

DAS HANDELSRECHT DER OHADA

Rahmenbedingungen für Investitionen in West- und Zentralafrika



Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Vorwort	2
Die Rechtsvereinheitlichung der OHADA – Eine Einführung	3
Die politische und ökonomische Situation in den OHADA-Staaten	8
Das allgemeine Handelsrecht	10
Der Handelskauf	14
Besicherung von Forderungen	19
Das Recht der Handelsgesellschaften	22
Schiedsgerichtsbarkeit im OHADA-Raum	33
Durchsetzung und Vollstreckung von Forderungen	39
Warentransport im Strassengüterverkehrsrecht	43
Exkurs: Private Equity Investments und die OHADA-Staaten	47
Regulatorische Risiken und Compliance-Herausforderungen	53
Abkürzungsverzeichnis	
Literaturverzeichnis	

Einleitung

Mit der Gründung der *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* („OHADA“) und der Verabschiedung von mittlerweile zehn Einheitsgesetzen haben die teilnehmenden Staaten in West- und Zentralafrika einen wichtigen Schritt im Hinblick auf die Erhöhung der Rechtssicherheit und die Verbesserung des Investitionsklimas realisiert.

In den deutschsprachigen Ländern ist das Handelsrecht der OHADA-Staaten noch relativ wenig bekannt. Ziel dieser Publikation ist es, diese Informationslücke zu füllen und damit insbesondere auch Unternehmen aus dem deutschsprachigen Raum einen ersten Einblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen für Projekte und Investitionen in den französischsprachigen Ländern Afrikas zu geben.

Den Anstoss dazu haben drei profunde Kenner der OHADA, Paul Bayzelon, Generalsekretär der *Association pour l'Unification du Droit en Afrique* („UNIDA“) und Schatzmeister der *ACP Legal Association*, Denis Lesueur, Vize-Präsident der *ACP Legal Association*, sowie Thorsten Vogl, Vize-Präsident SWISSCHAM AFRICA, gegeben, welche sich seit vielen Jahren für die Weiterentwicklung und Verbreitung des Rechts der OHADA einsetzen.

Ihr Anliegen, das Recht der OHADA einem deutschsprachigen Publikum vorzustellen, haben wir als Partner und Mitarbeiter von Baker & McKenzie Zürich umso bereitwilliger aufgenommen, als uns die zunehmende Bedeutung des afrikanischen Kontinents und der damit verbundene Beratungsbedarf aus unserer täglichen Arbeit vertraut sind.

Baker & McKenzie ist seit über 30 Jahren in Afrika präsent und verfügt über eigene Büros in Johannesburg, Kairo und Casablanca sowie über Partnerbüros in den meisten anderen afrikanischen Staaten. Unsere lokale Präsenz wird durch unser globales Netzwerk unterstützt. Dies erlaubt uns, Klienten flächendeckend im Zusammenhang mit Projekten und Investitionen in den Bereichen Energie, Rohstoffgewinnung, Verkehr und Telekommunikation, sowie diesbezüglichen Schiedsverfahren zu unterstützen.

Vor diesem Hintergrund freuen wir uns, mit der vorliegenden Publikation einen bescheidenen Beitrag zum besseren Verständnis des rechtlichen Umfelds in den Staaten der OHADA leisten zu können. Den mitwirkenden Autoren und Mitarbeiterinnen von Baker & McKenzie Zürich, insbesondere Nadja Al Kanawati, Teresa Rudolph und Gabriela Etterlin, sei an dieser Stelle ebenso wie den Initiatoren des Projekts herzlich für ihre Unterstützung gedankt.

Anne-Catherine Hahn

Koordination



Dr. iur. Anne-Catherine Hahn, LL.M.
anne-catherine.hahn@bakermckenzie.com
Handelsrecht / Schiedsverfahren / Compliance

Mitwirkende Anwälte / Autoren



Dr. iur. Aline Darbellay Suso, LL.M.
aline.darbellay@gmail.com
Gesellschaftsrecht / Finanzierungen



lic. iur. Robert Desax, LL.M.
robert.desax@bakermckenzie.com
Steuerrecht / Steuerplanung



lic. iur. Sabine Herzog, LL.M.
sabine.herzog@bakermckenzie.com
Prozessrecht / Erbrecht / Nachlassplanung



lic. iur. Manuel Meyer
manuel.meyer@bakermckenzie.com
Gesellschaftsrecht / Umstrukturierungen / Finanzierungen



Dr. iur. Philippe Monnier
philippe.monnier@bakermckenzie.com
Handels- / Arbeitsrecht / Compliance



Marion Schnyder, MLaw
marion.schnyder@bakermckenzie.com
Gesellschaftsrecht / Compliance



lic. iur. Rafael Zemp MBA
rafael.zemp@bakermckenzie.com
Private Equity / Gesellschaftsrecht

Vorwort

Auf Anregung der senegalesischen Regierung schlossen sich Anfang der 1990er Jahre zahlreiche, mehrheitlich französischsprachige Staaten in Zentral- und Westafrika zusammen, um gemeinsam gegen die Rechtsunsicherheit in ihren Ländern vorzugehen. Die Regierungschefs der betroffenen Länder beauftragten Kéba MBAYE, den ehemaligen Präsidenten des Obersten Gerichts Senegals, der damals Vizepräsident des internationalen Gerichtshofs in Den Haag war, damit, die Ausgangslage näher abzuklären und konkrete Vorschläge für die Verbesserung des Investitionsklimas vorzulegen.

Richter Kéba MBAYE kam diesem Auftrag nach und schlug den Regierungschefs aufgrund seiner Bestandsaufnahme eine grenzüberschreitende Harmonisierung des Handelsrechts als Massnahme zur Verbesserung des Investitionsklimas vor. Sein Vorschlag fand Gehör. Am 17. Oktober 1993 unterzeichneten 15 Staaten in Port Louis (Mauritius) den Staatsvertrag zur Gründung der Organisation für die Harmonisierung des afrikanischen Handelsrechts (OHADA). Mit diesem historischen Schritt wurden einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen für die Wirtschaftstätigkeit in den teilnehmenden Ländern geschaffen; gleichzeitig wurde durch die Gründung eines gemeinsamen Gerichtshofs ein Mechanismus zur einheitlichen Auslegung des vereinheitlichten Rechts ins Leben gerufen. Seither wurde die OHADA-Organisation durch die Konferenz der Staats- und Regierungschefs anlässlich einer Konferenz in Québec am 17. Oktober 2008 weiter gestärkt.

Heute, mehr als 20 Jahre nach der Unterzeichnung des Gründungsvertrages in Port Louis, gilt die OHADA weit hin als präzedenzloses Erfolgsprojekt. Nachdem ihr im September 2012 die Demokratische Republik Kongo beigetreten ist und damit das vereinheitlichte Recht auch in diesem grossen und wichtigen Land Afrikas zur Anwendung kommt, umfasst der OHADA-Raum heute 17 Länder mit 250 Millionen Einwohnern. Das Recht der OHADA wird in den Universitäten aller Vertragsstaaten und teilweise bereits auf der Sekundarstufe unterrichtet. Auch grosse internationale Universitäten befassen sich zunehmend mit der OHADA; so existiert an den Universitäten Paris 13 und Paris 2 ein eigens geschaffener interuniversitärer Abschluss „*Juriste OHADA*“, der grossen Anklang findet. Das verbreitete Interesse, welches die Studierenden dem Recht der OHADA entgegenbringen, verdeutlicht, wie sehr das vereinheitlichte Recht zum Hoffnungsträger für ein engeres Zusammenwachsen und die weitere Entwicklung des Kontinents geworden ist. Der Beitrag, den die OHADA im Hinblick auf die Einheit des afrikanischen Kontinents leistet, ist in der Tat beachtlich, vor allem auch mit Blick auf die Vielfalt der teilnehmenden Länder, die neben zahlreichen französischsprachigen Ländern ein englischsprachiges Land, Kamerun, ein portugiesischsprachiges Land, Guinea-Bissau, sowie ein spanischsprachiges Land, Äquatorialguinea, umfassen.

Vor diesem Hintergrund freue ich mich besonders, dass die Kanzlei Baker & McKenzie Zürich die Initiative ergriffen hat, das Regelwerk der OHADA einem deutschsprachigen Publikum vorzustellen. Der panafrikanische Ansatz der OHADA, dem der mittlerweile verschiedene Richter Kéba MBAYE zentrale Bedeutung zumass, setzt voraus, dass das harmonisierte Recht in allen vier Sprachen des OHADA-Raums, d.h. auf Englisch, Spanisch, Französisch und Portugiesisch, kommentiert und verbreitet wird. Die vorliegende deutschsprachige Broschüre trägt darüber hinaus dazu bei, die OHADA im deutschen Sprach- und Wirtschaftsraum bekannt zu machen, was vor allem mit Blick auf die wirtschaftliche Bedeutung dieser Region und das damit verbundene Investitionspotential wichtig ist.

Ich möchte diese einleitenden Worte denn auch schliessen, indem ich Frau Rechtsanwältin Anne-Catherine Hahn und ihren Kollegen von Baker & McKenzie Zürich dafür danke, dass sie das Regelwerk der OHADA in der vorliegenden Publikation auf so kompetente Art und Weise vorgestellt und damit zu seiner weiteren Verbreitung beigetragen haben. Nur wenn Wirtschaftsteilnehmern weltweit bewusst ist, welch grossen Beitrag das vereinheitlichte Recht zur Rechtssicherheit in unseren Ländern geleistet hat und nach wie vor leistet, kann die OHADA den ihr zugeordneten Beitrag zur weiteren Entwicklung unseres Kontinents leisten.

Richter Seydou BA

Präsident der Association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA / www.ohada.com)
Ehemaliger Präsident des Gemeinsamen Gerichtshofs der OHADA (CCJA OHADA)

Die Rechtsvereinheitlichung der OHADA – Eine Einführung

Dr. iur. Anne-Catherine Hahn, LL.M.



I. Was ist die OHADA?

I.1. Hintergrund/Entstehung/Ziele

Die OHADA („*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*“) ist eine internationale Organisation mit Sitz in Yaounde (Kamerun), die 1993 von 14 Staaten in West- und Zentralafrika mit dem Zweck der Schaffung eines einheitlichen Handelsrechts gegründet wurde.¹ Im Rahmen dieser Organisation wurden seither neun sogenannte „Einheitsgesetze“ („*Actes uniformes*“) verabschiedet. Die OHADA hat damit wesentlich zur Schaffung moderner und leicht zugänglicher Privatrechtsregeln in für Unternehmen relevanten Bereichen beigetragen. Den Anstoß für dieses Projekt hatten ursprünglich die Finanzminister der CFA-Franc-Zone² zusammen mit der französischen Regierung gegeben, um durch die Vereinheitlichung des Handelsrechts zur Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für Investitionen in den ehemaligen Kolonien und Überseegebieten Frankreichs beizutragen.³ Die harmonisierte Wirtschaftsrechtsordnung der OHADA besteht nun seit fast 20 Jahren und wird weithin als Erfolgsmodell angesehen.



Zu den Gründerstaaten der OHADA gehören Benin, Burkina Faso, die Elfenbeinküste, Gabun, Guinea-Bissau, Kamerun, die Komoren, Mali, Niger, die Republik Kongo,⁴ Senegal, Tschad, Togo und Zentralafrika; seither sind ausserdem noch Äquatorialguinea, Guinea und die Demokratische Republik Kongo⁵ dazu gekommen, so dass die OHADA heute 17 Mitglieder umfasst. Geographisch deckt die OHADA damit zwei grosse Zonen – einerseits Zentralafrika und andererseits Westafrika – ab.

¹ Die Grundlagen der Organisation wurden mit dem „*Traté relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*“ geschaffen, das am 17. Oktober 2008 erstmals überarbeitet und einstimmig durch den Ministerrat verabschiedet wurde.

² Der CFA-Franc (*Franc des communautés financières d'Afrique*) ist das Ergebnis einer währungspolitischen Kooperation zwischen Frankreich und den ehemaligen französischen Kolonien in West- und Zentralafrika. Innerhalb dieser Kooperation bestehen zwei Währungsräume in Zentralafrika (CEMAC: Kamerun, die Zentralafrikanische Republik, die Republik Kongo, Gabun, Äquatorialguinea und Tschad) bzw. Westafrika (UEMOA: Benin, Burkina Faso, Elfenbeinküste, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Senegal und Togo), deren Geldpolitik von je einer Zentralbank (der *Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest*, BCEAO, bzw. der *Banque des États de l'Afrique Centrale*, BEAC) geführt wird. Der CFA-Franc war ursprünglich an den französischen Franc gebunden; heute besteht ein fester Währungskurs gegenüber dem Euro. Gleichzeitig gewährleistet Frankreich die freie Umtauschbarkeit des CFA-Francs in andere Währungen.

³ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. XI.

⁴ Vormals Kongo-Brazzaville.

⁵ Vormals Republik Zaïre.

Abgesehen von Äquatorialguinea, Guinea-Bissau und Teilen Kameruns sind alle OHADA-Mitgliedstaaten französischsprachig; mit Ausnahme des englischsprachigen Teils Kameruns handelt es sich bei allen um civil law-Rechtssysteme, die stark vom französischen Recht beeinflusst wurden. So hatten die früheren französischen Kolonien mehrheitlich den französischen *Code civil* sowie den *Code de commerce* von 1807 übernommen. In der Praxis wurden diese Gesetze im 20. Jahrhundert aber nur noch vereinzelt angewendet, insbesondere auch weil zum Teil durch lokales Gewohnheitsrecht überlagert wurden.⁶

Durch die Schaffung moderner, länderübergreifend geltender Regeln für Handelsgeschäfte sollte die Rechtssicherheit erhöht und das Vertrauen ausländischer Investoren gestärkt werden. Gleichzeitig wollte man damit die bestehenden Gesetze inhaltlich vereinfachen und an gewisse internationale Entwicklungen anpassen. Mit der Schaffung eines gemeinsamen Gerichts- und Schiedshofs sollten zudem auch die institutionellen Rahmenbedingungen für die einheitliche Anwendung der neuen Regeln und für die Beilegung von handelsrechtlichen Streitigkeiten geschaffen werden.

Alle Einheitsgesetze der OHADA werden auf Französisch publiziert. Immer häufiger gibt es zu den Regelwerken auch englische Übersetzungen, welche aber keinen offiziellen Charakter haben.⁷ Spanische und portugiesische Übersetzungen sind zur Zeit in Vorbereitung. Sowohl die Einheitsgesetze als auch gewisse Entscheide des CCJA („*Cour commune de justice et d'arbitrage*“) werden im Internet publiziert und so öffentlich zugänglich gemacht.

I.2. Organisation der OHADA



Bei der OHADA handelt es sich um eine internationale Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigenen Organen. Zu den Organen gehören der **Ministerrat** („*Conseil des ministres*“), das **ständige Sekretariat** („*Secrétariat permanent*“), der **gemeinsame Gerichts- und Schiedshof** („*Cour commune de justice et d'arbitrage*“, CCJA) und die **höhere regionale Richterschule** („*École régionale supérieure de la magistrature*“, ERSUMA). Mit der Revision des Abkommens im Jahr 2008 nahm sodann ein fünftes Organ seine Tätigkeit auf – die **Konferenz der Staatsoberhäupter und Regierungschefs** („*Conférence des chefs d'États et de gouvernement*“).⁸ Die fünf Organe sind gemeinsam für Verabschiedung, übereinstimmende Anwendung und Durchsetzung der Einheitsgesetze sowie für die notwendige Ausbildung der Juristen im Bereich des OHADA-Rechts zuständig.

Ministerrat (Art. 27-30 des Abkommens)

Der Ministerrat der OHADA setzt sich aus den Justiz- und Finanzministern der Mitgliedstaaten zusammen. Er übt administrative, regulatorische und legislative Funktionen aus. Seine wichtigste Aufgabe ist der Erlass der Einheitsgesetze, wobei er durch das ständige Sekretariat der OHADA unterstützt wird.

Ständiges Sekretariat (Art. 33 und 40 des Abkommens)

Das ständige Sekretariat mit Sitz in Kamerun ist das von den Mitgliedsstaaten unabhängige Exekutivorgan der OHADA. Aufgabe des Sekretariats ist es, die Sitzungen des Ministerrates inhaltlich vorzubereiten, das Jahresprogramm zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts zusammenzustellen sowie Vorentwürfe für Einheitsgesetze auszuarbeiten und diese dem Ministerrat zur Genehmigung zu unterbreiten.

Konferenz der Staatsoberhäupter und Regierungschefs (Art. 27 des Abkommens)

Seit der Revision des OHADA-Abkommens im Jahr 2008 besteht eine Konferenz der Staatsoberhäupter und Regierungschefs, die auf Verlangen des Präsidenten oder eines Drittels der Mitgliedstaaten zusammenkommt. Gemäss Art. 27 des Abkommens kann die Konferenz jegliche Fragen im Zusammenhang mit dem Abkommen entscheiden.⁹ Sie hat diese Kompetenz beispielsweise genutzt, um bei

⁶ Vgl. KODO, S. 21.

⁷ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 24 f.

⁸ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 9.

⁹ BEAUCHARD/KODO, S. 13.

ihrer ersten Versammlung vom 17. Oktober 2013 die Perspektiven und Ziele der gesamten Organisation und der einzelnen Organe festzulegen.¹⁰

Gemeinsamer Gerichts- und Schiedshof, CCJA (Art. 31-39 des Abkommens)

In der Praxis von besonders grosser Bedeutung ist sodann der gemeinsame Gerichts- und Schiedshof CCJA, der seinen Sitz in Abidjan (Elfenbeinküste) hat. Er besteht aus 13 vom Ministerrat für eine maximale Dauer von sieben Jahren gewählten Richtern. Die Mitglieder des Gerichtshofs werden unter der Richterschaft, der Anwaltschaft und den Rechtsprofessoren der Mitgliedstaaten rekrutiert und müssen über eine Berufserfahrung von mindestens 15 Jahren verfügen, wobei jeder Staat mit höchstens einem Richter im Gerichtshof vertreten sein darf. Damit die Unabhängigkeit des Gerichts gewährleistet ist, ist den Richtern die Ausübung anderer administrativer oder politischer Tätigkeiten untersagt, und zusätzliche entgeltliche Tätigkeiten müssen durch den Gerichtshof vorab bewilligt werden.

Der Gerichtshof hat eine doppelte Aufgabe: Einerseits amtet er, ähnlich wie der EuGH, als supranationales Gericht, das als letzte Instanz mit der Auslegung der vereinheitlichten Rechtsregeln betraut ist, und an den einschlägige Urteile von den Appellationsgerichten der Mitgliedstaaten weitergezogen werden können. In seiner Funktion als Rechtsmittelinstanz hat das Gericht für eine einheitliche Anwendung des Abkommens und der Einheitsgesetze zu sorgen.¹¹ Die Entscheide des CCJA können weder angefochten noch weitergezogen werden und sind in jedem Mitgliedsstaat direkt vollstreckbar. Andererseits dient der CCJA – ähnlich wie die Internationale Handelskammer in Paris – als Schiedsinstitution. In dieser Eigenschaft stellt der Gerichtshof interessierten Parteien eigene Schiedsregeln zur Verfügung und unterstützt sie bei der Durchführung von Schiedsverfahren.

Die höhere regionale Richterschule (ERSUMA, Art. 41-42 des Abkommens)

Die ERSUMA ist dem ständigen Sekretariat unterstellt und hat ihren Sitz in Benin. Aufgabe der ERSUMA ist es, Juristen (Richter, Anwälte, Notare) im OHADA-Recht zu schulen und so für ein hohes juristisches Ausbildungsniveau zu sorgen.¹²

I.3. Die Rechtsetzung im Rahmen der OHADA

Die OHADA bezweckt die Angleichung des Handelsrechts der Mitgliedstaaten, und zwar sowohl in grenzüberschreitenden wie auch in rein innerstaatlichen Verhältnissen (vgl. Art. 10 des Abkommens). Die Rechtsetzungskompetenzen der OHADA ergeben sich aus Art. 2 des Abkommens: Danach darf die OHADA Einheitsgesetze in den Bereichen des Gesellschafts-, Handels-, Schuldbetreibungs-, Insolvenz-, Arbeits-, Kauf- und Transportrechts, der Schiedsgerichtsbarkeit und der Rechnungslegung erlassen. Weitere zu vereinheitlichende Rechtsgebiete können vom Ministerrat einstimmig beschlossen werden. Nicht unter die Rechtsetzungshoheit der OHADA fallen das allgemeine Strafrecht, die Organisation der Rechtspflege sowie der gesamte Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik.¹³

Bisher verabschiedete Einheitsgesetze

- 1998: Allgemeines Handelsrecht
- 1998: Gesellschaftsrecht
- 1998: Sicherungsrecht
- 1998: Regeln für vereinfachte Forderungsdurchsetzung und Vollstreckung
- 1999: Insolvenzverfahrensrecht
- 1999: Schiedsgerichtsbarkeit
- 2001: Organisation und Vereinheitlichung der Buchhaltung von Unternehmen
- 2004: Transportrecht (Warentransporte über die Strasse)
- 2010: Recht der Genossenschaften
- 2010: Revision des allgemeinen Handelsrechts und des Sicherungsrechts
- 2014: Revision des Gesellschaftsrechts

Das Verfahren für Ausarbeitung und Verabschiedung der Einheitsgesetze ist in Art. 5-12 des Abkommens geregelt. Obwohl die Mitgliedstaaten in den Prozess eingebunden sind, werden die Einheitsgesetze nicht in den nationalen Parlamenten diskutiert, sondern allein mit den jeweiligen Regierungen abgestimmt.¹⁴ Vereinfacht dargestellt läuft das Gesetzgebungsverfahren wie folgt ab:

- 1) Der Ministerrat fällt den Grundsatzentscheid, in einem bestimmten Bereich ein Einheitsgesetz zu erlassen;

¹⁰ COMPAORE, S. 3.

¹¹ GATSI, S. 2.

¹² BEAUCHARD/KODO, S. 13.

¹³ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 29 ff.

¹⁴ AHOYO, S. 11; MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 26 ff.

- 2) Das ständige Sekretariat bestimmt Experten, welche mit der Ausarbeitung des Entwurfs beauftragt werden;
- 3) Nationale Kommissionen haben sodann die Möglichkeit, innert 90 Tagen schriftlich zum Entwurf Stellung zu nehmen; diese Rückmeldungen werden anschliessend im Rahmen einer Plenarversammlung bereinigt;
- 4) Im Anschluss wird der modifizierte Entwurf dem Gerichtshof zugestellt, der insbesondere festzustellen hat, ob der Vorentwurf mit Sinn und Zweck des Abkommens in Einklang steht;
- 5) Schliesslich arbeitet das ständige Sekretariat den genauen Wortlaut aus und legt das Einheitsgesetz dem Ministerrat zur Genehmigung vor. Der Ministerrat muss den Entwurf einstimmig annehmen, damit das Regelwerk tatsächlich in Kraft gesetzt werden kann.

I.4. Verhältnis zum nationalen Recht

Das Verhältnis des Einheitsrechts zur nationalen Gesetzgebung ist in Art. 10 des Abkommens geregelt: Danach sind die Einheitsgesetze für die Mitgliedstaaten verbindlich und in diesen direkt anwendbar; ausserdem gehen die Einheitsgesetze jeder bestehenden oder künftig erlassenen Bestimmung des nationalen Rechts als supranationales Recht vor.

Allerdings bedeutet dies nach der Rechtsprechung des CCJA nicht, dass alle nationalen Rechtsregeln, deren Regelungsgegenstand sich mit jenem der Einheitsgesetze überschneiden, als unwirksam zu gelten hätten; der Vorrang des Einheitsrechts greift vielmehr nur, falls das nationale Recht einer Bestimmung der Einheitsgesetze in einem konkreten Fall widerspricht. Wie der Gerichtshof verschiedentlich festgehalten hat, dürfen Bestimmungen des nationalen Rechts, sofern sie mit den Regeln der Einheitsgesetze unvereinbar

Der Vorrang des Einheitsrechts greift vielmehr nur, falls das nationale Recht einer Bestimmung der Einheitsgesetze in einem konkreten Fall widerspricht.

sind, nicht mehr angewendet werden;¹⁵ im Übrigen haben sie aber nach wie vor Bestand.

II. Bewertung der von der OHADA erreichten Rechtsvereinheitlichung

Eines der Hauptziele der OHADA ist es, in West- und Zentralafrika einen einheitlichen Rechtsraum zu schaffen und damit die Rechtssicherheit für Unternehmen zu erhöhen. Wie verschiedentlich auch von externen Beobachtern anerkannt,¹⁶ wurden mit der Verabschiedung von mittlerweile neun Einheitsgesetzen beachtliche Fortschritte im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels vollbracht.

In 17 Staaten gilt dank der OHADA heute ein weitgehend vereinheitlichtes Handelsrecht, das an den Universitäten in West- und Zentralafrika unterrichtet und von den nationalen Gerichten unter der Aufsicht des CCJA angewandt wird. Transparenz und Vorhersehbarkeit haben sich dadurch erheblich erhöht. Dank dem Internet sind die vereinheitlichten Rechtsregeln ausserdem weitaus leichter zugänglich als die früheren Regeln des nationalen Rechts.

In vielen Bereichen knüpfen die Einheitsgesetze der OHADA an bewährten Konzepten des europäischen Rechts an, womit sie insbesondere für europäische Investoren leicht verständlich sind. Dass die Rechtsvereinheitlichung im Rahmen der OHADA Afrikaweit als Erfolgsmodell angesehen wird, zeigt sich auch in der Ausstrahlung des vereinheitlichten Handelsrechts auf andere afrikanische Staaten. Verdeutlicht wird dies insbesondere durch den im Jahr 2012 vollzogenen Beitritt der Demokratischen Republik Kongo. Auch afrikanische Staaten, die grundsätzlich in der Tradition des *common law* stehen, beschäftigen sich zunehmend mit der von der OHADA bewirkten Rechtsvereinheitlichung und -modernisierung; dies gilt insbesondere für Ghana und Nigeria.¹⁷ Innerhalb der OHADA schliesslich gib es Bestrebungen, die schon erreichte Rechtsangleichung auf weitere Gebiete, wie z.B. das Arbeitsrecht, das Konsumenten-

¹⁵ Vgl. Avis I n° 002/99/EP vom 13. Oktober 1999, Juriscope.org, ohada.com/ohadata J-02-02 ; Arrêt n° 012/2002 vom 18. April 2002, Affaire Société Elf-Oil Côte d'Ivoire (devenue TOTAL FINAELF) c. Société cotracom, Juriscope.org., ohada.com/ohadata J-02-65.

¹⁶ ZHU, S. 421-428.

¹⁷ BEAUCHARD/KODO, S. 18.

tenvertragsrecht und das allgemeine Vertragsrecht, auszudehnen.¹⁸

Trotz dieser beachtlichen Erfolge ist nicht zu übersehen, dass sowohl die OHADA als internationale Organisation wie auch ihre einzelnen Mitgliedstaaten vielfältigen Herausforderungen gegenüberstehen. Dazu gehören einerseits die beschränkten finanziellen und personellen Ressourcen der OHADA-Organe, andererseits aber auch gewisse organisatorische Mängel. So besteht auf Ebene des Gerichtshofs ein Rückstand in der Abarbeitung penderter Fälle.¹⁹ Seit der ersten Verhandlung vom 11. Oktober 2001 bis zum 30. Juni 2010 ergingen im Ganzen 375 Entscheide, davon betrafen 168 die Einheitsgesetze.²⁰ Gleichzeitig ist festzustellen, dass viele Anfangsschwierigkeiten mittlerweile überwunden werden konnten, und sich insbesondere die Durchführung von Rechtsmittelverfahren deutlich beschleunigt hat.

Eine weitere Herausforderung stellt die praktische Anwendung der Einheitsgesetze in den Mitgliedstaaten der OHADA dar. In seiner Eigenschaft als supranationale Rechtsmittelinstanz leistet der Gerichtshof zwar einen grossen Beitrag für die einheitliche Auslegung und Anwendung der Einheitsgesetze in den einzelnen Mitgliedstaaten; die Rechtsanwendung erfolgt aber im Wesentlichen auf nationaler Ebene, wobei den obersten Gerichten in den Mitgliedstaaten besondere Bedeutung zukommt. Dessen ungeachtet ist nicht zu übersehen, dass die im Rahmen der OHADA verabschiedeten Einheitsgesetze mehr als zwanzig Jahre nach Lancierung des Projekts sowohl innerhalb der Mitgliedstaaten als auch im Ausland ins Bewusstsein der Wirtschaftsteilnehmer getreten sind und mittlerweile einen wichtigen Referenzmassstab im regionalen Kontext darstellt.²¹

Jahr	Eingegangene Anträge	Gefällte Urteile	Durchschnittliche Verfahrensdauer
1998	1	-	2 Jahre 10 Monate
1999	3	-	1 Jahr
2000	5	-	1 Jahr
2001	26	11	1 Jahr
2002	57	25	1 Jahr 6 Monate
2003	121	27	2 Jahre 6 Monate
2004	123	39	2 Jahre
2005	72	75	3 Jahre
2006	104	39	2 Jahre
2007	113	43	1 Jahr
2008	109	68	1 Jahr

¹⁸ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit unifié africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 30 ff.

¹⁹ BEAUCHARD/KODO, S. 20.

²⁰ MAÏDAGI, S. 34 ff.

²¹ KODO, S. 261, m.w.H.

Die politische und ökonomische Situation in den OHADA-Staaten

lic. iur. Robert Desax, LL.M.



I. „A hopeful continent“

„A hopeful continent“ (The Economist, 2. März 2013): Afrika wird heute als Kontinent mit immensen Chancen, aber auch entsprechend grossen Herausforderungen wahrgenommen. Im Jahr 2000 (11. Mai) sprach dasselbe Medium noch vom „Hopeless Africa“. Offensichtlich hat der afrikanische Kontinent in den letzten zehn bis zwanzig Jahren sehr grosse Veränderungen durchlaufen. Dies gilt in besonderem Masse für die Region, die gemeinhin als Subsahara-Afrika bezeichnet wird. Die Länder dieser Region weisen ein konstant hohes Bevölkerungswachstum auf und ihre Volkswirtschaften wachsen zumeist ebenfalls, aber in teilweise sehr unterschiedlichem Ausmass: Gemäss Schätzungen des Internationalen Währungsfonds für 2015 wachsen die Demokratische Republik Kongo mit 9.2%, die Elfenbeinküste mit 7.7% und der Tschad mit 7.6%, während andere Länder wie Äquatorialguinea einen Einbruch von über 15% erleben.

Zugleich sind viele dieser Länder Kulisse für schwerwiegende kriegerische Aktivitäten und gesellschaftliche Verwerfungen. Die Elfenbeinküste, die Demokratische Republik Kongo, Mali oder die Zentralafrikanische Republik waren bzw. sind Schauplätze von Konflikten unterschiedlicher Natur, in denen vielfach auch externe Kräfte entscheidend mitwirken. So ist der Konflikt im Osten des riesigen Kongo zwar ein Erbe des ruandischen Bürgerkriegs in den 1990er Jahren, doch es besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass es dabei um einen Kampf um Rohstoffe geht. Der Kongo gehört zu den rohstoffreichsten Ländern der Welt (Diamanten, Gold, Kupfer, Coltan etc.); diverse Akteure suchen sich daher die Kontrolle über ressourcenreiche Gegenden wie etwa die östliche Kivu-Regionen streitig zu machen. Die Präsenz bzw. die Aktionen der unterschiedlichen bewaffneten Gruppierungen haben verheerende Folgen für die lokalen Bevölkerungen. Schätzungen gehen von mehr als fünf Millionen Toten seit 1998 aus (wobei diese Schätzungen teilweise Gegenstand von Kritik sind). Ebenso destabilisierend wirken sich diese Konflikte natürlich auf die Wirtschaftsentwicklung aus. Vielfach ist in diesem Zusammenhang daher von einem Ressourcenfluch die Rede. Andere Länder wie Mali oder die Zentralafrikanische Republik sind Orte interner ethnisch-religiöser Auseinandersetzungen, wobei auch dort kein Ende oder gar eine „Rückkehr zur Normalität“ (wie auch immer diese begriffen wird) in Sicht sind. In Westafrika wütete im Jahr 2014 sodann die Ebola-Epidemie, welche bis anhin als schlimmste ihrer Art gilt und nach Schätzungen der Weltgesundheitsorganisation bis April 2015 bereits über 10'000 Todesopfer forderte.

Die Malaria bleibt als „vergessene Krankheit“ die Ursache hunderttausender von Toten pro Jahr (Gemäss WHO starben im Jahr 2012 627'000 Menschen an Malaria, davon entfielen 90% auf die Subsahara).

Die meisten Länder der Subsahara gehören schliesslich zu den ärmsten Ländern dieser Welt. Das Bruttoinlandprodukt pro Kopf betrug gemäss der Weltbank in der Demokratischen Republik Kongo weniger als USD 450, in Guinea knapp USD 500, in Guinea-Bissau knapp USD 600, in Senegal etwas über USD 1'000 und in der Elfenbeinküste knapp USD 1'400 (zum Vergleich: Indien: USD 1'500, Algerien: USD 5'500, China USD 6'000, Brasilien USD 11'300, Italien: USD 35'000, USA: USD 51'000 Deutschland: USD 44'000, Schweiz: USD 83'000). Das Bevölkerungswachstum bleibt jedoch ungebrochen: Gemäss CIA-World-Factbook beträgt das jährliche Bevölkerungswachstum im Tschad 1.92%, in der Elfenbeinküste 1.96%, im Senegal 2.48%, in der Demokratischen Republik Kongo 2.5%, in Mali 3% und in Burkina-Faso 3% (zum Vergleich: Indien: 1.25%, Brasilien: 0.8%, Frankreich: 0.45%, China: 0.44%, Deutschland: - 0.18%). Diese Bevölkerungen drängen sodann (wie überall auf der Welt) in die grossen Städte: Die Metropolitanregion Kinshasa-Brazzaville wird von der UNO auf knapp 9 Mio. Einwohner geschätzt, während es in Abidjan über 4 Mio., in Dakar 2.8 Mio. und in der Rekord-Stadt Lagos über 17 Mio. sein sollen. Diese Zahlen sind naturgemäss mit grosser Vorsicht zu interpretieren, doch sie vermitteln ein Bild der Grössenordnung.

I.1. Die 4 Megatrends

David Kilcullen identifiziert in seinem Buch „Out of the Mountains“ (New York, 2013) vier weltweite Megatrends: fortschreitendes Bevölkerungswachstum, Urbanisierung, Littoralisierung, und zunehmende „kommunikative Verbundenheit“ („*connectedness*“): Bevölkerungen wachsen und sie wandern vom Land ab in die Städte. Diese Städte dehnen sich ihrerseits unkontrolliert aus tendieren insbesondere dazu, vor allem in Küstengebieten oder an grossen Flüssen zu wachsen. Der vierte Megatrend (*connectedness*) ist im Unterschied zu den anderen dreien historisch sehr neu: Die Menschen sämtlicher Schichten in diesen „urbanen Metabolismen“ sind untereinander zunehmend intensiv verbunden, d.h. sie verfügen mit Mobiltelefonen und

Internetanschlüssen über Kommunikationsmittel, welche zu einer „Demokratisierung“ der Technologie führen, so dass man nun über sehr grosse Distanzen schnell und in grossen Datenmengen miteinander kommunizieren, sich Wissen aneignen oder Menschen (und Geld) mobilisieren kann. Während Kilcullen diese Megatrends in erster Linie in einen Zusammenhang zur Konfliktforschung stellt, so räumt er auch ein, dass deren Wirkung viel umfassender sein wird, und letztlich das gesamte öffentliche und wirtschaftliche Leben mitbestimmen wird. Dies gilt in grossem Masse für den afrikanischen Kontinent.



Es besteht kein Zweifel darüber, dass eine wirtschaftlich nachhaltige Entwicklung aber nur dann stattfinden kann, wenn ein weitgehend stabiles und von Vorhersehbarkeit geprägtes Umfeld vorgefunden wird. Die OHADA leistet hierbei einen wichtigen Beitrag, indem sie für einen Wirtschaftsraum von Staaten mit weitgehend gleicher Währung (den Franc CFA) und Sprache ein einheitliches Regelwerk zur Verfügung stellt. Dieses dürfte es Wirtschaftsakteuren erleichtern, in diese dynamische Region zu investieren und zu deren wirtschaftlichen Entwicklung beizutragen.

Das allgemeine Handelsrecht

Dr. iur. Philippe Monnier



I. Begriff des Handelsrechts

Hauptziel der OHADA ist die Harmonisierung des Handelsrechts („*l’harmonisation du droit des affaires*“) in den OHADA-Mitgliedstaaten.¹ Wenn auch der Begriff des Handelsrechts im OHADA Staatsvertrag nicht ausdrücklich definiert wird, so enthält er in Art. 2 doch eine Auflistung der in Aussicht genommenen Rechtsbereiche:



Diese Aufzählung ist indes nicht abschliessend, sodass der Ministerrat gemäss Art. 2, letzter Halbsatz, des OHADA Staatsvertrags durchaus auch weitere Sachbereiche aufnehmen kann. Gestützt auf diese Kompetenz hat der Ministerrat – zusätzlich zu den im OHADA Staatsvertrag ausdrücklich erwähnten Rechtsbereichen – an seiner Konferenz vom 23. März 2001 in Bangui, Zentralafrikanische Republik, eine Regelungskompetenz auf den Gebieten des Wettbewerbsrechts, des Bankrechts, des Urheberrechts, des bürgerlichen Gesellschaftsrechts, des Genossenschaftsrechts, des Vertragsrechts und des Beweisrechts beschlossen.²

II. Regelungsgegenstand des AUDCG

II.1. Einleitung

Der „*Acte Uniforme révisé portant sur le droit commercial général*“ vom 15. Dezember 2010 („**AUDCG**“) ist im Mai 2011 in Kraft getreten und hat ab diesem Zeitpunkt den vorherigen „*Acte Uniforme relatif au droit commercial général*“ vom 17. April 1997 vollumfänglich abgelöst. Der AUDCG enthält Regelungen zum allgemeinen Handelsrecht, welche in den übrigen, besonderen „*Actes Uniformes*“ der OHADA keinen Eingang gefunden haben.

¹ Art. 1 des OHADA Staatsvertrags.

² Entscheidung des Ministerrates Nr. 002/2001/CM; vgl. dazu KÉRÉ, 197 f.; HAGGE, 27 f.

II.2. Sachlicher Geltungsbereich

Der AUDCG besteht aus neun Büchern („*livres*“), welche Regelungen zum allgemeinen Handelsrecht beinhalten. Geregelt wird der Status von Gewerbetreibenden und von Unternehmern (Art. 2-33), das Handelsregister und das Mobiliarkreditregister (Art. 34-72), das nationale Register („*fichier national*“) (Art. 73-75), das regionale Register („*fichier régional*“) (Art. 76-78), die Einführung von elektronischen Handels- und Mobiliarkreditregistern sowie die Einführung von elektronischen nationalen und regionalen Registern (Art. 79-100), die Miete von Geschäftsräumen und der Geschäftsbetrieb („*fonds de commerce*“) (Art. 101-168), die Handelsvermittler (Art. 169-233) und das Kaufrecht (Art. 234-302). Schliesslich enthält der AUDCG in den Art. 303-307 Übergangs- und Schlussbestimmungen.

II.3. Räumlich-persönlicher Geltungsbereich

In räumlich-persönlicher Hinsicht finden die Bestimmungen des AUDCG Anwendung auf alle Gewerbetreibenden („*commerçants*“),³ deren Niederlassung oder Sitz sich im Staatsgebiet eines OHADA-Mitgliedstaates befindet (Art. 1 Abs. 1). Ebenso findet der AUDCG Anwendung auf Personen, welche freiwillig den Status eines Unternehmers („*entreprenant*“) gewählt haben (Art. 1 Abs. 2).⁴ Erfasst sind dabei sowohl nationale Sachverhalte als auch internationale Sachverhalte zwischen Gewerbetreibenden aus verschiedenen OHADA-Mitgliedstaaten.⁵

III. Status von Gewerbetreibenden und Unternehmen

III.1. Allgemeines

Das erste Buch des AUDCG regelt den Status von Gewerbetreibenden und Unternehmern. Für Gewerbetreibende und Unternehmer kommen gemäss AUDCG besondere Bestimmungen zum

³ Dies gilt unabhängig davon, ob es sich beim Gewerbetreibenden um eine natürliche oder juristische Person, um einen Betrieb mit staatlicher Beteiligung oder um eine andere wirtschaftliche Interessenverbindung handelt (Art. 1 Abs. 1).

⁴ Auf Unternehmer ist der "*Acte Uniforme relatif au droit commercial général*" allerdings nicht in seiner Gesamtheit anwendbar.

⁵ HAGGE, 27 f.

Tragen, welche von den Regelungen des bürgerlichen Rechts abweichen.

III.2. Begriff des Gewerbetreibenden

Als Gewerbetreibender gilt nach AUDCG jedermann, der die Vornahme von **geschäftlichen Handlungen** („*actes de commerce*“) als Beruf ausübt (Art. 2 AUDCG). Als geschäftlich gilt dabei jede Handlung, durch welche sich eine Person in den Warenkreislauf von Gütern einbringt, Güter herstellt oder verkauft, oder durch welche eine Person mit Gewinnerzielungsabsicht Leistungen erbringt. Konkretisiert wird der Begriff der geschäftlichen Handlungen in nicht abschliessender Weise zunächst in Art. 3 AUDCG, wonach gewisse Handlungen aufgrund ihrer Natur als geschäftlich zu gelten haben („*actes de commerce par nature*“), nämlich:



Als Gewerbetreibender gilt jedermann, der die Vornahme von geschäftlichen Handlungen als Beruf ausübt.



- der Kauf von Gütern, von beweglichen oder von unbeweglichen Sachen zwecks Wiederverkaufs;
- Bank-, Börsen-, Wechsel-, Makler-, Versicherungs- und Transitgeschäfte;
- Verträge zwischen Kaufmännern für kaufmännische Zwecke;
- die kommerzielle Ausbeutung von Minen, Steinbrüchen und anderen Rohstofflagern;
- die Miete von beweglichen Sachen;
- Vorgänge im Zusammenhang mit der Manufaktur, dem Transport und der Kommunikation;
- Handlungen von Handelsvermittlern; und
- Handlungen von Handelsgesellschaften.

Als geschäftlich gelten darüber hinaus kraft der Bestimmung in Art. 4 auch der gezogene Wechsel („*lettre de change*“), der eigene Wechsel („*billet à ordre*“) sowie der „*Warrant*“.

III.3. Begriff des Unternehmers

Als Unternehmer gilt ein Einzelunternehmer, d.h. eine natürliche Person, welcher eine zivile, geschäftliche, handwerkliche oder landwirtschaftliche Tätigkeit ausübt und durch eine entsprechende Erklärung den Status eines Unternehmers gewählt hat.⁶

III.4. Materielle Regelungen

Der AUDCG sieht für Gewerbetreibende und Unternehmer besondere Bestimmungen vor, welche von den Regelungen des bürgerlichen Rechts abweichen. So unterstehen Gewerbetreibende namentlich in ihren Transaktionen einer besonderen Regelung über die geschäftliche Handlungsfähigkeit, besonderen Beweis- und Verjährungsregeln sowie einer Buchführungspflicht.⁷ Für Unternehmer werden im AUDCG besondere Verjährungsbestimmungen und eine Buchführungspflicht statuiert.⁸

IV. Handels- und Mobiliarkreditregister, nationales Register und regionales Register

Das zweite Buch des AUDCG enthält einheitliche Regelungen über die Handels- und Mobiliarkreditregister („*Registre du commerce et du crédit mobilier, RCCM*“), in welchen Informationen über die angemeldeten Gewerbetreibenden sowie über Mobiliarkredite geführt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.⁹ Diese Handels- und Mobiliarkreditregister werden grundsätzlich von den Behörden jeder einzelnen Jurisdiktion separat geführt, wobei die darin enthaltenen Informationen in einem nationalen Register („*Fichier National*“) und in einem regionalen Register („*Fichier Régional*“) bei der CCJA zentral zusammengeführt werden. Das nationale Register wird im dritten Buch, das regionale Register im vierten Buch des AUDCG näher geregelt. Im fünften Buch des AUDCG sind schliesslich Bestimmungen über die elektronischen Register enthalten.

⁶ Art. 30 AUDCG.

⁷ Vgl. die Regelungen in Art. 6-12 AUDCG (*'capacité d'exercer le commerce'*), Art. 13-15 AUDCG (*'obligations comptables du commerçant'*) und Art. 16-29 AUDCG (*'prescription'*).

⁸ Vgl. die Regelungen in Art. 31-32 AUDCG (*'obligations comptables de l'entrepreneur'*) und Art. 33 AUDCG (*'prescription'*).

⁹ Art. 34-72 AUDCG.

V. Miete von Geschäftsräumen und der Geschäftsbetrieb

Das sechste Buch des AUDCG enthält Bestimmungen über die Miete von Geschäftsräumlichkeiten sowie über das Geschäftsvermögen („*fonds de commerce*“).

V.1. Miete von Geschäftsräumen

Der AUDCG enthält in den Bestimmungen von Art. 101-134 materielle Regelungen über die geschäftliche Miete, nämlich Bestimmungen über den Abschluss und die Dauer des Mietvertrags, die Pflichten des Mieters, den Mietzins, die Übertragung des Mietverhältnisses und die Untermiete, die Voraussetzungen und die Form für eine Mietverlängerung sowie über die Kündigung. Schliesslich enthält der AUDCG auch eine ausdrückliche Auflistung der in diesem Zusammenhang zwingenden Bestimmungen.

V.2. Geschäftsbetrieb

In den Bestimmungen von Art. 135-168 enthält der AUDCG Regelungen über den sog. Geschäftsbetrieb („*fonds de commerce*“). Als Geschäftsbetrieb gilt die Gesamtheit der beweglichen, körperlichen und nicht-körperlichen Elemente, die dem Gewerbetreibenden dazu dienen, Kunden zu akquirieren oder beizubehalten. Zwingend zum Geschäftsbetrieb gehören eine Kundschaft, sowie ein Handelsname oder eine Firma. Hinzutreten können weitere Elemente wie etwa Einrichtungen, Ausbauten, Material, Mobiliar, Warenlager, das Recht zur Miete, Lizenzen, Patente, Marken, Zeichnungen, Modelle und sonstiges geistiges Eigentum.

Der Geschäftsbetrieb kann entweder von seinem Inhaber ausgeführt werden, oder aber einem anderen Gewerbetreibenden verpachtet werden. Der AUDCG enthält eingehende Regelungen über die Übertragung von Geschäftsbetrieben.

VI. Handelsvermittler

Das siebte Buch des AUDCG befasst sich mit den sog. Handelsvermittlern („*intermédiaires de commerce*“). Als Handelsvermittler gelten alle natürlichen oder juristischen Personen, welche regelmäßig und gewerbsmässig auf Rechnung einer anderen Person (ungeachtet davon, ob diese als Gewerbetreibende zu qualifizieren ist oder nicht) mit Dritten Handelsgeschäfte abschliessen. Dabei werden allerdings nur die zivilrechtlichen Rechte und Pflichten der Parteien geregelt, während diesbezügliche Compliance-Vorgaben nicht ausdrücklich thematisiert werden. In der Praxis sind dabei vor allem die einschlägigen Regeln des Herkunftslands des ausländischen Investors zu beachten.



Der AUDCG enthält einerseits allgemeine Bestimmungen über die Handlungsberechtigung, die Rechtswirkungen der Handlungen von Handelsvermittlern, sowie über die Beendigung des Handelsvermittlermandats. Zudem enthält der AUDCG besondere Bestimmungen über Kommissionäre („*commissionnaire*“), Makler („*courtier*“) und Handlungsbevollmächtigte („*agents de commerce*“).

Der Handelskauf



lic. iur. Sabine Herzog, LL.M.

I. Überblick über die zentralen Bestimmungen des Handelskaufs

I.1. Vorbemerkungen

Der AUDCG regelt im 8. Buch die „*vente commerciale*“, den Handelskauf. Die erste Version der *vente commerciale* des AUDCG (nachfolgend „aAUDCG“) trat am 1. Januar 1998 in Kraft.¹ Im Jahr 2010 wurde das aAUDCG vollständig überarbeitet, wobei insbesondere auch die *vente commerciale* eine Neugestaltung erfuhr.² Bisherige Unzulänglichkeiten im Gesetzestext (u.a. auslegungsbedürftige Formulierungen und konzeptuelle Inkonsistenzen) wurden verbessert.³ Der vollständig überarbeitete AUDCG trat im Mai 2011 in Kraft.⁴ Es hebt den aAUDCG vollständig auf.⁵

Die Regeln der *vente commerciale* basieren im Wesentlichen auf dem Konzept des Wiener Kaufrechts (CISG),⁶ teilweise angereichert mit Ideen aus dem französischen *code civil*. Die *vente commerciale* führt jedoch auch Bereiche einer Regelung zu, die vom CISG ausgenommen sind (u.a. die Verjährung und der Eigentumsübergang).⁷

Die *vente commerciale* des AUDCG normiert den Kaufvertrag zwischen Kaufleuten, wenn die Kaufleute ihre Niederlassung in einem OHADA-Vertragsstaat haben. Das Regelwerk enthält Bestimmungen zum Vertragsschluss, den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien sowie Regeln zu den Folgen einer Vertragsverletzung. Neben der *vente commerciale* werden im AUDCG auch andere Vertragstypen normiert, namentlich z.B. der Geschäftsmietvertrag oder der Agenturvertrag. Das vorliegende Kapitel widmet sich einzig der *vente commerciale*.

I.2. Anwendungsbereich der Regeln zur *vente commerciale*, Art. 234 ff.

I.2.1 Räumlich persönlicher Anwendungsbereich

Gemäss Art. 1 Abs. 1 AUDCG unterliegt grundsätzlich jeder Kaufmann mit Niederlassung oder Sitz auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates der OHADA zwingend den Regeln des AUDCG. Ein Ausschluss des AUDCG ist ausgeschlossen.⁸ Räumlich kommt der AUDCG somit dann regelmässig zwingend und unmittelbar auf Warenkäufe zwischen Kaufleuten („*commerçants*“) zur Anwendung, wenn beide Parteien ihre Niederlassung im selben oder in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten haben.⁹

¹ Art. 289 aAUDCG; s.a. HAGGE, S. 35; s.a. SANTOS, S. 237.

² <http://www.ohada.org/actes-uniformes.html> (18.8.15).

³ SANTOS, S. 237 f.

⁴ Journal Officiel n° 23 du 15/02/2011; vgl. zum Zeitpunkt des Inkrafttretens Art. 307 rev. AUDCG; <http://www.juriscope.org/programme-ohada/traite-actes-ohada.htm> (18.8.15).

⁵ Art. 306 AUDCG.

⁶ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1); HAGGE, S. 167.

⁷ HAGGE, S. 167; SANTOS, S. 237.

⁸ HAGGE, S. 64; vgl. zum Verhältnis des AUDCG zum Wiener Kaufrecht, Club Ohada Bukavu, La vente commerciale en droit OHADA: Apports et emprunts, 2011 (<http://www.legavox.fr/blog/club-ohada-bukavu/vente-commerciale-droit-ohada-apports-4922.pdf>) (3.3.15).

⁹ Vgl. Art. 234 Abs. 2 AUDCG; HAGGE, S. 61, 64, 168.

Darüber hinaus sind die Bestimmungen des AUDCG auch durch kollisionsrechtliche Verweisung oder durch Rechtswahl anwendbar.¹⁰ Haben somit nicht beide Kaufleute ihre Niederlassung in einem Mitgliedstaat, sind die Bestimmungen nur dann einschlägig, wenn die Parteien diese im Vertrag als anwendbar erklären oder wenn das relevante IPR der *lex fori* darauf verweist.¹¹

Im Unterschied zum CISG knüpft der AUDCG für dessen Anwendbarkeit an die Kaufmannseigenschaft der Vertragsparteien an (Art. 234 Abs. 1). Eine Definition des Kaufmannsbegriffs findet sich in Art. 2 AUDCG. Geschäfte zwischen Nichtkaufleuten unterliegen damit nicht dem AUDCG.



Das AUDCG kommt regelmässig zwingend und unmittelbar zur Anwendung, wenn beide Parteien ihre Niederlassung im selben oder in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten haben.



1.2.2. Sachlicher Anwendungsbereich

Von Art. 234 Abs. 1 AUDCG wird der „*contrat de vente*“ (Kaufvertrag) erfasst, wobei darunter auch die Verträge betreffend Lieferung von Waren zwecks Herstellung von Produkten subsumiert werden („*y compris les contrats de fourniture de marchandises destinées à des activités de fabrication ou de production*“). Der AUDCG enthält keine Legaldefinition zu diesen Verträgen. Die Begriffe sind autonom auszulegen, wobei sich die Definition aus den Rechten und Pflichten von Verkäufer und Käufer im Rahmen des AUDCG ergibt.¹² Unter einem Kaufvertrag ist danach im Wesentlichen ein Vertrag zu verstehen, mit welchem sich der Verkäufer verpflichtet, das Eigentum an bestimmten Sachen auf den Käufer gegen Bezahlung eines Kaufpreises zu übertragen.¹³ Gegenstand des *contrat de vente* sind „*marchandises*“, d.h. „Waren“¹⁴, wobei für den Begriff „*marchandises*“ im AUDCG ebenfalls keine Definition zu finden ist. Wie beim CISG sind

darunter wohl bewegliche körperliche Sachen zu verstehen.¹⁵ Nicht anwendbar sind die Bestimmungen der *vente commerciale* vor diesem Hintergrund unter anderem auf Arbeits- und Auftragsverhältnisse sowie auf Tausch- oder Werkverträge.¹⁶ Art. 235 lit. b AUDCG konkretisiert den sachlichen Anwendungsbereich mit Blick auf bestimmte gemischte Verträge. Die Bestimmung ist praktisch identisch mit Art. 3 Abs. 2 CISG. Dem AUDCG unterliegen damit auch Lieferverträge mit arbeits- oder dienstvertraglichen Pflichten, sofern die kaufvertragsfremden Pflichten nicht überwiegen. Eine Bestimmung betreffend Werklieferungsverträge, wie sie in Art. 3 Abs. 1 CISG gefunden werden kann, findet sich im AUDCG nicht. Inwieweit somit Werklieferungsverträge in den Anwendungsbereich des AUDCG fallen, wird nicht geregelt.¹⁷

Der AUDCG schliesst zudem gewisse Verträge explizit vom sachlichen Anwendungsbereich aus, wobei sich der Katalog der ausgeschlossenen Verträge wiederum am CISG orientiert. Zu den ausgeschlossenen Verträgen gehören gemäss Art. 235 AUDCG der Konsumentenkauf bzw. der Kauf für private Zwecke (Art. 235 lit. a) und Verträge, bei denen Arbeit bzw. eine Dienstleistung im Vordergrund steht (Art. 235 lit. b). Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind nach Art. 236 AUDCG weitere spezialgesetzlich geregelte Verträge.

In Art. 236 AUDCG werden schliesslich gewisse Kaufgegenstände aufgeführt, die nicht als *marchandises* zu qualifizieren sind; dazu gehören insbesondere Wertpapiere, Zahlungsmittel, Boote, Flugzeuge oder Elektrizität.

1.2.3. Zeitlich / Übergangsrecht

Das revidierte AUDCG hebt den aAUDCG auf (Art. 306 AUDCG). Ab Inkrafttreten am 15. Mai 2011 gilt



somit das neue Recht. Weitere übergangsrechtliche Regeln sind im neuen AUDCG nicht zu finden.

¹⁰ Art. 234 Abs. 2 AUDCG.

¹¹ HAGGE, S. 65 ff.

¹² HAGGE, S. 49 m.w.H.; POUGOUÉ (Hrsg.), 53 N 114.

¹³ CLUB OHADA BUKAVU, lit. B Ziff. 1.

¹⁴ Art. 234 Abs. 1 AUDCG.

¹⁵ HAGGE, S. 55; SIEHR, N 2.

¹⁶ Vgl. zu den Parallelbestimmungen im CISG bei SIEHR, N 5 ff.

¹⁷ HAGGE, S. 50.

I.3. Zustandekommen des Vertrages

I.3.1. Vorvertragliche Phase

Im revidierten AUDCG wurde neu Art. 249 aufgenommen, der die vorvertragliche Phase regelt.¹⁸ Danach sind die Parteien grundsätzlich frei, Verhandlungen aufzunehmen und zu führen; sie sind solange nicht gebunden, bis sie zu einer Einigung gelangen (Art. 249 Abs. 1). Ist eine Partei allerdings im Rahmen der Vertragsverhandlungen bösgläubig oder bricht sie die Verhandlungen bösgläubig ab, so haftet sie für den der Gegenseite allenfalls daraus entstandenen Schaden (Art. 249 Abs. 2). Bösgläubig ist eine Partei dann, wenn sie Verhandlungen ohne Absicht zum Vertragsschluss aufnimmt oder weiterführt (Art. 249 Abs. 3).

I.3.2. Das Zustandekommen des Vertrages

Die *vente commerciale* ist grundsätzlich formfrei gültig (Art. 240). Für das Zustandekommen des Vertrags braucht es Angebot und Annahme, wobei die verschiedenen Konstellationen des Vertragsschlusses – insbesondere auch der Vertragsschluss unter Abwesenden (Art. 244)¹⁹ – im revidierten AUDCG in den Art. 241 bis 249 eine detaillierte Regelung gefunden haben.

Damit ein Vertragsangebot gültig ist, muss gemäss Art. 241 Abs. 2 die Ware bezeichnet und Menge und Preis festgesetzt werden (bzw. die Preisfestsetzung möglich sein). Daneben soll das Angebot den Willen des Anbietenden zum Ausdruck bringen, im Fall der Annahme gebunden zu sein. Die Bestimmung orientiert sich im Wesentlichen an Art. 14 Abs. 1 CISG.²⁰ Geregelt werden im AUDCG auch die Annahmefrist (Art. 246) und der Widerruf eines Angebotes (Art. 242). Beide Bestimmungen orientieren sich am CISG (z.B. Art. 16 Abs. 2 lit. b CISG).

I.4. Pflichten der Parteien

I.4.1. Pflichten des Verkäufers

Der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware, inklusive allfälliger erforderlicher Dokumente vereinbarungsgemäss zu liefern (Art. 250). Was unter vertragsgemässer Ware („*Obligation de conformité*“) zu verstehen ist, wird in Art. 255 weiter präzisiert. Vertragsgemäss ist die Lieferung dann, wenn sie men-

genmässig, qualitativ, von der Spezifikation und der Aufmachung her der vertraglichen Vereinbarung entspricht.²¹ Der neue Artikel 256 legt zudem fest, dass die Vertragskonformität am Tag der Lieferungsannahme der Ware vorliegen muss, auch wenn der Mangel erst später auftritt. Damit werden auch verdeckte Mängel erfasst.²² Der Verkäufer muss dem Käufer zudem das Eigentum an der verkauften Ware übertragen und haftet dafür, dass die Ware frei von Rechten und Ansprüchen Dritter ist (Art. 260).²³

“

Vertragsgemäss ist die Lieferung dann, wenn sie mengenmässig, qualitativ, von der Spezifikation und der Aufmachung her der vertraglichen Vereinbarung entspricht.

”

I.4.2. Pflichten des Käufers

Der Käufer muss den Kaufpreis bezahlen und die Ware annehmen (Art. 262). Die Zahlungsmodalitäten (Ort, Zeit, Art etc.) und die entsprechenden Pflichten des Käufers werden in den Art. 263 bis 268 weiter präzisiert; in Art. 269 bis 274 finden sich überdies Bestimmungen zu den Modalitäten der Abnahme (u.a. Prüfungspflichten und Sorgfaltspflichten im Falle der Rückgabe der Ware).

Darüber hinaus hat der Käufer Rügefristen zu beachten. Für offene Mängel sieht Art. 258 eine Rügefrist von einem Monat ab Lieferungsabnahme der Ware vor. Verdeckte Mängel müssen innert eines Jahres ab Kenntnis oder „Kennenmüssen“ des verdeckten Mangels geltend gemacht werden (Art. 259).

I.5. Eigentumsübergang

Der AUDCG enthält im Gegensatz zum CISG Regeln zum Eigentumsübergang. Grundsätzlich erfolgt der Eigentumsübergang mit der Annahme der Ware („*prise de livraison*“) durch den Käufer (Art. 275). Anders als im aAUDCG ist die Möglichkeit einge-

¹⁸ POUGOUÉ (Hrsg.), S. 54 N 120.

¹⁹ POUGOUÉ (Hrsg.), S. 53 N 115.

²⁰ POUGOUÉ (Hrsg.), S. 53 N 116.

²¹ Vgl. auch POUGOUÉ (Hrsg.), S. 55 N 122.

²² POUGOUÉ (Hrsg.), S. 55 N 123.

²³ Vgl. zur Unterscheidung zwischen „*défauts matériel*“ und „*juridiques*“, LEVOA AWONA, S. 317 f.

schränkt, abweichende vertragliche Vereinbarungen zu treffen.²⁴ Gemäss Art. 276 sind abweichende Vereinbarungen nur im Falle eines Eigentumsvorbehalts zulässig.²⁵ Diese Lösung weicht damit vom bisher in den meisten Mitgliedstaaten geltenden (französischen) Recht ab, wonach mit wirksamem Abschluss des Kaufvertrages Eigentum des Käufers begründet wird.

I.6. Gefahrenübergang

Der Gefahrenübergang wird mit dem Übergang des Eigentums verknüpft (Art. 275). Eine abweichende Vereinbarung ist nicht zulässig.²⁶

I.7. Rechte der Parteien bei Nicht- oder Schlechterfüllung

I.7.1. *Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung*

Gemäss Art. 281 kann der Vertrag aufgelöst werden, wenn die Gegenseite die Vertragserfüllung ganz oder teilweise unterlässt. Dazu braucht es in der Regel eine richterliche Ermächtigung (Art. 281 Abs. 1). Eine gewisse Schwere des vertragswidrigen Verhaltens kann sogar eine unilaterale Vertragsauflösung ohne richterliche Genehmigung rechtfertigen.

I.7.2. *Generelle Rechtsbehelfe des Käufers*

Stellt der Käufer fest, dass der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht einhalten kann, kann er beim Richter einen Aufschub der Kaufpreiszahlung beantragen, allenfalls unter Hinterlegung eines Teils des Kaufpreises (Art. 282). Ist die gelieferte Ware nicht vertragskonform, so kann der Verkäufer verlangen, dass der Käufer auf Kosten des Verkäufers eine Ersatzanschaffung vornimmt. Der Käufer kann dem Verkäufer auch eine zusätzliche Frist zur Vertragserfüllung einräumen (Art. 283).

Hat die gelieferte Ware nicht die vereinbarte Qualität, so kann der Käufer eine Preisreduktion vornehmen (Art. 288). Überdies können verfrühte oder umfangmässig zu grosse Lieferungen zurückgewiesen werden (Art. 290).

I.7.3. *Generelle Rechtsbehelfe des Verkäufers*

Erscheint der Käufer zahlungsunfähig, so hat der Verkäufer die Möglichkeit, beim Gericht einen Lieferungsaufschub zu beantragen (Art. 285); alternativ kann er dem Käufer auch eine neue Zahlungsfrist ansetzen (Art. 286).

I.8. Schadenersatz

Schadenersatz für Schäden aus Vertragsverletzung ist grundsätzlich verschuldensunabhängig zu leisten. Art. 294 sieht den Haftungsausschluss dann vor, wenn für die Vertragsverletzung ein Dritter oder höhere Gewalt verantwortlich sind. Der Schaden umfasst die tatsächliche Vermögensverminderung (*damnum emergens*) aber auch den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*).

So ist im Falle des Zahlungsverzuges ein Verzugszins in der Höhe des gesetzlichen Verzugszinses geschuldet. Der Verzugszins läuft ab Inverzugsetzung (Art. 291). Tätigt bei der Schlechterfüllung der Käufer einen Ersatzkauf, so schuldet der Verkäufer Schadenersatz in der Höhe der Differenz zwischen vereinbartem Preis und dem Preis des Ersatzkaufes und für allfälligen weiteren Schaden (Art. 292 Abs. 1). Musste der Vertrag aufgelöst werden und war der Verkäufer gezwungen, die Ware an einen Dritten zu verkaufen, so schuldet der Käufer Schadenersatz für die Differenz zwischen vereinbartem Preis und dem Verkaufspreis an den Dritten plus allfälligen weiteren Schaden.

Art. 293 statuiert eine generelle Schadenminderungspflicht. In Kapitel VI werden überdies die Folgen der vorzeitigen Vertragsauflösung geregelt, namentlich die Modalitäten der Rückabwicklung des Vertrages.

I.9. Verjährung

Anders als im CISG enthält der AUDCG Verjährungsregeln. Anwendbar sind grundsätzlich die Verjährungsregeln von Buch I, Kapitel IV, soweit Art. 301 ff. nicht abweichende Bestimmungen enthalten. In Buch I werden im Wesentlichen der Fristenlauf, der Fristenstillstand und die Unterbrechung der Verjährung geregelt. Nach Art. 301 Abs. 2 beträgt die Verjährungsfrist grundsätzlich zwei Jahre. Diese Verjährungsfrist bezieht sich auf Klagen, die

²⁴ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 55 N 124.

²⁵ Die Regeln zum Eigentumsvorbehalt finden sich in den Art. 72 bis 78 des Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (Journal Officiel n°22, 15/02/11).

²⁶ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 55 N 125.

auf vertraglichen Ansprüchen basieren (inkl. Nichtigkeitsklagen).²⁷

Hat der Verkäufer dem Käufer eine Garantie eingeräumt, so beginnt die Verjährungs- bzw. Verwirkungsfrist gemäss Art. 259 mit dem Ablauf der Garantie zu laufen (Art. 302). Art. 259 regelt den Fristenlauf bei Rügen betreffend verdeckte Mängel.

II. Praktische Bedeutung und Probleme in der Umsetzung

Es gibt verschiedene Statistiken darüber, wie viele Entscheide der CCJA seit seiner Konstituierung gefällt hat. Gemäss dem ersten Vize-Präsidenten des CCJA sind es seit der ersten Konstituierung am 11. Oktober 2001 bis am 30. Juni 2010 375 Entscheide, wobei sich lediglich 25 davon auf den AUDCG bezogen²⁸ und wohl wiederum nur ein Bruchteil davon die *vente commerciale* betrifft. Andernorts wird von insgesamt 467 Entscheiden des CCJA per Ende Dezember 2009 gesprochen.²⁹

Diese Zahlen zeigen, dass die Bedeutung der Normen der OHADA, insbesondere auch der Normen zur *vente commerciale*, bisher beschränkt geblieben ist. Dies dürfte primär auf



die Probleme bei der Umsetzung des OHADA-Regelwerks in den Mitgliedstaaten zurückzuführen sein.³⁰ Obwohl die Normen der Einheitsgesetze und damit auch des AUDCG direkt und zwingend in den Mitgliedstaaten anwendbar sind und widersprechendes früheres und späteres Recht ausser Kraft setzen,³¹ wird diese Grundregel in den Mitgliedstaaten nur fragmentarisch umgesetzt; oft bleiben widersprechende Normen dennoch in Kraft. Darüber hinaus fehlt es an klaren Kollisionsnormen, vor allem wenn es zu Konflikten mit der Verfassung oder Regeln anderer regionaler Organisationen kommt.³² Dies führt zu unklaren Rechtsverhältnissen und Rechtsunsicherheit. Schliesslich verwei-

gern die Gerichte der Mitgliedstaaten teilweise nicht nur die Anwendung der OHADA-Regeln sondern ignorieren auch die exklusive Kassationszuständigkeit des CCJA.³³

Zwar existieren zur *vente commerciale* dank dem AUDCG nun vereinheitlichte Regeln zum Kaufrecht unter Kaufleuten im OHADA-Raum. Die Anwendung der Regeln zur *vente commerciale* ist jedoch weiterhin mit Rechtsunsicherheiten verbunden, dies auch deshalb, weil es praktisch keine Präjudizien oder gar ausführliche juristische Kommentare zu diesem Regelwerk gibt. Daneben ist auch die gerichtliche Durchsetzung dieses Normenkomplexes, bzw. von Verträgen die auf diesem Regelwerk basieren, nur teilweise gewährleistet. Gleichwohl stellt der AUDCG einen wichtigen Referenzrahmen für die weitere Rechtsentwicklung und für die Erhöhung der Rechtssicherheit dar, der somit auch den Bedürfnissen des Geschäftslebens wesentlich entgegenkommt.

²⁷ DIOUF, S. 1110 f.

²⁸ MAÏDAGI, S. 2 f.

²⁹ BEAUCHARD/KODO, S. 17.

³⁰ BEAUCHARD/KODO, S. 16.

³¹ Art. 10 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

³² BEAUCHARD/KODO, S. 25 f.

³³ BEAUCHARD/KODO, S. 26.

Besicherung von Forderungen



Dr. iur. Aline Darbellay Suso, LL.M.

I. Allgemeine Ausführungen

Das Einheitsgesetz betreffend das Recht der Sicherheiten (AUS) wurde 1997 verabschiedet und 2010 revidiert. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Einheitsgesetzes, des *Acte Uniforme portant sur l'organisation des sûretés* (AURS), wurde das AUS ausser Kraft gesetzt.

Wie in den meisten Rechtsordnungen können Forderungen im OHADA-Raum durch Personalsicherheiten oder Realsicherheiten gesichert werden. Während sich Personalsicherheiten dadurch auszeichnen, dass ein Dritter für die Erfüllung der Forderung des Schuldners einsteht, zielen Realsicherheiten darauf ab, dem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen Zugriff auf einen Vermögensgegenstand zu gewähren, der zur Vollstreckung herangezogen werden kann, falls der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Die verschiedenen Arten von Sicherheiten werden im AUS ausführlich geregelt. Gemäss dem Grundsatz der Akzessorietät ist die Sicherheit im Prinzip abhängig vom Bestand der zugrunde liegenden Forderung (Art. 2 AURS). Geht die besicherte Forderung unter, erlischt auch die Sicherheit.

II. Personalsicherheiten („sûretés personnelles“)

II.1. Bürgschaft

Die Bürgschaft ist ein Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, eine Verpflichtung zu erfüllen, falls der Schuldner diese nicht befriedigt (Art. 13 AURS). Allein die Verpflichtung des Bürgen reicht nicht aus, zusätzlich ist die Zustimmung des Gläubigers erforderlich.¹ Die Bürgschaft wird durch eine schriftliche Vereinbarung nachgewiesen, die sogenannte Bürgschaftsurkunde (Art. 14 Abs. 1-2 AURS). Damit die Bürgschaftsurkunde die Beweisanforderungen erfüllt, muss der Bürge die Höhe der Bürgschaft sowie seine Unterschrift handschriftlich vermerken.²

Der Bürge muss seine Leistung gegenüber dem Gläubiger erst erbringen, wenn letzterer diese vom Hauptschuldner nicht erlangen konnte; der Gläubiger kann also erst gegen den Bürgen vorgehen, wenn der Hauptschuldner erfolglos gemahnt wurde (Art. 23 AURS). Die Bürgschaft erlischt, wenn die Hauptforderung getilgt wurde oder aus anderen Gründen erloschen ist (Art. 36 AURS).

¹ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 234.

² POUGOUÉ (Hrsg.), S. 507 N 55.

II.2. Garantievertrag („*garantie autonome*“)

Anstelle einer Bürgschaft kann eine fremde Forderung auch durch eine selbstständige Garantieverpflichtung gesichert werden. Selbstständige Garantieverprechen sind unabhängig von der Erfüllung der Hauptforderung durch den Schuldner, d.h. der Gläubiger muss nicht zunächst versuchen, die Forderung gegenüber dem Schuldner geltend zu machen, sondern kann sich direkt an den Garantiegeber wenden.³ Besonders verbreitet sind selbstständige Garantieverprechen in Form von Bankgarantien.

Mit Abgabe einer selbstständigen Garantie übernimmt der Garantiegeber die Verpflichtung, auf erstes Verlangen des begünstigten Gläubigers einen bestimmten Betrag zu zahlen, weil der Schuldner mit der Zahlung der gesicherten Schuld in Verzug ist (Art. 39, Abs. 1 AURS).

Selbstständige Garantieverprechen können auch in Form einer Rückgarantie abgegeben werden (Art. 39 Abs. 2 AURS). Rückgarantien werden in internationalen Werkverträgen häufig verwendet: Der Bauherr verlangt vom ausländischen Unternehmer eine Garantie der lokalen Bank, welche den ausländischen Unternehmer auffordert, eine Rückgarantie einer ausländischen Bank einzuholen.⁴



propriété“) dient der Kreditsicherung beim Kauf von beweglichen Sachen (Art. 72 AURS). Weiter kennen die OHADA-Staaten die Abtretung von Eigentumsrechten zu Sicherheitszwecken („*propriété cédée à titre de garantie*“) (Art. 79 AURS), insbesondere die Abtretung von Forderungen und die fiduziarische Überweisung von Geldbeträgen.⁵

Darüber hinaus kann eine Forderung durch Pfand gesichert werden. Der Pfandgläubiger ist befugt, auf dem Vollstreckungsweg auf das Pfandobjekt zu greifen, wenn die gesicherte Forderung unbefriedigt bleibt. Das Einheitsgesetz regelt sowohl das Pfandrecht an beweglichen körperlichen Gegenständen („*gage de meubles corporels*“, Art. 92 AURS) sowie das Pfandrecht an beweglichen unkörperlichen Gegenständen („*nantissement de meubles incorporels*“, Art. 125 AURS).

Auch das Vorzugsrecht („*privilege*“) sichert Forderungen, indem der bevorzugte Gläubiger in der Rangfolge der Gläubiger Priorität erhält (Art. 179 AURS).

Mobiliarsicherheiten werden auf Antrag des Gläubigers, des Sicherheitstreuhänders oder des Auftraggebers in das Handels- und Mobilarkreditregister (RCCM) eingetragen (Art. 51 AURS). Die Eintragung ins RCCM dient dem Gläubigerschutz.⁶

III. Realsicherheiten („*sûretés réelles*“)

III.1. Mobiliarsicherheiten

Unter den Begriff der Mobiliarsicherheiten („*sûretés mobilières*“) fallen verschiedene Arten von Sicherheiten: Das Retentionsrecht („*droit de rétention*“) ist ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Gegenständen. Falls ein Gläubiger bewegliche Vermögenswerte des Schuldners rechtmässig in seinem Besitz hat, darf er diese unabhängig von jeweiligen anderen Sicherheiten bis zur vollständigen Begleichung der Schuld zurückbehalten (Art. 67 AURS). Der Eigentumsvorbehalt („*réserve de*

III.2. Immobiliarsicherheiten

Im Rahmen einer Hypothek stellt der Schuldner ein bestimmtes oder bestimmbares Grundstück zur Verfügung, um eine oder mehrere Forderungen zu gewährleisten (Art. 190 AURS). Die Hypothek ist unteilbar und besteht bis zur vollständigen Zahlung der besicherten Forderung. Vertragliche Hypotheken („*hypothèques conventionnelles*“) lassen sich von Zwangshypotheken („*hypothèques forcées*“) unterscheiden. Zwangshypotheken umfassen gesetzliche Hypotheken („*hypothèques légales*“) sowie gerichtliche Hypotheken („*hypothèques judiciaires*“). Vertragliche und gerichtliche Hypotheken müssen gemäss Vorschriften des einzelnen OHADA-Staates, in dem sich das Grundstück be-

³ CROCCQ/YONDO/BRIZOUA-BI/LAMBIE/LAISNEY/MARCEAU-COTTE, S. 113.

⁴ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit unifié africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 243.

⁵ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 42 N 64.

⁶ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Business Law in Africa*, S. 195.

findet, eingetragen werden (Art. (Art. 195 AUPSRVE). Grundsätzlich ist die Hypothek in das Grundbuch am Ort des Grundstückes einzutragen.⁷

Die vertragliche Hypothek wird durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner begründet. Nur der Inhaber des dinglichen Rechts kann als Schuldner der herkömmlichen Hypothek zustimmen, sofern er sowohl ordnungsgemäss eingetragen ist als auch die Verfügungsmacht über das Grundstück hat (Art. 203 AURS). Die vertragliche Hypothek wird erst mit Eintragung, d.h. mit ihrer Veröffentlichung, gegenüber Dritten wirksam (Art. 206 AURS).

Im Gegensatz dazu entstehen Zwangshypotheken ohne Zustimmung des Schuldners. Die gesetzliche Hypothek („*hypothèque légale*“) ist ein gesetzliches Pfandrecht (Art. 210 AURS). Sie steht dem Verkäufer eines Grundstückes sowohl bei Verkauf, Tausch oder Teilung (Art. 211 AURS), den Architekten und Bauunternehmern (Art. 212 AURS) und der Gläubigermasse (Art. 210 AURS) zu. Die gerichtliche Hypothek („*hypothèque judiciaire*“) wird durch Gerichtsurteil auf Antrag des Gläubigers erteilt (Art. 213 AURS). Die gerichtliche Hypothek steht dem ungesicherten Gläubiger zu, sofern die Forderung begründet erscheint, die Erfüllung der Forderung gefährdet ist, die Forderung nicht beanstandet wird, sie bezifferbar und fällig ist und der Schuldner Eigentümer des bestimmten Grundstückes ist.⁸

IV. Fazit

Das AURS trägt dem Gläubigerschutz besonders Rechnung, indem es die Modalitäten für die Bestellung und Durchsetzung von Sicherheiten in den einzelnen OHADA-Staaten vereinfacht. Die verschiedenen Arten von Personal- und Realsicherheiten entsprechen weitgehend modernen Standards und erleichtern damit das Wachstum und die Geschäftstätigkeit von Unternehmen, welche auf externe Finanzierungen durch Sicherheiten zurückgreifen möchten.⁹

⁷ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 922 N 23.

⁸ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 933 N 85

⁹ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 382 N 22.

Das Recht der Handelsgesell- schaften

lic. iur. Manuel Meyer
Marion Schnyder, MLaw



I. Einleitung

I.1. OHADA-Regelwerk

Das OHADA-Regelwerk stellt vereinheitlichte Regeln für Handelsgesellschaften und Genossenschaften auf. Die Handelsgesellschaften und Genossenschaften sind in zwei voneinander unabhängigen OHADA-Gesetzen geregelt: im *Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* („AUSCGIE“) einerseits, und im *Acte Uniforme relatif au droit des sociétés coopératives* andererseits („AUSC“). Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf das AUSCGIE und damit auf die Handelsgesellschaften.¹



I.2. Inhaltlicher Aufbau des AUSCGIE

Das AUSCGIE regelt die einzelnen Gesellschaften und Gesellschaftsvorgänge sehr detailliert, teilweise weitaus detaillierter als es das Schweizerische Obligationenrecht („OR“) für die schweizerischen Handelsgesellschaften tut. Eine detailliertere Regelung hat den Vorteil, dass die Beteiligten jederzeit auf ausführliche und auf für nahezu jeden gesellschaftsrechtlichen Vorgang zugeschnittene Regeln zurückgreifen können. Sofern diese Regeln zwingend sind, wird damit allerdings die Privatautonomie eingeschränkt, gewisse gesellschaftsrechtliche Vorgänge anders zu regeln.

Das AUSCGIE ist in vier Teile gegliedert: Im ersten Allgemeinen Teil über die Handelsgesellschaften werden die allgemeinen gesellschaftlichen Grundsätze und Vorgänge für alle Gesellschaftsformen geregelt. Der Allgemeine Teil enthält gesellschaftsübergreifend die im Gesellschaftsrecht üblichen Bestimmungen wie solche über Gründung, Statuten, Firmenrechte, Zweck, Sitz, Kapital, Organe und Umstrukturierungen.

Im zweiten Teil werden besondere Regeln über die einzelnen Handelsgesellschaften aufgestellt. Darin werden für jede einzelne Gesellschaftsform die im Allgemeinen Teil erwähnten Grundsätze und Vorgänge spezifiziert. Für das Verständnis eines konkreten gesellschaftsrechtlichen Vorgangs muss daher vorerst der Besondere Teil konsultiert werden. Fehlt eine entsprechende Regel im Besonderen Teil oder ist sie lückenhaft, sind die allgemeinen Bestimmungen im ersten Teil anzuwenden.

¹ Das AUSCGIE wurde vor kurzem revidiert (Inkrafttreten: 5. Mai 2014); die aktuelle Fassung des AUSCGIE ist auf alle Gesellschaften anwendbar, die nach dem Inkrafttreten in einem Mitgliedstaat gegründet wurden, Art. 907 AUSCGIE; vor dem Inkrafttreten gegründete Gesellschaften unterstehen allerdings auch dem AUSCGIE, haben jedoch eine Frist von zwei Jahren ab Inkrafttreten, um ihre Statuten an die neue Regelung anzupassen, Art. 908 ff. AUSCGIE; vgl. KROTOFF/ECK, OHADA: revision de l'Acte Uniforme relative au droit des sociétés commerciales et du GIE, 14. Mai 2014. Abrufbar unter <http://www.gide.com/fr/actualites/ohada-revision-de-lacte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-gie> (3.8.2015).

Schliesslich sind im dritten Teil strafrechtliche Bestimmungen hinsichtlich der Verletzung der Bestimmungen des Allgemeinen und Besonderen Teils und im vierten Teil Schluss- und Übergangsbestimmungen enthalten.

II. Begriff der Handelsgesellschaft

Eine Handelsgesellschaft ist gemäss Art. 4 AUSCGIE die vertragliche Vereinigung von zwei oder mehreren Personen zur gemeinsamen Zweckerreichung unter Einsetzung gemeinsamer Mittel, die aus Geld, Sachgütern oder Arbeit bestehen können. Gewinn und Verlust werden grundsätzlich von den Gesellschaftern getragen.

Diese vertragliche Vereinigung ist – anders als im schweizerischen Recht – im Vornherein zeitlich zu befristen und kann 99 Jahre nicht überschreiten.² Anschliessende Verlängerungen sind aber möglich.³

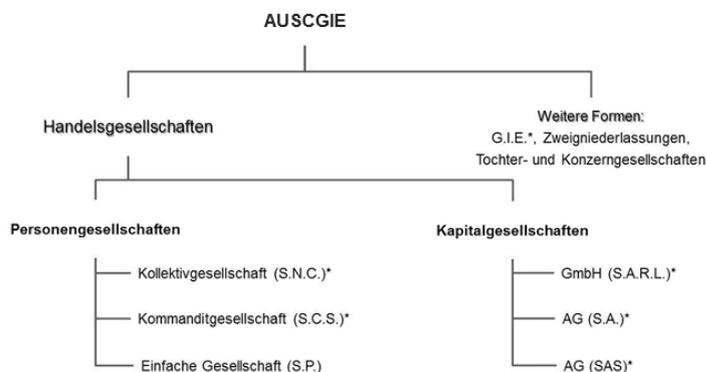
Bis auf die einfache Gesellschaft (S.P.) (vgl. nachstehend) haben alle Handelsgesellschaften Rechtspersönlichkeit, sobald sie in das Handelsregister (*registre du commerce et du crédit mobilier RCCM*) eingetragen werden.⁴

III. Numerus clausus der zugelassenen Gesellschaftsformen

Wie im schweizerischen Gesellschaftsrecht besteht auch im AUSCGIE ein *Numerus clausus* der zugelassenen Gesellschaftsformen und dieser ist dem schweizerischen Recht sehr ähnlich. Die Handelsgesellschaften, deren Handelscharakter sich gemäss Art. 6 AUSCGIE aufgrund ihrer Form oder ihres Zweckes ausdrückt, können in **Personengesellschaften** und **Kapitalgesellschaften** eingeteilt werden.⁵ Diese Gesellschaften werden in den nachfolgenden Abschnitten zunächst schematisch zusammengefasst (III.1) und anschliessend einzeln für jede Gesellschaftsform behandelt (III.2 bis III.4).

III.1. Schematische Übersicht

Im Folgenden findet sich eine schematische Darstellung der Gesellschaftsformen, die das AUSCGIE zur Verfügung stellt:



* Mit Rechtspersönlichkeit.

III.2. Personengesellschaften

Bei den Personengesellschaften steht weniger das von den Gesellschaftern gestiftete Kapital als vielmehr deren Persönlichkeit im Vordergrund.⁶ Die Gesellschafter haften grundsätzlich unbeschränkt mit ihrem privaten Vermögen.⁷ Ferner gehen Personengesellschaften mit dem Ableben eines Gesellschafters unter bzw. sind aufzulösen, sofern die Statuten nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen.⁸ Das AUSCGIE kennt die folgenden Personengesellschaften:

- Die *société au nom collectif* (S.N.C.)⁹ ist eine mit der schweizerischen Kollektivgesellschaft¹⁰ vergleichbare Gesellschaft, bei der die Gesellschafter, die sog. **Kollektivgesellschafter**, mit ihrem persönlichen Vermögen unbeschränkt und solidarisch für die Gesellschaftsschulden haften.¹¹ Die Gesellschafter können frühestens 60 Tage nach Inverzugsetzung der Gesellschaft belangt werden.¹² Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**Kollektivgesellschaft (S.N.C.)**“ bezeichnet.
- Die *société en commandite simple* (S.C.S.)¹³ ist eine der schweizerischen Kommanditgesell-

² Art. 28 AUSCGIE.

³ Art. 32 AUSCGIE.

⁴ Art. 97 f. AUSCGIE; MARTOR/PILKINTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 94.

⁵ MARTOR/PILKINTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 101.

⁶ DIÉYE, S. 14.

⁷ MARTOR/PILKINTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 101.

⁸ Art. 290 AUSCGIE ; Art. 308 Abs. 1 AUSCGIE ; Art. 290 i.V.m. Art. 862 AUSCGIE .

⁹ Art. 270 ff. AUSCGIE.

¹⁰ Vgl. Art. 552 ff. OR.

¹¹ Art. 270 AUSCGIE.

¹² Art. 271 AUSCGIE.

¹³ Art. 293 ff. AUSCGIE.

schaft¹⁴ verwandte Gesellschaft, bei der ein oder mehrere Gesellschafter mit ihrem persönlichen Vermögen unbeschränkt und solidarisch für die Gesellschaftsschulden haften, die sog. **Komplementäre** (*associés commandités*), und bei der ein oder mehrere Gesellschafter nur mit ihren Einlagen (*Kommanditsumme*) haften, die sog. **Kommanditäre** (*associés commanditaires* oder *associés en commandite*).¹⁵ Der Komplementär haftet also gleich einem Kollektivgesellschafter.¹⁶ Nur das Ableben eines Komplementärs führt mangels anderslautender statutarischer Bestimmung zur Auflösung der Gesellschaft, nicht jedoch das Ableben eines Kommanditärs, sofern die Statuten nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen.¹⁷ Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**Kommanditgesellschaft (S.C.S.)**“ bezeichnet.

- Die *société en participation* (*S.P.*) ist eine mit der schweizerischen einfachen Gesellschaft¹⁸ vergleichbare Gesellschaft, die keine Rechtspersönlichkeit hat und nicht den Publizitätsvorschriften untersteht.¹⁹ Die Gesellschafter haben dieselben Rechte und Pflichten wie die Kollektivgesellschafter.²⁰ Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**einfache Gesellschaft (S.P.)**“ bezeichnet.
- Die *société créée de fait* bzw. *société de fait* ist eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der die Gesellschafter sich wie solche verhalten, jedoch keinen Gesellschaftsvertrag miteinander vereinbart haben.²¹ Jede interessierte Person kann vom Gericht die Feststellung einer solchen faktischen Gesellschaft beantragen. Wird die faktische Gesellschaft gerichtlich festgestellt, so kommen zwischen den Gesellschaftern die Bestimmungen der Kollektivgesellschaft (*S.N.C.*) zur Anwendung.²² Auf diese Gesellschaftsform wird im Nachfolgenden nicht näher eingegangen.

¹⁴ Vgl. Art. 594 ff. OR.

¹⁵ Art. 293 AUSCGIE.

¹⁶ Art. 271 i.V.m. Art. 293-1 AUSCGIE; DIÈYE, S. 14; MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 149.

¹⁷ Art. 308 Abs. 1 AUSCGIE.

¹⁸ Vgl. Art. 530 ff. OR.

¹⁹ Art. 854 f. AUSCGIE.

²⁰ Art. 856 AUSCGIE.

²¹ Art. 864 AUSCGIE.

²² Art. 868 AUSCGIE.

III.3. Kapitalgesellschaften

Bei den Kapitalgesellschaften steht das der Gesellschaft gewidmete Kapital im Vordergrund. Eine Haftung der Gesellschafter mit ihrem privaten Vermögen ist grundsätzlich ausgeschlossen.²³ Das AUSCGIE kennt die folgenden Formen von Kapitalgesellschaften:

- Die *société à responsabilité limitée* (*S.A.R.L.*) ist eine mit der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*GmbH*)²⁴ vergleichbare Gesellschaft, deren Gesellschafter nur mit ihren Einlagen haften.²⁵ Die mitgliedschaftlichen Rechte der Gesellschafter sind in Stammanteilen (*parts sociales*) erfasst.²⁶ Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**GmbH (S.A.R.L.)**“ bezeichnet.
- Die *société anonyme* (*S.A.*) ist eine der schweizerischen Aktiengesellschaft (*AG*) verwandte Gesellschaft, deren Gesellschafter, die **Aktionäre**, nur mit ihren Einlagen haften.²⁷ Die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre sind in Aktien (*actions*) erfasst.²⁸ Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**AG (S.A.)**“ bezeichnet.
- Die *société par actions simplifiée* (*SAS*) ist eine mit der Revision des AUSCGIE im Jahre 2014 neu eingeführte vereinfachte AG (*S.A.*).²⁹ Im Nachfolgenden wird diese Gesellschaftsform als „**AG (SAS)**“ bezeichnet.

III.4. Weitere Gesellschaftsformen

Darüber hinaus enthält das AUSCGIE noch weitere gesellschaftsrelevante Bestimmungen wie solche über die Zweigniederlassungen (*succursales*)³⁰, Tochter- sowie Konzerngesellschaften (*société mère et filiale*)³¹ sowie das *groupement d'intérêt économique* (*G.I.E.*).³² Letzteres ist keine Handelsgesellschaft, sondern stellt eine, mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete, befristete wirtschaftliche Interessenvereinigung von Handelsgesellschaften

²³ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 101.

²⁴ Vgl. Art. 772 ff. OR.

²⁵ Art. 309 ff. AUSCGIE.

²⁶ Art. 384 AUSCGIE.

²⁷ Art. 385 ff. AUSCGIE.

²⁸ Art. 385 AUSCGIE.

²⁹ Art. 853-1 ff. AUSCGIE.

³⁰ Art. 116 ff. AUSCGIE.

³¹ Art. 179 f. AUSCGIE.

³² Art. 869 ff. AUSCGIE.

dar die strukturell am ehesten einem schweizerischen Verein³³ mit wirtschaftlicher Zwecksetzung gleicht. Diese Vereinigung muss nicht zwingend mit einem Gesellschaftskapital ausgestattet sein und die Mitglieder haften für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt und solidarisch.³⁴ Auf diese zusätzlichen Gesellschaftsformen geht der vorliegende Beitrag nicht weiter ein.

IV. Gründung und Entstehung der Handelsgesellschaft

IV.1. Gründer

Als Gründer einer Handelsgesellschaft kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht.³⁵ Personengesellschaften müssen von mindestens zwei Personen gegründet werden.³⁶ Die nachträgliche Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in den Händen eines Gesellschafters wird zwar geduldet, allerdings wird dann die Personengesellschaft auf Antrag einer interessierten Person liquidiert.³⁷ Kapitalgesellschaften können hingegen auch nur von einer einzigen Person gegründet werden.³⁸

IV.2. Statuten

Im Gründungsvertrag, den sog. Statuten, verleihen der bzw. die Gründer ihrem Willen Ausdruck, eine Handelsgesellschaft zu gründen.³⁹

Die Statuten müssen materiell zwingend die Gesellschaftsform, die Firma, den Zweck, den Sitz, die Dauer, das Gesellschaftskapital sowie die Anzahl und den Nennwert der Gesellschaftsanteile bestimmen. Ferner sind die Einlagen, die Identität der Einleger und die jeweils für die Einlage erhaltenen Gesellschaftsanteile in den Statuten offenzulegen. Ebenso sind die Gewährung besonderer Vorteile und die Identität der Begünstigten offenzulegen. Schliesslich sind die Bestimmungen über die Gewinnverteilung und die Reservebildung sowie Best-

immungen über die Organisation der Gesellschaft in die Statuten aufzunehmen.⁴⁰

Formell müssen die Statuten in einer von einem Notar errichteten öffentlichen Urkunde oder in einer anderen gemäss nationalem Recht gleichwertigen Urkunde errichtet werden. Nachträgliche Statutenänderungen bedürfen derselben Form.⁴¹

Die Handelsgesellschaft entsteht im internen Verhältnis zwischen den Gesellschaftern mit der Annahme der schriftlichen Statuten. Gegenüber Dritten existiert die Handelsgesellschaft erst mit der Eintragung im Handelsregister. Ebenso begründet erst der Handelsregistereintrag die Rechtspersönlichkeit.⁴²

IV.3. Konformitätserklärung

Zusätzlich zu den Statuten müssen die Gründer in einer schriftlichen Konformitätserklärung (*déclaration de régularité et de conformité*) alle Gründungshandlungen auführen und damit gegenüber dem zuständigen Handelsregisteramt verbindlich bestätigen, dass die Gesellschaft den Anforderungen des AUSCGIE entsprechend gegründet worden ist. Diese Konformitätserklärung ist auch bei jeder Änderung der Statuten erforderlich.⁴³



IV.4. Handelsregistereintrag

Mit Ausnahme der einfachen Gesellschaft (S.P.) müssen alle übrigen Handelsgesellschaften in das Handelsregister (*registre du commerce et du crédit immobilier; RCCM*) eingetragen werden,⁴⁴ damit sie ihre Rechtspersönlichkeit erlangen.⁴⁵ Solange eine eintragungsbedürftige Handelsgesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen wurde, stellt die Handelsgesellschaft von Gesetzes wegen eine einfache Gesellschaft (S.P.) dar.⁴⁶

³³ Vgl. Art. 60 ff. ZGB.

³⁴ Art. 869 AUSCGIE; Art. 873 AUSCGIE; MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 152 ff.

³⁵ Art. 7 AUSCGIE.

³⁶ Art. 4 AUSCGIE; vgl. zu den Ausschlussgründen bei Minderjährigen und Eheleuten Art. 8 f. AUSCGIE im Zusammenhang mit Personengesellschaften; zu den Ausschlussgründen bei Gesellschaften Art. 7 AUSCGIE; vgl. DIÈYE, S. 14.

³⁷ Art. 60 AUSCGIE.

³⁸ Art. 309, 385 und 853-1 AUSCGIE.

³⁹ Art. 4 AUSCGIE; Art. 12 AUSCGIE; vgl. DIÈYE, S. 67 ff.

⁴⁰ Art. 13 AUSCGIE.

⁴¹ Art. 10 AUSCGIE.

⁴² Art. 97 f. AUSCGIE, DIÈYE, S. 72; MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, S. 94.

⁴³ Art. 73 ff. AUSCGIE.

⁴⁴ Art. 97 AUSCGIE; Art. 854 AUSCGIE.

⁴⁵ DIÈYE, S. 72; Art. 98 AUSCGIE.

⁴⁶ Art. 114 AUSCGIE; DIÈYE, S. 73.

IV.5. Publikation

Jede Gesellschaftsgründung muss innerhalb von 15 Tagen nach dem Handelsregistereintrag in einer dafür vorgesehenen nationalen Zeitung veröffentlicht werden.⁴⁷



V. Gesellschaftskapital und Gesellschaftsanteile

Mit Ausnahme der einfachen Gesellschaft (S.P.) haben alle Handelsgesellschaften ein Gesellschaftskapital (*capital social*),⁴⁸ welches jeweils in Gesellschaftsanteile (*parts sociales*) bzw. bei der AG (S.A.) in Aktien (*actions*) mit einem Nennwert zerlegt ist.⁴⁹ Vereinfacht gesagt, muss jeder Gesellschafter der Gesellschaft eine Einlage (*apport*) leisten und erhält als Gegenleistung Gesellschaftsanteile an derselben Gesellschaft.⁵⁰

Der Umfang der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten jedes Gesellschafters bemisst sich grundsätzlich nach den geleisteten Einlagen. Die Statuten können von dieser Regelung absehen, allerdings sind Statutenbestimmungen, die den ganzen Gewinn oder umgekehrt den ganzen Verlust einem einzigen Gesellschafter allein zuweisen, nichtig.⁵¹

Die Gesellschaftsanteile sind grundsätzlich übertragbar.⁵² Eine Verbriefung bzw. Ausgabe physischer Titel ist jedoch nur für Aktien einer AG (S.A.) oder einer AG (SAS) möglich.⁵³

V.1. Mindestkapital

Die Höhe des Gesellschaftskapitals kann frei gewählt werden.⁵⁴ Bei Personengesellschaften ist ein Mindestkapital nicht erforderlich, weil bei dieser Gesellschaftsform nicht nur das der Gesellschaft

gewidmete Gesellschaftsvermögen, sondern auch die Gesellschafter mit ihrem privaten Vermögen solidarisch und unbeschränkt haften.⁵⁵ Demgegenüber ist bei der GmbH (S.A.R.L.) und bei der AG (S.A.), bemerkenswerterweise aber nicht bei der AG (SAS),⁵⁶ ein Mindestkapital vorgeschrieben:

- Bei der GmbH (S.A.R.L.) ist ein Mindestkapital von CFA 1'000'000⁵⁷ vorgeschrieben (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 1'550).
- Bei der AG (S.A.) ist ein Mindestkapital von CFA 10'000'000⁵⁸ vorgeschrieben (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 15'500).

V.2. Mindestnennwert

Das Gesellschaftskapital der Handelsgesellschaften ist in Gesellschaftsanteile mit einem Nennwert zerlegt. Der Nennwert kann grundsätzlich frei bestimmt werden.⁵⁹ Wie im schweizerischen Gesellschaftsrecht besteht nur bei der GmbH (S.A.R.L.) eine Ausnahme: Da muss der Nennwert der Stammannteile mindestens CFA 5'000 betragen (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 7.75).⁶⁰

V.3. Kapitaleinlagen

Jeder Gesellschafter muss im Gegenzug für die Gesellschaftsanteile der Handelsgesellschaft eine Einlage (*apport*) leisten,⁶¹ die grundsätzlich aus Geld (*apport en numéraire*), Sachgütern (*apport en nature*) oder Arbeit (*apport en industrie*) bestehen kann.⁶² Während die Einlage von Arbeit bei der AG (S.A.) allerdings untersagt ist⁶³, ist sie in der AG (SAS) ausdrücklich zugelassen. Die dafür ausgegebenen Aktien sind jedoch nicht übertragbar und haben keinen Nennwert.⁶⁴

Der Vollzug bzw. die Erbringung der geschuldeten Einlage wird **Liberierung** (*réalisation / libération*) genannt. Die Liberierung muss grundsätzlich eine

⁴⁷ Art. 261 AUSCGIE.

⁴⁸ Art. 273 AUSCGIE; Art. 273 i.V.m. Art. 293-1 AUSCGIE; Art. 387 AUSCGIE.

⁴⁹ Art. 273 AUSCGIE; Art. 293 AUSCGIE; Art. 309 AUSCGIE; Art. 385 AUSCGIE.

⁵⁰ Art. 37 f. AUSCGIE.

⁵¹ Art. 54 AUSCGIE.

⁵² Art. 57 AUSCGIE; bei Personengesellschaften bedarf die Übertragung grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter, vgl. Art. 274 AUSCGIE; Art. 296 AUSCGIE.

⁵³ Art. 58 AUSCGIE.

⁵⁴ Art. 65 AUSCGIE.

⁵⁵ Vgl. vorne III.2.

⁵⁶ Art. 853-5 AUSCGIE.

⁵⁷ Art. 311 AUSCGIE.

⁵⁸ Art. 387 AUSCGIE.

⁵⁹ Art. 273 AUSCGIE; Art. 387 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 853-5 Abs. 1 AUSCGIE.

⁶⁰ Art. 311 AUSCGIE; der Mindestnennwert für die Schweizer GmbH beträgt hingegen CHF 100, Art. 774 Abs. 1 OR.

⁶¹ Art. 38 AUSCGIE.

⁶² Art. 37 AUSCGIE; Art. 40 AUSCGIE; vgl. ähnliche Grundsatzbestimmung im Recht der einfachen Gesellschaft Art. 530 OR.

⁶³ Art. 50-1 Abs. 2 AUSCGIE.

⁶⁴ Art. 853-5 Abs. 2 AUSCGIE.

vollständige sein. Eine Teilliberierung ist nur zulässig, wenn es das AUSCGIE ausdrücklich vorsieht.⁶⁵ Dies ist bei Kapitalgesellschaften der Fall, aber nur, sofern es um die Liberierung von Bareinlagen (**Barliberierung**) geht.⁶⁶

- Bei der GmbH (S.A.R.L.) ist eine Teilliberierung von 50% des Nennwerts der gezeichneten Anteile zulässig.⁶⁷ Der ausstehende Betrag ist innerhalb von zwei Jahren nach dem Registereintrag zu liberieren.⁶⁸
- Bei der AG (S.A.) und der AG (SAS) ist eine Teilliberierung von 25% des Nennwerts der gezeichneten Anteile zulässig.⁶⁹ Der ausstehende Betrag ist innerhalb von drei Jahre nach dem Registereintrag zu liberieren.⁷⁰

V.3.1. Barliberierung

Die Barliberierung erfolgt, indem das Eigentumsrecht am Bargeld der Gesellschaft übertragen wird.⁷¹ Bei Kapitalgesellschaften müssen, ähnlich wie im schweizerischen Recht, die Barmittel bei einem Bankinstitut hinterlegt und diese Hinterlegung von einer Urkundsperson bescheinigt werden.⁷² Bei der AG (S.A.) und der AG (SAS), ist bemerkenswerterweise auch eine Hinterlegung bei der Urkundsperson zulässig.⁷³

Nach dem AUSCGIE liegt auch dann eine Barliberierung vor, wenn der Liberierungsbetrag mit einer liquiden Forderung gegen die Handelsgesellschaft verrechnet wird. Eine solche Verrechnungsliberierung ist auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung zulässig.⁷⁴

V.3.2. Sacheinlageliberierung

Die Liberierung mittels einer Sache (**Sacheinlageliberierung**) kann sowohl Eigentumsrechte als

auch Nutzungsrechte umfassen.⁷⁵ Die Liberierung ist erbracht, wenn das entsprechende Recht der Handelsgesellschaft übertragen worden ist und der dem Recht unterliegende körperliche Gegenstand der Handelsgesellschaft zur Verfügung gestellt wurde.⁷⁶ Bei Kapitalgesellschaften kommen weitergehende Schutzbestimmungen zur Anwendung: Unter anderem ist die zu leistende Sache zu bewerten. Sowohl die Sache als auch deren Wert sind (analog zum Schweizer Recht)⁷⁷ in den Statuten offenzulegen.⁷⁸ Diese Bewertung muss bei der GmbH (S.A.R.L.) von einer unabhängigen Prüfstelle (*commissaire aux apports*) geprüft werden, sofern der in den Statuten angegebene Wert der Sache CFA 5'000'000 übersteigt (dies entspricht umgerechnet etwa CHF 7'750).⁷⁹ Bei der AG (S.A.) und der AG (SAS) hingegen ist eine Überprüfung der Bewertung durch eine unabhängige Prüfstelle stets erforderlich.⁸⁰

V.3.3. Liberierung durch Arbeit

Die Liberierung durch Arbeit erfolgt dadurch, dass der Handelsgesellschaft die Arbeitsleistung tatsächlich zur Verfügung gestellt wird.⁸¹ Die geschuldete Arbeitsleistung und die Modalitäten deren Erbringung sowie die dafür zugeteilten Gesellschaftsanteile sind in den Statuten offenzulegen.⁸²

Die für die Arbeit zugeteilten Gesellschaftsanteile haben keinen Nennwert und widerspiegeln daher nicht das Gesellschaftskapital.⁸³ Dennoch gewähren diese Gesellschaftsanteile mitgliedschaftliche und vermögensmässige Rechte. Sie können jedoch nicht zu mehr als 25% der Stimmrechte und 25% der vermögensmässigen Rechte an der Handelsgesellschaft berechtigen.⁸⁴

⁶⁵ Art. 41 Abs. 2 AUSCGIE.

⁶⁶ Art. 45 Abs. 2 AUSCGIE.

⁶⁷ Art. 311-1 Abs. 2 AUSCGIE.

⁶⁸ Art. 311-1 Abs. 3 AUSCGIE.

⁶⁹ Art. 389 Abs. 1 AUSCGIE; Art. 853-3 i.V.m. Art. 389 Abs. 1 AUSCGIE.

⁷⁰ Art. 389 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 853-3 i.V.m. Art. 389 Abs. 2 AUSCGIE.

⁷¹ Art. 41 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 42 AUSCGIE.

⁷² Art. 313 AUSCGIE; vgl. Art. 633 OR (AG) und Art. 633 i.V.m. Art. 777c Abs. 2 OR (GmbH).

⁷³ Art. 393 Abs. 1 AUSCGIE; Art. 394 AUSCGIE.

⁷⁴ Art. 44 AUSCGIE; anders im Schweizer Aktienrecht, wo eine Verrechnungsliberierung bereits bei der Gründung denkbar und zulässig ist, vgl. Art. 635 Ziff. 2 OR.

⁷⁵ Art. 46 f. AUSCGIE.

⁷⁶ Art. 45 AUSCGIE.

⁷⁷ Art. 628 Abs. 1 OR.

⁷⁸ Art. 312 Abs. 1 AUSCGIE; Art. 400 Abs. 1 AUSCGIE; Art. 400 Abs. 1 i.V.m. Art. 853-3 AUSCGIE.

⁷⁹ Art. 312 Abs. 2 AUSCGIE.

⁸⁰ Art. 400 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 400 Abs. 2 i.V.m. Art. 853-3 AUSCGIE.

⁸¹ Art. 50-1 AUSCGIE.

⁸² Art. 50-2 Abs. 2 AUSCGIE.

⁸³ Art. 50-3 f. AUSCGIE.

⁸⁴ Art. 50-3 Abs. 2 und 3 AUSCGIE.

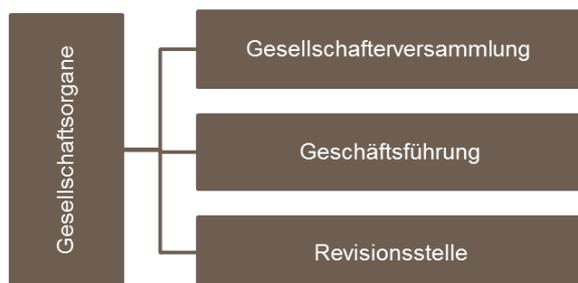
VI. Rechte und Pflichten der Gesellschafter

Die **Rechte** der Gesellschafter sind sowohl **vermögensmässiger Natur** (Recht auf Gewinnerträge, Dividende, Liquidationserlös) als auch **nicht-vermögensmässiger Natur** (Mitwirkungs-, Kontroll- und Schutzrechte). Die Rechte der Gesellschafter sind grundsätzlich bei Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften gleich.

Unterschiede bestehen bei den **Pflichten** der Gesellschafter. Während bei den Personengesellschaften die Persönlichkeit der Gesellschafter (d.h. insbesondere persönliche Fähigkeiten und Kreditwürdigkeit) im Vordergrund steht, ist bei Kapitalgesellschaften vor allem die Kapitalbeteiligung der Gesellschafter bedeutsam.⁸⁵ Entsprechend sind auch die Pflichten der Gesellschafter bei Personengesellschaften eher personen- und bei Kapitalgesellschaften eher kapitalbezogen. Dies zeigt sich darin, dass die Gesellschafter von Personengesellschaften die Geschäftsführung übernehmen müssen, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen.⁸⁶ Ebenso haften, mit Ausnahme der Kommanditäre bei der Kommanditgesellschaft (S.C.S.), die Gesellschafter von Personengesellschaften für sämtliche Schulden der Gesellschaft.⁸⁷ Die Kommanditäre und die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften haften hingegen nur mit ihrer Einlage.⁸⁸

VII. Gesellschaftsorgane

Wie im schweizerischen Recht gibt es grundsätzlich drei Gesellschaftsorgane:



⁸⁵ POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 384, S. 509.

⁸⁶ Art. 276 Abs. 4 AUSCGIE; Art. 298 AUSCGIE

⁸⁷ Vgl. vorne III.2.

⁸⁸ Vgl. vorne III.3.

VII.1. Gesellschafterversammlung

Die Gesellschafterversammlung (*assemblée générale*) ist die Versammlung der Gesellschafter. Die Gesellschafter üben ihre gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte an einer ordentlichen oder ausserordentlichen Gesellschafterversammlung aus.⁸⁹ Weil die Gesellschafterversammlung das Forum für diese Rechtsausübung bildet, hat jeder Gesellschafter einen Anspruch auf Teilnahme.⁹⁰

Grundsätzlich bemisst sich das Stimmrecht der Gesellschafter nach ihrer Kapitalbeteiligung. Das erforderliche Quorum wird in den Statuten festgelegt,⁹¹ ausser das AUSCGIE schreibt ein zwingendes Quorum vor.⁹² Sofern die Gesellschafter bzw. ihre Vertreter anwesend sind, werden die Abstimmungen entweder mündlich (*en assemblée générale*) oder schriftlich (*par consultation écrite*) durchgeführt.⁹³ Abstimmungen ohne physische Anwesenheit der Gesellschafter werden per Telefon-, Videokonferenz oder über andere audiovisuelle Kommunikationsmittel abgehalten (*visioconférence et autres moyens de télécommunication permettant leur identification*)⁹⁴. Ferner können Beschlüsse auch ohne Versammlung auf dem Zirkularweg (*vote par correspondance*) gefasst werden.⁹⁵

VII.2. Geschäftsführung

Die Geschäftsführung (*dirigeants sociaux*) ist das oberste Leitungsorgan der Gesellschaft.⁹⁶ Sie kann im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt.⁹⁷ Diese Befugnis kann durch statutarische Bestimmungen eingeschränkt werden (z.B. Zustimmungserfordernisse der Gesellschafterversammlung für bestimmte Rechtsgeschäfte).⁹⁸ Solche Einschränkungen haben aber gegenüber gut-

⁸⁹ Art. 132 AUSCGIE.

⁹⁰ Art. 125 AUSCGIE; vgl. zur Stimmrechtsvertretung Art. 126 AComm; zum Stimmrecht bei Nutzniessung und Miteigentum Art. 127 f. AUSCGIE.

⁹¹ So ausdrücklich für die Kollektivgesellschaft (S.N.C) und die Kommanditgesellschaft (S.C.S.) Art. 285 AUSCGIE bzw. Art. 302.

⁹² Z.B. Art. 349 AUSCGIE, Art. 405 Abs. 2 AUSCGIE und Art. 554 Abs. 1 AUSCGIE.

⁹³ Art. 133 AUSCGIE.

⁹⁴ Art. 133-2 AUSCGIE.

⁹⁵ Art. 133-1 AUSCGIE.

⁹⁶ Art. 121 AUSCGIE.

⁹⁷ Vgl. POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA,; Komm. zu Art. 130, S. 423.

⁹⁸ Art. 123 AUSCGIE; MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/ THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 94.

gläubigen Dritten keine Wirkung.⁹⁹ Ferner verpflichten selbst über den Gesellschaftszweck hinausgehende Handlungen der Geschäftsführung die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten.¹⁰⁰

Wie im schweizerischen Recht unterscheidet das AUSCGIE damit implizit zwischen der **Vertretungsbefugnis** einerseits, d.h. der gesellschaftsinternen Handlungsermächtigung der Geschäftsführung und der **Vertretungsmacht** andererseits, d.h. der Möglichkeit, für die Gesellschaft bindende Handlungen vornehmen zu können. Die Vertretungsbefugnis betrifft die Handlungsebene des „Dürfens“, währenddessen die Vertretungsmacht die Handlungsebene des „Könnens“ beschlägt. Für den gutgläubigen Dritten ist bei der Frage, ob die Gesellschaft rechtsbindend verpflichtet wurde, allein die Vertretungsmacht entscheidend.¹⁰¹

VII.2.1. Zusammensetzung

Grundsätzlich muss jede Gesellschaft mindestens eine Person mit der Geschäftsführung betrauen.¹⁰² Die Geschäftsführung wird von der Gesellschaftsversammlung gewählt und die Geschäftsführer können in den Statuten erwähnt werden.¹⁰³

Bei **Personengesellschaften** kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person als Mitglied der Geschäftsführung gewählt werden.¹⁰⁴ Fehlt ein solcher Beschluss bzw. eine entsprechende Erwähnung in den Statuten, sind bei den Personengesellschaften von Gesetzes wegen alle Gesellschafter bzw. bei der Kommanditgesellschaft (S.C.S.) alle Komplementäre Geschäftsführer.¹⁰⁵ Bei der Kommanditgesellschaft (S.C.S.) können nämlich nur Komplementäre als Geschäftsführer gewählt werden.¹⁰⁶ Komplementäre sind nicht zur Geschäftsführung berechtigt.¹⁰⁷

Bei den **Kapitalgesellschaften** gibt es allerdings Einschränkungen zu den vorgenannten Grundre-

geln. So kann bei der GmbH (S.A.R.L.) nur eine natürliche Person die Geschäftsführung übernehmen.¹⁰⁸ Demgegenüber können auch juristische Personen mit der Geschäftsführung einer AG (S.A.) betraut werden, sofern die Gesellschaft nicht mehr als drei Aktionäre zählt.¹⁰⁹ Andernfalls muss die Geschäftsführung zwingend einem Verwaltungsrat bestehend aus mindestens drei und maximal zwölf Mitgliedern übertragen werden.¹¹⁰ Das AUSCGIE unterscheidet entsprechend der in den Statuten zu verankernden Geschäftsführungsstruktur zwischen der AG (S.A.) mit Verwaltungsrat (*la société anonyme avec conseil d'administration*)¹¹¹ und der AG (S.A.) mit allgemeinem Verwalter (*la société anonyme avec administrateur général*)¹¹². Diese Regelungen gelten jedoch nicht für die AG (SAS),¹¹³ bei der die Organisation der Geschäftsführung in den Statuten frei geregelt werden kann.¹¹⁴

VII.2.2. Amtsdauer

Die Dauer des Geschäftsführungsmandats kann bei Personengesellschaften und bei der GmbH (S.A.R.L.) frei bestimmt werden, wobei bei der GmbH die Geschäftsführer für vier Jahre gewählt sind, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen.¹¹⁵ Wiederwahl ist möglich.¹¹⁶

Bei der AG (S.A.) und AG (SAS) wird einerseits zwischen den ursprünglichen Mitgliedern des Verwaltungsrats bzw. denjenigen, die in den Statuten namentlich erwähnt sind, und den nach der Gründung an der ordentlichen Generalversammlung gewählten Mitgliedern andererseits unterschieden. Die ursprünglichen und die in den Statuten namentlich erwähnten Mitglieder können für eine Dauer von höchstens zwei Jahren ernannt werden. Die späteren bzw. nicht in den Statuten namentlich erwähnten Mitglieder dürfen hingegen für eine Dauer von höchstens sechs Jahren tätig sein.¹¹⁷ In beiden Fällen ist eine Wiederwahl möglich.¹¹⁸

⁹⁹ Art. 121 AUSCGIE.

¹⁰⁰ Art. 122 AUSCGIE.

¹⁰¹ Art. 121 AUSCGIE.

¹⁰² Art. 276 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 298 AUSCGIE; Art. 323 AUSCGIE; Art. 419 AUSCGIE; Art. 495 AUSCGIE; Art. 853-8 AUSCGIE.

¹⁰³ Art. 276 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 298 AUSCGIE; Art. 323 AUSCGIE; Art. 419 AUSCGIE; Art. 495 AUSCGIE.

¹⁰⁴ Art. 276 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 298 AUSCGIE.

¹⁰⁵ Art. 276 Abs. 4 AUSCGIE; Art. 298 AUSCGIE.

¹⁰⁶ Art. 298 AUSCGIE.

¹⁰⁷ Art. 299 AUSCGIE; im Widerhandlungsfall wird der geschäftsführende Kommanditär einer unbeschränkten Solidarhaftung gleich wie ein Komplementär ausgesetzt, vgl. Art. 300 AUSCGIE; ebenso im Schweizer Recht, vgl. Art. 603 OR.

¹⁰⁸ Art. 323 AUSCGIE.

¹⁰⁹ Art. 424 und 494 AUSCGIE.

¹¹⁰ Art. 416 AUSCGIE.

¹¹¹ Art. 415 ff. AUSCGIE.

¹¹² Art. 414 und 494 ff. AUSCGIE.

¹¹³ Art. 853-3 AUSCGIE.

¹¹⁴ Art. 853-7 ff. AUSCGIE.

¹¹⁵ Art. 324 AUSCGIE.

¹¹⁶ Art. 324 AUSCGIE.

¹¹⁷ Art. 420 AUSCGIE; Art. 496 AUSCGIE.

¹¹⁸ Art. 424 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 496 AUSCGIE.

VII.2.3. Vergütung

Die Vergütung der Geschäftsführung wird sowohl bei den Personengesellschaften als auch bei den Kapitalgesellschaften von der Gesellschafterversammlung festgelegt.¹¹⁹ Bei der AG (S.A.) bestimmt allerdings der Verwaltungsrat die interne Zuteilung der von der Generalversammlung beschlossenen Gesamtvergütung auf die einzelnen Mitglieder.¹²⁰

VII.2.4. Abberufung und Rücktritt

Bei Personengesellschaften ist nur die Abberufung, nicht jedoch der Rücktritt der Geschäftsführung geregelt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind allerdings die Bestimmungen hinsichtlich der Abberufung weitgehend analog auf den Rücktritt anwendbar.¹²¹ Sowohl die Abberufung als auch der Rücktritt sind jederzeit möglich. Zuständig für die Abberufung ist die Gesellschafterversammlung.¹²² Wird allerdings ein Gesellschafter von der Geschäftsführung abberufen, führt dies zur Auflösung der Gesellschaft, sofern nichts anderes in den Statuten vorgesehen ist bzw. nichts anderes einstimmig von der Gesellschafterversammlung beschlossen wird.¹²³ Eine Abberufung ohne wichtigen Grund kann zu Schadenersatzansprüchen führen.¹²⁴

Auch bei den Kapitalgesellschaften kann die Gesellschafterversammlung die Mitglieder der Geschäftsführung jederzeit abberufen.¹²⁵ Darüber hinaus kann bei der GmbH (S.A.R.L.) jeder Gesellschafter die gerichtliche Abberufung eines Geschäftsführers aus wichtigen Gründen einklagen.¹²⁶ Wie bei Personengesellschaften kann eine ungerichtfertigte Abberufung eines Geschäftsführers bei der GmbH (S.A.R.L.) und bei der AG (S.A.) mit allgemeinem Verwalter (*la société anonyme avec administrateur général*), nicht aber bei der AG (S.A.) mit Verwaltungsrat (*la société anonyme avec*

conseil d'administration), zu Schadenersatzansprüchen führen.¹²⁷

Bei den Kapitalgesellschaften ist der Rücktritt (*démission*) nur bei der GmbH (S.A.R.L.) im AUSCGIE ausdrücklich geregelt: Dieser ist jederzeit möglich, kann aber ohne wichtigen Grund zu Schadenersatzansprüchen führen.¹²⁸ Der Rücktritt steht aber auch den Mitgliedern des Verwaltungsrats bei der AG (S.A.) und der AG (SAS) zu.¹²⁹

VII.3. Revisionsstelle



Die Revisionsstelle (*commissaire aux comptes*) als drittes Gesellschaftsorgan ist im AUSCGIE bei allen Handelsgesellschaften ausser bei der einfachen Gesellschaft (S.P.) vorgesehen. Sie muss unabhängig sein und wird bei allen Handelsgesellschaften von der Gesellschafterversammlung gewählt.¹³⁰ Bei der AG (S.A.) ist die Wahl einer Revisionsstelle zwingend.¹³¹ Bei allen anderen Gesellschaftsformen ist die Wahl einer Revisionsstelle hingegen fakultativ, es sei denn, die Gesellschaft hat in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren zwei der nachfolgenden Schwellenwerte erreicht oder überschritten:¹³²

- Bilanzsumme von CFA 125'000'000 (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 193'750);

- Umsatz von CFA 250'000'000 (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 387'500);

- mindestens 50 oder mehr Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

- Bilanzsumme von CFA 125'000'000 (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 193'750);
- Umsatz von CFA 250'000'000 (dies entspricht umgerechnet ungefähr CHF 387'500);
- mindestens 50 oder mehr Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Selbst wenn diese Schwellenwerte nicht erreicht sind, muss die AG (SAS) eine Revisionsstelle no-

¹¹⁹ Art. 278 AUSCGIE; Art. 325 AUSCGIE; Art. 431 Abs. 1 AUSCGIE; Art. 501 AUSCGIE.

¹²⁰ Art. 431 Abs. 2 AUSCGIE.

¹²¹ Mit Judikaturhinweisen LEFEBVRE, Komm. zu Art. 282, S. 1075.

¹²² Art. 279 AUSCGIE.

¹²³ Art. 279 Abs. 2 AUSCGIE

¹²⁴ Art. 281 AUSCGIE; die statutarische Bestimmung, wonach ein abberufener Geschäftsführer auch im Falle einer Abberufung aus wichtigem Grund Anspruch auf Schadenersatz hat, ist zulässig, sofern der entsprechende Betrag die Gesellschafter nicht davon abhält, ihr Abberufungsrecht auszuüben, LEFEBVRE, Komm. zu Art. 279, S. 1074.

¹²⁵ Art. 326 AUSCGIE; Art. 433 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 509 Abs. 1 AUSCGIE.

¹²⁶ Art. 326 Abs. 3 AUSCGIE.

¹²⁷ Art. 326 Abs. 2 AUSCGIE; Art. 509 Abs. 2 AUSCGIE.

¹²⁸ Art. 327 AUSCGIE.

¹²⁹ Art. 124 spricht von „*cessation des fonctions*“ der Geschäftsführungsmitglieder, worunter nach Auffassung der Autoren auch den Rücktritt der Geschäftsführungsmitglieder zu verstehen ist.

¹³⁰ Art. 289-1 i.V.m. Art. 378 AUSCGIE; Art. 289-1 i.V.m. Art. 378 i.V.m. Art. 293-1 AUSCGIE; Art. 378 AUSCGIE; Art. 376 AUSCGIE; Art. 697 AUSCGIE; 703 AUSCGIE; Art. 853-13 AUSCGIE.

¹³¹ Art. 694 AUSCGIE.

¹³² Art. 289-1 AUSCGIE; Art. 289-1 AUSCGIE i.V.m. Art. 293-1 AUSCGIE; Art. 376 AUSCGIE; Art. 853-13 AUSCGIE.

minieren, wenn sie eine Handelsgesellschaft kontrolliert, die zwei der vorgenannten Schwellenwerte in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren erreicht oder überschritten hat.¹³³

Die Amtsdauer der Revisionsstelle beträgt bei der GmbH (S.A.R.L.) drei Jahre.¹³⁴ Bei der AG (S.A.) und der AG (SAS) beträgt die Amtsdauer der ursprünglichen und in den Statuten namentlich erwähnten Revisionsstelle zwei Jahre.¹³⁵ Die anschliessend gewählte oder die nicht in den Statuten vorgesehene Revisionsstelle kann hingegen für eine Amtsdauer von sechs Jahren gewählt werden.¹³⁶

VIII. Verantwortlichkeit

Das Verantwortlichkeitsregime ist im AUSCGIE nicht einheitlich in einem Kapitel, sondern punktuell geregelt. Nachfolgend werden die wichtigsten Haftungsklagen des AUSCGIE behandelt.

VIII.1. Gründungshaftung

Die Gründungshaftung ist im Allgemeinen Teil des AUSCGIE geregelt und gilt für alle Handelsgesellschaften.¹³⁷ Danach kann jeder Interessierte die Herstellung des rechtmässigen Zustandes bei Gericht verlangen, wenn zwingende Statutenbestimmungen fehlen oder wenn eine zwingende Gründungsvorschrift nicht eingehalten wurde.¹³⁸ Die Gründer sowie die Mitglieder der Geschäftsführung haften solidarisch für solche **Gründungsängel**.¹³⁹ Die Bestimmungen über die Gründungshaftung sind allerdings entgegen deren Bezeichnung auch für nachträgliche Statutenänderungen anwendbar.¹⁴⁰



Gründer und Mitglieder der
Geschäftsführung haften
solidarisch für
Gründungsängel.



Die Klage auf Herstellung des rechtmässigen Zustandes sowie die Haftungsklage verjähren beide

¹³³ Art. 853-13 Abs. 5 AUSCGIE.

¹³⁴ Art. 379 AUSCGIE.

¹³⁵ Art. 704 Abs. 1 AUSCGIE.

¹³⁶ Art. 704 Abs. 2 AUSCGIE.

¹³⁷ Vgl. Art. 75 ff. AUSCGIE.

¹³⁸ Art. 75 AUSCGIE.

¹³⁹ Art. 78 AUSCGIE.

¹⁴⁰ Art. 76 AUSCGIE.

drei Jahre nach Eintragung der Gründung bzw. Publikation der Statutenänderung.¹⁴¹

VIII.2. Haftung der Mehrheits- bzw. Minderheitsgesellschafter für den Missbrauch ihrer Stellung

Bemerkenswerterweise sieht das AUSCGIE auch eine Haftungsklage gegen Gesellschafter vor, die ihre Mehrheits- bzw. Minderheitsrechte missbrauchen. Auch diese Haftung ist im Allgemeinen Teil des AUSCGIE geregelt und gilt für alle Handelsgesellschaften.¹⁴²

Die **Haftung der Mehrheitsgesellschafter** ist angezeigt, wenn diese einzig in ihrem eigenen Interesse, das heisst im Widerspruch zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter und ohne Rechtfertigung des Gesellschaftsinteresses, Beschlüsse fassen. Die Literatur nennt als Beispiel die systematische Zuteilung der Gewinne in die Reserven der Gesellschaft.¹⁴³

Die **Haftung der Minderheitsgesellschafter** hingegen greift, wenn letztere Beschlüsse verhindert haben, die im Gesellschaftsinteresse gewesen wären, sofern der Gesellschaft daraus einen Schaden erwächst. Paradebeispiel ist die Verhinderung einer Kapitalerhöhung, welche die Gesellschaft vor dem Konkurs hätte bewahren können.¹⁴⁴

VIII.3. Organhaftung

Die leitenden Organe der Gesellschaft haften für Schäden, die sie durch schuldhafte Pflichtverletzung verursacht haben.¹⁴⁵ Es wird zwischen zwei Klagekategorien unterschieden: der **individuellen Klage** (*action individuelle*)¹⁴⁶ und der **Gesellschaftsklage** (*action sociale*)¹⁴⁷. Beide Klagen gelten für alle Handelsgesellschaften, wobei je nach Gesellschaftsform einige Unterschiede zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸

¹⁴¹ Art. 77 AUSCGIE; Art. 80 AUSCGIE.

¹⁴² Art. 130 f. AUSCGIE.

¹⁴³ POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 130, S. 426.

¹⁴⁴ POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 131, S. 427.

¹⁴⁵ Art. 161 ff. AUSCGIE.

¹⁴⁶ Art. 161 ff. AUSCGIE.

¹⁴⁷ Art. 165 ff. AUSCGIE.

¹⁴⁸ Vgl. für die GmbH (S.A.R.L.) Art. 330 ff. AUSCGIE und für die AG (S.A.) Art. 740 ff. AUSCGIE.

VIII.3.1. Individuelle Klage

Mit der individuellen Klage können sowohl Dritte als auch geschädigte Gesellschafter die Mitglieder der Geschäftsführung für den von letzteren **pflichtwidrig verursachten Schaden** belangen. Zwischen der **Pflichtverletzung** und dem Schaden bedarf es eines **Kausalzusammenhangs**.¹⁴⁹

Allerdings ist zu beachten, dass die Gesellschafter rechtlich gesehen keinen Schaden (bzw. bloss einen nicht ersatzfähigen **indirekten Schaden**) erleiden, wenn ihre Gesellschaftsanteile aufgrund einer **direkten Schädigung** der Gesellschaft an Wert verliert.¹⁵⁰ In diesem Fall steht daher eine Gesellschaftsklage (vgl. nachfolgend VIII.3.2) im Vordergrund.¹⁵¹

Sind für einen Schaden mehrere Mitglieder der Geschäftsführung ersatzpflichtig, so sind sie im Aussenverhältnis **solidarisch** haftbar. Im Innenverhältnis haftet jedes Mitglied für den Teil des Schadens, den er selbst verursacht hat.¹⁵²

Die individuelle Klage verjährt drei Jahre nach dem schädigenden Ereignis oder, in Fällen von Vertuschung, seit Entdeckung der haftungsbegründenden Tatbestandselemente.¹⁵³ Falls das schädigende Ereignis auf einer strafbaren Handlung beruht, verjährt sie allerdings erst nach zehn Jahren.¹⁵⁴

VIII.3.2. Gesellschaftsklage

Auch die Gesellschaftsklage richtet sich gegen die Mitglieder der Geschäftsführung. Sie lautet jedoch auf Ersatz des direkten Schadens der Gesellschaft an die Gesellschaft (und nicht an die Gesellschafter oder an Dritte wie bei der individuellen Klage).¹⁵⁵

Aktivlegitimiert für die Gesellschaftsklage sind primär die nicht haftenden Mitglieder der Geschäftsführung.¹⁵⁶ Sofern diese keine Klage von sich aus erheben, dürfen subsidiär ein oder mehrere Gesellschafter die Erhebung einer solchen Klage verlan-

gen und nach Ablauf einer Mahnfrist von 30 Tagen selbst eine Klage im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft erheben.¹⁵⁷

Im Übrigen untersteht die Gesellschaftsklage grundsätzlich denselben Bestimmungen wie die individuelle Klage, insbesondere hinsichtlich der Haftungsvoraussetzungen und der Verjährung.¹⁵⁸ Bemerkenswert ist dabei, dass sich die parallele Haftung mehrerer Mitglieder der Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft nach dem lokalen Recht richtet – eine solidarische Haftung ist zumindest nach dem AUSCGIE nicht vorgesehen.¹⁵⁹

¹⁴⁹ Art. 162 AUSCGIE.

¹⁵⁰ Art. 162 AUSCGIE; dieselbe Regelung gilt auch im Schweizer Recht, vgl. BGE 131 III 310.

¹⁵¹ Art. 163 AUSCGIE; Art. 170 AUSCGIE.

¹⁵² Art. 161 Abs. 1 AUSCGIE.

¹⁵³ Art. 164 Abs. 2 AUSCGIE; in der Praxis ist umstritten, welche Handlungen den Tatbestand der "Vertuschung" erfüllen, vgl. POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 172, S. 438.

¹⁵⁴ Art. 164 AUSCGIE.

¹⁵⁵ Art. 165 Abs. 1 AUSCGIE.

¹⁵⁶ Art. 166 Abs. 2 AUSCGIE; die von den nicht haftenden Mitglieder der Geschäftsführung erhobene Gesellschaftsklage wird Klage *ut universi* genannt, POUYOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 166, S. 438.

¹⁵⁷ Art. 167 AUSCGIE; die von den Gesellschafter erhobene Gesellschaftsklage wird Klage *ut singuli* bezeichnet, ISSA-POUGOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 167, S. 438; ohne Mahnung der Geschäftsführung weisen die Gerichte die Klage *ut singuli* zurück, ISSA-POUGOUÉ/NGUEBOU-TOUKAM/ANOUKAHA, Komm. zu Art. 167, S. 439 sowie Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt n° 40 du 2 mai 2003; vgl. für spezielle Voraussetzungen der Klage *ut singuli* bei der GmbH (S.A.R.L.) Art. 331 Abs. 1 AUSCGIE und bei der AG (S.A.) Art. 741 Abs. 2 AUSCGIE.

¹⁵⁸ Vgl. vorne VIII.3.1; vgl. Art. 166 AUSCGIE; 170 AUSCGIE.

¹⁵⁹ Art. 165 Abs. 2 AUSCGIE.

Schiedsgerichtsbarkeit im OHADA-Raum

Dr. iur. Anne-Catherine Hahn, LL.M.



I. Hintergrund und Umfang der Rechtsvereinheitlichung

Jedes Auslandsengagement bringt das Risiko mit sich, dass Projekte nicht wie geplant durchgeführt werden können oder sich die Zusammenarbeit mit Geschäftspartnern schwieriger als erhofft gestaltet. Bei Projekten in Schwellenländern ist dieses Risiko besonders gross: Schon aufgrund der weniger gut funktionierenden Infrastruktur dauert vieles länger, als sich das Parteien aus Europa oder Nordamerika typischerweise vorstellen; sprachliche und kulturelle Unterschiede können zu Missverständnissen führen, und das regulatorische Umfeld ist nicht immer vorhersehbar.

Im Hinblick auf derartige Komplikationen sollten sich Unternehmen, die im OHADA-Raum tätig werden wollen, im Vorfeld damit befassen, wie bzw. durch welche Gremien mögliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit ihren Projekten gelöst werden sollen. Angesichts der politischen und wirtschaftlichen Instabilität, mit der viele OHADA-Staaten zu kämpfen haben, und der nach wie vor bestehenden rechtsstaatlichen Defizite stellen Verfahren vor lokalen staatlichen Gerichten dabei in der Regel keinen gangbaren Weg dar; vielmehr empfiehlt es sich stattdessen, **internationale Schiedsgerichte zur Lösung von Streitfällen einzusetzen**.

Traditionell ist die Schiedsgerichtsbarkeit in Afrika nicht stark verankert. Umso mehr ist es zu begrüssen, dass die OHADA Schiedsverfahren ausdrücklich als zulässige Mechanismen zur Streit-schlichtung anerkennt und die Rahmenbedingungen für ihre Durchführung in Anlehnung an international anerkannte Regelwerke vereinheitlicht hat.

Dabei ist zwischen verschiedenen Regelungsebenen zu unterscheiden:

- Im Rahmen ihrer Rechtsetzungskompetenz hat die OHADA zunächst ein Einheitsgesetz erlassen, den *Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage* vom 11. März 1999 („AUA“). Dieses Einheitsgesetz schafft den gesetzlichen Rahmen für die Durchführung von Schiedsverfahren in einzelnen OHADA-Staaten und stellt grundsätzlich die **lex arbitri des OHADA-Raums** dar (II.). Die einheitliche Auslegung dieser Regeln wird von der *Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* (CCJA) in Abidjan (Elfenbeinküste) wahrgenommen, die im Rahmen des AUA als oberste Beschwerdeinstanz tätig ist.
- Gleichzeitig kommt der CCJA die Funktion einer **Schiedsinstitution** zu, die ähnlich wie die Internationale Handelskammer (ICC) Parteien bei der Durchführung von Schiedsverfahren nach einer eigenen Schiedsordnung unterstützt (III.).
- Schliesslich stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen **im Ausland ergangene Schiedsentscheide** im OHADA-Raum anerkannt und vollstreckt werden können. Auch diesbezüglich ergeben sich gewisse Regeln aus dem AUA, welche die bestehenden internationalen Konventionen ergänzen (IV.).

II. Die vereinheitlichte *lex arbitri* der OHADA-Staaten

II.1. Geltungsbereich

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung von Schiedsverfahren in den Vertragsstaaten der OHADA wurden mit Verabschiedung des AUA vereinheitlicht.

Die Regeln des AUA gelten für alle Schiedsgerichte, die **ihren Sitz in einem Mitgliedstaat der OHADA** haben, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um grenzüberschreitende oder innerstaatliche Schiedsverfahren handelt (vgl. Art. 1 AUA). Nationale Regeln zur Schiedsgerichtsbarkeit in den einzelnen OHADA-Staaten haben nur noch insoweit Bestand, als sie nicht im Widerspruch zu den Regeln des AUA stehen.¹

II.2. Durchführung von Schiedsverfahren in den OHADA-Staaten

Inhaltlich orientiert sich der AUA am *UNCITRAL Model Law*. Dieser Einfluss zeigt sich namentlich in den liberalen Formerfordernissen für Schiedsklauseln (Art. 3 AUA), in den Regelungen zur Unabhängigkeit der Schiedsklausel vom Hauptvertrag (Art. 4 AUA), sowie zur Kompetenz-Kompetenz (Art. 11), aber auch in der Befugnis des Schiedsgerichts, das Verfahren unter dem Vorbehalt der Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs der Parteien (Art. 9 und 14 AUA) autonom zu regeln, sowie in der restriktiven Umschreibung der Aufhebungsgründe (Art. 26 AUA).

All diese Vorschriften sind darauf ausgerichtet, **die Position von Schiedsgerichten zu stärken** und die Einflussnahme durch staatliche Gerichte möglichst zu beschränken. Vor dem Hintergrund, dass Schiedsverfahren in vielen afrikanischen Ländern traditionell im Rechtsmittelverfahren einer ähnlich weitgehenden Kontrolle wie erstinstanzliche Gerichtsverfahren unterzogen werden, ist diese Entwicklung klar zu begrüssen.²

Entsprechend dem **Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz** müssen staatliche Gerichte es grundsätzlich gemäss Art. 11 AUA dem Schiedsgericht

selbst überlassen, über die eigene Zuständigkeit zu befinden: Wird ein staatliches Gericht vor Einleitung des Schiedsverfahrens angerufen, muss es sich gemäss Art. 13 Abs. 2 AUA für unzuständig erklären, sofern die Schiedsvereinbarung nicht offensichtlich nichtig ist. Eine breit abgestützte Praxis zur Handhabung derartiger Zuständigkeitskonflikte gibt es, trotz des diesbezüglichen Hinwirkens der CCJA, bis jetzt allerdings noch nicht.

Eine Besonderheit stellt die in Art. 12 vorgesehene **Befristung des Schiedsrichtermandats** dar: Nach dieser Vorschrift müssen die Schiedsrichter ihren Entscheid, falls die Parteien in der Schiedsvereinbarung nichts Gegenteiliges vereinbart haben, innerhalb von sechs Monaten seit der Annahme ihres Mandats



Die Schiedsrichter müssen ihren Entscheid innerhalb von sechs Monaten seit der Annahme ihres Mandats fällen.



fallen. Diese Frist kann durch Vereinbarung der Parteien oder durch Entscheid des zuständigen *juge d'appui* im jeweiligen OHADA-Vertragsstaat verlängert werden. Unterbleibt eine solche Verlängerung, entfällt jedoch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts automatisch, mit der Konsequenz, dass danach ergangene Entscheide nichtig sind.

II.3. Gerichtliche Überprüfung von Schiedsentscheiden

Die Voraussetzungen für die Aufhebung von Schiedsentscheiden sind in Art. 25 und 26 AUA geregelt.

Aufhebungsanträge werden erstinstanzlich von den Gerichten im jeweiligen Sitzstaat des Schiedsgerichts beurteilt, so dass diesbezüglich teilweise unterschiedliche Standards angewendet werden. Besonders deutlich zeigt sich dies am Aufhebungsgrund der *ordre public*-Verletzung, zu dem sich, soweit ersichtlich, bisher noch keine einheitliche Praxis herausgebildet hat.³ Die bislang publizierten Gerichtsentscheide legen zudem den Schluss nahe, dass dieser Aufhebungsgrund relativ häufig in Konstellationen geltend gemacht wird, die aus europäischer Sicht die ***ordre public*-Schwelle** nicht

¹ Wie weit der Vorrang des OHADA-Rechts im Einzelnen geht bzw. Lücken des AUA unter Rückgriff auf nationale Regeln geschlossen werden können, ist allerdings umstritten, vgl. MEYER, Arbitrage, S. 183, m.w.H.

² Vgl. MEYER, Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'Acte uniforme, S. 467 ff.

³ Vgl. dazu MEYER, Arbitrage, S. 175 f., m.w.H.

erreichen würden, weil sie blosser Fragen der Sachverhaltsermittlung oder -würdigung betreffen.⁴

Hervorzuheben ist weiter, dass Schiedsentscheide gemäss Art. 26 AUA auch aufgehoben werden können, wenn sie ohne Begründung ergangen sind. Obwohl es gemäss dem Wortlaut allein darauf ankommt, ob überhaupt eine Begründung vorliegt, haben einzelne Gerichte diese Regelung zum Anlass genommen, Schiedsentscheide in der Sache zu überprüfen, was mit dem international anerkannten **Verbot einer „révision au fond“** nicht vereinbar ist. Immerhin besteht die Möglichkeit, die Entscheide der nationalen Gerichte an die CCJA weiterzuziehen. Diese verfolgt eine schiedsfreundliche Linie und neigt insofern dazu, die Aufhebungsgründe restriktiver als einzelne nationale Gerichte ausulegen.⁵

II.4. Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden aus dem OHADA-Raum

Die Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die von einem Schiedsgericht im OHADA-Raum erlassen wurden, sind in Art. 30 ff. AUA geregelt und sind sehr schiedsfreundlich ausgestaltet:

Für die Vollstreckung ist eine Exequaturerklärung erforderlich, die von den Gerichten des Sitzstaats erteilt wird. Einzige Voraussetzung dafür ist die Vorlage des Original-Schiedsspruchs sowie der Schiedsvereinbarung mit einer französischen Übersetzung. Die Erteilung des Exequatur darf nur verweigert werden, wenn die Vollstreckung offensichtlich gegen den internationalen *ordre public* verstossen würde (Art. 31 Abs. 3 AUA). Wird die Exequaturerklärung erstinstanzlich verweigert, kann dieser Entscheid direkt an die CCJA weitergezogen werden (Art. 32 Abs. 1 AUA). Das eigentliche Verfahren für die Exequaturerteilung ist im AUA hingegen nicht geregelt, so dass gewisse einzelstaatliche Unterschiede nicht ausgeschlossen werden können.

III. Die Schiedsordnung der CCJA

III.1. Ausländische Schiedsinstitutionen

Als vereinheitlichte *lex arbitri* definiert der AUA den allgemeinen gesetzlichen Rahmen für die Durchführung von Schiedsverfahren in den OHADA-Staaten. Die eigentlichen Verfahrensregeln werden hingegen vom Schiedsgericht nach Rücksprache mit den Parteien festgelegt (Art. 14 AUA).

Dabei ist es den Parteien freigestellt, sich auf **institutionelle Schiedsregeln** zu einigen, die detaillierte Vorschriften zum Verfahrensablauf enthalten. Alternativ können die Verfahrensregeln auch im Rahmen eines *ad hoc*-Verfahrens bestimmt werden; aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten ist von dieser Variante jedoch eher abzuraten.

Die Wahl institutioneller Schiedsregeln wie z.B. der Schiedsgerichtsordnung der ICC in Paris oder der Swiss Rules of International Arbitration bietet zudem den grossen Vorteil, dass eine unabhängige Institution in das Verfahren eingebunden ist und gewisse Kontrollfunktionen ausübt. In der Praxis werden Streitigkeiten im Zusammenhang mit Projekten im OHADA-Raum besonders häufig nach der Schiedsgerichtsordnung der ICC gelöst.⁶

III.2. Verfahren unter der Ägide der CCJA



Alternativ kennen die OHADA-Staaten mit dem **Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA** („Schiedsordnung der CCJA“) eigene Regeln für ein institutionelles Schiedsverfahren, das unter der Aufsicht der CCJA durchgeführt wird. Wie die ICC nimmt die CCJA dabei die Funktion einer Schiedsinstitution wahr, welche die Parteien bei der Durchführung von

institutionelles Schiedsverfahren, das unter der Aufsicht der CCJA durchgeführt wird. Wie die ICC nimmt die CCJA dabei die Funktion einer Schiedsinstitution wahr, welche die Parteien bei der Durchführung von

⁴ Vgl. bspw. CCJA Urteil vom 19. Juli 2007, [ohada.com/ohadata J-09-104](http://ohada.com/ohadata/J-09-104); s.a. MEYER, Arbitrage, S. 176 f. und allg. KENFACK DOUAJINI, S. 3 ff.

⁵ Vgl. MEYER, Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'Acte uniforme, S. 467 ff.

⁶ Gemäss einer ICC Statistik aus dem Jahr 2013 waren afrikanische Parteien an 8.2% aller neu registrierten Fälle beteiligt, vgl. 2013 Statistical Report, in: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 25, Nr. 1, S. 5 ff. Auch bei Schiedsverfahren unter der Schirmherrschaft des London Court of International Arbitration (LCIA) hat der Anteil an afrikanischen Parteien zugenommen: 4.8% im Jahre 2013, verglichen mit 3.5% im Jahre 2012, vgl. Registrar's report 2013, abrufbar unter: <http://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx> (16. März 2015).

Schiedsverfahren unterstützt, ohne aber selbst Entscheidungen in der Sache zu treffen.

Die Schiedsordnung der CCJA kommt nur **aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung** zwischen den Parteien zur Anwendung, entweder weil der dem Streit zugrunde liegende Vertrag schon eine entsprechende Schiedsklausel enthält, oder weil sich die Parteien nach Auftreten des Streitfalls auf ein CCJA-Schiedsverfahren einigen. Wählbar ist die Schiedsordnung der CCJA aber nur, wenn mindestens eine der beteiligten Parteien ihren (Wohn-) Sitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem OHADA-Vertragsstaat hat, oder der Erfüllungsort des Projekts in einem solchen liegt.

Die Schiedsordnung der CCJA unterscheidet sich von anderen institutionellen Regeln allerdings in einem wesentlichen Punkt: Darin wird nämlich nicht nur der Ablauf des eigentlichen Schiedsverfahrens geregelt, sondern es werden auch die **gesetzlichen Rahmenbedingungen** für CCJA-Schiedsverfahren definiert, insbesondere im Hinblick auf die Vollstreckung. Sofern Schiedsverfahren unter der Oberaufsicht der CCJA durchgeführt werden, findet der AUA auf sie daher grundsätzlich keine Anwendung.⁷

Dies bedeutet insbesondere, dass sich die Voraussetzungen für die Aufhebung eines Schiedsentscheids und für seine Vollstreckung in einem anderen OHADA-Vertragsstaat aus der Schiedsordnung der CCJA (Art. 29-33) und nicht aus dem AUA ergeben. Zuständig für die **Überprüfung von Aufhebungsanträgen** und die **Erteilung der Exekutionserklärung** ist dabei die CCJA – dieselbe Institution also, die gemäss der Schiedsordnung als Schiedsinstitution handelt, was im internationalen Vergleich sicherlich eine Besonderheit darstellt.

Im Hinblick auf die Zirkulation von Entscheiden ausserhalb des OHADA-Raums spielt dies allerdings keine Rolle: Hier gelten Entscheide, die nach der Schiedsordnung der CCJA ergingen, als internationale Schiedsentscheide, deren Vollstreckung

sich nach den einschlägigen staatsvertraglichen oder innerstaatlichen Regeln im Vollstreckungsstaat richtet.⁸

IV. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsentscheide

IV.1. Wahl eines Schiedsorts ausserhalb des OHADA-Raums

Mit der Vereinheitlichung der *lex arbitri* im Rahmen des AUA und der Verabschiedung der Schiedsordnung der CCJA haben sich die Bedingungen für die Durchführung von Schiedsverfahren in den OHADA-Staaten deutlich verbessert. Für grenzüberschreitende Projekte mit Beteiligung ausländischer Parteien dürften aber trotzdem nach wie vor **Verfahren an etablierten Schiedsplätzen** ausserhalb des OHADA-Raums, z.B. in Zürich, Genf, Paris oder London, im Vordergrund stehen.

Die Wahl eines derartigen Schiedsorts bietet den Vorteil, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung von Schiedsverfahren seit Jahren klar geregelt sind, sowohl die lokalen Gerichte wie auch die lokale Anwaltschaft mit derartigen Verfahren vertraut sind und sich die Gerichte grosse Zurückhaltung bei der Überprüfung von Schiedsentscheiden auferlegen. Sofern ein Schiedsentscheid gegen eine Partei ergeht, die nur im OHADA-Raum Vermögenswerte hat, stellt sich jedoch die Frage, inwiefern der im Ausland ergangene Schiedsentscheid anschliessend vollstreckt werden kann.

IV.2. Gesetzliche bzw. staatsvertragliche Grundlagen

Die Grundlagen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsentscheide im OHADA-Raum sind einerseits in **Art. 34 AUA** und, für derzeit elf der insgesamt 17 Vertragsstaaten, andererseits im **New Yorker Übereinkommen**

⁷ Vgl. Entscheid der CCJA vom 17. Juli 2008, Arrêt N^o. 45. Abrufbar unter <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-09-83.html> (18.8.15)

⁸ Vgl. aus französischer Sicht Cour d'appel de Paris, 1^{re} Ch. C., 31. Januar 2008, Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, 2009, S. 101, mit Anm. MOTTE-SURANITI.

über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (NYU) geregelt.

Die Vertragsstaaten des NYU

- Benin
- Burkina Faso
- Demokratische Republik Kongo
- Elfenbeinküste
- Gabun
- Guinea
- Kamerun
- Mali
- Niger
- Senegal
- Zentralafrikanische Republik

Aus Art. 34 AUA ergibt sich, dass ausländische Schiedsentscheide grundsätzlich nach denselben Regeln wie Entscheide von Schiedsgerichten aus dem OHADA-Raum vollstreckt werden können. Dies bedeutet konkret, dass die Anerkennung bzw. Vollstreckung in den OHADA-Staaten grundsätzlich nur verweigert werden darf, wenn eine *ordre public*-Verletzung vorliegt (Art. 31 Abs. 3 AUA). In formeller Hinsicht sind für den Vollstreckungsantrag die Vorlage des Schiedsentscheids sowie der Schiedsvereinbarung in französischer Sprache ausreichend (Art. 31 Abs.1 und 2 AUA).

Allerdings ist unklar, inwiefern diese Regelung auch anwendbar ist, wenn der zu vollstreckende Schiedsentscheid aus einem Vertragsstaat des NYU stammt. Das NYU, das mittlerweile in mehr als 150 Staaten gilt, versteht sich grundsätzlich nur als Mindeststandard; günstigere internationale Übereinkommen werden in Art. 7 Ziff. 1 NYU ausdrücklich vorbehalten. Kommentatoren des AUA gehen daher mehrheitlich davon aus, dass sich eine Partei, die einen Schiedsentscheid in einem OHADA Mitgliedstaat, der gleichzeitig auch Vertragsstaat des NYU ist, vollstrecken lassen will, alternativ auf das NYU oder auf Art. 31 AUA berufen darf. Eine etablierte Praxis besteht diesbezüglich bisher jedoch nicht.⁹

⁹ Vgl. diesbezüglich die Entscheidung des Cours d'appel d'Abidjan vom 19. November 2002, ohada.com/ohadata J-03-300, wonach die Regeln des AUA auf die Vollstreckung einer schweizerischen Schiedsentscheidung keine Anwendung finden sollen.

IV.3. Praktische Aspekte im Zusammenhang mit der Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheide

Generell ist zu beachten, dass die Vollstreckung ausländischer Schiedsentscheide im OHADA-Raum trotz der günstigen gesetzlichen Rahmenbedingungen teilweise mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden ist.

So hat beispielsweise die Demokratische Republik Kongo das NYU 2013 als 150. Vertragsstaat unterzeichnet; gleichzeitig widersetzt sich der Staat aber seit Jahren heftig der Vollstreckung gegen ihn gerichteter ausländischer Schiedsentscheide. Bei der Unterzeichnung des NYU wurden Streitigkeiten über Minenrechte und Ansprüche im Zusammenhang mit unbeweglichen Vermögenswerten zudem vom Anwendungsbereich ausgenommen, während ausserhalb dieser Bereiche ein generelles Reziprozitätserfordernis gilt.

Das Beispiel der Demokratischen Republik Kongo zeigt, dass die Vollstreckung von Schiedsentscheiden trotz der im Rahmen der OHADA erreichten beachtenswerten Fortschritte nach wie vor mit Hindernissen verbunden ist.

V. Fazit: Schiedsverfahren mit Parteien aus den OHADA Staaten

Der AUA und die Schiedsordnung der CCJA sind im Jahr 1999 in Kraft getreten. Gemäss den Statistiken der CCJA wurden bis 2010 bereits 37 Schiedsverfahren nach der Schiedsordnung der CCJA abgewickelt.¹⁰ Konsolidierte Zahlen zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsentscheide im OHADA-Raum liegen nicht vor.

Diese Zahlen, aber auch die Beachtung, welche der AUA und die Schiedsordnung der CCJA aus der Anwaltschaft und der Lehre erfahren, belegen, dass sich die Akzeptanz von Schiedsverfahren in den französischsprachigen Ländern Afrikas dank der Anstrengungen der OHADA deutlich erhöht hat. Die CCJA unterstützt diese Tendenz durch ihre schiedsfreundliche Rechtsprechung, insbesondere im Rahmen der Überprüfung von Schiedsentscheiden. Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass das gesetzliche Regelwerk, das sich einerseits aus dem AUA und ergänzend dazu anwendbaren nationalen Regeln der einzelnen OHADA-Vertragsstaaten und

¹⁰ Vgl. LENDONGO.

andererseits aus der Schiedsordnung der CCJA ergibt, **reich an Komplexität** ist.

Bemerkenswert ist dabei namentlich, dass die Schiedsordnung der CCJA nicht bloss Verfahrensregeln enthält, sondern darin gleichzeitig die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Aufhebung und Vollstreckung von Schiedsentscheiden geregelt sind, die unter der Ägide der CCJA ergehen. Diese Rahmenbedingungen weichen in verschiedenen Punkten von jenen ab, welche sich aus dem AUA für Schiedsverfahren ergeben, die nach anderen institutionellen Regeln oder im Rahmen eines *ad hoc*-Verfahrens durchgeführt werden. Dazu kommt, dass die nationalen Gerichte der OHADA-Vertragsstaaten, anders als die CCJA, Schiedsverfahren nach wie vor mit einer gewissen Skepsis begegnen, und insofern sicherlich ein grösseres Risiko von Komplikationen besteht, als wenn Schiedsverfahren an einem anerkannten Schiedsort in Europa durchgeführt werden.

Angesichts der daraus resultierenden Unsicherheiten dürfte es sich für ausländische Investoren im Regelfall nach wie vor empfehlen, mögliche Streitigkeiten mit Partnern aus dem OHADA-Raum einem Schiedsgericht in Europa, z.B. Zürich, Genf, Paris oder London, zu unterbreiten. Dabei empfiehlt es sich, der Vermeidung möglicher Streitigkeiten bereits in der Phase der Vertragsgestaltung erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. So ist darauf zu achten, dass abgesehen von einer geeigneten Schiedsklausel auch eine Regelung über das anwendbare Recht und, sofern staatlich beherrschte Akteure involviert sind, ein Verzicht auf eine allenfalls bestehende Vollstreckungsimmunität vereinbart werden.

Durchsetzung und Vollstreckung von Forderungen



Dr. iur. Aline Darbellay Suso, LL.M.



Dr. iur. Anne-Catherine Hahn, LL.M.

I. Übersicht

Während das Zivilprozessrecht in den Vertragsstaaten der OHADA nach wie vor national geregelt ist, besteht seit 1998 ein Einheitsgesetz über die vereinfachte Durchsetzung von Forderungen und das Vollstreckungsverfahren („*Acte uniforme portant sur l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution*“, AUPSRVE). Im Rahmen dieses Einheitsgesetzes wurde einerseits ein einheitliches Verfahren zur Erlangung von Vollstreckungstiteln für unbestrittene Forderungen geschaffen; andererseits wurden die Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechts vereinheitlicht.

Aufgrund des Zusammenspiels mit dem Zivilprozessrecht der einzelnen OHADA-Staaten und der Tatsache, dass auch die Organisation und Funktionsweise der Gerichte national geregelt ist, wirft die praktische Handhabung des AUPSRVE allerdings komplexe Abgrenzungsfragen auf. Es kommt dazu, dass die Verfahren in der praktischen Handhabung relativ schwerfällig sind bzw. lange dauern. Vor diesem Hintergrund hat das ständige Sekretariat der OHADA Vorabklärungen für eine Reform des bestehenden Einheitsgesetzes auf den Weg gebracht, um die Durchsetzung und Vollstreckung von Forderungen und damit insbesondere auch die Rahmenbedingungen für die Vergabe von Krediten zu erleichtern.¹

Die verschiedenen Verfahrensmöglichkeiten werden im AUPSRVE wie folgt geregelt:

II. Vereinfachtes Verfahren zur Durchsetzung von Forderungen

II.1. Mahnverfahren für Geldforderungen

Das Mahnverfahren dient dazu, die rasche und kostengünstige Durchsetzung von unbestrittenen Geldforderungen zu erwirken.² Sein Anwendungsbereich ist beschränkt auf unbestrittene, bezifferbare und fällige Geldforderungen (Art. 1 AUPSRVE). Dabei stellt der Gläubiger einen Antrag auf einen Mahnentscheid beim zuständigen Gericht (Art. 5 AUPSRVE). Wird der Antrag abgewiesen, muss der Gläubiger ein ordentliches Verfahren einleiten, um seinen Anspruch durchzusetzen. Ergeht hingegen ein Mahnbescheid, hat der Schuldner die Möglichkeit, innerhalb von 15 Tagen Widerspruch einzulegen (Art. 10 AUPSRVE). Bleibt der Schuldner untätig, wird die Forderung vollstreckbar und er muss der Gerichtsentscheidung nachkommen.

¹ Vgl. SAMB.

² ASSI-ESSO/DIOUF, S. 12.

Im Fall eines Widerspruchs führt das Gericht einen Schlichtungsversuch durch (Art. 12 AUPSRVE). Das Einheitsgesetz schreibt für das Schlichtungsverfahren keine Frist vor, sodass Schlichtungsverhandlungen das Mahnverfahren wesentlich verzögern können.³ Eine erfolgreiche Schlichtung beendet das Mahnverfahren.⁴

Der abgeschlossene Vergleich wird mit einer Vollstreckungsklausel versehen. Erfolgt hingegen kein Vergleich, entscheidet das zuständige Gericht über die Zahlungsverpflichtung. Der Gläubiger trägt die Beweislast (Art. 13 AUPSRVE). Die Gerichtsentscheidung über den Widerspruch kann innerhalb von 30 Tagen angefochten werden (Art. 15 AUPSRVE).



Falls der Schuldner die Forderung nicht bestreitet oder falls das Gericht nach Ablauf eines erfolglosen Schlichtungsversuches die Forderung bestätigt, ergeht ein vollstreckbarer Mahnbescheid (Art. 16 AUPSRVE). Das Mahnverfahren lehnt sich eng an das französische Recht an, von dem es massgeblich beeinflusst wurde.⁵

II.2. Vereinfachtes Verfahren auf Herausgabe oder Rückgabe beweglicher Sachen

Das vereinfachte Verfahren über die Herausgabe oder Rückgabe beweglicher Sachen ist eine Neuerung des AUPSRVE, da ein solches Verfahren zuvor in den Mitgliedstaaten der OHADA im Wesentlichen unbekannt war.⁶ Dieses Verfahren steht für bewegliche Sachen, unter Ausschluss von Immobilien und Forderungen (Art. 19 AUPSRVE), zur Verfügung.

Das Verfahren verläuft grundsätzlich ähnlich wie das Mahnverfahren für Geldforderungen. Der Gläubiger stellt einen Antrag auf Heraus- bzw. Rückga-

be beim zuständigen Gericht. Ein allfälliger Entscheid auf Abweisung ist wiederum nicht anfechtbar, sondern muss in einem ordentlichen Verfahren angefochten werden (Art. 22 AUPSRVE). Hält das zuständige Gericht den Antrag für begründet, wird ein Herausgabe- oder Rückgabeentscheid getroffen und der Schuldner wird aufgefordert, den Gegenstand entsprechend zu übergeben. Dieser kann innerhalb von 15 Tagen Widerspruch erheben, um seine Verpflichtung zu bestreiten (Art. 26 i.V.m. Art. 10 AUPSRVE). Bleibt der Schuldner untätig, wird der Entscheid vollstreckbar.

Legt der Schuldner jedoch Widerspruch ein, kommt es zunächst zu einem gerichtlichen Schlichtungsversuch und, sofern kein Vergleich getroffen wird, zu einem gerichtlichen Entscheid, der wiederum innert 30 Tagen anfechtbar ist (Art. 26 i.V.m. Art. 15 AUPSRVE).

III. Vollstreckungsverfahren

III.1. Allgemeine Bestimmungen

Kommt der Schuldner seinen Leistungsverpflichtungen nicht freiwillig nach, kann der Gläubiger mit behördlicher bzw. gerichtlicher Hilfe Zugriff auf das Vermögen des Schuldners nehmen.⁷

Die Einleitung der Zwangsvollstreckung setzt einen vollstreckbaren Titel (Vollstreckungstitel) voraus.⁸ Gemäss Art. 33 AUPSRVE gelten als vollstreckbare Titel Entscheidungen nationaler Gerichte, sofern sie mit einer Vollstreckungsklausel versehen sind oder unmittelbar vollstreckbar sind. Die Vollstreckbarkeit knüpft an der Rechtskraft des Entscheids an, welche ihrerseits nach Ablauf der Rechtsmittel- oder Widerspruchsfrist eintritt. Urteile ausländischer Gerichte, im Übrigen genauso wie Schiedsentscheide, gelten als Vollstreckungstitel, wenn ein nationales Gericht sie für vollstreckbar erklärt hat. Gerichtliche Vergleiche sind vollstreckbar, wenn der Richter und die Parteien sie unterzeichnet haben. Auch notarielle Urkunden sind vollstreckbar, wenn sie mit einer Vollstreckungsklausel versehen sind. Ebenso vollstreckbar sind Entscheidungen anderer Behörden, die gemäss nationalem Recht dieselbe Wirkung wie Gerichtsentscheide haben.

Im Interesse des Schuldnerschutzes erlaubt der AUPSRVE dem Richter, trotz Vorliegens eines Vollstreckungstitels, eine Schonfrist („*délai de grâce*“) (Art. 39 AUPSRVE) von bis zu einem Jahr

³ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, S. 253 f.

⁴ TGI Ouagadougou, n° 398 vom 22. Oktober 2003; Alpha Diffusion, Sàrl c/Novavision, Sàrl, Ohadata J-04-250. Abrufbar unter <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-04-250.html> (18.8.15); TPI Dschang (Cameroun), n° 51/CIV/TPI vom 13. November 2008: T.A. c/ Sté UCCA, Ohadata J-10-138. Abrufbar unter <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-10-138.html> (18.8.15).

⁵ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 72 N 189-191.

⁶ Assi-Esso/DIOUF, S. 23.

⁷ Assi-Esso/DIOUF, S. 48.

⁸ MARTOR/PILKINGTON/SELLERS/THOUVENOT, Business Law in Africa, S. 232.

zu gewähren, um Rücksicht auf die Lage und Bedürfnisse des Schuldners zu nehmen.⁹

III.2. Mobiliarpfändungen

Das Vollstreckungsrecht der OHADA unterscheidet zwischen Sicherungspfändungen („*saisies conservatoires*“) und Pfändungen zum Zwecke der Vollstreckung („*saisies à des fins d'exécution*“). Sicherungspfändungen stellen eine vorsorgliche Massnahme dar und bezwecken die Sicherstellung einer Forderung mittels Beschlagnahme von Vermögensgegenständen des Schuldners. Dabei stellt das zuständige Gericht auf Antrag des Gläubigers eine Ermächtigung zur Sicherungspfändung aus, sofern die Forderung begründet erscheint und der Antragsteller nachweist, dass die Erfüllung der Forderung gefährdet ist (Art. 54 AUPSRVE). Der Sicherungspfändung unterliegen sowohl körperliche als auch unkörperliche Gegenstände.

Pfändungen zum Zwecke der Vollstreckung sind demgegenüber darauf gerichtet, dem Gläubiger den Erlös aus der Verwertung von Vermögenswerten des Schuldners zukommen zu lassen oder ihm Forderungen des Schuldners zuzuweisen.¹⁰ Erreicht werden kann dies durch Pfändung und Verkauf von Vermögenswerten („*saisie-vente*“, Art. 91 AUPSRVE), Pfändung und Zuteilung von Forderungen („*saisie-attribution des créances*“, Art. 153 AUPSRVE), Pfändung und Abtretung von Vergütungsansprüchen („*saisie et cession des rémunérations*“, Art. 173 AUPSRVE) oder durch die Sicherstellung und Beschlagnahme von beweglichen Sachen („*saisie-appréhension et saisie-revendication des biens meubles corporels*“, Art. 218 AUPSRVE).

III.3. Immobiliarpfändung

Die Immobiliarpfändung dient der Zwangsvollstreckung von Grundstücken. In diesem Bereich bestehen im Interesse des Schuldnerschutzes relativ strenge Formvorschriften und Fristen,¹¹ was die Verfahren tendenziell lang und kompliziert macht. Das Verfahren ist wie folgt geregelt:

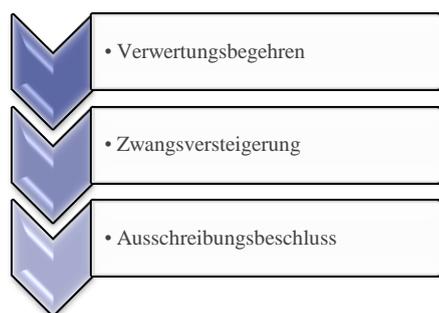
Der erste Schritt auf dem Weg zur Zwangsvollstreckung ist die Übergabe des Grundstückes in die Verfügungsmacht der Justiz („*mise de l'immeuble sous main de justice*“). Zunächst stellt ein Gerichts-

vollzieher („*huissier*“) oder ein Vollstreckungsagent („*agent d'exécution*“) einen Befehl zum Zweck der Beschlagnahme aus (Art. 254 AUPSRVE), der den Schuldner auffordert, entweder der Forderung nachzukommen, das mit einer Hypothek belastete Grundstück zu verlassen, oder sich dem Enteignungsverfahren zu unterwerfen (Art. 255 AUPSRVE).

Der zweite Schritt besteht in der Verwertung des Grundstückes („*réalisation de l'immeuble*“). Dazu muss der Rechtsvertreter des Gläubigers ein Pflichtenheft erstellen und dieses beim zuständigen Gericht einreichen (Art. 266 AUPSRVE). Der Inhalt des Pflichtenheftes ist zwingend vorgeschrieben und umfasst insbesondere:

- Titel der Urkunde
- Hinweise auf den Vollstreckungstitel, auf den Befehl und gegebenenfalls auf Gerichtsentscheidungen
- Hinweis auf das zuständige Gericht oder Notar
- Angaben über den belangenden Gläubiger und seinen Rechtsvertreter
- Bezeichnung des Grundstückes
- Bedingungen für den Verkauf
- Angebotspreis (Art. 267 AUPSRVE).

Der Schuldner sowie die eingetragenen Gläubiger werden aufgefordert, vom Pflichtenheft Kenntnis zu nehmen (Art. 269 AUPSRVE). Im Rahmen der anschliessenden Ausschreibung („*adjudication*“) finden dann drei Schritte statt¹²:



Der Gläubiger muss ein Verwertungsbegehren stellen, sodass das Verfahren überhaupt weitergeführt wird (Art. 280 AUPSRVE). Danach kann die Zwangsversteigerung stattfinden (Art. 282 AUPSRVE). Nach Abschluss des Verfahrens erteilt das zuständige Gericht den Ausschreibungsbeschluss.

⁹ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 73 N 200.

¹⁰ Assi-Esso/DIOUF, S. 71.

¹¹ Assi-Esso/DIOUF, S. 191.

¹² Assi-Esso/DIOUF, S. 219.

IV. Fazit

Die Modernisierung des Vollstreckungsverfahrens hat die Rahmenbedingungen in den OHADA-Staaten verbessert.¹³ Dank der vereinheitlichten Regeln können Gläubiger das Ausfallrisiko besser einschätzen und bewältigen.¹⁴ Dies kann allerdings nicht darüber hinweg täuschen, dass es in der praktischen Handhabung und Anwendung der vereinheitlichten Regeln durch die lokalen Gerichte substantielle Schwierigkeiten gibt, z.B. weil Zuständigkeiten im nationalen Recht nicht klar definiert sind oder die Gerichtsverfahren sehr lange dauern. Besonders bedeutsam sind diese Schwierigkeiten, wenn es darum geht, Liegenschaften auf dem Weg der Zwangsvollstreckung verwerten zu lassen.¹⁵

Hinzuweisen ist schliesslich auf die besonderen Hürden, die der der Vollstreckung von Forderungen gegen staatliche Akteure entgegenstehen, insbesondere weil in vielen Fällen Immunitätsschutz besteht, was eine Vollstreckung im betroffenen Land selbst faktisch oft illusorisch macht. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, in Verträgen mit staatlich beherrschten Unternehmen eine Schiedsklausel vorzusehen und schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzuklären, inwiefern Vermögenswerte im Ausland im Rahmen einer späteren Vollstreckung herangezogen werden könnten.

¹³ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 383 N 24.

¹⁴ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 395 N 73.

¹⁵ POUYOUÉ (Hrsg.), S. 395 N 73; vgl. SAMB.

Warentransport im Strassengüter- verkehrsrecht

Dr. iur. Philippe Monnier



I. Einleitung

Der *Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route* vom 22. März 2003 („AUCTM“), in Kraft getreten am 1. Januar 2004, enthält allgemeine Bestimmungen über den Frachtvertrag im Strassengüterverkehr. Die Regelungen des AUCTM sind in erheblichem Masse beeinflusst vom Übereinkommen über den Frachtvertrag im internationalen Strassengüterverkehr vom 19. Mai 1956 („CMR“), dessen Bestimmungen im AUCTM über weite Strecken wörtlich übernommen worden sind.¹

II. Regelungsgegenstand des AUCTM

II.1. Sachlicher Geltungsbereich

Der AUCTM besteht aus sieben Kapiteln („*chapitres*“), welche Regelungen zum Frachtvertrag im Strassengüterverkehr enthalten. Als Frachtvertrag gilt dabei jeder Vertrag, durch den sich eine natürliche oder juristische Person – der Frachtführer – entgeltlich verpflichtet, Güter im Auftrag des Absenders mittels Fahrzeugen auf der Strasse von einem Ort zum anderen zu transportieren.²

Geregelt werden der Geltungsbereich des AUCTM und die Definitionen (Kapitel 1, Art. 1-2 AUCTM), der Frachtvertrag und die Frachtdokumente (Kapitel 2, Art. 3-6 AUCTM), die Durchführung des Frachtvertrags (Kapitel 3, Art. 7-15 AUCTM), die Haftung des Frachtführers (Kapitel 4, Art. 16-23 AUCTM) sowie die Streitbeilegung (Kapitel 5, Art. 24-25 AUCTM). Schliesslich enthält der AUCTM auch sonstige Bestimmungen (Kapitel 6, Art. 28-29 AUCTM) sowie Übergangs- und Schlussbestimmungen (Kapitel 7, Art. 30-31 AUCTM).

II.2. Räumlich-persönlicher Geltungsbereich

In räumlich-persönlicher Hinsicht finden die Bestimmungen des AUCTM Anwendung auf Verträge über die Beförderung von Gütern auf der Strasse, wenn der Ort der Übernahme und der für die Ablieferung vorgesehene Ort, wie sie im Verträge angegeben sind, entweder in einem OHADA Mitgliedstaat liegen, oder aber in zwei verschiedenen Staaten liegen, von denen mindestens einer ein OHADA-Mitgliedstaat ist.³ Dies gilt ohne Rücksicht auf den Wohnsitz und die Staatsangehörigkeit

¹ Trotz der Ähnlichkeit zwischen dem AUCTM und dem CMR bestehen materiell gewisse Unterschiede, insbesondere im Bereich der Haftung des Frachtführers für die Beschädigung des Gutes.

² Art. 2(b) AUCTM.

³ Art. 1(1) AUCTM.

der Parteien.⁴ Im Unterschied zum CMR setzt der AUCTM damit nicht voraus, dass ein internationaler, d.h. grenzüberschreitender, Frachtvertrag vorliegen müsse.⁵ Auch ein Vertrag über die Beförderung von Gütern auf der Strasse innerhalb eines OHADA-Mitgliedstaates unterliegt folglich den Bestimmungen des AUCTM.⁶

II.3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der AUCTM findet Anwendung auf Beförderungsverträge, welche nach dem Inkrafttreten des AUCTM am 1. Januar 2004 abgeschlossen worden sind. Beförderungsverträge, welche vor dem Inkrafttreten des AUCTM abgeschlossen wurden, unterstehen den zur Zeit des Vertragsabschlusses anwendbaren Bestimmungen.⁷

III. Frachtvertrag und Frachtdokumente

Das zweite Kapitel des AUCTM enthält allgemeine Bestimmungen zum Frachtvertrag und zu den Frachtdokumenten, insbesondere zum Zustandekommen des Frachtvertrags,⁸ zum Frachtbrief,⁹ zum Beweiswert des Frachtbriefs¹⁰ sowie zu den Zolldokumenten¹¹.

Als Frachtbrief gilt gemäss den allgemeinen Bestimmungen des AUCTM das Dokument, in welchem der Frachtvertrag festgehalten wird („*l'écrit qui constate le contrat de transport de marchandises*“).¹² Der Frachtbrief gilt bis zum Beweis des Gegenteils als Nachweis für den Abschluss und Inhalt des Frachtvertrags und für die Übernahme des Gutes durch den Frachtführer.¹³ Im AUCTM wird zudem der notwendige und der sonstige Inhalt des Frachtbriefs definiert.¹⁴ Nach

⁴ Art. 1(1) AUCTM

⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 CMR.

⁶ Der AUCTM enthält keine Kollisionsnormen, welche das Verhältnis des AUCTM zum ansonsten anwendbaren nationalen Recht oder zu anderen internationalen Rechtsquellen, insbesondere zum CMR, regeln. Dies kann insbesondere dann zu Abgrenzungsfragen führen, wenn der vertragliche Absende- oder Lieferort in einem CMR-Mitgliedstaat liegt, da das CMR-Übereinkommen immer dann Anwendung verlangt, wenn eines dieser Orte in einem CMR-Staat liegt.

⁷ Art. 30 AUCTM.

⁸ Art. 3 AUCTM.

⁹ Art. 4 AUCTM.

¹⁰ Art. 5 AUCTM.

¹¹ Art. 6 AUCTM.

¹² Art. 2(d) AUCTM.

¹³ Art. 9(1) AUCTM.

¹⁴ Art. 4 AUCTM.

den Bestimmungen des AUCTM ist der Absender schliesslich insbesondere verpflichtet, dem Frachtführer die für etwaige Zollanmeldungen notwendigen Dokumente und Informationen zur Verfügung zu stellen.

IV. Durchführung des Frachtvertrags

Das dritte Kapitel des AUCTM enthält Bestimmungen über die Durchführung des Frachtvertrags. Geregelt wird die Verpackung der Güter,¹⁵ die Erklärungen und die Verantwortlichkeit des Absenders,¹⁶ die Dauer des Transports,¹⁷ die Übernahme der Güter,¹⁸ das Verfügungsrecht des Absenders während der Dauer des Transports,¹⁹ die Verhinderung der Beförderung bzw. der Ablieferung,²⁰ die Lieferung der Güter,²¹ der Zustand der Güter und die Lieferverzögerung²² sowie die Zahlung von Forderungen aus Frachtbrief²³.

V. Haftung des Frachtführers

Das vierte Kapitel des AUCTM regelt die Haftung des Frachtführers. Im Grundsatz ist der Frachtführer²⁴ für die Lieferung der Ware verantwortlich und haftet für den gänzlichen oder teilweisen Verlust²⁵ oder die Beschädigung der Ware, sofern der Verlust oder die Beschädigung während der Dauer des Transports erfolgt, sowie für Überschreitungen²⁶ der Lieferfrist (Art. 16 AUCTM).²⁷ Zu dieser Haftung bestehen allerdings Ausnahmen,²⁸

¹⁵ Art. 7 AUCTM.

¹⁶ Art. 8 AUCTM.

¹⁷ Art. 9 AUCTM.

¹⁸ Art. 10 AUCTM.

¹⁹ Art. 11 AUCTM.

²⁰ Art. 12 AUCTM.

²¹ Art. 13 AUCTM.

²² Art. 14 AUCTM.

²³ Art. 15 AUCTM.

²⁴ Der Frachtführer haftet auch für Hilfspersonen (Art. 16(4) AUCTM).

²⁵ Der Verfügungsberechtigte kann das Gut, ohne weitere Beweise erbringen zu müssen, als verloren betrachten, wenn es nicht binnen dreissig Tagen nach Ablauf der vereinbarten Lieferfrist oder, falls keine Frist vereinbart worden ist, nicht binnen sechzig Tagen nach der Übernahme des Gutes durch den Frachtführer abgeliefert worden ist (Art. 16(3) AUCTM).

²⁶ Eine Überschreitung der Lieferfrist liegt dann vor, wenn das Gut nicht innerhalb der vereinbarten Frist geliefert worden ist, oder, wenn keine Frist vereinbart worden ist, innerhalb derjenigen Frist, welche einem sorgfältigen Frachtführer unter den Umständen vernünftigerweise zuzubilligen wäre (Art. 16 (2) AUCTM)).

²⁷ Art. 16(1) AUCTM.

²⁸ Die Haftungsbefreiungen kommen sowohl für vertragliche als auch für ausservertragliche Forderungen gegen den

welche in Art. 17 AUCTM geregelt werden. Demnach ist der Frachtführer insbesondere dann von der Haftung befreit, wenn er beweist, dass der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist durch eine nicht vom Frachtführer verschuldete Weisung des Verfügungsberechtigten, durch besondere Mängel des Frachtgutes oder durch Umstände verursacht worden ist, die der Frachtführer nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte.²⁹



Im AUCTM wird zudem eine Haftungsmitel³⁰ für die Haftung des Frachtführers aus Verlust oder Beschädigung der Ware statuiert: Gemäss Art. 18(1) AUCTM berechnet sich die Entschädigungssumme grundsätzlich nach dem Wert des Gutes, darf aber den Betrag von 5000 francs CFA³¹ pro Kilogramm des Rohgewichts nicht überschreiten. Höhere Entschädigungen können nur geleistet werden, wenn ein höherer Wert des Gutes im Frachtbrief angegeben worden ist oder wenn ein besonderes Interesse an der Lieferung erklärt wurde. Für die Berechnung der Entschädigungssumme und den Wert des Gutes stellt das AUCTM gewisse Leitlinien auf.³²

Der Frachtführer kann sich auf diejenigen Bestimmungen des AUCTM, die seine Haftung ausschliessen oder begrenzen, nicht berufen, wenn bewiesen wird, dass der Verlust, die Beschädigung oder die Lieferverzögerung aus einer Handlung oder Unterlassung herrührt, die er entweder vorsätzlich begangen hat oder aber grobfahrlässig

Frachtführer aus Verlust, Beschädigung oder Lieferverzögerung zur Anwendung (Art. 20(1) AUCTM).

²⁹ Art. 17(1) AUCTM.

³⁰ Die Haftungsmitel kommt sowohl für vertragliche als auch für ausservertragliche Forderungen gegen den Frachtführer aus Verlust, Beschädigung oder Lieferverzögerung zur Anwendung (Art. 20(1) AUCTM).

³¹ Für Staaten ausserhalb der CFA-Franc-Zone sind die in CFA ausgedrückten Beträge in nationaler Währung zu konvertieren (Art. 29 AUCTM). Anzuwenden ist der Wechselkurs am Tag des Urteils, des Schiedsspruchs oder an einem von den Parteien vereinbarten Datum.

³² Art. 19 AUCTM.

und mit dem Wissen dass der Verlust, die Beschädigung oder die Lieferverzögerung wahrscheinlich daraus resultieren würde herbeigeführt hat.

Schliesslich enthält das dritte Kapitel des AUCTM auch Regelungen über die Haftung im Falle einer Beförderung des mit Frachtgut beladenen Fahrzeugs mittels eines anderen Verkehrsmittels („*transport superposé*“)³³, sowie für die Beförderung durch aufeinander folgende Frachtführer („*transport successif*“)³⁴.

VI. Rechtsstreitigkeiten

Das fünfte Kapitel des AUCTM enthält Bestimmungen zur Beilegung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Beförderungsverträgen. Geregelt wird zunächst das Regressrecht des Frachtführers gegen die anderen beteiligten Frachtführer.³⁵ Danach kann im Grundsatz der Frachtführer, der eine Entschädigung unter dem AUCTM bezahlt hat, gegen die übrigen Frachtführer Regress nehmen, gemäss den nachfolgenden Bestimmungen, wobei es den Frachtführern allerdings offensteht, abweichende Vereinbarungen abzuschliessen:³⁶

- (a) Der Frachtführer, der den Schaden allein verursacht hat, hat den Schaden gesamthaft zu tragen, gleichgültig ob dieser zuvor

³³ Im Falle einer Beförderung des mit Gut beladenen Fahrzeugs mittels eines anderen Verkehrsmittels („*transport superposé*“) gilt das AUCTM für die gesamte Beförderung. Allerdings richtet sich die Haftung des Strassenfrachtführers im Falle eines Verlustes, einer Beschädigung oder einer Lieferverzögerung, welche ohne Verschulden des Strassenfrachtführers während der Beförderung durch das andere Verkehrsmittel eintritt, nach den zwingenden Bestimmungen, welche auf das andere Verkehrsmittel Anwendung verlangen. Nur sofern keine solche Regeln bestehen richtet sich die Haftung des Strassenverkehrsführers nach den Bestimmungen des AUCTM.

³⁴ Bei der Beförderung durch aufeinander folgende Frachtführer („*transport successif*“) wird jeder Frachtführer, der das Gut und den Frachtbrief annimmt, Vertragspartei (Art. 23(1) AUCTM). In solchen Fällen können Entschädigungsansprüche aus Verlust, Beschädigung oder Lieferverzögerung nur gegen den ersten Frachtführer, gegen den Frachtführer, der denjenigen Teil der Beförderung ausführt, während den das schädigende Ereignis eingetreten ist oder gegen den letzten Frachtführer (Art. 23(2) Satz 1 AUCTM) geltend gemacht werden. Die Forderung kann gegen mehrere dieser Frachtführer geltend gemacht werden, wobei diese Frachtführer solidarisch haften (Art. 23(2) Satz 2 AUCTM).

³⁵ Art. 24 AUCTM.

³⁶ Sofern ein Frachtführer insolvent sein sollte, so wird der auf ihn anfallende aber nicht bezahlte Teil der Entschädigung auf die anderen Frachtführer gemäss ihren jeweiligen Anteilen am Erlös aus der Beförderung auferlegt.

von einer anderen Partei bezahlt worden ist;

- (b) Im Falle, dass der Schaden durch zwei oder mehr Frachtführer verursacht wurde, haben diese den Schaden nach ihrem jeweiligen Verschulden zu tragen; sofern die Beurteilung des jeweiligen Verschuldensgrade nicht möglich ist, hat jeder Frachtführer den Schaden gemäss seinem Anteil am Erlös aus der Beförderung zu tragen;
- (c) Sofern nicht ermittelt werden kann, welchem Frachtführer die Verantwortung aufzuerlegen ist, so hat jeder Frachtführer den Schaden gemäss seinem Anteil am Erlös aus der Beförderung zu tragen.

Ebenfalls geregelt ist die Verjährung von Ansprüchen aus der Beförderung im Strassengüterverkehr.³⁷ Festgehalten wird zunächst, dass sämtliche Forderungen aus einer dem AUCTM unterstehenden Beförderung nach dem Ablauf eines Jahres nach dem Liefertermin oder, falls keine Lieferung erfolgt ist, ab dem Zeitpunkt an welchem das Gut hätte geliefert werden müssen, verjähren. Bei Arglist oder gleichwertigem Verschulden beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre. Zudem setzt die Geltendmachung einer Forderung unter dem AUCTM voraus, dass gegenüber dem ersten oder letzten Frachtführer eine schriftliche Reklamation innerhalb von 60 Tagen ab dem Liefertermin oder, falls keine Lieferung erfolgt ist, innerhalb von sechs Monaten nach der Übernahme des Gutes, erhoben worden ist.

Schliesslich enthält das vierte Kapitel des AUCTM verschiedene Bestimmungen zur Zuständigkeit und zum Verfahren für Klagen aus Beförderungsverträgen. Festgehalten wird dabei zunächst, dass sämtliche Streitigkeiten aus einem dem AUCTM unterstehenden Beförderungsvertrag einem Schiedsgericht zur Entscheidung unterbreitet werden können.³⁸ Da das AUCTM keine weiteren Vorgaben betreffend der Ausgestaltung solcher Schiedsverfahren enthält, steht es den Parteien allgemein frei, die anwendbaren Verfahrensregeln zu bestimmen.

Einzig für den Fall, dass bei einem internationalen Sachverhalt für die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem AUCTM unterliegenden Beförderungsverträgen weder ein Schiedsgericht noch ein staatli-

ches Gericht gewählt wurde, enthält das AUCTM dispositive Regelungen betr. der Gerichtszuständigkeit. Danach kann die klagende Partei die Gerichte eines Staates anrufen, auf dessen Gebiet (a) der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt, seine Hauptniederlassung oder die Zweigniederlassung oder Geschäftsstelle hat, durch deren Vermittlung der Frachtvertrag geschlossen worden ist, oder (b) der Ort der Übernahme des Gutes oder der für die Ablieferung vorgesehene Ort liegt.³⁹ Ist ein Verfahren bei einem zuständigen Gericht anhängig oder ist durch ein solches Gericht ein Urteil erlassen worden, so kann eine neue Klage wegen derselben Sache zwischen denselben Parteien nicht erhoben werden, es sei denn, dass die Entscheidung des Gerichtes, bei dem die erste Klage erhoben wurde, in dem Staat nicht vollstreckt werden kann, in dem die neue Klage erhoben wird.⁴⁰ Ist in einer Streitsache ein Urteil⁴¹ eines Gerichtes eines Vertragsstaates in diesem Staat vollstreckbar geworden, so wird es auch in allen anderen Vertragsstaaten vollstreckbar, sobald die in dem jeweils in Betracht kommenden Staat hierfür vorgeschriebenen Formerfordernisse erfüllt sind, wobei diese Formerfordernisse zu keiner sachlichen Nachprüfung führen dürfen.

VII. Nichtigkeit abweichender Vereinbarungen

Die Bestimmungen des AUCTM sind mit wenigen Ausnahmen, welche in Art. 28 AUCTM aufgelistet werden, zwingender Natur. Vereinbarungen, welche von den zwingenden Bestimmungen des AUCTM abweichen, sind gemäss Art. 28 AUCTM nichtig. Diese Nichtigkeit führt allerdings nicht zur Nichtigkeit der anderen Vertragsbestimmungen.

³⁷ Art. 25 AUCTM.
³⁸ Art. 26 AUCTM.

³⁹ Art. 27(1) AUCTM

⁴⁰ Art. 27(2) AUCTM.

⁴¹ Dies gilt für Urteile im kontradiktorischen Verfahren, für Versäumnisurteile und für gerichtliche Vergleiche, jedoch nicht für nur vorläufig vollstreckbare Urteile sowie nicht für Verurteilungen, durch die dem Kläger bei vollständiger oder teilweiser Abweisung der Klage neben den Verfahrenskosten Schadenersatz und Zinsen auferlegt werden (Art. 27(4) AUCTM).

Exkurs: Private Equity Investments und die OHADA-Staaten

lic. iur. Rafael Zemp, MBA Insead



I. Ausgangslage

I.1. Der Afrikanische Kontinent

Afrika ist ins Rampenlicht der Investoren gerückt. Die tiefen Renditen im Bondmarkt in den Industrieländern und die hohe Volatilität in den Equity-Märkten treiben Investoren zu neuen Ufern. Das anhaltende kontinentale Wirtschaftswachstum von über 5% während der letzten Jahre hat viele Investoren optimistisch gestimmt.¹ Zusätzlich nimmt das Vertrauen in politische und makroökonomische Stabilität zu, da sich die meisten ökonomischen Indikatoren, auf den ganzen Kontinent bezogen, in den letzten Jahren wesentlich verbessert haben: so ist die Schuldenquote im Vergleich zum Bruttoinlandprodukt (BIP) von 115% (1990) auf 84% (2010) gefallen; das Handelsbilanzdefizit hat sich von -2.7% des BIP auf -1.3% verringert. Selbst die Inflation konnte in den meisten Ländern stabilisiert werden, mit gesamtheitlich 114% in den 90er Jahren zu 59% ab 2000. Diese positive Entwicklung hat trotz regionaler Unsicherheiten zu kontinentalen ausländischen Direktinvestitionen (FDI) von USD 55 Mia. in 2010 geführt; im Vergleich zu den USD 7 Mia. in 2002 eine astronomische Zahl.

Dieser **Mittelzufluss** auf den afrikanischen Kontinent hat sich auch im **Private Equity-Bereich** niedergeschlagen. In der Zeitspanne von 2010 bis 2013 wurden Private Equity Investitionen im Umfang von fast USD 7 Mia. getätigt und dies, obwohl 2010 die gesamten Investitionen auf weit unter eine Milliarde Dollar gefallen sind. Nach der Finanzkrise hat sich die Investitionstätigkeit schnell erholt, und im Jahr 2013 wurde eine historische Rekordziffer von USD 3.2 Mia. erreicht. Bedenkt man, dass das Gesamtvolumen von Private Equity Investitionen in 2002 noch keine USD 200 Mio. betragen hat, sind die Zahlen von 2013 analog zu jenen der FDI sehr hoch. Die Zahlen von 2014 stehen noch aus, scheinen aber jene von 2013 zu übertreffen.²

¹ Der IMF sagt sogar eine Wachstumsrate für Afrika von 5.5% bis 2017 voraus, welche allerdings angesichts des Zerfalles der Rohstoffpreise zu korrigieren sein wird.

² E&Y, Private Equity roundup Africa 2013, E&Y Global Private Equity Report, 2014. (Abrufbar unter [http://www.ey.com/Publication/vwLUAs-sets/EY_-_Private_equity_roundup_-_Africa/\\$FILE/PE%20roundup%20Africa%202014_FR0117.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAs-sets/EY_-_Private_equity_roundup_-_Africa/$FILE/PE%20roundup%20Africa%202014_FR0117.pdf) (4.8.2015)).

Diese Daten weisen klar auf das grosse Interesse an afrikanischen Private Equity-Projekten hin. Das wird umso deutlicher, wenn man bedenkt, dass den investierten Beträgen von nur knapp über USD 3 Mia. in 2013 gesamte, aktuelle Private Equity Fondsvermögen von USD 20 Mia. gegenüberstehen, von denen ungefähr USD 5 Mia. noch nicht platziert werden konnten (sog. „Dry Powder“). Obwohl auf dem weltweiten Private Equity Markt zur Zeit ein beträchtlicher Anteil an *Dry Powder* verfügbar ist, weist die Quote von Fondsvermögen gegenüber platzierten Investitionen von 0.75 auf eine das Angebot übersteigende Nachfrage hin.³

I.2. Konzentration der Investitionstätigkeiten

Wird der Blickwinkel auf Regionen innerhalb des Kontinentes aufgeteilt, ergibt sich ein anderes Bild. Mit wenigen Ausnahmen konzentrieren sich die Investitionen auf Südafrika, Commonwealth Länder und Nordafrika. 60% der Deals (nach Wert gemessen) finden alleine in Nigeria und Südafrika statt. Nur gerade 13% der Deals stammen aus Westafrika (ex Nigeria), wobei die meisten dieser Projekte wiederum auf Ghana entfallen. In Einklang damit sind auch 50% der afrikanischen Private Equity Funds in Südafrika ansässig.⁴ Bezogen auf die OHADA Staaten gibt es, abgesehen von kleineren Deal-Reports, keine weitergehende Statistik über gegenwärtige Investitionen oder realisierte Exits, da in dieser Region nur wenige Private Equity Gruppen tätig sind. Es handelt sich meist um kleine regionale Fonds oder globale Akteure, die von Anfang an dabei sein und in der Region Fuss fassen wollen.

So betreibt beispielsweise die in Togo und Côte d'Ivoire ansässige Gruppe Cauris Management einen Fonds mit EUR 60 Mio., der hauptsächlich in kleinere Unternehmen in OHADA Staaten investiert.⁵ Die Gruppe hat auch schon erfolgreich Exits aus früheren Investitionen im Konsumgütersektor getätigt. Bei den international tätigen Gruppen handelt es sich vorab um die englische Actis mit über USD 6 Mia. unter Verwaltung, welche vor Kurzem

ihre Investitionstätigkeit in Westafrika erhöht hat. Actis, welche ehemals eine öffentliche Organisation (Common Wealth Development Corporation) war, hat langjährige Erfahrung im Investment Management in Entwicklungsländern, und hält nebst Beteiligungen in Nigeria und Ghana auch solche in Côte d'Ivoire und Senegal, also OHADA Staaten, vorwiegend in den Bereichen Energie und Bergbau.⁶ Auch ECP Private Equity, eine international tätige PE Gruppe, hat in der Region Projekte durchgeführt, insbesondere in Côte d'Ivoire. Weitere Gruppen wie Abraaj Funds aus Dubai und Helios Investment Partners, ein Split-off des Giganten TPG Capital, ziehen gegenwärtig gar die Möglichkeit der Eröffnung einer Niederlassung in Abidjan, Côte d'Ivoire, in Betracht. Ein zusätzlicher Investitionsschub kann gemäss gewisser Stimmen von afrikanischen Pensionskassen erwartet werden, was bis zu USD 29 Mia. mobilisieren könnte.

II. Hürden

Trotz der interessanten Bewegungen im Private Equity Umfeld sind die **tiefere Investitionstätigkeiten** in den OHADA Staaten im Vergleich zu anderen Regionen in Afrika eine direkte **Folge der bestehenden Schwierigkeiten des Private Equity Sektors in den betroffenen Ländern**. Solche Herausforderungen bestehen dabei auf verschiedenen Ebenen. Einerseits beschränkt das wirtschaftliche Umfeld ausländische Direktinvestitionen, andererseits gibt es auch PE-industrietypische Einschränkungen.

II.1. Allgemeine Schwierigkeiten

Allgemeine Schwierigkeiten beziehen sich vorweg auf den Mangel an Infrastruktur, Institutionen und politische Unsicherheiten.

Alle OHADA Staaten zeichnen sich durch eine lückenhafte und zum Teil gänzlich fehlende Infrastruktur aus. Davon gibt es gewisse Ausnahmen wie Gabon, das, obwohl es über eines der weltweit schlechtesten Strassennetze verfügt, eine ausgesprochen hohe Penetration von Mobiltelefonie mit 1.17 Verbindungen pro Einwohner hat. Teilweise verfügen die Länder über Hafen- und Eisenbahninfrastrukturen, die besser sind, als jene in vergleichbaren Ländern. Solche Anlagen dürften aber

³ Schätzungen von Preqin: <https://www.preqin.com/blog/101/5885/africa-private-equity-managers> (4.8.2015).

⁴ Avanz Capital, *The Private Equity Climate in Africa: Embracing the Lion* (2012). (Abrufbar unter <http://www.avanzcapital.com/images/pdf/the-private-equity-climate-in-africa-embracing-the-lion.pdf>) (3.8.2015).

⁵ www.caurismanagement.com/investissements-funds.htm (4.8.2015).

⁶ Energieinvestitionen werden v.a. über Globeq betrieben.

zumeist privat sein und weitgehend mit der Ausnutzung natürlicher Ressourcen zusammenhängen und nicht mit öffentlicher Infrastruktur zu verwechseln sein. Ein wenig besser als im Bereich der Infrastruktur schneiden die OHADA Staaten mit Ausnahme von Côte D'Ivoire, Tschad und Mali in Bezug auf die staatlichen Institutionen ab. Insbesondere Gabon zeichnet sich trotz langjähriger Diktatur durch eine tiefe Regulierungsrate, relative politische Transparenz und eine tiefe Kriminalitätsrate aus. Die politischen Unsicherheiten, unter der viele OHADA-Staaten leiden, sind ebenfalls ein Begrenzungsfaktor für ausländische Investitionen und oft Ursache schwacher Institutionen.

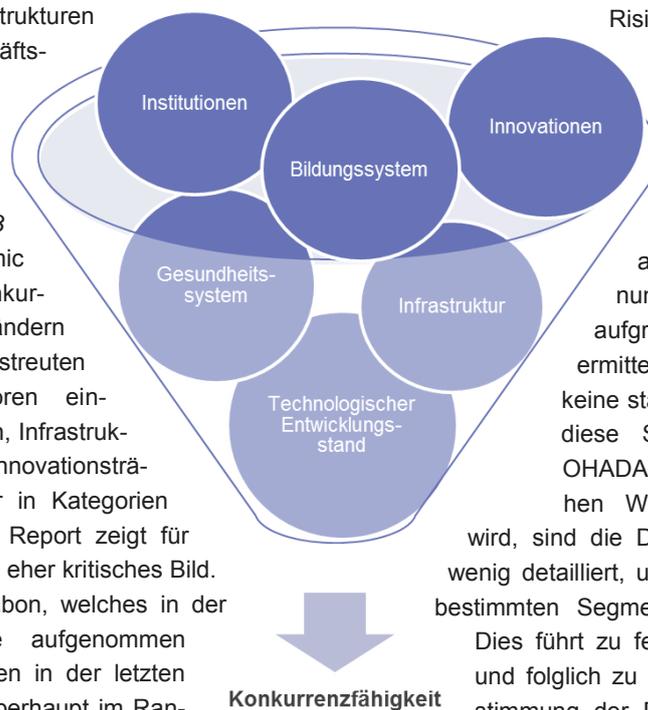
Dass das Fehlen von Strukturen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit privater Investoren hat, ist statistisch unterlegt. Der *Global Competitiveness Report 2012-2013* des World Economic Forums misst die Konkurrenzfähigkeit von Ländern aufgrund einer breitgestreuten Mischung von Faktoren einschliesslich Institutionen, Infrastruktur und Effizienz- und Innovationsträger, wobei die Länder in Kategorien eingeteilt werden. Der Report zeigt für die OHADA-Staaten ein eher kritisches Bild. Mit Ausnahme von Gabon, welches in der zweitletzten Kategorie aufgenommen wurde, sind alle Staaten in der letzten Kategorie, sofern sie überhaupt im Ranking berücksichtigt wurden. Auch im Ranking der World Bank für „Ease of Doing Business“ belegen die OHADA Staaten nicht gerade die besten Plätze. Von 190 am Ranking beteiligten Nationen schaffte es kein einziger OHADA-Staat vor Platz 134. Die meisten von ihnen siedeln sich zwischen Platz 150 und 188 an und befinden sich damit im Ranking in unmittelbarer Nähe zu Staaten, die zur Zeit unter internen Konflikten leiden wie Afghanistan, Syrien oder Venezuela.

Was sagen diese Statistiken aus? Obwohl nur gewisse Faktoren berücksichtigt werden, sind sie ein Spiegelbild der oben beschriebenen Schwierigkeiten in Bezug auf Infrastruktur, Institutionen und politischer Stabilität. Sie zeigen im Grundsatz auf, dass ein investitionsfreundliches Umfeld erst noch geschaffen werden muss, bevor private Investoren

ohne grosse Schwierigkeiten Geschäftstätigkeiten in solchen Ländern aufnehmen können, belegen zugleich aber auch, dass hier noch grosses Potenzial, insbesondere im Infrastrukturbereich, besteht.

II.2. Private Equity spezifische Schwierigkeiten

In Bezug auf OHADA Staaten ergeben sich Private Equity spezifische Schwierigkeiten aus statistischen Beschränkungen des Marktes, der Verfügbarkeit von Targets, des Einkommensniveaus und aus dem Investment Exit.



Risiko, also Voraussehbarkeit, und Rendite sind die Haupterwägungsgründe für ein Private Equity Investment. Je höher das Risiko, desto höher muss die erwartete Rendite ausfallen. Solche Berechnungen werden in der Praxis aufgrund statistischer Information ermittelt. Was nun aber, wenn es keine statistische Basis gibt? Genau diese Situation besteht in allen OHADA Ländern. Obwohl von hohen Wachstumsraten gesprochen wird, sind die Daten unzuverlässig und zu wenig detailliert, um akzeptable Prognosen in bestimmten Segmenten erstellen zu können. Dies führt zu fehlender Risikoeinschätzung und folglich zu Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Diskontierungsrate einer Investition.

Die Verfügbarkeit lokaler Targets ist zudem sehr beschränkt, da dem Investor grundsätzlich nur Unternehmungen zur Verfügung stehen, die ein natürliches Wachstumspotential aufweisen. Die klassischen Umsatz-, Margen- und Eigenkapitalwertverbesserungsmethoden, welche im Private Equity üblich sind, sind auf Entwicklungsländer nicht anwendbar. Solche Strategien bestehen darin, dass der Umsatz mit strategischen Mergers & Acquisitions verbessert wird. Die Margen werden oft mittels vertikaler Integration erhöht, was zu einem höheren Gewinn und somit zu einem höheren Unternehmenswert führt. Oftmals wird aber auch eine Wertschöpfung mit Financial Engineering generiert, indem Eigenkapital oder Eigenkapitalkosten verringert werden oder die Schuldenquote erhöht

wird. Diese - sehr zeiteffiziente - Art Wertschöpfung, funktioniert in Entwicklungsländern, wie bereits erwähnt, zumeist nicht.

Folglich kann sich der Investor nur auf Unternehmungen konzentrieren, die ein natürliches Wachstumspotential aufweisen (*Growth Equity*). Ein solches Wachstumspotential kann sich aus dem natürlichen Wirtschaftswachstum ergeben, wobei angenommen wird, dass der Umsatz eines Unternehmens zumindest zum Satz des Wirtschaftswachstums wachsen sollte. Zudem werden die tiefen Dienstleistungs- und Konsumquoten im Verhältnis zum Einkommen mit den Daten anderer Länder verglichen, wobei davon ausgegangen wird, dass solche Indikatoren langfristig den internationalen Durchschnitt anstreben. Falls beispielsweise in einem etwas weiter entwickelten Land das Verhältnis des Konsums von Fastfood zum Einkommen 1% beträgt, in der zentralafrikanischen Republik dieses Verhältnis zur Zeit aber erst 0.1% beträgt, wird vermutet, dass die zentralafrikanische Republik langfristig ebenfalls eine Quote von 1% aufweisen wird. Daraus ergibt sich ein Wachstumspotential von x10 aufgrund der tiefen Penetrationsquote des Fastfood-Konsums, zuzüglich des natürlichen Wirtschaftswachstums. In diese Rechnung wäre auch noch das Bevölkerungswachstum einzubeziehen, sofern dieses nicht bereits im Wirtschaftswachstum berücksichtigt worden ist. Es liegt auf der Hand, dass diese Wachstumsstrategie nur langfristig erfolgsversprechend ist und dass die Verfügbarkeit von bestehenden Unternehmungen, welche entsprechende Eigenschaften auf sich vereinen, nicht sehr zahlreich sind. Da sich Private Equity Gruppen oftmals von Greenfield-Projekten fernhalten, kommen somit pro Land und Sektor jeweils nur sehr wenige Unternehmungen als mögliche Targets in Frage.

Bei Zielgesellschaften, welche schliesslich in die engere Auswahl kommen, ist zu unterscheiden zwischen solchen, die nicht aus operativen Gründen, sondern aufgrund der Ausnützung von Arbitrage Gelegenheiten rentabel sind, und solchen, die über ein wirkliches Wachstumspotential verfügen. Wird ein Target mit organischem – regionalem – Wachstumspotential identifiziert, muss es auch eine kritische Grösse haben, damit nach dem Investitionszyklus der Mehrwert dem Aufwand entspricht. Selbst wenn sich Gesellschaften mit guter Substanz auffinden lassen, scheitert eine Investition oft noch an den Hürden der Due Diligence. Undurchsichtige Buchführungsgewohnheiten und nicht verbuchte

Eventualverbindlichkeiten, insbesondere in Bezug auf Steuerzahlungen, führen zu Schwierigkeiten bei der Bestimmungen des Gesellschaftswertes. Unsicherheiten, die sich aus solchen Situationen ergeben, werden diskontiert, da sie gegenüber den Geldgebern in Private Equity-Projekten (*Limited Partners*) nicht vertretbar sind, und vom Gesellschaftswert abgezogen. Ein zu hoher Diskont kann allerdings schnell zum Deal-breaker werden.

Trotz des verzeichneten starken Wirtschaftswachstums in den letzten Jahren setzt dieses Wachstum in den meisten OHADA-Staaten mit Ausnahme von Gabon auf einer sehr tiefen Basis mit einem durchschnittlichen BIP pro Kopf unterhalb von USD 1'000 an. Will nun ein Unternehmen in einem derartigen Land an der lokalen Wertschöpfung teilnehmen, muss es mit einem bestimmten Grundeinkommen rechnen. Anders verhält es sich nur bei Projekten, die, wie z.B. der Bergbau, nicht kaufkraftabhängig sind. Liegt eine solche Einkommensbasis nicht vor, sind die Wachstumsmöglichkeiten eines Projektes von vornherein beschränkt, insbesondere im Konsumgüterbereich. Wer will beispielsweise die Zentralafrikanische Republik mit Starbucks Coffee Shops ausrüsten, wenn jeder Kaffee USD 4 kosten soll und das jährliche Bruttoinlandsprodukt pro Kopf weniger als USD 380 beträgt?⁷ Ein Kaffee pro Einwohner im Monat würde dann 10% des durchschnittlichen jährlichen Einkommens eines Durchschnittsbürgers ausmachen. Die Problematik des Grundeinkommens schlägt sich im gesamten Konsumgüterbereich nieder. Da die PPE-Investitionen⁸ in einem weiter entwickelten Markt nicht merklich höher (oder gar tiefer) sind, ist eine Kollokation in einem weiter entwickelten Markt generell erfolgsversprechender, es sei denn, Konkurrenzüberlegungen führen zum Betreten von Neuland.

Die grösste Hürde für Private Equity-Investitionen im OHADA-Raum stellt jedoch der Exit dar. Der typische Investment-Zyklus erstreckt sich über fünf Jahre, bei deren Ablauf der Fund – und auch der *Limited Partner* – Liquidität sucht. In den wenig entwickelten OHADA Märkten dürfte ein Exit über einen IPO an einer ausländischen Börse nur ausnahmsweise möglich sein. Für *Leveraged Buyouts*

⁷ Vgl. Statistik der Weltbank 2014. Abrufbar unter <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD> (18.8.15)

⁸ Property, Plant and Equipment.

(LBOs)⁹ besteht auch nur beschränkt Raum, da die erforderliche Schuldfinanzierung nicht zur Verfügung steht. Somit bleiben nur noch ein *Trade Sale*¹⁰ oder ein sekundärer *Private Equity Exit*¹¹ als realistische Exit-Szenarien, insbesondere an multinationale Gruppen, welche ihre Expansionsstrategie mittels Akquisitionen verwirklichen. Die fehlende Liquidität der Investitionen hat einen Diskont auf der Investition zur Folge oder schreckt sogar potentielle Investoren vor einem Eintritt ab.



III. Ausblick

Angesichts dieser langen Liste an Herausforderungen stellt sich die Frage, inwiefern die Rechtsvereinheitlichung im Rahmen der OHADA das Investitionsklima langfristig verbessern und damit auch neue Chancen für Private Equity Investitionen schaffen wird.

Zweifelsohne hat die Rechtsvereinheitlichung positive Auswirkungen. Das länderübergreifende Projekt erlaubt mehr Stabilität für Private Equity Investoren, die für ein Target ein Wachstumspotential in mehreren Ländern sehen. Mehr Stabilität heisst mehr Voraussehbarkeit und, in der Folge, weniger Risiko. Entsprechend wird es auch grundlegend sein, dass eine homogene Rechtsprechung angestrebt wird. Von besonderem Gewicht ist die Gesellschaftsrechtsreform, welche im Mai 2014 in Kraft trat. Die ans französische Recht anlehrende Gesellschaft der *Société par Actions Simplifiée* („SAS“) ist sehr flexibel und gibt den Gründern weitgehende Freiheit in Belangen, die für die Private Equity Industrie von Interesse sind wie die Anerkennung von Aktionärsbindungsverträgen, die Ausgabe von konvertiblen Instrumenten und variablem Aktienkapital und die

Gründung von ausländischen Niederlassungen. Diese Instrumente werden es leichter machen, rechtliche Strukturen aufzubauen und diese länderübergreifend anzuwenden. Die Flexibilität der SAS ist ein geeignetes Mittel, die verschiedenen Interessengruppen, insbesondere Darlehensgeber und verkaufende und erwerbende Aktionäre, im Rahmen von Private Equity Investitionen zu berücksichtigen, und jeden Deal nach Bedürfnis zu strukturieren.

Einen direkten Einfluss auf das Investitionsklima kann die Rechtsvereinheitlichung aber nur haben, wenn sich zugleich die **Rahmenbedingungen** verbessern. Dazu gehört das regulatorische Umfeld in Bereichen von Finanzmarktregulierung, Konzessionen, Erteilung von Bewilligungen, welche jeweils in nationaler Zuständigkeit verblieben sind. Zusätzlich ist eine Verbesserung der Infrastruktur, der politischen Stabilität und weiterer Faktoren notwendig, um Investitionen anzuziehen.

Solche Rahmenbedingungen müssen durch die öffentliche Hand, sowohl durch die betroffenen Staaten selbst wie auch durch multilaterale Organisationen, geschaffen werden. Erfreulicherweise finden seit kürzerer Zeit beträchtliche Anstrengungen in diese Richtung statt, insbesondere durch die IFC¹², die AFDB¹³ und durch Initiativen von Industrienationen. Die IFC hat beispielsweise 2010 USD 182 Mio. in den afrikanischen Bankensektor investiert, um die Quote der Penetration von Bankdienstleistungen in der Bevölkerung zu erhöhen. Mittels ihres Infrastruktur-Funds fördert sie auch die Erstellung besserer Infrastruktur in Westafrika in Zusammenarbeit mit lokalen Partnern. Ein solches Projekt ist beispielsweise die Unterstützung von Celtel's (heute Zain) Mobilfunkinfrastruktur in mehreren OHADA-Staaten. Weitere Initiativen gehen von der ADB aus. In eine ähnliche Richtung stossen private Initiativen mit Fokus auf *Social Impact*, wobei jeweils auf eine Verbesserung der Lebensgrundlagen und der Rahmenbedingungen abgezielt wird.

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass es eines ganzheitlich positiven Umfeldes, unterstützt durch multilaterale Initiativen bedarf, damit die OHADA-Staaten für Private Equity im grossen Ausmass interessant werden können. Es stellt sich folglich die Frage, in welchem **Zeitraum** die OHADA-

⁹ Bei LBOs handelt es sich um den Kauf eines Unternehmens mit kleiner Eigenkapitalinvestition und hoher Schuldenquote. Solche LBOs finden oft in der Gestalt von MBOs (*Management Buyouts*) statt, wobei die aktuelle Geschäftsleitung das Unternehmen mit Aufnahme von Schuldinstrumenten dem vorherigen Eigentümer, hier einem PE-Fonds, auskauft.

¹⁰ *Trade Sale* ist der Verkauf eines Portfoliounternehmens an ein Konkurrenzunternehmen, an einen Lieferanten oder einen Abnehmer (vertikale Integration).

¹¹ *Secondary Private Equity Exit* ist ein Verkauf des Portfoliounternehmens an einen anderen Private Equity Fund oder an einen Fund-of-Fund. Vgl. Secondary buyouts to PE funds: Broadening horizons, how do private equity investors create value? EY / AVCA, S. 7. (Abrufbar unter http://www.avca-africa.org/wp-content/uploads/2014/04/Broadening-horizons-Africa-value-creation-study_FR0124.pdf (4.8.2015)).

¹² *International Finance Corporation*, ein Arm der Weltbank Gruppe.

¹³ *African Development Bank Group*.

Staaten unter Annahme besserer Rahmenbedingungen für Private Equity Investoren attraktiv werden könnten.

Das zukünftige Wachstum von Entwicklungsländern ist nicht voraussehbar und verläuft z.T. entgegen der Entwicklung der Industrienationen. So hat sich beispielsweise das Wachstum in den meisten OHADA-Staaten während der Wirtschaftskrise von 2009 und danach erhalten. Gegenwärtig bleibt abzusehen, welchen Einfluss die Volatilität der Rohstoffpreise auf den Wirtschaftswachstum in diesen Ländern haben wird.

Ein **Vergleich zu anderen Wachstumsregionen, z.B. zu Lateinamerika** ist nur beschränkt möglich, fördert aber trotzdem gewisse Gemeinsamkeiten zu Tage. Dies veranschaulicht das Beispiel von Peru. Das Land war in der Vergangenheit in bürgerkriegsähnliche Verhältnisse verwickelt. Der maoistische Sendero Luminoso, der die benachteiligten Indigenas für sich gewinnen wollte, sorgte in den 80er Jahren in ländlichen Gebieten für Terror. Ende der 80er Jahre nationalisierte der sozialistische Staatschef Alan Garcia mitten in einer Wirtschaftskrise das Bankensystem, was zu einer Devisenflucht und einer galoppierenden Inflation führte, die im Jahre 1989 fast 3000% erreichte und das Land in eine tiefe Rezession führte, wobei das BIP pro Kopf USD 720 betrug. Trotz nachfolgender 10-jähriger Fujimori-Diktatur und nicht überwundenem sozialen Gefälle beträgt das BIP pro Kopf heute, nur 25 Jahre später, fast USD 7'000. Mit Hilfe der Weltbank, der IFC und der IADB konnte das Land seine Rahmenbedingungen innerhalb weniger Jahre wesentlich verbessern, so dass sich die Private Equity Funds heutzutage um die wenigen verfügbaren Targets drängen und die Bewertungen nach oben treiben. Dabei geht es nicht nur um Investitionen im Bereich Bergbau und Energie, welche vor allem von internationalen Konglomeraten wie Glencore, Shell und dergleichen gesucht werden, sondern auch um Konsumgüter, Financial Services, Business Services und Telecom. Der Boom hat Carlyle Group 2014 veranlasst, eine Niederlassung in Lima zu eröffnen. Ähnlich verhält es sich in Kolumbien, obwohl der Guerilla-Konflikt, wenn auch in anderem Kleid, immer noch anhält. Um gegenüber der Carlyle Group nicht zu kurz zu kommen, hat sich Advent in Kolumbien niedergelassen. Auch Baker & McKenzie hat in beiden Ländern bereits Niederlassungen eröffnet, um Investoren, die am zukünftigen Wachstum teilnehmen möchten, vor Ort unterstützen zu können.

Abgesehen von den ölreichen Staaten Gabon und Equatorial-Guinea und den Staaten Côte d'Ivoire und Kamerun weisen alle OHADA-Staaten ein BIP pro Kopf auf, das weit unter den für Private Equity interessanten Ländern in Lateinamerika liegt. Obwohl das BIP nicht der einzige Vergleichsfaktor ist, darf daraus geschlossen werden, dass die meisten OHADA-Staaten noch weit von der für Private Equity notwendigen Schwelle entfernt sind. Und dies ist umso mehr der Fall, als die Institutionen in den OHADA-Ländern äusserst schwach sind, was in Lateinamerika nie der Fall war (insbesondere nicht in Kolumbien). Ein Vergleich ist somit mit Fragezeichen behaftet. Was das Beispiel von Peru jedoch aufzeigt, ist, dass das Umfeld innerhalb von kurzer Zeit umschlagen kann. In einem Zeitraum von 20 Jahren kann eine Grundlage geschaffen werden, die ausländische Direktinvestitionen (FDI) und insbesondere Private Equity Investoren anzieht. Dieser Umstand wird heutzutage insofern erleichtert, als Investoren aufgrund des zinsfeindlichen Umfeldes und des schwachen Wirtschaftswachstum in entwickelten Märkten auf der Suche nach rentableren Investitionsgelegenheiten sind.

Zusammenfassend ist Private Equity in den OHADA-Staaten sicherlich noch keine breit akzeptierte Asset-Class. Sie wird es auch aufgrund des zu tiefen BIP pro Kopf und des fehlenden Umfeldes, in welchem Private Equity gedeihen kann, in naher Zukunft nicht sein. Davon ausgenommen sind in beschränktem Ausmass Sektoren, welche einen *Social Impact* mit sich bringen und Unterstützung von multinationalen Organisationen finden. Die Rechtsvereinheitlichung stellt aber auf jeden Fall einen wichtigen Schritt zur Schaffung eines positiven Investitionsfeldes dar, insbesondere mit der kürzlich durchgeführten Gesellschaftsrechtsreform. Diese rechtliche Grundlage muss durch die Schaffung stabiler Institutionen zur Rechtsdurchsetzung, eines Bankensystems, Bildungsmöglichkeiten und politischer Stabilität begleitet werden. Eine solche positive Entwicklung wird von multilateraler Unterstützung und vom politischen Willen der betroffenen Länder abhängen. Setzt ein nachhaltiges Wachstum im beschriebenen Sinne ein, dürften die OHADA-Staaten innerhalb der nächsten 20 Jahren zu interessanten Investitionsdestinationen werden.

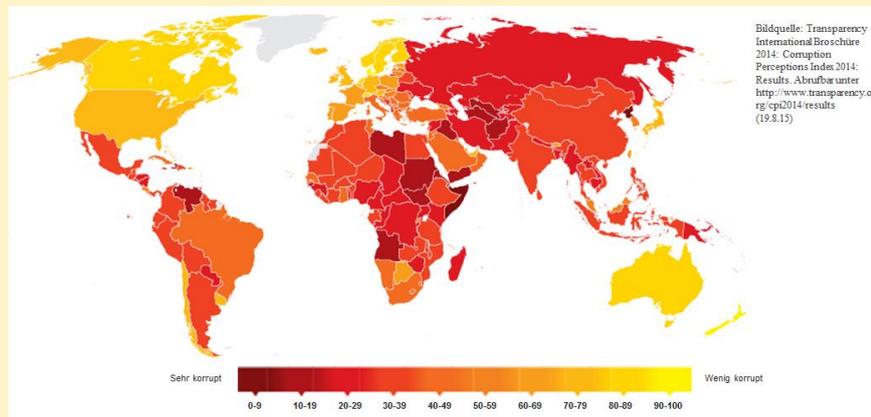
Regulatorische Risiken und Compliance- Herausforderungen



Dr. iur. Anne-Catherine Hahn, LL.M.

Fast alle Unternehmen, die sich mit Blick auf neue Absatzchancen in Schwellenländer vorwagen, machen die Erfahrungen, dass Komplikationen und Rückschläge Teil der Auslandsexpansion bilden. Eine wesentliche Ursache dafür sind Korruptions- und Betrugsrisiken, regulatorische Unsicherheiten sowie damit verbundene Haftungs- und Reputationsrisiken.

Anders als in entwickelten Volkswirtschaften mit stabilen Rechtssystemen sind Regulierungen in Schwellenländern häufig komplex und für Aussenstehende nicht immer transparent. Behördliche Zuständigkeiten sind z.T. unklar definiert, und Änderungen in der Vollzugspraxis sind schwer vorhersehbar. Zwischen wirtschaftlichen und politischen Eliten bestehen enge Verbindungen, zahlreiche Unternehmen sind staatlich beherrscht, und es ist nicht immer leicht, kompetente und zuverlässige Ansprechpartner auf Behördenseite zu finden. Ausländische Unternehmen laufen damit Gefahr, sich nicht in allen Bereichen jederzeit regelkonform zu verhalten und sich damit Sanktionen auszusetzen – und zwar auch dann, wenn die fraglichen Regeln gegenüber lokalen Akteuren nicht konsequent durchgesetzt werden.



Dieser in allen Schwellenländern bestehenden Problematik muss bei Projekten in West- und Zentralafrika besondere Bedeutung geschenkt werden. Viele dieser Länder sind zwar reich an Ressourcen; sie sind sogleich aber durch schwerwiegende interne Konflikte, schwache politische Institutionen und das Zusammenleben verschiedener Ethnien, Stammesgruppen und Religionsgemeinschaften mit jeweils eigenen Strukturen geprägt. Dieses Klima bietet den Nährboden für Korruption und Bestechungszahlungen. Wie sich aus einer jährlich von Transparency International erstellten Statistik (*Corruption Perceptions Index*) ergibt, schneiden viele Länder Zentral- und Westafrikas hinsichtlich der Wahrnehmung von Korruption bei Amtsträgern und Politikern denn auch nach wie vor sehr schlecht ab. Auf einer von 0 bis 100 laufenden Skala werden etwa Guinea-Bissau (Index: 19, Rang 161) und Tschad (Index: 22, Rang 154) als besonders korruptionsanfällig eingestuft. Dabei bestehen innerhalb der OHADA-Zone erhebliche Unterschiede. So erhalten z.B. Benin (Index: 39, Rang 80) und Burkina Faso (Index: 38, Rang 85) deutlich bessere Noten; in der Wahrnehmung von Wirtschaftsteilnehmern sind sie damit vergleichbar mit Ländern wie Indien oder Thailand. Noch erheblich besser bewertet wird Senegal, welches sich auf Rang 69 des *Corruption Perceptions Index* wiederfindet und damit ähnlich wie Rumänien, Italien oder Griechenland eingestuft wird.

Unabhängig von den konkreten Länderrisiken ist klar, dass Bestechungszahlungen nicht nur nach lokalem Recht, sondern auch nach dem Heimatrecht der meisten ausländischen Unternehmen eine Straftat darstellen. Es gibt mittlerweile unzählige Beispiele dafür, dass derartige Rechtsverstöße von Strafverfolgungsbehörden in den USA, in Europa und auch in der Schweiz untersucht und nach den strengen Anti-Korruptionsvorschriften des FCPA, des UK Bribery Act oder des schweizerischen Strafgesetzbuchs geahndet werden. Kommt es zu einer entsprechenden Verurteilung, drohen substantielle finanzielle Folgen in Form von Bussen, zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen und Rechtsberatungskosten.

Um in einem solchen Umfeld bestehen zu können, müssen ausländische Unternehmen Zeit und Geld aufwenden, um sich eingehend mit den politischen, regulatorischen und kulturellen Gegebenheiten vertraut zu machen. Dabei ist es nicht ausreichend, das regulatorische Umfeld bloss zu Beginn abzuklären. Unternehmen müssen sicherstellen, dass sie frühzeitig erfahren, wenn sich der Inhalt oder die effektive Durchsetzung einschlägiger Regeln ändern. Dabei ist auch den politischen Rahmenbedingungen Beachtung zu schenken. Projekte, die im Land selbst umstritten sind, sind besonders anfällig dafür, zum Gegenstand von Konflikten zu werden – und können dazu führen, dass beteiligte ausländische Unternehmen zwischen die Fronten geraten. Gerade in solchen Situationen besteht ein erhöhtes Risiko, dass ausländische Unternehmen mit intransparenten Zahlungsforderungen konfrontiert werden oder sich aufgrund relativ geringfügiger Regelverstöße erpressbar machen.

Besondere Aufmerksamkeit ist auch der Auswahl lokaler Lieferanten, Distributoren und anderer Geschäftspartner zu schenken. Da diese in der lokalen Kultur verankert sind, sind sie zwar mit den Gegebenheiten vertraut; gleichzeitig besteht aber das Risiko, dass ihr Verhalten nicht in allen Fällen dem strengen Massstab genügt, an dem sich ausländische Unternehmen messen lassen müssen. Das kann dazu führen, dass Compliance-Verstöße der lokalen Partner zum Problem des ausländischen Unternehmens werden. Um dies zu verhindern, müssen zur sorgfältigen Auswahl der lokalen Partner systematische Schulungen sowie laufende und detaillierte Kontrollen treten.

Weiter empfiehlt es sich, regulatorische Unsicherheiten nicht stillschweigend in Kauf zu nehmen. Die Erfahrung zeigt vielmehr, dass ausländische Unter-

nehmen, sofern sie ausreichende Beharrlichkeit und Konsequenz an den Tag legen, das sie betreffende Geschäftsklima durchaus im Sinne der Compliance beeinflussen können. Ausschlaggebend dafür ist zunächst die eindeutige und sowohl intern als auch nach aussen klar zu kommunizierende Ablehnung jeglicher Bestechungszahlungen. Die Einhaltung strenger Integritätsstandards muss von der Unternehmensleitung getragen und vorgelebt werden, und es muss ihr über alle Hierarchiestufen Nachachtung verschafft werden.

Eine derartige Selbstverpflichtung und die konsequente Ahndung von Verstößen sind Voraussetzung dafür, dass Unternehmen den für sie geltenden Regeln und Standards auch in „schwierigen“ Ländern entsprechen können. Ein klares Bekenntnis zu integrem Verhalten hilft auch, regulatorische Unsicherheiten proaktiv zu klären und damit das Risiko von Regelverstößen von vornherein zu reduzieren. Machbar ist dies in aller Regel allerdings nur mit Hilfe eines starken lokalen Managements, welches den Grundsätzen und Werten des ausländischen Unternehmens verpflichtet ist und gleichzeitig über ausreichende Autorität verfügt, um diesen vor Ort nachhaltig Respekt zu verschaffen. Damit Investitionen und Projekte in Ländern der OHADA-Zone langfristig Erfolg haben, sollten sie damit auf der Grundlage einer umfassenden Risikoabklärung erfolgen und von der Unternehmensleitung laufend und eng begleitet werden.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abk.	Abkommen
Abs.	Absatz
AEF	Afrique équatoriale française
AG	Aktiengesellschaft
al.	alinea
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AU	Acte uniforme
AUA	Acte uniforme relatif à l'arbitrage
AUCTMR	Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route
aAUDCG	alt Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUHCE	Acte uniforme portant sur l'organisation et l'harmonisation des comptabilités des entreprises
AUPCAP	Acte uniforme portant sur l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme portant sur l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUS	Acte uniforme portant sur l'organisation des sûretés
AUSC	Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
BCEAO	Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest
Bd./Bde.	Band/Bände
BEAC	Banque des États d'Afrique Centrale
BIP	Bruttoinlandsprodukt
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
ca.	zirka
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
CEAO	Communauté économique d'Afrique de l'Ouest
CEDEAO	Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest
CEMAC	Communauté économique et monétaire d'Afrique Centrale
CFA	Communautés financières d'Afrique
CHF	Schweizer Franken
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)

Literaturverzeichnis

d.h.	das heisst
ERSUMA	École régionale supérieure de la magistrature
et al.	et alii/aliae/alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f./ff.	folgende/fortfolgende
GIE	Groupement d'intérêt économique
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IADB	Interamerikanische Entwicklungsbank
IAS	International Accounting Standards (herausgegeben vom International Accounting Standards Committee)
ICC	International Chamber of Commerce (Internationale Handelskammer)
IFC	International Finance Corporation
IMF	Internationaler Währungsfond
inkl.	inklusive
IPO	Initial Public Offering
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LBO	Leveraged Buyout
lit.	litera (= Buchstabe)
LugÜ	Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.12)
MBO	Management Buyout
m.E.	meines Erachtens
Mia.	Milliarde(n)
Mio.	Million(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randnote
Nr.	Nummer
NYÜ	New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung

OR	Bundesgesetz vom 30.März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PE	Private Equity
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier (Handels- und Mobiliarkreditregister)
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
sog.	sogenannt(e)
SYSCOA	Système comptable ouest-africain
Traité	Traité OHADA de Port-Louis
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UEAC	Union économique d'Afrique centrale
UEMOA	Union économique et monétaire ouest africaine
UMAC	Union monétaire d'Afrique centrale
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht)
USD	US-Dollar
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

Bücher / Zeitschriften

- Assi-Eso Anne-Marie H./ Diouf Ndia OHADA - Recouvrement des créances, Brüssel 2002
- Crocq Pierre/Black Yondo Lionel/Brizoua-Bi Michel/ Fille Lambie Olivier/ Laisney Louis-Jérôme/ Marceau-Cotte Ariane Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA. Reuil-Malmaison 2012
- Dièye Alioune Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA (Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSGIE) révisé en 2014), 4. Aufl., Dakar 2014
- Diouf Ndiaw Procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, In : Issa-Sayegh/Pougoué/Sawadogo (Hrsg.), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4. Aufl., Mayenne 2014
- Hagge Nicolas Das einheitliche Kaufrecht der OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires), Frankfurt am Main 2004
- Issa-Sayegh Joseph Sûretés, In: Issa-Sayegh/Pougoué/Sawadogo (Hrsg.), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4. Aufl., Mayenne 2014
- Kenfack Douajni Gaston La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA, In : Revue Camerounaise de l'Arbitrage, Nr. 29 April/Mai/Juni 2005
- Kéré Idrissa L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats: propos et questions préliminaires, In: Revue de droit uniforme, UNIDROIT, Nr. 1/2 2008.
- Kodo Mahutodji Jimmy Vital L'application des Actes uniformes de l'OHADA, Louvain-la-Neuve 2010
- Lefebvre Francis Code Pratique. OHADA : Traité, actes uniformes et règlements annotés, Levallois-Perret 2013
- Levoa Awona Serge-Patrick Défaut de la conformité et défaut cache dans la vente commerciale OHADA: Retour à la case départ?, In: Horizons Juridiques Africains, Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines, 6. Aufl., Aix-Marseille 2013
- Maïdagi Mainassara Les tendances jurisprudentielles de la cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) par acte uniforme appliqué. In : La revue de droit uniforme africain, Nr. 3, 2010
- Martor Boris/Pilkington Nanette/Sellers David S./ Thouvenot Sébastien Business Law in Africa, OHADA and the Harmonization Process, London 2002

Martor Boris/Pilkington Nanette/Sellers David S./ Thouvenot Sébastien	Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, 2. Aufl., Paris 2009
Mbock Biomla Jean Mchel	OHADA : Code Bleu. Textes annotés, Jurisprudence résumée de la CCJA, Annotations du droit comparé, 3. Aufl., Saint Gratien 2014
Meyer Pierre	Arbitrage, In : Issa-Sayegh/Pougoué/Sawadogo (Hrsg.), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4. Aufl., Mayenne 2014
Meyer Pierre	Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'Acte uniforme. In : Revue de droit de l'arbitrage, No. 3, 2010.
Pougoué Paul-Gérard (Hrsg.)	Encyclopédie du droit OHADA, Reuil-Malmaison 2011
Pougoué Paul-Gérard/ Nguebou-Toukam Josette/ Anoukaha François	Sociétés commerciales et GIE, In : Issa-Sayegh/Pougoué/Sawadogo (Hrsg.), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4. Aufl., Mayenne 2014
Santos Akuété Pedro	Droit Commercial Général, In : Issa-Sayegh/Pougoué/Sawadogo (Hrsg.), OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 4. Aufl., Mayenne 2014
Siehr Kurt	Art. 2 [Ausgeschlossene Materialien]. In: Honsell Heinrich (Hrsg.) Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG), 2. Aufl., Heidelberg 2010
Samb Moussa	Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : Cas du Bénin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal, In : Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, Dossier : Le Recouvrement des Créances
Zhu Weidong	OHADA as a Base for further Chinese Investments in Africa, Penant Nr. 869, 2009

Elektronische Publikationen / Einschlägige Webseiten

Ahoyo André Franck	Harmonization of Business Law in Africa, the Example of OHADA. Abrufbar unter https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/business-regulation/upload/andre-ahoyo-harmonization-of-business-law-in-africa-the-example-of-ohada.pdf (3.8.2015)
Beauchard Renaud/Kodo Mahutodji Jimmy Vital	Can OHADA Increase Legal Certainty in Africa? In: Justice & Development working paper series 17 (2011). Abrufbar unter http://siteresources.worldbank.org/EXTLAWJUSTINST/Resources/17-2011CanOHADAINcrease.pdf?resourceurlname=17-2011CanOHADAINcrease.pdf (18.8.15)
Club OHADA Bukavu	La vente commerciale en droit OHADA : Apports et emprunts. 2011. Abrufbar unter http://www.legavox.fr/blog/club-ohada-bukavu/vente-commerciale-droit-ohada-apports-4922.pdf (18.8.15)
Compaore Blaise	Conférence des chefs d'état et de gouvernement de l'OHADA : Communiqué final vom 17. Oktober 2013. Abrufbar unter http://www.ohada-rdc.cd/mespdf/Projet-de-communiquerfinal-CCEG-OCT-2013-version-comite+des-experts-def-finale-fin.pdf (18.8.15)
Gatsi Jean	La jurisprudence, source du droit OHADA. Abrufbar unter http://www.juriscope.org/news/3/44/La-Jurisprudence-source-du-droit-OHADA.htm (3.8.2015)
Lendongo Paul	Statistiques de la CCJA en matière contentieuse, arbitrale et consultative en dix ans de fonctionnement. Abrufbar unter http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-11-16.html (3.8.2015)
Webseite der Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika (OHADA)	www.ohada.org
Webseite der UNIDA zur Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika (OHADA)	www.ohada.com
Webseite der Wirtschaftskammer Schweiz-Afrika	http://www.swisscham-africa.ch