutung des Nahestehens
    - 3.1 Übersicht
    - 3.2 Vertragliche Beziehungen
    - 3.3 Gesellschaftsrechtliche Beziehungen
    - 3.4 Verwandtschaftliche und weitere persönliche Verbindungen
    - 3.5 Mehrstufige Verhältnisse
  4. Zulässigkeit statutarischer Konkretisierungen
- V. Alternative Definitionen
  1. Das Nahestehen als Fehlen von Marktbedingungen
  2. Beschränkung auf Strohpersonengeschäfte
- VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

### I. Übersicht

Immer häufiger nehmen gesellschaftsrechtliche Tatbestände auch Personen ins Visier, die einem Anteilshaber oder Organ nahestehen (Ziffer II). So erfassen heute namentlich die Vorschriften zur Rückerstattungsklage, zur Sachübernahme und zur Transparenz von Vergütungen auch Personen, die im Einflussbereich des Hauptadressaten der Norm stehen (Ziffer III). Die Normen verfolgen ähnliche Schutzzwecke: Sie wollen im Wesentlichen vermeiden, dass Personen aufgrund ihrer Nähe zu Entscheidungsträgern ungerechtfertigte Vorteile erwachsen. Das Gesetz definiert nicht, wer nahestehend ist, und die Gerichtspraxis gibt keine Leitlinien (Ziffer IV). Dieser Aufsatz schlägt eine im Grundsatz einfache Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der nahestehenden Person vor: Es gibt erstens rechtlich fassbare Beziehungen zwischen Personen, in denen das Nahestehen immer gegeben ist, und es gibt zweitens Arten von Beziehungen, bei denen ein Nahestehen im Einzelfall zu prüfen ist (Ziffern V und VI).

### II. Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht

#### 1. Entwicklung der Gesetzgebung

Der Begriff der nahestehenden<sup>1</sup> Person war lange vor allem im Steuerrecht bekannt<sup>2</sup>, fand 1971 Eingang ins

<sup>1</sup> Im Gesetz wird das Adjektiv meist – und im OR immer – getrennt geschrieben («nahe stehend»). Die neue Rechtschreibung erlaubt die getrennte Schreibweise als Alternative zur Zusammenschreibung allerdings nur für konkrete örtliche Nähe; sofern das Adjektiv im übertragenen Sinn verwendet wird, ist es zusammen zu schreiben.

<sup>2</sup> Vgl. etwa Art. 33 MWSTG zur Bemessungsgrundlage der Mehrwertsteuer, wonach im Falle einer Lieferung oder Dienstleistung an eine nahestehende Person als Entgelt der Wert gilt, der unter unabhängigen Dritten vereinbart würde; zum mehrwertsteuerrechtlichen Begriff der nahestehenden Person BGer-Urteil 2C\_778/2008 vom 8. April 2009; ferner Art. 33 Abs. 1 lit. a oder Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG sowie Art. 20 Abs. 1 VStV.

\* Dr. iur. Conradin Cramer, LL.M. (Berkeley), arbeitet als Advokat und Notar bei der VISCHER AG in Basel und Zürich. Er ist Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität Basel.

Bankengesetz<sup>3</sup>, wird in Rechnungslegungsstandards<sup>4</sup> verwendet und ist im Zusammenhang mit Verweigerungsrechten in Prozessordnungen verankert<sup>5</sup>. Auch im Privatrecht tritt die nahestehende Person vereinzelt auf, etwa bei den Gründen für eine Enterbung, Unterhaltskürzung oder Rückerstattung einer Schenkung,<sup>6</sup> der Rekurslegitimation gegen eine fürsorgliche Freiheitsentziehung,<sup>7</sup> recht prominent im neuen Erwachsenenschutzrecht<sup>8</sup> oder seit jeher bei der zum Vertragsschluss führenden Furchterregung.<sup>9</sup>

Mit der grossen Aktienrechtsreform von 1991 hielt die nahestehende Person Einzug ins Gesellschaftsrecht: Gemäss Art. 678 Abs. 1 und 2 OR steht die Rückerstattungsklage für ungerechtfertigte Bezüge zu Lasten der Gesellschaft gegen Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahestehenden Personen offen.<sup>10</sup> Die 2007 eingeführten Offenlegungsvorschriften für Vergütungen und Beteiligungen der Leitungsorgane börsenkotierter Unternehmen beziehen sich auch auf nahestehende Personen. 2008 wurden die Sachübernahmenvorschriften auf die Verwendung des Liberierungsbetrags für Geschäfte mit Aktionären und ihnen nahestehenden Personen beschränkt. Ebenfalls seit 2008 werden im Rahmen des neuen Revisionsrechts die Unabhängigkeitsvorgaben für die Revisionsstelle auf nahestehende Personen erstreckt. Der VE-OR 2014 will heute von Art. 95 Abs. 3 BV und der VegüV für unzulässig erklärte Vergütungen an Organe börsenkotierter Unternehmen auch auf nahestehende Personen ausdehnen. Die gesellschaftsrechtlichen Tatbestände sind im Folgenden kurz zu erläutern.

## 2. Rückerstattung von Leistungen (Art. 678 OR)

Art. 678 Abs. 1 und 2 OR verbieten verdeckte Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft und sanktionieren Verletzungen der Ausschüttungssperren gemäss Art. 675 ff. OR.<sup>11</sup> Neben Aktionären und Mitgliedern des Verwaltungsrats sind auch diesen nahestehende Personen zur Rückerstattung verpflichtet, wenn sie ungerechtfertigt Dividenden, andere Gewinnanteile oder Leistungen der Gesellschaft bezogen haben, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen. Die Norm ist nur einschlägig, wenn die nahestehende Person eine ungerechtfertigte Leistung *bösgläubig* entgegennimmt.

## 3. Sachübernahme (Art. 628 OR)

Bei Gründungen und Kapitalerhöhungen der Aktiengesellschaft muss gemäss Art. 628 und Art. 652e ff. OR eine sogenannte Sachübernahme deklariert werden, falls die Gesellschaft den Liberierungsbetrag im Rahmen eines Vertrags – meist eines Kaufvertrags – mit einem Aktionär oder einer einem Aktionär nahestehenden Person verwendet oder verwenden will.<sup>12</sup> Zusätzlich zur Deklaration im Handelsregistereintrag und den Statuten müssen die Gründer bzw. der Verwaltungsrat in einem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht schriftlich Rechenschaft über das Sachübernahme-Geschäft abgeben. Der Bericht muss sich über die Art, den Zustand und besonders die Angemessenheit der Bewertung aller Vermögenswerte äussern, für die der Ausgabebetrag ganz oder teilweise verwendet wird.<sup>13</sup> Die Vollständigkeit und Richtigkeit dieses Berichts ist von einem zugelassenen Revisor zu bestätigen.<sup>14</sup> Im Einzelnen wird der Tatbestand von der Lehre über den Gesetzeswortlaut hinaus eingeschränkt: So wollen die herrschende Lehre und die Handelsregisterpraxis nur Gegenstände erfassen, die auch als Sacheinlage zur direkten Liberierung verwendet werden können, und teilweise Geschäfte von geringem Wert oder solche, die in keinem Zusammenhang zur Kapitalerhöhung stehen, ausklammern.<sup>15</sup> Bezüglich des Personenkreises der Vertragspartner gibt es keine Vorschläge für eine engere Interpretation: Dem Aktionär nahestehende Personen sind immer erfasst. Der Vertragspartner der Gesellschaft muss keine weitere Tatbestandsvoraussetzungen, wie etwa eine Begünstigungsabsicht oder gar die Bösgläubigkeit, erfüllen.<sup>16</sup> Das er-

<sup>3</sup> Gemäss Art. 4<sup>ter</sup> BankG dürfen Kredite an Mitglieder der Bankorgane und an massgebende Aktionäre sowie die *ihnen nahestehenden Personen und Gesellschaften* nur nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankgewerbes gewährt werden.

<sup>4</sup> Swiss GAAP FER 15 zu Transaktionen mit nahestehenden Personen; vgl. auch IAS 24.

<sup>5</sup> Art. 163 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 165 ZPO und Art. 169 Abs. 2 i.V.m. Art. 168 StPO.

<sup>6</sup> Enterbt werden darf gemäss Art. 477 Ziff. 1 ZGB, wer gegen eine dem Erblasser «nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat»; dieselbe Voraussetzung gilt gemäss Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB für die Kürzung des nachehelichen Unterhalts und gemäss Art. 249 Ziff. 1 OR für den Widerruf oder die Rückforderung einer Schenkung. Vgl. auch die seit 2014 geltenden Art. 286 Abs. 3 SchKG zur Schenkungspauliana und Art. 288 Abs. 2 SchKG zur Absichtspauliana.

<sup>7</sup> Art. 397d Abs. 1 ZGB; vgl. dazu BGE 114 II 213, 217.

<sup>8</sup> So etwa in Art. 368 Abs. 1, Art. 373 Abs. 1 oder Art. 381 Abs. 3 ZGB; vgl. zur nahestehenden Person eingehend BGer-Urteil 5A\_663/2013 vom 5. November 2013, E. 3; ESTELLE DE LUZE, Les proches dans le Code civil, in: Jusletter vom 8. Dezember 2014, 8 ff.

<sup>9</sup> Art. 30 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 260a Abs. 2 ZGB zur Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung durch den Anerkennenden selbst.

<sup>10</sup> Die Bestimmung gilt aufgrund der Verweisungsnorm von Art. 800 OR auch für die GmbH.

<sup>11</sup> BSK OR II-KURER/KURER, Art. 678 N 2; die Bestimmung gilt aufgrund der Verweisungsnorm von Art. 800 OR auch für die GmbH.

<sup>12</sup> Die Bestimmungen gelten aufgrund der Verweisungsnormen von Art. 777c Abs. 2 und 781 Abs. 3 OR auch für die GmbH.

<sup>13</sup> Art. 635 bzw. 652e OR.

<sup>14</sup> Art. 635a bzw. 652f OR.

<sup>15</sup> ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 16 ff. und N 41 m.w.N.

<sup>16</sup> Bis zu der per Anfang 2008 rechtskräftigen Reform des Aktienrechts mussten gar alle Geschäfte mit beliebigen Dritten deklariert

scheint konsequent, da die Rechenschaftsablage und die Prüfung durch eine Drittperson gerade klären sollen, ob eine Begünstigung oder gar eine Bösgläubigkeit vorliegt.

#### 4. Transparenzvorschriften für börsenkotierte Gesellschaften

Börsenkotierte Gesellschaften müssen seit 2007 im Anhang zur Bilanz und seit 2014 stattdessen im Vergütungsbericht nicht marktübliche Vergütungen oder Darlehen angeben, die sie direkt oder indirekt an Personen ausgerichtet haben, die den Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern nahestehen (Art. 16 VegüV).<sup>17</sup> Dabei sind die Vergütungen und Kredite an nahestehende Personen gesondert auszuweisen, wobei die Namen der nahestehenden Personen nicht angegeben werden müssen. Ausserdem sind gemäss Art. 663c Abs. 3 OR die Beteiligungen an der Gesellschaft der den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern von börsenkotierten Gesellschaften nahestehenden Personen offen zu legen.

#### 5. Revisionsrecht

Auch das seit 2008 geltende rechtsformübergreifende Revisionsrecht verwendet den Begriff der nahestehenden Person: So ist gemäss Art. 728 Abs. 5 OR<sup>18</sup> die Unabhängigkeit der Revisionsstelle auch dann nicht gegeben, wenn Personen die Unabhängigkeitsvoraussetzungen nicht erfüllen, die der Revisionsstelle, den an der Revision beteiligten Personen, den Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder anderen Personen mit Entscheidungsfunktion nahestehen.<sup>19</sup>

#### 6. Unzulässige Vergütungen gemäss VE-OR 2014

Gemäss Art. 20 VegüV sind zahlreiche Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und eines allfälligen Beirates eines börsenkotierten Unternehmens unzulässig, namentlich Abgangsentschädigungen, im Voraus ausgerichtete Vergütungen oder

Provisionen für die Übernahme von Unternehmen. Art. 735c VE-OR 2014 will die Verbotsnorm auf nahestehende Personen ausweiten. Auch das in Art. 21 VegüV vorgesehene Verbot gewisser Vergütungen im Konzern soll gemäss Art. 735d VE-OR 2014 entsprechend ausgedehnt werden. Der Bericht des Bundesrats zum VE-OR 2014 erwähnt die geplante Ausweitung der VegüV-Bestimmungen erstaunlicherweise mit keinem Wort.<sup>20</sup>

#### 7. Transparenz bei Rohstoffunternehmen gemäss VE-OR 2014

Gemäss Art. 964a VE-OR 2014 müssen Unternehmen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet und direkt oder indirekt im Bereich der Gewinnung von Mineralien, Erdöl und Erdgas sowie «des Einschlags von Holz in Primärwäldern» tätig sind, jährlich einen Bericht über ihre Zahlungen an staatliche Stellen verfassen. Als «staatliche Stellen» gelten neben Behörden eines Drittlandes auch von diesen kontrollierte Unternehmen sowie den staatlichen Stellen nahestehende Personen (Art. 964a Abs. 4 VE-OR 2014).<sup>21</sup>

### III. Begriffsgrundlagen

#### 1. Fehlende gesetzliche Definition

Der Begriff der «nahestehenden Person» zielt zunächst ganz grundsätzlich auf das Verhältnis von Menschen zu einander. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Nahestehen meist subjektiv verstanden: Eine Person steht einem nahe, wenn man zu ihr ein Näheverhältnis empfindet. Für ein objektivierte Nahestehen, etwa bei Familienangehörigen, verwendet man meist andere Begriffe. Klar erscheint nach einer Alltagsdefinition nur Folgendes: Wer sich nahesteht, steht in einer engeren Beziehung zueinander als zu einem beliebigen Dritten.

Was der Begriff «nahestehend» in rechtlicher Hinsicht generell bedeutet, definiert das Gesetz nicht. Nur an eher entlegenen Stellen finden sich spezifische Definitionen: So zählt die Kollektivanlagenverordnung seit 2013 detailliert auf, wer als nahestehend zu Fondsleitungen und Depotbanken im Sinn von Art. 63 KAG gilt,<sup>22</sup> und deshalb keine Immobilien von Immobilienfonds übernehmen darf. Im Hinblick auf die Offenlegung und besondere Prüfung von Rechtsgeschäften von Vorsorgeeinrichtungen definiert Art. 48i BVV II, wer im Sinn von Art. 51c BVG nahestehend ist.<sup>23</sup> Eine allgemeine, ge-

werden, sofern im Zeitpunkt der Gründung oder Kapitalerhöhung die Verwendung des Liberierungsbetrag mindestens beabsichtigt war. Dieser ausufernde Tatbestand wurde mit der Revision verengt, da nur bei Geschäften mit Aktionären oder diesen nahestehenden Personen ein Missbrauchspotential besteht.

<sup>17</sup> Art. 663b<sup>bis</sup> Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 3 Ziff. 3 OR; Art. 663b<sup>bis</sup> ist gemäss Art. 13 Abs. 1 VegüV heute obsolet; er soll gemäss VE-OR 2014 aufgehoben und die entsprechenden Bestimmungen der VegüV durch Art. 734a ff. VE-OR 2014 ersetzt werden.

<sup>18</sup> Die Bestimmung gilt aufgrund der Verweisungsnormen von Art. 818 Abs. 1 OR und Art. 906 Abs. 1 OR auch für die GmbH und die Genossenschaft.

<sup>19</sup> In der Lehre wird die Bestimmung als zu streng kritisiert, vgl. JEAN-NICOLAS DRUEY, Die Unabhängigkeit des Revisors, SZW 2007, 439 ff., 444 f., und – zurückhaltender – PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 15 N 582.

<sup>20</sup> Vgl. BERICHT VE-OR 2014, Ziff. 2.1.35, 154 ff.

<sup>21</sup> BERICHT VE-OR 2014, Ziff. 2.2.5, 174.

<sup>22</sup> Art. 91a Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006, SR 951.311.

<sup>23</sup> Art. 48i Abs. 2 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984, SR 831.441.1, «als

sellschaftsrechtliche oder normbezogene Legaldefinition der «nahestehenden Person» fehlt. Die verschiedenen Materialien führen den Begriff kaum weiter aus.<sup>24</sup> Die nahestehende Person ist als *unbestimmter Rechtsbegriff* zu qualifizieren, der stark von gesellschaftlichen Wertungen beeinflusst ist und sich durch «besonders qualifizierte Vagheit» auszeichnet.<sup>25</sup>

## 2. Normbezogene Auslegung

Gemäss der herrschenden Lehre gibt es keinen einheitlichen gesellschaftsrechtlichen Begriff des Nahestehens. Der Begriff der nahestehenden Person ist jeweils normbezogen auszulegen.<sup>26</sup> Das leuchtet nicht von vornherein ein: Das Nahestehen wurde erst 1991 als Rechtsbegriff ins Gesellschaftsrecht eingeführt und seit 2005 in verschiedenen weiteren Normen verankert. Anders als klassische Generalklauseln wie der «wichtige Grund» oder das «billige Ermessen» könnte man sich auch vorstellen, das Nahestehen – mindestens für die doch recht enge Welt des Gesellschaftsrechts – wertungsfrei und einheitlich zu umschreiben. Dafür spräche, dass die Tatbestandskategorien im Gesellschaftsrecht, die das Nahestehen thematisieren, verwandte Schutzzwecke verfolgen: Sie sollen verhindern, dass Personen mit privilegiertem Zugang zu Entscheidungsträgern oder zu Informationen von nicht marktkonformen Geschäften profitieren können oder ihre Nähe zu privilegierten Informationen für Umgehungen von Offenlegungspflichten oder Unabhängigkeitskriterien missbrauchen.

Allerdings scheitert eine einheitliche Auslegung daran, dass der Begriff der nahestehenden Person in gewissen Bereichen weiter gefasst werden muss als in anderen, um dem Schutzzweck der spezifischen Norm gerecht zu werden. Die Schwierigkeit liegt dabei nicht in der fehlenden Fassbarkeit des Begriffs des Nahestehens, sondern in den *zusätzlichen Voraussetzungen einzelner Tatbestände*, welche die Bedeutung des Nahestehens für eine

Norm relativieren: So muss eine rückerstattungsspflichtige Person gemäss Art. 678 OR bei verdeckten Gewinnausschüttungen nicht nur einem Entscheidungsträger nahestehen, sondern auch bösgläubig sein. Vergütungen an Nahestehende sind nur offenzulegen, wenn sie nicht marktüblich sind. Diese zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen indizieren einen weiten Begriff des allgemeinen Nahestehens, da sie bei nicht klarer Nähe Unklarheiten ausmerzen: Wer bösgläubig ist, weiss mehr, steht dem ohnehin Wissenden tendenziell näher und ist nicht ein unbedarfter Dritter. Wer zu seinen Gunsten ein marktunübliches Geschäft abschliessen kann, steht dem Vertragspartner häufig nahe und profitiert mit grosser Wahrscheinlichkeit stärker, als es ein nicht nahestehender Dritter könnte. Sobald aber eine Norm nur auf das Nahestehen abstellt, besteht die Gefahr, dass der Kreis leichthin zu weit gezogen wird und Konstellationen des Nahestehens erfasst, die in keiner Relation zum Schutzzweck stehen. So verlangt Art. 663c Abs. 3 OR, dass Verwaltungsratsmitglieder von börsenkotierten Gesellschaften Beteiligungen von ihnen nahestehenden Personen offenlegen, ohne diese Offenlegungspflicht an Schwellenwerte zu knüpfen oder sonst irgendwie zu differenzieren. Hier ist allein das Nahestehen entscheidend. Ein Beispiel mag die Uneinheitlichkeit des Begriffs illustrieren: Es leuchtet ein, dass ein Arbeitnehmer eines Verwaltungsratsmitglieds, etwa ein Hausangestellter, verdeckte Gewinnausschüttungen zu seinen Gunsten als nahestehende Person zurückerstatten muss, da er dies nur muss, wenn er bösgläubig ist. Sofern derselbe Hausangestellte sozusagen zufällig einige Aktien des Unternehmens seines Arbeitgebers hält, kann das Arbeitsverhältnis aber kaum genügen, um eine Offenlegungspflicht im Vergütungsbericht des Unternehmens zu begründen.

Da der Gesetzgeber – bewusst oder im allgemeinen Regulierungsdrang der letzten zwanzig Jahre unbewusst – das Nahestehen zuweilen als einzige Tatbestandsvoraussetzung statuiert und manchmal an zusätzliche Voraussetzungen knüpft, verunmöglicht er eine einheitliche Begriffserfassung. Die in der Lehre teilweise postulierten «Befreiungsschläge», etwa die Feststellung, dass jeder als nahestehende Person gilt, der kein unabhängiger Dritter ist<sup>27</sup>, sind nicht zielführend. Man muss in der flimmernenden Begrifflichkeit kein Unglück sehen; für die Rechtsunterworfenen und insbesondere die Compliance-Abteilungen börsenkotierter Unternehmen macht sie die Arbeit aber schwieriger.

## 3. Natürliche und juristische Personen

Der allgemeine Begriff der Person im schweizerischen Privatrecht zielt grundsätzlich auf *natürliche und juristische*

nahestehende Personen gelten insbesondere der Ehegatte (...), der eingetragene Partner (...), der Lebenspartner (...) und Verwandte bis zum zweiten Grad sowie juristische Personen, an denen eine wirtschaftliche Berechtigung besteht».

<sup>24</sup> BOTSCHAFT 1983, Ziff. 326, S. 153; BOTSCHAFT OR 2007, 1641 Fn. 105; neustens BERICHT VE-OR 2014, Ziff. 2.2.5, 174.

<sup>25</sup> ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern 2010, S. 67, im Zusammenhang mit Generalklauseln; da die nahestehende Person kaum den zentralen Regelungsgehalt einer gesetzlichen Vorschrift ausmacht, ist sie eher nicht als Generalklausel nach klassischem Verständnis zu qualifizieren, wobei die Unterschiede hier flussend und für die Auslegung ohne Konsequenzen sind, vgl. KRAMER, 67 FN 113.

<sup>26</sup> BÖCKLI (FN 19), § 8 N 560i; CR-CHENAUX, N 11 zu Art. 678 OR; NIKLAUS DIETSCHI, Beabsichtigte Sachübernahmen, Diss. Zürich 2012, N 338; LUKAS GLANZMANN, Die Grosse Aktienrechtsreform, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, S. 666; a.A. BOTSCHAFT OR 2007, 1641 Fn. 105; SIFFERT/TAGMANN, Handelsregisterverordnung, Bern 2013, N 38 zu Art. 43 HRegV; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 10.

<sup>27</sup> CHRISTOPH KÄSER/MARKUS GYSI, Management Buy-out: Qualifizierte Gründung?, REPRAX 1/2012, 29, 34 f.; MARTIN WALDBURGER, Die «kleine Aktienrechtsrevision» (Teil 1), GesKR 2007, 415 f.

tische Personen,<sup>28</sup> sofern sich durch Auslegung nicht eine Einschränkung auf natürliche Personen ergibt.<sup>29</sup> Die gesellschaftsrechtlichen Tatbestände bieten keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung des Begriffs allein auf natürliche oder allein auf juristische Personen. Die nahestehende Person im Gesellschaftsrecht kann immer sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein. Die Feststellung ist deshalb nicht restlos selbstverständlich, weil das Bankengesetz die Begriffsumschreibung «nahestehende Personen und Gesellschaften» verwendet<sup>30</sup> und auch das Bundesgericht bisweilen von einer «nahestehende Person oder Unternehmung» spricht.<sup>31</sup>

#### 4. Treuhänderisch tätige nahestehende Personen

Nach einem Teil der Lehre soll allerdings der Entscheid des Gesetzgebers, in Art. 663b<sup>bis</sup> OR<sup>32</sup> zwischen «indirekten Vergütungen an Organmitglieder» und «Vergütungen an nahestehende Personen» zu unterscheiden, eine einheitliche Auslegung des Nahestehens verunmöglichen.<sup>33</sup> Indirekte Vergütungen sind Vergütungen, die auf Umwegen über Strohpersonen oder beherrschte Gesellschaften wirtschaftlich der Organperson zu Gute kommen. Sie sind gemäss Art. 663b<sup>bis</sup> OR bzw. Art. 14 VegüV immer offenzulegen. Dagegen sind Vergütungen, die auch wirtschaftlich nicht der Organperson, sondern einer ihr nahestehenden Person zu Gute kommen, nur bei Marktunüblichkeit zu deklarieren. In anderen Tatbeständen – insbesondere in Art. 678 OR – fallen auch Strohpersonen und beherrschte Gesellschaften unter den weiteren Begriff der nahestehenden Person. Allein diese Inkongruenz verunmöglicht die einheitliche Auslegung nicht: Es wäre konstruiert, gerade besonders nahestehende Personen wie Strohleute nicht als nahestehend zu qualifizieren. Dafür besteht auch kein Grund: Es ist unproblematisch, auch unter Art. 663b<sup>bis</sup> OR bzw. Art. 16 VegüV Strohpersonen oder beherrschte Gesellschaften als nahestehende Personen zu subsumieren. Sofern deren Position dazu führt, dass die Vergütung indirekt der Organperson zukommt, verwirklicht sich zusätzlich der qualifizierte Tatbestand. Sofern die nahestehende Person keinen eigenen Handlungsspielraum hat, also lediglich als direkter Stellvertreter oder Bote agiert, besteht ein direktes Verhältnis zum von der Norm erfassten Anteilinhaber oder Aktionär und es kommt nicht auf die nahestehende Person an.<sup>34</sup>

## IV. Möglichkeiten der Konkretisierung des Nahestehens

### 1. Übersicht

Das Nahestehen kann viele Ursachen haben. Gemäss einer verbreiteten Formel kann es auf einer verwandtschaftlichen, wirtschaftlichen, rechtlichen oder tatsächlichen Verbindung beruhen.<sup>35</sup> Mit der Auflistung dieser vier Grundtypen ist allerdings noch nichts zu den Kriterien für ein Nahestehen gesagt, zumal die «tatsächliche Verbindung» ein uferloser Auffangtatbestand ist. Auch die Definition in der Steuerrechtsprechung, wonach Personen als nahestehend gelten, «zu denen wirtschaftliche oder persönliche Verbindungen bestehen, welche nach den gesamten Umständen als eigentlicher Grund der zu steuernden Leistung betrachtet werden müssen» konkretisiert nicht den Begriff der nahestehenden Person<sup>36</sup>.

In der Lehre wird postuliert, dass das Nahestehen immer nur «unter Abwägung aller faktischen Gegebenheiten» festgestellt werden kann. Diese Auffassung entspricht der notwendig normbezogenen Auslegung des Nahestehens. Richtigerweise gibt es aber Konstellationen, in denen nach allgemeinem Verständnis ohne jede weitere Prüfung von einem Nahestehen ausgegangen werden muss, beispielsweise bei Ehegatten oder bei Tochtergesellschaften. In solchen – noch näher zu definierenden Beziehungen – ist die Vermutung des Nahestehens unwiderlegbar.

In anderen Konstellationen mit einer weniger ausgeprägten oder nicht klar ersichtlichen Nähe ist die von der Lehre generell postulierte Differenzierung nach dem Einzelfall und auch nach der konkreten Norm angebracht; auch wenn für bestimmte Näheverhältnisse eine Vermutung des Nahestehens besteht, muss diese widerlegbar sein.

Im Folgenden soll versucht werden, einige allgemein für das Gesellschaftsrecht gültige Konkretisierungen des Nahestehens vorzunehmen.<sup>37</sup> Dabei kann besonders bei *natürlichen Personen* auch auf den reichen Fundus öffentlich-rechtlicher Normen zurückgegriffen werden, die Unvereinbarkeiten und Ausstandspflichten für Amtsträger oder Zeugnisverweigerungsrechte regeln. Anhaltspunkte geben auch der detaillierte Katalog des

<sup>28</sup> Vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 OR, Art. 51 Abs. 1 OR, Art. 120 Ziff. 1 Abs. 1 OR.

<sup>29</sup> Diese Einschränkung ergibt sich häufig klar aus der Systematik und dem Normzweck, vgl. etwa Art. 45 Abs. 3 OR, Art. 249 Ziff. 1 OR oder Art. 321 Abs. 1 OR.

<sup>30</sup> Art. 4<sup>ter</sup> BankG.

<sup>31</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_834/2011 vom 6. Juli 2012, E. 2.1.

<sup>32</sup> Heute Art. 14 Abs. 1 und 16 Abs. 1 VegüV.

<sup>33</sup> BÖCKLI (FN 19), § 8 N 560f.

<sup>34</sup> Weiter BÖCKLI (FN 19), § 8 N 560f.

<sup>35</sup> BSK OR II-KÜRER/KÜRER, Art. 678 N 7; BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 32; BSK OR II-WATTER/RAMPINI, Art. 728 N 60; ROGER DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss Zürich 2005, S. 88; vgl. ferner ohne Schwerpunkt auf das Gesellschaftsrecht PIERRE TERCIER, Qui sont nos «proches»? in: Peter Gauch/Jörg Schmid/Paul-Henri Steinauer/Pierre Tercier/Franz Werro (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 799 ff.

<sup>36</sup> So wörtlich u.a. Urteile des Bundesgerichts 2A.72/2006 vom 9. Juni 2006, E. 2.1 und 2C\_377/2009 vom 9. September 2009, E. 2.2; zuletzt 2C\_970/2012 vom 1. April 2013, E. 3.2.

<sup>37</sup> Vgl. auch ZK-CRAMER.

internationalen Rechnungslegungsstandards IAS 24<sup>38</sup> oder der Swiss GAAP FER 15.

## 2. Beziehungen mit unwiderlegbarer Vermutung des Nahestehens

### 2.1 Übersicht

Es gibt Näheverhältnisse zwischen Personen, die ein Nahestehen im Sinn der gesellschaftsrechtlichen Tatbestände ohne weiteres begründen. In diesen, hier – versuchsweise – abschliessend aufgeführten Fällen einer klaren rechtlich zuordenbaren Verbindung ist ein Nahestehen unabhängig von der tatsächlich bestehenden oder subjektiv empfundenen Nähe gegeben.<sup>39</sup> Das Nahestehen wird in diesen Fällen anhand objektiver, ja formeller Voraussetzungen beurteilt. Eine subjektiv empfundene Unabhängigkeit trotz objektivem Nahestehen ist nicht relevant.<sup>40</sup>

### 2.2 Verwandtschaftliche und weitere familienrechtliche Verbindungen

Traditionell werden Angehörige<sup>41</sup>, also Personen mit näherer verwandtschaftlicher Beziehung, als nahestehend angesehen.<sup>42</sup> Eine unwiderlegbare Vermutung des Nahestehens muss für in gerader Linie Verwandte gemäss Art. 20 Abs. 2 ZGB gelten, also insbesondere für Eltern, Grosseltern, Kinder und Enkelkinder. In der Seitenlinie können nur Verwandte zweiten Grades immer als nahestehend gelten, also die voll- und halbbürtigen Geschwister sowie die Stiefgeschwister<sup>43</sup>, nicht aber Verwandte dritten Grades (also Onkel, Tanten, Neffen und Nichten) oder gar vierten Grades (Vettern und Basen).<sup>44</sup> Dieselben Grundsätze gelten selbstverständlich für Adoptivverhältnisse. Nahestehend sind ferner Pflegekinder und Pflegegeschwister<sup>45</sup>.

Immer nahestehend sind *Ehegatten* oder *eingetragene Partner* gemäss PartG. Nach einer Auflösung des Verhältnisses sollte das Apriori-Nahestehen nicht mehr gelten. Nicht von vornherein als nahestehend können *Schwäger* und *Schwägerinnen* gelten, zumal die Schwägerschaft gemäss Art. 21 Abs. 2 ZGB durch die Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft nicht aufgehoben wird.

Nahestehend sind *Personen, die gemeinsame Kinder* haben.<sup>46</sup> Problematisch ist das unwiderlegbare Nahestehen bei nicht verheirateten und nicht in eingetragener Partnerschaft lebenden *Paaren ohne gemeinsame Kinder*.<sup>47</sup> Die ZPO und die StPO erfassen das klassische Konkubinatsverhältnis unter dem Begriff «faktische Lebensgemeinschaft» als Ausstanzgrund für Gerichtspersonen und als Grundlage für prozessuale Verweigerungsrechte.<sup>48</sup> Eine faktische Lebensgemeinschaft besteht bei einem auf Dauer angelegten partnerschaftlichen Verhältnis. Ein solches liegt immer vor, wenn Personen in einem sogenannten Konkubinatsvertrag wesentliche Aspekte ihres auf Dauer ausgerichteten Zusammenlebens geregelt oder eine Verlobung gemäss Art. 90 ZGB kundgetan haben. Es liegt nicht schon dann unwiderlegbar vor, wenn Personen in häuslicher Gemeinschaft leben (und – soweit Dritte das beurteilen können und sollen – «Tisch und Bett teilen»), also namentlich unter der gleichen Adresse gemeldet sind. Die möglichen Ausgestaltungen des Zusammenlebens in häuslicher Gemeinschaft ohne partnerschaftliche Bindung sind zu vielfältig, um unwiderlegbare Schlüsse daraus zu ziehen. Fehlen rechtlich klar fassbare Anhaltspunkte, ist für das Gesellschaftsrecht nicht von vornherein von einem Nahestehen zwischen natürlichen Personen auszugehen.

### 2.3 Organstellung

Organe einer juristischen Person sind häufig an dieser juristischen Person beteiligt, so dass sie als Anteilsinhaber den einschlägigen Normen direkt unterstellt sind. Fehlt eine Beteiligung, so steht ein *formelles Organ* der juristischen Person immer nahe. Namentlich stehen also Verwaltungsratsmitglieder und im Handelsregister eingetragene Mitglieder der Geschäftsleitung der Aktiengesellschaft nahe. Nichts anderes gilt für *faktische Organe*.<sup>49</sup> Wer tatsächlich massgebend an der grundlegenden Willensbildung einer juristischen Person teilnimmt, steht der Gesellschaft nahe. Es erscheint keine Konstellation denkbar, in der zwar die Organschaft und

<sup>38</sup> Dazu eingehend MARCO SPADIN, Nahestehende Personen nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS (IAS 24), Diss. Zürich 2008.

<sup>39</sup> A.A. DIETSCHI (FN 26), N 342, der zusätzlich «tatsächliche Indizien für ein Näheverhältnis» verlangt; diese echte Nähe soll nicht gegeben sein, wenn etwa der Aktionär und der Vertragspartner sich in einem erbitterten Rechtsstreit befinden.

<sup>40</sup> BOTSCHAFT RAG 2004, Ziff. 2.1.3.1, S. 4021; BOTSCHAFT OR 2007, S. 1641 FN 105. Inwieweit nach der konkreten Norm eine Entlastung möglich ist, wenn den Parteien ihre Rechtsbeziehung aus objektiv nachvollziehbaren Gründen nicht bekannt war, kann offen bleiben. Über Kathederbeispiele wie den unbekanntem Bruder hinaus dürfte es solche Fälle nicht geben, zumal ein leichtfertiges Übersehen eines Näheverhältnisses nicht zu schützen ist.

<sup>41</sup> Vgl. die Definition in Art. 110 Abs. 1 StGB.

<sup>42</sup> So auch IAS 24.9, «close members of the family», derzeit noch mit der Widerlegbarkeit der Vermutung des Nahestehens, vgl. SPADIN (FN 38), N 514 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 165 Abs. 3 ZPO und Art. 168 Abs. 1 lit. d StPO, die Stiefgeschwister bezüglich der Verweigerungsrechte Geschwistern gleichstellen.

<sup>44</sup> Gemäss Art. 20 Abs. 1 ZGB bestimmt sich der Grad der Verwandtschaft nach der Zahl der sie vermittelnden Geburten.

<sup>45</sup> Vgl. Art. 165 Abs. 1 lit. d ZPO.

<sup>46</sup> Vgl. Art. 165 Abs. 1 lit. b ZPO.

<sup>47</sup> So gilt in Deutschland der nichteheliche Partner eines Schuldners nicht als «nahestehende Person» im Sinn von § 138 InsO, BGH-Urteil vom 17.3.2011, IX ZA 3/11.

<sup>48</sup> Art. 47 Abs. 1 lit. c und Art. 165 Abs. 1 lit. a ZPO; Art. 56 lit. c und Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO; ebenso Art. 109 Abs. 1 lit. b DBG.

<sup>49</sup> Vgl. insbesondere MEINRAD VETTER, Der verantwortlichschaftsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich 2007; Böckli (FN 19), § 18 N 107 ff.

damit auch die Verantwortlichkeit einer Person bejaht werden, sie aber nicht als nahestehend im Sinne der einschlägigen Tatbestände gilt. Die Organschaft ist eine spezifische Ausprägung des Nahestehens.

Nicht per se nahestehend sind zwei Gesellschaften, wenn ein von der entsprechenden Norm erfasstes Leitungsorgan oder ein Aktionär einer Gesellschaft in der anderen Gesellschaft eine Organfunktion innehat, ohne die andere Gesellschaft zu beherrschen.<sup>50</sup>

#### 2.4 Konzernmässige Einordnung und Mehrheitsbeteiligungen

Juristische Personen, die Teil einer Konzernstruktur sind, stehen jeder anderen Konzerngesellschaft nahe.<sup>51</sup> Ein Konzern besteht gemäss Art. 963 Abs. 2 OR, wenn eine juristische Person eine andere kontrolliert, indem sie direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ oder doch über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestimmen oder wenn sie aufgrund der Statuten oder eines Vertrags einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Immer nahestehend dürften generell «Affiliates» gemäss angelsächsischer Rechtspraxis sein.<sup>52</sup> Nahe stehen sich auch Untergesellschaften, die geschäftlich nicht kooperieren oder gar in einem von der Konzernleitung gewünschten Konkurrenzverhältnis stehen. Konzerninterne Absprachen und Praxen ändern gegenüber den zu schützenden Dritten nichts an der formellen Abhängigkeit einer Konzerngesellschaft.

Eine unwiderlegbare Vermutung des Nahestehens besteht auch zwischen juristischen Personen, die von der gleichen natürlichen Person als Aktionär oder Organ beherrscht sind.<sup>53</sup> Nicht per se nahestehend sind Gesellschaften, an denen ein von der entsprechenden Norm erfasstes Leitungsorgan oder ein Aktionär eine meldepflichtige Beteiligung direkt oder indirekt hält (vgl. Ziff. IV.3.3.).

#### 2.5 Vertragliche Beziehungen

Vertragliche Bindungen zwischen Personen, die keine direkte familien- oder gesellschaftsrechtliche Nähe begründen, sind nicht leichtthin als a-priori Nahestehen zu deuten. Richtigerweise sollte nur die Treuhandschaft, also der Auftrag des Treugebers an den Treuhänder, Geschäfte in eigenem Namen aber auf Rechnung des

Treugebers zu besorgen, unwiderlegbar als Nahestehen gelten.<sup>54</sup> Die Treuhandschaft muss entweder umfassend bestehen oder aber auf das von der Norm erfasste konkrete Geschäft (also etwa die Zahlung von Dividenden oder die Sachübernahme) bezogen sein. Andere persönlich bindende Vertragsverhältnisse sind einzeln zu prüfen (vgl. Ziff. IV.3.2.).

#### 2.6 Öffentlich-rechtliche Beziehungen

Als öffentlich-rechtlich geprägte Näheverhältnisse begründen die Vormundschaft<sup>55</sup> und alle Arten von Beistandschaften<sup>56</sup> immer das Nahestehen.

Immer nahestehend ist eine paritätisch verwaltete «eigene» Vorsorgestiftung oder Vorsorgegenossenschaft gegenüber der Arbeitgeberin. Dies gilt nicht für Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen, bei denen die Einflussmöglichkeiten der Arbeitgebervertreter geringer sind.<sup>57</sup>

### 3. Beziehungen mit widerlegbarer Vermutung des Nahestehens

#### 3.1 Übersicht

Neben dem grundsätzlich abschliessend definierbaren Kreis per se nahestehender Personen gibt es weitere Konstellationen zwischen Personen, bei denen ein Nahestehen vorliegen kann. Zu würdigen ist in diesen «Verdachtskonstellationen» immer der Einzelfall und der Schutzzweck der Norm. Klare Kriterien – man muss es in dieser Deutlichkeit sagen – gibt es dafür nicht. Zumal in kleinräumigen, eng vernetzten Wirtschaftsräumen kann nicht jede Person, die keine «beliebige Drittperson» ist, als nahestehend bezeichnet werden.<sup>58</sup> Das Nahestehen begründet sich massgeblich aus den konkreten Intentionen der Parteien, also den subjektiven Gründen, die sie zum Abschluss des fraglichen Rechtsgeschäfts geführt haben. Dies gilt gerade dann, wenn ein marktunübliches Geschäft ein Nahestehen indiziert (vgl. Ziffer V.1). Ein Nahestehen liegt also dann vor, wenn die besondere Beziehung zwischen Personen für den Abschluss des konkreten Geschäfts entscheidend war. Diese allgemeine Umschreibung entspricht der steuerrechtlichen Betrachtungsweise, wonach die Beziehung der eigentliche Grund einer zu steuernden ungewöhnlichen Leistung sein muss.<sup>59</sup> Ein subjektiv befürchteter Anschein von Be-

<sup>50</sup> Ebenso IAS 24.11.

<sup>51</sup> BSK OR II-KURER/KURER, Art. 678 N 8; RASHID BAHAR, *Le capital social: à quand la révolution? – Questions choisies autour des révisions des règles sur le capital*, ZSR 128 (2009), 253 ff., 258.

<sup>52</sup> Ein «affiliate» einer Person ist nach den gängigen Definitionen entweder von dieser Person kontrolliert oder er kontrolliert diese Person oder er steht zusammen mit jener Person unter der Kontrolle durch einen Dritten.

<sup>53</sup> Vgl. zum control-Konzept gemäss IAS 24.9 lit. a (i), SPADIN (FN 38), N 200 ff.

<sup>54</sup> BSK OR II-KURER/KURER, Art. 678 N 8.

<sup>55</sup> Der Begriff der Vormundschaft wird seit 2013 nur noch im Kindesrecht verwendet, Art. 327a ff. ZGB.

<sup>56</sup> Neben der umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB, also auch die Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB, die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 ZGB und die Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB; vgl. auch Art. 165 Abs. 1 lit. e ZPO.

<sup>57</sup> SPADIN (FN 38), N 548 f.

<sup>58</sup> So – im Sinn einer Leitlinie für eine vorsichtige Beratung bei der Sachübernahme – aber CHK-WALDBURGER, Art. 628 N 5.

<sup>59</sup> BSK DBG-BRÜLSAUER/POLTERA, Art. 58 N 122 m.w.N.



fangenheit trotz fehlenden objektiven Nahestehens fällt nicht ins Gewicht.

Im Folgenden sollen verschiedene Beziehungen ausgeleuchtet werden, die natürliche oder juristische Personen in eine Nähe rücken, die möglicherweise nach den konkreten Umständen als rechtlich relevantes Nahestehen zu interpretieren ist.

### 3.2 Vertragliche Beziehungen

Je stärker eine Vertragsbeziehung individualisiert ist und aufgrund der Person des Vertragspartners abgeschlossen wurde, desto eher kann sie ein Nahestehen begründen. Das gilt allerdings nicht für alle Verträge, die eine persönliche Leistung gemäss Art. 68 OR erheischen. Sofern eine bestimmte Person wegen ihrer fachlichen Qualitäten als Vertragspartner ausgesucht wurde, liegt bei Beginn der Vertragsbeziehung tendenziell gerade kein Nahestehen vor. Bei längerer Zusammenarbeit von einer gewissen Intensität kann allenfalls die Vertragsbeziehung zu einem Nahestehen führen. Wenn eine Person sich aufgrund ihrer Fähigkeiten oder ihrer Stellung objektiv für die angestrebte Vertragsbeziehung nicht als Vertragspartner aufdrängt, ist möglicherweise bereits für den Vertragsschluss eine Nähe zu dieser Person ausschlaggebend. Durch den Vertragsschluss kann sich diese «diffuse Nähe» zu einem Nahestehen im Sinn der gesellschaftsrechtlichen Normen verdichten. Das dürfte kaum je der Fall sein bei auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Verträgen. Im Vordergrund stehen Dauerschuldverhältnisse, besonders Arbeitsverträge,<sup>60</sup> Aufträge,<sup>61</sup> Darlehen sowie Garantie- oder Bürgschaftsverhältnisse. Namentlich grössere Kapitalgeber dürften häufig als nahestehend zu qualifizieren sein.

Nahestehend können auch weitere wesentliche Gläubiger sein<sup>62</sup> (unabhängig davon, ob sich deren Forderung aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung begründet). Damit die Gläubigerstellung für sich genommen ein Nahestehen begründet, muss der Gläubiger aufgrund seiner Forderung – insbesondere natürlich aufgrund deren Höhe im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Schuldners – einen massgeblichen Einfluss auf den Schuldner ausüben können. Das kann schon der Fall sein, wenn die Fälligkeit oder die Durchsetzung einer Forderung für den Schuldner mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre.

Gerade bei vertraglich verbundenen Personen muss als *Faustregel* für die Praxis wohl folgende Simplifizierung gelten: Muss lange über ein Nahestehen nachgedacht werden, liegt dieses mutmasslich vor bzw. erscheint es

möglich, dass ein unabhängiger, aber streng blickender Dritter ein Nahestehen in der konkreten Konstellation bejahen wird.<sup>63</sup>

### 3.3 Gesellschaftsrechtliche Beziehungen

Regelmässig nahestehen dürften sich die Gesellschafter einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sowie einer GmbH, aber auch Gesellschafter in einer nicht nur auf untergeordnete Zwecke beschränkten einfachen Gesellschaft, besonders Joint-Venture-Partner. In Aktiengesellschaften ist die Beziehung unter den Aktionären *prima vista* weniger nahe; wenn sie aber in einem Aktionärsbindungsvertrag (und damit gemäss der herrschenden Lehre in einer einfachen Gesellschaft) verbunden sind, ist in der Tendenz von einem Nahestehen auszugehen.

Eine juristische Person als Aktionärin der Gesellschaft steht einer anderen juristischen Person nahe, wenn sie konzernmässig mit dieser verbunden oder von der gleichen Person als Aktionär oder auch Organ beherrscht ist (vgl. Ziff. IV.2.4.). Wenn ein Aktionär oder ein Leitungsorgan der Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft einen wesentlichen Einfluss hat, kann ihm diese andere Gesellschaft nahestehen.<sup>64</sup> Der wesentliche Einfluss muss sich nicht auf die umfassende Willensbildung der Gesellschaft erstrecken; es genügt, wenn der Einfluss für das konkrete Geschäft, etwa den Aktienkauf oder die Sachübernahme, besteht. Auch Gewerkschaften können Arbeitgeber-Gesellschaften nahestehen; angesichts des im internationalen Vergleich geringen formellen Einflusses von Gewerkschaften in der Schweiz ist ein Nahestehen aber nicht regelmässig anzunehmen.<sup>65</sup>

### 3.4 Verwandtschaftliche und weitere persönliche Verbindungen

Nähere und entferntere Verwandtschaft und Schwägerschaft kann ein Indiz für ein Nahestehen sein. Nahestehen können sich auch geschiedene Ehegatten, besonders wenn Unterhaltspflichten bestehen. Neben der Bedeutung abstrakter familiärer Bindung im kulturellen Kontext der involvierten Personen ist aber in erster Linie die tatsächliche «gelebte» Nähe ausschlaggebend. Das gilt umso stärker bei nicht formalisierten Partnerschaften aller Art, bei engen Freundschaftsbanden<sup>66</sup> oder auch bei Patenkindern. Selbstredend ist die Subsumtion besonders schwierig bei Personen, die ein *faktisches* aber kein rechtliches Nahestehen verbindet, wenn also «die

<sup>63</sup> ZK-CRAMER, N 33 zu Art. 628 OR.

<sup>64</sup> BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 32 mit Verweis auf die Mandatierung von Beratungsunternehmen und Anwaltskanzleien; CHK-Waldburger, Art. 628 N 6; vgl. auch Praxismitteilung EHRA 1/09, Ziff. 9.

<sup>65</sup> SPADIN (FN 38), N 587.

<sup>66</sup> Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO erfasst «Freundschaft» als Ausstandsgrund für Gerichtspersonen; gemäss der Lehre begründet enge Freundschaft ein Nahestehen, so BÖCKLI (FN 19), § 8 N 659; vgl. auch BOTSCHAFT RAG 2004, Ziff. 2.1.3.1, 4021.

<sup>60</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Interessenlagen beim Management Buy-out KÄSER/GYSI (FN 27), 36 ff.

<sup>61</sup> Insbesondere natürlich auch bei einer treuhänderischen Zeichnung von Aktien (Strohpersonenverhältnis); entgegen WALDBURGER (FN 27), 414, ist der bloss wirtschaftlich Berechtigte aber nicht als Aktionär zu qualifizieren.

<sup>62</sup> BSK OR II-KÜRER/KÜRER, Art. 678 N 8.



Beziehung persönlicher, [...] oder tatsächlicher Natur ist».<sup>67</sup> Soziale und psychologische Phänomene wie Freundschaft oder empfundene Abhängigkeit kann das Recht kaum einordnen, sofern sie nicht in einem Rechtsverhältnis oder doch in einer nachweisbaren wirtschaftlichen Verbindung Ausdruck finden.

### 3.5 Mehrstufige Verhältnisse

Kein Nahestehen an sich begründen «Dreiecksverhältnisse» oder mehrstufige Verhältnisse.<sup>68</sup> Wenn beispielsweise der Ehemann eines Geschäftsleitungsmitglieds in einer Kollektivgesellschaft mit einer Drittperson verbunden ist, steht diese Drittperson dem Geschäftsleitungsmitglied noch nicht nahe. Massgeblich ist allein das konkrete Verhältnis des Geschäftsleitungsmitglieds zum Mitgesellschafter des Ehemannes. Inwieweit es möglich ist, in Verhältnissen mit privatem und gleichzeitig geschäftlichem Charakter, die im Jargon berühmten «Chinesische Wälle» aufzubauen und aufrecht zu erhalten, mag im Einzelfall fraglich sein. Es kann aber nicht angehen, über mehrstufige Beziehungsverhältnisse grundsätzliche Verdachtsfälle zu konstruieren.

Besonders schwierig zu erfassen sind mehrstufige Verhältnisse zwischen natürlichen und juristischen Personen, wenn das Nahestehen zunächst nicht zur juristischen Person selbst, sondern zu einem Verwaltungsratsmitglied, Arbeitnehmer oder Aktionär dieser juristischen Person besteht, also rein zwischenmenschlicher Natur ist. Art. 728 Abs. 3 OR regelt solche Fälle ausdrücklich und erfasst hinsichtlich der Unabhängigkeit der Revisionsstelle alle an der Revision beteiligten Personen und die Leitungspersonen des Revisionsunternehmens. Allgemein dürfte ein Nahestehen auch zur juristischen Person dann vorliegen wenn die nahestehende natürliche Person bezüglich des konkreten Sachverhalts einen massgeblichen Einfluss auf die juristische Person ausüben kann.

### 4. Zulässigkeit statutarischer Konkretisierungen

Die Normen, die das Nahestehen als Tatbestandsmerkmal kennen, sind alle zwingender Natur. Dies ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetzeswortlaut, aber klar aus dem Zweck der Normen, die Interessen Dritter sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr schützen sollen. Richtigerweise muss es Gesellschaften erlaubt sein, das Tatbestandsmerkmal normbezogen in ihren Statuten näher auszuführen. Solche Statutenbestimmungen binden zwar Dritte nicht, können aber eine hilfreiche Auslegungshilfe sein. Sie bringen im Ergebnis nur Klarheit, wenn sie Zweifelsfälle umfassen, das Nahestehen ten-

denziell streng interpretieren. So kann die Gesellschaft beispielsweise statutarisch regeln, dass Geschäfte mit Arbeitnehmern der Gesellschaft immer als Geschäfte mit Nahestehenden zu behandeln sind. In der Praxis sind statutarische Konkretisierungen des Nahestehens nicht verbreitet.

## V. Alternative Definitionen

### 1. Das Nahestehen als Fehlen von Marktbedingungen

Angesichts der unscharfen Begrifflichkeit kann man sich fragen, ob das Nahestehen statt von der Person vom *Geschäftsinhalt* her definiert werden könnte. Ein Teil der Lehre will mit dieser Perspektive die Voraussetzung des Nahestehens schärfen.<sup>69</sup> Sie folgt damit der vom Bundesgericht lange geschützten Praxis der Steuerbehörden, die aus dem quantitativen Element der Leistung auf das qualitative Element der Nähe schliessen.<sup>70</sup>

Geschäfte, die nicht zu Marktbedingungen abgeschlossen wurden, lassen gemäss dieser Praxis ohne weiteres auf ein Nahestehen des Vertragspartners schliessen. Die Methode erscheint problematisch: Zwar kann der Abschluss eines nicht marktkonformen Geschäfts ein Indiz dafür sein, dass eine besondere Nähe zwischen den Vertragspartnern besteht. Möglicherweise war in der konkreten Situation allerdings ein unabhängiger Vertragspartner in den Verhandlungen überlegen oder das Geschäft war für die Gesellschaft so wichtig, dass sie eine prima vista unangemessen erscheinende Gegenleistung in Kauf nahm. Richtigerweise müssen bei Geschäften zwischen nicht von vornherein nahestehenden Vertragspartnern deren Interessen und Intentionen beachtet werden.<sup>71</sup> Wird der für sich genommen nachteilige Vertrag in der Hoffnung auf vorteilhafte Folgegeschäfte oder aus Verkenntung der Marktlage geschlossen, ist nicht von einem Nahestehen des Vertragspartners auszugehen. Wurde aber mit dem Vertragsschluss eine Bevorteilung des Geschäftspartners beabsichtigt, die nicht mit der Erwartung auf eine geldwerte Gegenleistung an die Gesellschaft verbunden ist, sondern eine reine Begünstigung darstellt, dürfte ein Nahestehen vorliegen. Es versteht sich, dass diese subjek-

<sup>69</sup> LUKAS MÜLLER, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag; AJP 21 (2012), 1412 ff., 1420; LUKAS GLANZMANN, Fallstricke bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, 19 ff., 25; a.A. CR-CHENAUX, N 12 zu Art. 678 OR.

<sup>70</sup> BGE 119 Ib 431, 436 f.; relativierend aber BGer-Urteil 2C\_377/2009 vom 9. September 2009; vgl. BSK VStG-DUSS/HELBING/DUSS, Art. 4 N 143b; BSK DBG-BRÜLSAUER/POLTERA, Art. 58 N 123 zu m.w.N.

<sup>71</sup> In diesem Sinn auch die herrschende Lehre zum Steuerrecht, vgl. BSK DBG-BRÜLSAUER/POLTERA, Art. 58 N 128 und BSK VStG-DUSS/HELBING/DUSS, Art. 4 N 143a ff. m.w.N.

<sup>67</sup> Praxismitteilung EHRA 1/09, Ziff. 9.

<sup>68</sup> BSK OR II-WATTER/RAMPINI, Art. 728 N 62.

tiven Voraussetzungen anhand der objektiven Tatsachen schwierig zu prüfen sind.

Nach dem Gesagten erscheint es zwar nicht korrekt, von einem nicht zu Marktbedingungen abgeschlossenen Geschäft auf ein Nahestehen zu schliessen. Im Ergebnis sind Geschäfte, bei denen kein «dealing at arm's length» erfolgt, aber ein starkes Indiz für ein Nahestehen.<sup>72</sup> Wie das Nahestehen einer Person ist aber auch die Marktüblichkeit eines Geschäfts – zumal wenn kein liquider Markt besteht – kein eindeutiges Abgrenzungsmerkmal: Ein kleiner «Rabatt» an einen Dritten wird nicht genügen, diesen Dritten zum Nahestehenden zu machen. In zweifelhaften Fällen wird der Blick auf die Marktüblichkeit die Frage des Nahestehens nicht alleine beantworten können – es ist zu fragen, was die Gründe für ein Abweichen von den Marktbedingungen sind.

## 2. Beschränkung auf Strohpersonengeschäfte

Ein Teil der Lehre sieht für die *Rückerstattungsklage* gemäss Art. 678 OR Nichtaktionäre oder Nichtorgane nur als nahestehende Personen an, wenn das Nahestehen des Leistungsempfängers «als eigentlicher Grund dafür erscheint, dass die Leistung nicht direkt dem Aktionär bzw. dem Mitglied des Verwaltungsrates ausgerichtet wurde».<sup>73</sup> In den von dieser Definition erfassten Konstellationen ist davon auszugehen, dass der Aktionär oder das Organ durch die Leistung an den Nahestehenden gleich oder ähnlich gestellt ist, wie wenn die Leistung an ihn selbst erfolgt wäre, oder dass er den Nahestehenden gar als eigentliche Strohperson nutzte. Im Ergebnis werden also nur Umgehungsversuche erfasst. Die Definition grenzt Fälle aus, in denen ein Organ gerade nicht sich selbst, sondern ausschliesslich eine nahestehende Person begünstigen will. Sie ist damit zu eng. Abgesehen davon bringt sie neue Schwierigkeiten, indem sie ausschliesslich auf subjektive Elemente abstellt («eigentlicher Grund»), die kaum je zu beweisen sein dürften.

In der Lehre zur *Sachübernahme* wird in Anlehnung an das deutsche Recht<sup>74</sup> gefordert, der Aktionär müsse durch das Geschäft mit der nahestehenden Person in gleicher Weise eine Vermögensverbesserung erfahren, wie wenn er es selbst anstelle der nahestehenden Person abgeschlossen hätte.<sup>75</sup> Dieser Ansatz erfasst im Ergebnis nur Strohper-

sonengeschäfte bzw. indirekte Vergütungen im Sinn von Art. 663b<sup>bis</sup> OR. Eine solche Einschränkung wird dem Schutzzweck der Sachübernahmenvorschriften schweizerischer Prägung nicht gerecht. Die Sachübernahmebestimmungen wollen verhindern, dass bar liberiertes Kapital der Gesellschaft direkt wieder entzogen wird, ohne dass sie eine adäquate Gegenleistung erhält. Wie bei der Sacheinlage geht es um die Prüfung der Angemessenheit der Gegenleistung und nicht darum, wer von einem Geschäft zu Lasten der Gesellschaft profitiert. Ganz irrelevant ist, ob der Aktionär gleichzeitig und in gleichem Umfang wie die ihm nahestehende Person von einem vorteilhaften Geschäft profitiert. Die 2008 erfolgte Einschränkung der Sachübernahmenvorschriften auf Geschäfte mit Aktionären und diesen nahestehenden Personen trug einzig dem Umstand Rechnung, dass bei echten Drittgeschäften das spezifische Risiko gewollt unangemessener Gegenleistungen regelmässig nicht besteht.<sup>76</sup> Die Revision hatte nicht zum Ziel, die Sachübernahmebestimmungen auf Strohpersonengeschäfte zu beschränken.

## VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Das «Nahestehen» von Personen ist im Gesellschaftsrecht weder definiert, noch kann es für die verschiedenen Tatbestände einheitlich umschrieben werden. Das liegt daran, dass einzelne Tatbestände weitere Tatbestandsmerkmale kennen (Bösgläubigkeit oder Marktunüblichkeit), während andere das Nahestehen genügen lassen. Dies verunmöglicht im Ergebnis eine einheitliche Umschreibung des Nahestehens: Bei einer weiten Umschreibung würden Tatbestände ohne zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen nicht schutzwürdige Fälle erfassen. Bei einer engen Definition würde das Tatbestandsmerkmal trotz Vorliegen der übrigen, qualifizierenden Tatbestandsvoraussetzungen eine Anwendung der Norm vereiteln. Trotz dieser dogmatisch letztlich nicht befriedigenden Unfassbarkeit des allgemeinen Begriffs, gibt es richtigerweise Konstellationen zwischen Personen, in denen ein Nahestehen vorliegt bzw. fingiert werden darf. Das sind ausschliesslich rechtlich klar definierte Beziehungen familiärer, vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art. Der Kreis dieser Beziehungen bleibt eng gezogen. Darüber hinaus gibt es zahlreiche – um nicht zu sagen unzählbare – Näheverhältnisse, die im konkreten Fall für den konkret anwendbaren Tatbestand ein rechtlich einschlägiges Nahestehen begründen können. Die Lehre oder dereinst möglicherweise auch die Rechtsprechung können hier nur Interpretationshilfen geben.

<sup>72</sup> BÖCKLI (FN 19), § 8 N 560k; BSK OR II-KÜRER/KÜRER, Art. 678 N 7; BSK OR II-WATTER/MAIZAR, Art. 663b<sup>bis</sup> N 32.

<sup>73</sup> BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996, § 4 N 59.

<sup>74</sup> § 19 Abs. 4 GmbHG und § 27 Abs. 3 AktG zur verdeckten Sacheinlage.

<sup>75</sup> DIETSCHI (FN 26), N 343; MARKUS D. VISCHER, Sachübernahmen als verdeckte Sacheinlagen, SZW 84 (2012), 287 ff., 291; EDGAR PHILIPPIN/JULIEN ROUVINEZ, Reprise de biens – la notion de «proche» dans l'article 628 CO, in: Beiträge zum Handelsrecht 2015, Zürich 2015, S. 24 f.

<sup>76</sup> ZK-CRAMER, Art. 628 OR N 6; a.A. VISCHER (FN 75), 289 ff.