

Lahmlegung des Geschäftsbetriebs durch schiedsgerichtliche einstweilige Verfügungen?

Irene Welser, Wien

Übersicht:

- I. Ausgangslage
- II. Mögliche Begehren
- III. Art 17 UNCITRAL-Modellgesetz in der Fassung 1985
- IV. Art 17A UNCITRAL-Modellgesetz in der Fassung 2006
- V. Parallelen zur EO
- VI. Prüfungsschema
- VII. Konkrete Gebote und Verbote

Da der Jubilar nicht nur zu den führenden Gesellschaftsrechtlern Österreichs, sondern auch zu jenem wesentlich enger gefassten Kreis von Personen gehört, die sich nicht scheuen, gesellschaftsrechtliche Ansprüche auch im streitigen Weg durchzusetzen, hoffe ich, dass das Thema dieses Beitrags sein Interesse finden wird. Es geht um die in der Literatur und insbesondere in der Entscheidungspraxis kaum aufgearbeitete Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen Schiedsgerichte Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldansprüchen erlassen dürfen, die den Geschäftsbetrieb einer Partei – meist des Beklagten – nachhaltig beeinträchtigen. Da es sich im heutigen Wirtschaftsleben bei schiedsbeklagten Parteien in der Regel um juristische Personen, meist Kapitalgesellschaften, handelt, ist auch die Brücke zum Gesellschaftsrecht, an dem der Jubilar mein Interesse während der zweieinhalbjährigen Konzipiententätigkeit bei ihm in besonderer Weise geweckt hat, schnell hergestellt. Zugleich mögen die vorliegenden Ausführungen einen Anstoß zum Nachdenken darüber bilden, ob die relativ weitgehende und freie Befugnis eines Schiedsgerichts, einstweilige Maßnahmen anzuordnen, ohne an einen genauen gesetzlichen Katalog gebunden zu sein, von den Parteien wirklich in allen Fällen gewollt wird, in denen sie eine Schiedsvereinbarung abschließen.

I. Ausgangslage

Seit der grundlegenden Novelle durch das Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006¹⁾ ist die schon bis dahin diskutierte²⁾ Frage, ob Schiedsgerichte parallel zu

1) BGBl I 2006/7.

2) Vgl dazu etwa *Hempel*, Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte – Cui bono? in *Fischer-Czermak/Kletečka/Schauer/Zankl* (Hrsg), Festschrift Rudolf Welser. Zum 65. Geburtstag (2004) 269.

den ordentlichen Gerichten die Kompetenz haben sollen, vorläufige oder sichernde Maßnahmen anzuordnen, klar beantwortet: Gem § 593 ZPO kann ein Schiedsgericht, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, auf Antrag einer Partei jene vorläufigen oder sichernden Maßnahmen gegen eine andere Partei nach deren Anhörung anordnen, „die es in Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält, weil sonst die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder erheblich erschwert werden würde oder ein unwiederbringlicher Schaden droht.“ In diesem Zusammenhang kann das Schiedsgericht von jeder Partei jedoch auch „angemessene Sicherheit“ fordern.

Scheinbar noch ein wenig weitergehend normiert Art 33 VIAC-Schiedsordnung („Wiener Regeln“), dass das Schiedsgericht „auf Antrag einer Partei vorläufige oder sichernde Maßnahmen gegen eine andere Partei anordnen kann“. Nahezu wortgleich hält auch Art 28 ICC-Schiedsgerichtsordnung fest, dass das Schiedsgericht auf Antrag einer Partei „ihm angemessen erscheinende Sicherungsmaßnahmen oder vorläufige Maßnahmen anordnen kann“, wobei die Anordnung solcher Maßnahmen von der Stellung angemessener Sicherheiten durch die antragstellende Partei abhängig gemacht werden kann.

Dieser weitgehende Gleichklang der einschlägigen Regelungen ist nicht erstaunlich, weil er auf Art 17 UNCITRAL-Modellgesetz zurückgeht. Überraschend ist allerdings, dass explizite Bestimmungen darüber, was die materiellrechtliche Voraussetzung für den Erlass einer derartigen Einstweiligen Verfügung ist, sowohl in der ZPO, als auch in den Wiener Regeln und in der ICC-Schiedsgerichtsordnung schlichtweg fehlen. Auch die Lehre ist dazu wenig ergiebig. So hält etwa *Kloiber*³⁾ lediglich die formalen Voraussetzungen Einstweiliger Maßnahmen fest, nämlich dass der Antragsgegner hierzu vor Erlassung vom Schiedsgericht zu hören ist, dass es sich um eine Maßnahme „in Bezug auf den Streitgegenstand“ handeln muss und dass das Schiedsgericht die Maßnahme deshalb für erforderlich hält, weil sonst die Anspruchsdurchsetzung vereitelt oder erheblich erschwert werden würde oder ein unwiederbringlicher Schaden droht. Dies entspricht allerdings ohnehin nur dem Gesetzeswortlaut des § 593 ZPO⁴⁾. Weitere Klarheit über den Inhalt der anzuordnenden Maßnahmen gibt *Kloiber* nur insoweit, als sie meint, dass die §§ 378 ff EO insofern eine Orientierung bieten, als die dort aufgelisteten Maßnahmen und Anordnungen „jedenfalls umfasst“ sind.

Ebenso zählt zwar *Zeiler*⁵⁾ einen Typenkatalog möglicher Einstweiliger Maßnahmen auf. Auf die materiellen Voraussetzungen der Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zur Sicherung von Geldforderungen im Detail geht er jedoch nicht ein.

3) ZAK 2006/427, 247.

4) Zu den Voraussetzungen für die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung durch ein Schiedsgericht nach der ZPO vgl auch *Vcelouch*, Interim and Protective Measures Under the New Austrian Arbitration Act, in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* (Hrsg), Austrian Arbitration Yearbook 2007 (2007) 163 ff.

5) Erstmals Einstweilige Maßnahmen im Schiedsverfahren? *SchiedsVZ* 2006, 79 ff; *Zeller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht I (2011) Rz 7/31 ff und insbesondere 7/46 ff.

Auch *Platte*⁶⁾ hält sehr allgemein zu den Bedingungen für die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung fest, dass das Schiedsgericht nur Einstweilige Verfügungen „in Bezug auf den Streitgegenstand“ erlassen kann und dass die Maßnahme vom Schiedsgericht für notwendig gehalten werden muss, um zu verhindern, dass die Vollstreckung des Anspruchs verhindert oder ernstlich gefährdet wird, oder dass ein anderwärtiges Risiko eines nicht wiederbringlichen Schadens besteht. An Voraussetzungen für die Erlassung Einstweiliger Verfügungen hält *Platte* fest, dass die antragstellende Partei prima facie nachweisen muss, dass sie einen Anspruch gegen die andere Partei hat, der Gegenstand des Schiedsverfahrens ist, und dass die Maßnahme notwendig im Sinne der obigen Ausführungen ist.

Weitaus am eingehendsten beschäftigen sich *Schwarz/Konrad*⁷⁾ mit dem Thema Einstweilige Verfügung in Schiedsverfahren. Auch sie verweisen aber darauf, dass in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – anders als nach den jeweiligen nationalen Rechten – keine klaren Voraussetzungen oder Richtlinien definiert sind, und zwar zum einen zur Frage, welche Sicherungsmaßnahmen überhaupt gesetzt werden können, zum anderen aber auch, unter welchen Umständen sie zu setzen sind.⁸⁾ Zum selben – ernüchternden – Ergebnis kommen auch ein ICC-Bericht über Einstweilige Verfügungen⁹⁾ sowie *Zeiler*¹⁰⁾ hinsichtlich der Vienna Rules, die seines Erachtens ebenfalls keine speziellen Voraussetzungen für Einstweilige Verfügungen vorsehen.

*Schwarz/Konrad*¹¹⁾ weisen darauf hin, dass prinzipiell zwei mögliche Zugänge bestehen: Entweder, das Schiedsgericht lehnt sich an das einschlägige nationale Zivilprozessrecht an, oder es erlässt Einstweilige Verfügungen ohne Bezugnahme auf irgendein anwendbares Gesetz, gleichsam „freihändig“. Hingewiesen wird weiters darauf, dass nach der ZPO die Schiedsgerichte nur „notwendige“ Maßnahmen erlassen können, während etwa Art 22 Vienna Rules weiter gefasst ist und von „angemessenen“ Maßnahmen spricht. Die zweite Voraussetzung, nämlich dass Einstweilige Verfügungen nur in Bezug auf den Streitgegenstand erlassen werden dürfen, ist bei den hier zu erörternden Streitigkeiten um Geldforderungen wohl kaum als materielle Einschränkung des Spielraums des Schiedsgerichts zu verstehen, weil zur Sicherung einer Geldforderung ja ein weitreichender Maßnahmenkatalog möglich ist.

In weiterer Folge verweisen *Schwarz/Konrad* darauf, dass nach § 593 ZPO Einstweilige Verfügungen schon erlassen werden dürfen, wenn die Anspruchsverfolgung bloß „erheblich erschwert“ wird. Das soll auch beträchtliche Schwierigkeiten in der Vollstreckung des Anspruchs in solchen Fällen umfassen, in de-

6) In *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher*, *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure* (2007) 321 ff.

7) *The Vienna Rules, A Commentary on International Arbitration in Austria* (2009) Rz 22-046 ff.

8) *Schwarz/Konrad*, *The Vienna Rules* Rz 22-049.

9) *Lew*, *Commentary on Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitration Cases* 11 (1), ICC Bull 2000/23, 30.

10) *Zeiler*, *Interim and Conservatory Measures*, in *VIAC* (Hrsg), *Handbook Vienna Rules – A Practitioner’s Guide* 2013 (2013) Art 33.

11) *The Vienna Rules* Rz 22-050.

nen der Gegner es für den Kläger wesentlich schwieriger macht, auf seine (bisherigen) Vermögenswerte zuzugreifen¹²⁾. Zur weiteren Möglichkeit, Einstweilige Verfügungen zur Abwehr drohender unwiederbringlicher Schäden zu erlassen, halten *Schwarz/Konrad* dann freilich fest, dass ein unwiederbringlicher Schaden dort nicht vorliegen wird, wo dieser nur in der Zufügung von Vermögensnachteilen besteht, die durch Geldersatz später wieder ausgeglichen werden können¹³⁾.

Beispiele von unwiederbringlichem Schaden sind – wie *Binder*¹⁴⁾ beispielhaft aufzählt – jedenfalls der Verlust eines einzigartigen Kunstwerks, die Insolvenz eines Unternehmens, der Verlust essenzieller Beweismittel, das Entgehen einer einmaligen Geschäftsmöglichkeit oder ein Schaden in der Reputation eines Unternehmens wegen einer Markenrechtsverletzung. Noch darüber hinausgehend, wird von *Schwarz – Konrad*¹⁵⁾ jedoch vorgeschlagen, „unwiederbringlich“ im Sinne von „nicht leicht wiedergutzumachend“ zu verstehen, um so ein „etwas entspannteres“ Verständnis des Gesetzes zu erreichen. Auch sie betonen freilich zusammenfassend, dass eine Einstweilige oder Vorläufige Maßnahme das Ergebnis des Rechtsstreits nicht vorweg nehmen darf, und dass der Kläger seinen Anspruch *prima facie* nachweisen muss.

Gerade zum Beweisstandard heben *Schwarz/Konrad* jedoch deutlich hervor, dass unbewiesene Behauptungen nicht ausreichen. Wörtlich heißt es: „Je höher das Risiko und umso drastischer der mögliche Einfluss der beantragten Einstweiligen Verfügung ist und je unsicherer der Erfolg der beantragenden Partei in der Hauptsache, umso mehr werden die Schiedsrichter an Beweisen erwarten dürfen.“¹⁶⁾ Als weitere, relativ freihändig abgeleitete Voraussetzungen für die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung werden Dringlichkeit und eine ausreichende Interessenabwägung genannt.

II. Mögliche Begehren

Wie brisant die Entscheidung über die Voraussetzungen und Reichweite schiedsgerichtlicher Einstweiliger Verfügungen im Einzelfall sein kann, mag ein aus meiner Praxis stammender jüngster Anlassfall illustrieren.

Es handelte sich dabei um ein *ad hoc*-Schiedsverfahren, in dem Geldansprüche aus einem Lizenzvertrag eingeklagt waren, dessen Fortbestand zwischen den Parteien streitig war. Noch bevor das Schiedsgericht überhaupt ein Beweisverfahren zum Grund des Anspruchs abgeführt oder die Parteien hierzu in Schriftsätzen Stellung genommen hatten, beantragte die klagende Partei – und zwar kumulativ – nachstehende Sicherungsmaßnahmen im Wege einer Einstweiligen Verfügung:

12) *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 22-062.

13) *Schwarz – Konrad*, The Vienna Rules Rz 22-064; vgl dazu auch *Binder*, International Commercial Arbitration and Conciliation, in UNCITRAL Model Law Jurisdictions³ (2009) 4A-039.

14) *Binder* in UNCITRAL Model Law Jurisdictions³ 4A-039.

15) The Vienna Rules Rz 22-065.

16) *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 22-074.

- Das Gebot, die Schiedsbeklagte möge „zumindest den Wert ihrer derzeitigen Vermögenswerte bewahren und sich jeglicher weiterer Aktivitäten enthalten, welche den Übergang von Vermögenswerten auf Dritte bewirken“;
- das Gebot an die Schiedsbeklagte, sich jeglicher Aktivitäten zu enthalten, die zu einer Belastung von Vermögenswerten führen, insbesondere das Eingehen von Verbindlichkeiten, die Einräumung von Nutzungsrechten oder von Pfandrechten und Hypotheken an Dritte;
- das Verbot, ein bestimmtes (dort näher bezeichnetes) Markenrecht an Dritte zu übertragen;
- das Verbot, Anteile an ihrer Tochtergesellschaft an Dritte zu übertragen;
- die Einzahlung des gesamten Klagsbetrags auf ein Treuhandkonto, wobei das Schiedsgericht selbst (!) ersucht werde, als Treuhänder zu agieren.
- Und schließlich, in eventu, die Übergabe einer abstrakten Bankgarantie über den gesamten Klags-, sowie Kostenbetrag an den Schiedskläger.

Es bedarf keiner weiteren Begründung darzulegen, dass durch eine solche Einstweilige Verfügung – würde sie erlassen – der Geschäftsbetrieb der Schiedsbeklagten völlig gelähmt wäre. Dass die beantragte Einstweilige Verfügung – gerade in ihrer Gesamtheit und in ihrer Kumulation der einzelnen Begehren – schon auf den ersten Blick überschießend wirkt, bedarf ebenfalls keiner weiteren Begründung. Wo aber liegen die Grenzen im Detail? Und insbesondere, was muss das Schiedsgericht vor Erlassung einer allfälligen Einstweiligen Verfügung im Einzelfall wirklich prüfen? Haben die Parteien dadurch, dass sie Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart haben, dem Schiedsgericht quasi einen „Blankoscheck“ gegeben, hier weitgehend nach eigenem Ermessen zu agieren?

III. Art 17 UNCITRAL-Modellgesetz in der Fassung 1985

Die Gesetzesmaterialien¹⁷⁾ erwähnen, dass mit § 593 ZPO letztlich Art 17 UNCITRAL-Modellgesetz rezipiert werden sollte. Dieser hatte damals noch eine sehr allgemeine Fassung. Art 17 UNICTRAL Modellgesetz lautete nämlich:

„Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht, wenn eine Partei es beantragt, jeder Partei auferlegen, alle vorläufigen oder sichernden Maßnahmen zu ergreifen, die das Schiedsgericht in Bezug auf den Gegenstand des Streites für notwendig erachtet. Das Schiedsgericht kann von jeder Partei im Zusammenhang mit einer solchen Maßnahme angemessene Sicherheit verlangen.“

All dies sieht tatsächlich nach einer sehr weitgehenden Ermessensentscheidung des Schiedsgerichts aus. Aber ist das wirklich sachgerecht? Wenn – wie in der Mehrzahl aller Fälle der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Geldstreitigkeiten zwischen den Parteien bestehen, kann das Schiedsgericht, anders als ein staatliches Gericht, dann unbegrenzt „freezing orders“ oder ähnlich weitgehende Maßnahmen zur Sicherung von Geldansprüchen anordnen?

17) Vgl. ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das UNCITRAL-Modellgesetz schon im Zeitpunkt der Erlassung des § 593 ZPO in Überarbeitung begriffen war.¹⁸⁾ Bereits damals gab es einen Vorschlag der UNCITRAL Working Group für eine neue Fassung des Art 17 A, nach dessen Abs 3a es dem Antragsteller obliegen sollte, darzutun, dass ihm ohne die Erlassung der beantragten einstweiligen Maßnahme ein durch den Zuspruch von Schadenersatz nicht ausreichend ersetzbarer Schaden droht. Dies war offenbar mit ein Grund dafür, den österreichischen § 593 ZPO nicht „schrakenlos“ und völlig unbestimmt zu fassen, sondern zumindest die Voraussetzung anzuordnen, dass sonst die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder erheblich erschwert werden würde **oder ein unwiederbringlicher Schaden droht**.

IV. Art 17A UNCITRAL-Modellgesetz in der Fassung 2006

Gerade auch um internationale Standards zu schaffen und Schiedsgerichten in der schwierigen und zum Teil auch haftungsträchtigen Frage, wieweit Einstweilige Verfügungen erlassen werden dürfen, an die Hand zu gehen, wurde Art 17 UNCITRAL-Modellgesetz im Jahr 2006 aktualisiert und neu gefasst. Seither gibt es auch einen neuen Art 17A, der hier einschlägig ist:

„Die die vorläufige Maßnahme beantragende Partei hat dem Schiedsgericht nachzuweisen, dass ihr a) bei Nichtergreifen der Maßnahme ein unwiederbringlicher Schaden entstehen würde, der den Schaden übersteigt, der dem Gegner durch Anordnung der vorläufigen Maßnahme entstehen würde und b) der von ihr in der Hauptsache geltend gemachte Anspruch Aussicht auf Erfolg hat.“

Damit ist – gerade für Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen – eine Menge gesagt. Denn hier lässt sich ja, wenn man keine näheren „Spielregeln“ oder Anhaltspunkte aufstellt – anders als etwa bei Streitigkeiten, in denen es um die Einräumung einer bestimmten Lizenz, um die Übergabe einer bestimmten Sache oder von Unternehmensanteilen geht – prima facie nahezu jede Maßnahme als „in Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich“ darstellen.

Ist es aber eine zusätzliche Voraussetzung, dass nicht nur unwiederbringlicher Schaden entstehen muss, wenn die Maßnahme unterbleibt, sondern dass dieser unwiederbringliche Schaden sogar denjenigen Schaden übersteigen muss, der dem Gegner durch Anordnung der vorläufigen Maßnahme entstehen würde, so sind dem Schiedsgericht doch sehr klare Richtlinien gegeben und zugleich Grenzen für ein allzu freies Vorgehen gesteckt.

Überdies ist durch Art 17A UNCITRAL-Modellgesetz klargestellt, dass das Schiedsgericht nicht nur subjektiv der Ansicht sein muss, dass die beantragte Maßnahme „im Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich gehalten wird“, sondern dass es auch prüfen muss, ob der von der antragstellenden Partei in der Hauptsache geltend gemachte Anspruch überhaupt Aussicht auf Erfolg hat.

Das Schiedsgericht muss daher nicht nur die Frage, ob der antragstellenden Partei überhaupt ein unwiederbringlicher Schaden entstehen würde, sondern

18) Vgl Zeiler, SchiedsVZ 2006, 82.

auch die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt zu Recht besteht, vorweg prüfen und – zumindest prima facie – die hierfür notwendigen Beweise aufzunehmen.

V. Parallelen zur EO

Hinzuweisen ist allerdings auch darauf, dass die Diktion, die der österreichische Gesetzgeber gewählt hat, sich nicht nur an Art 17 UNICTRAL-Modellgesetz oder der damals bereits diskutierten Neufassung, dem späteren Art 17A, orientiert, sondern auch an den jedem Streitanwalt wohl bekannten §§ 379 ff EO. Denn dort ist ebenfalls angeordnet, dass zur Sicherung von Geldforderungen Einstweilige Verfügungen angeordnet werden können, wenn wahrscheinlich ist, dass der Gegner ohne sie durch Beschädigen von oder andere Verfügungen über Vermögensstücke, durch Veräußerung oder andere Verfügungen über Gegenstände seines Vermögens, insbesondere durch darüber mit Dritten getroffene Vereinbarungen „die Hereinbringung der Geldforderung vereiteln oder erheblich erschweren würde.“ Da es im vorliegenden Beitrag ausschließlich um Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldansprüchen geht, seien diese Voraussetzungen hier nochmals in Erinnerung gerufen:

Grundsätzlich sieht die EO in einer taxativen Aufzählung verschiedene Sicherungsmittel vor: Genannt ist primär die Verwahrung und Verwaltung von beweglichen körperlichen Sachen, die Hinterlegung von Geld, ein Veräußerungs- und Verpfändungsverbot beweglicher körperlicher Sachen, ein gerichtliches Drittverbot, aber auch die Verwaltung von Liegenschaften des Gegners der gefährdeten Partei, das Verbot der Veräußerung oder die Belastung von Liegenschaften oder bürgerlichen Rechten.¹⁹⁾ Allerdings ist es unstrittig, dass in Schiedsverfahren kein derartiger taxativer Maßnahmenkatalog besteht: Nach hM²⁰⁾ kann das Schiedsgericht selbst Maßnahmen auftragen, die dem österreichischen Recht als solche unbekannt sind, was allerdings zu Schwierigkeiten beim Vollzug führen kann.²¹⁾

§ 379 Abs 2 Z 1 EO setzt nach ganz hM als Anspruchsvoraussetzung für eine Einstweilige Verfügung zur Sicherung von Geldforderungen voraus, dass eine **subjektive Gefahr** vorliegen muss: Der Gegner der gefährdeten Partei oder ein ihm zuzurechnender oder von ihm beauftragter Dritter muss Eigenschaften aufweisen oder (aktiv) ein Verhalten setzen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Vereitelung der Anspruchserfüllung erwarten lassen.²²⁾ Daher begründet im Anwendungsbereich der EO – wie *König* zutreffend hervorhebt – selbst ein ernster Vermögensverfall alleine noch keine ausreichende subjektive Gefährdung, sondern es müsste zur Berechtigung einer Einstweiligen Verfügung ein zusätzliches Verhalten des Gegners hinzutreten, welches darauf gerichtet ist,

19) Vgl § 379 Abs 3 EO; siehe auch *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁴ 46 ff.

20) Für viele *Zeiler*, Schiedsverfahren² (2014) § 593 Rz 21.

21) Dieser obliegt den ordentlichen Gerichten, vgl § 593 Abs 3 ZPO.

22) Vgl *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁴ 41 f.

die Forderungsbefriedigung zu hintertreiben.²³⁾ Die Judikatur, welche freilich zum Teil aus den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts stammt, hat eine subjektive Gefahr etwa dann bejaht, wenn Veräußerungen von Wirtschaftsgütern außerhalb des ordentlichen Geschäftsbetriebs vorgenommen wurden, oder wenn der Gegner „mehrere andere Gläubiger in raffinierter Weise um ihre Forderungen zu bringen versucht hat“, ebenso, wenn der Geschäftsbetrieb komplett eingestellt und die wesentlichen Unternehmensteile an „nicht greifbare Dritte“ veräußert wurden, wobei die eigene finanzielle Situation des Gegners gleichzeitig prekär war.

Nach ganz herrschender Judikatur liegt jedoch keine subjektive Gefahr vor, wenn der Gegner bloß vermögens- oder einkommenslos ist, wenn mehrere gegen ihn gerichtete vollstreckbare Exekutionstitel vorliegen oder mehrere Rechtsstreitigkeiten auf Zahlung gegen ihn anhängig sind; weiters selbst dann nicht, wenn das Unternehmen liquidiert, Liegenschaftsbesitz teilweise veräußert oder gegen Kreditgewährung verpfändet wird oder wenn der einzige Vermögenswert belastet wird, ohne dass zugleich Vereitelungsabsicht nachgewiesen werden kann. Auch bloße Zahlungsschwierigkeiten oder Konkurs der Muttergesellschaft bedeuten nach der zur EO ergangenen Judikatur²⁴⁾ noch keine subjektive Anspruchsgefährdung.

Hält man sich diese strengen Voraussetzungen vor Augen, welche die staatlichen Gerichte an die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zur Sicherung von Geldforderungen stellen, mutet es doch sehr merkwürdig an, dass Schiedsgerichte bei der Frage, wann Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Geldforderungen angeordnet werden können, komplett frei sein sollen oder doch recht „dehnbare“ und schwammige Ermessensentscheidungen treffen dürfen. Dennoch weisen maßgebliche Schiedsrechtsexperten etwa zum deutschen Recht²⁵⁾, darauf hin, dass bei der Erforderlichkeit einer Maßnahme in Bezug auf den Streitgegenstand das Schiedsgericht insoweit Ermessen hat, als es eine Einstweilige Maßnahme immer dann für erforderlich halten kann, wenn das Recht des Antragstellers wahrscheinlich ist oder ihm Gefahr droht.²⁶⁾ Auch *Lachmann*²⁷⁾ betont, dass die gesetzlichen (deutschen) Regelungen, mit denen das Eilverfahren vor dem Schiedsgericht gestaltet worden ist, rechtstechnisch teilweise verunglückt sind, was zu erheblicher Unsicherheit und Versuchen führt, plausible Konzeptionen gegen den Gesetzeswortlaut oder wenigstens an ihm vorbei zu entwickeln. Gerade *Lachmann*²⁸⁾ weist allerdings darauf hin, dass eine Partei, die die Anordnung einer Eilmaßnahme erwirkt hat, jedenfalls für den Vollzugsschaden haftet und betont, dass das Schiedsgericht „nach Recht und Gesetz zu ent-

23) Vgl die reichen Hinweise bei *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁴ 42.

24) Vgl wiederum die Nachweise bei *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁴ 44.

25) § 1041 Abs 1 Satz 1 dZPO stellt es, ähnlich wie etwa die obzitierten Wiener Regeln oder die ICC-Schiedsgerichtsordnung in das Ermessen des Schiedsgerichts, Maßnahmen anzuordnen, die es im Bezug auf den Streitgegenstand für erforderlich hält.

26) Vgl *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit. Kompendium für die Praxis (2006) Rz 921.

27) Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis³ (2007) Rz 2888.

28) Schiedsgerichtspraxis³ Rz 2893.

scheiden hat“ und hierfür eben maßgeblich ist, ob einzelne Tatbestandsmerkmale vorliegen. In weiterer Folge behandelt er dann – offenbar nicht ganz zufällig – als vorläufige oder sichernde Maßnahmen ausschließlich Anordnungen, die den vor staatlichen (deutschen) Gerichten entsprechenden Vorschriften entsprechen.

Wenngleich etwa *Hausmaninger*²⁹⁾ darauf verweist, dass das Gesetz gerade keine Voraussetzungen über den Grad der Glaubhaftmachung der Voraussetzungen enthält und im Einklang mit *Zeiler*³⁰⁾ meint, dass die Festlegung der Voraussetzungen für die Erlassung einstweiliger Verfügungen „den Parteien **bwz. dem Schiedsgericht (!)** obliegt“, so weist doch auch er darauf hin, dass eine Analogie zu den §§ 379 ff EO dringend geboten sei: Das Schiedsgericht ist also in der Frage, ob die Maßnahme erforderlich ist, nicht völlig orientierungslos, sondern hat im Sinne der Judikatur zu §§ 379 ff EO zu beachten, ob ansonsten die Durchsetzung des Anspruchs vereitelt oder erheblich erschwert werden würde oder ein unwiederbringlicher Schaden droht. Dieselbe Ansicht vertritt auch *Platte*.³¹⁾

Als Zwischenergebnis bleibt also festzuhalten, dass trotz des scheinbar weitgehenden Ermessens, das der Gesetzgeber, aber auch die beiden obzitierten Verfahrensordnungen dem Schiedsgericht zu geben scheinen – jedenfalls für Schiedsgerichte mit Sitz in Österreich – eine Anlehnung an die Judikatur zu Einstweiligen Verfügungen in der Zivilprozessordnung dringend geboten ist. Dies ist auch internationaler Standard: So weisen etwa *Kreindler/Schäfer/Wolff*³²⁾ darauf hin, dass es praktisch keine Seltenheit ist, dass sich Schiedsgerichte trotz ihrer weitgehenden Freiheit sehr stark an die verfahrensrechtlichen Vorgaben anlehnen, die für staatliche Gerichte am Schiedsort gelten oder den Schiedsrichtern aus ihren Heimatstaaten bekannt sind.

Schiedsgerichte, deren Sitz in Österreich ist, sollten also die §§ 379 ff EO und die dazu ergangene Judikatur als Richtschnur für ihre Entscheidung heranziehen.

VI. Prüfungsschema

Zusammenfassend betrachtet und aus all den vorgenannten Quellen abgeleitet, hat das Schiedsgericht daher zur Prüfung der Frage, ob eine Einstweilige Verfügung zu erlassen ist, sinnvollerweise wie folgt vorzugehen: **Zunächst ist zu prüfen, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt Aussicht auf Erfolg hat.** Da es sich ja um eine vorläufige Maßnahme und um ein Schnellverfahren handelt, ist selbstverständlich nicht das gesamte Beweisverfahren in der Sache bereits abzuführen, weil dies zur Folge hätte, dass über die Einstweilige Verfügung erst zugleich mit der Hauptsache entschieden werden könnte, wodurch ihr jeglicher Sinn genommen würde. Das Schiedsgericht darf andererseits aber auch nicht einfach voraussetzen und ungeprüft lassen, ob ein Anspruch überhaupt

29) in *Fasching/Konecny* (Hrsg), ZPO IV/2² (2007) Rz 63 ff.

30) *Schiedsverfahren*² § 593 Rz 29a.

31) in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher*, *Arbitration* § 593 Rz 30.

32) *Schiedsgerichtsbarkeit. Kompendium für die Praxis* Rz 922.

möglich sein kann, sondern muss hierüber doch eine erste, möglicherweise kursorische, Beweisaufnahme abführen.

Kommt das Schiedsgericht zu dem Ergebnis, dass der geltend gemachte Anspruch eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat, so muss es weiter prüfen, **ob der geltend gemachte Geldanspruch vom Gegner subjektiv vereitelt wird** oder werden soll, ob also Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er aktiv Vermögenswerte verschiebt oder verheimlicht, um den Geldanspruch letztlich „ins Leere laufen zu lassen“: Setzt der Gegner tatsächlich ein Verhalten, das mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Vereitelung der gebotenen Anspruchserfüllung erwarten lässt? Eine bloße Verschlechterung der Vermögenslage wird hierfür in aller Regel nicht ausreichen, ebensowenig die Tatsache, dass der Gegner seinen Betrieb umstrukturiert oder sich überhaupt im Rahmen von Verkaufsgeschäften am Wirtschaftsverkehr beteiligt. Wollte man die bloße Tatsache, dass eine Gesellschaft zB gesellschaftsrechtsrechtliche Ausgliederungen vornimmt, Vermögen zwecks Kreditaufnahme belastet oder Vermögenswerte veräußert, ausreichen lassen, so würde man damit einer schiedsrechtlichen Einstweiligen Verfügung eine Schlagkraft zuzuerkennen, die ein an die staatlichen Gerichte gebundener Gegner niemals erreichen könnte. Es wird daher idR unberechtigt sein, dem Gegner die künftige Teilnahme am Geschäftsverkehr, die Veräußerung von Gegenständen oder die Verfügung über sonstige Rechte überhaupt zu untersagen. Dies selbst dann, wenn nicht die ZPO direkt, sondern „lediglich“ Verfahrensordnungen wie die Wiener Regeln oder die ICC Schiedsgerichtsordnung anwendbar sind, welche keine expliziten weiteren Voraussetzungen vorsehen, weil auch nach diesen Verfahrensordnungen Sicherungsmaßnahmen nur im „angemessenen“ Umfang angeordnet werden dürfen.

Schließlich ist auch zu prüfen, ob ohne die Erlassung der Einstweiligen Verfügung **unwiederbringlicher Schaden entstünde** oder ob ein allfälliger Schaden ohnedies durch Geldersatz ausgeglichen werden könnte.

Weiters ist zu beachten, dass einstweilige Maßnahmen die **Endentscheidung grundsätzlich nicht vorweg nehmen dürfen**. Wie zB Zeiler³³⁾ im Anschluss an die deutsche Literatur betont, wäre daher ein Auftrag zur Leistung vorläufiger Zahlungen nur dann zulässig, wenn die Rückzahlung des zugesprochenen Betrages für den Fall des Unterliegens des Antragstellers in der Hauptsache gewährleistet ist, was praktisch die Anordnung einer Sicherheit von 100% für den Antragsteller bedeuten würde.

Weiters ist dem Begriff einer vorläufigen Maßnahme immanent, dass diese **wieder rückgängig gemacht werden kann**. Überdies ist die einstweilige Maßnahme zeitlich zu befristen und die Befristung ist in die Entscheidung aufzunehmen.³⁴⁾ Nach allen in Betracht kommenden Schiedsordnungen ebenso wie nach § 593 ZPO darf eine Einstweilige Verfügung nur dann angeordnet werden, wenn der Gegenseite vorher Gehör verschafft wurde; sie ist schriftlich anzuordnen und auch zu begründen.

33) Vgl etwa Zeiler in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 7/50.

34) Vgl Zeiler in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 7/41.

VII. Konkrete Gebote und Verbote

Wendet man dieses Prozedere auf die oben beispielhaft dargestellten Anträge an, so ergibt sich ein klares Bild:

Eine gänzliche oder teilweise Lähmung des kompletten Geschäftsbetriebs durch Einstweilige Verfügungen ist nicht zulässig und würde selbst einen relativ frei definierten Ermessensspielraum des Schiedsgerichts um ein Vielfaches überschreiten.

Das Gebot, „zumindest den Wert der derzeitigen Vermögenswerte zu bewahren“, wird meist schon wegen Unbestimmtheit unwirksam und idR nicht vollstreckbar sein.

Das Begehren, sich jeder Übertragung von Vermögenswerten an dritte Personen zu enthalten, ist mit Sicherheit überschießend, da im Regelfall die Übertragung von Vermögenswerten an Dritte nicht ohne Gegenleistung erfolgt, sodass anstelle des ausscheidenden Vermögensguts ein entsprechender Gegenwert in das Unternehmensvermögen gelangt, und daher eine Schmälerung des Unternehmenssubstrats schon definitionsgemäß nicht eintritt. Dies gilt umso mehr in Fällen, in denen die Vermögensübertragung konzernintern, zB durch Übertragung an eine Tochtergesellschaft, erfolgt: Denn selbst dann, wenn dies unentgeltlich erfolgen sollte, ändert sich das Vermögen der Muttergesellschaft nur scheinbar, weil zugleich ja der Wert der Tochtergesellschaft, deren Anteile nach wie vor von der Muttergesellschaft gehalten werden, steigt. Lediglich, wenn ein bestimmter Vermögensgegenstand, zB Aktien, direkt streitgegenständlich ist, etwa weil eine Pflicht zu ihrer Übertragung behauptet wird, darf eine Einstweilige Verfügung erlassen werden, welche die Übertragung der Aktien blockiert.³⁵⁾ Dies ergibt sich direkt aus § 593 Abs 1 ZPO, wonach Einstweilige Verfügungen nicht bloß angemessen und notwendig, sondern gerade „in Bezug auf den Streitgegenstand notwendig“ sein müssen.³⁶⁾ Ist hingegen – wie im Ausgangsfall – ein Geldanspruch streitgegenständlich, so können Aktien idR nicht „eingefroren“ werden.

Auch ein generelles Belastungs- und Verpfändungsverbot aller nur denkbaren Vermögenswerte ist überschießend, solange nicht konkret nachgewiesen wird, dass bevorstehende Transaktionen in der subjektiven Absicht erfolgen, diese dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen. Letzteres wird idR nur dann der Fall sein, wenn eine entsprechende Belastung ohne entsprechende Gegenleistung, also nicht etwa im Zuge eines Ansuchens um Kreditgewährung, vorgenommen wird. Auch dann, wenn Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart wurde, hat der Schiedskläger eben kein Recht darauf, dass der Schiedsbeklagte all seine Vermögenswerte unbelastet lässt, um sie im Falle eines Unterliegens im Schiedsverfahren bereitwillig dem Schiedskläger zur Verfügung zu stellen. Überdies ist auch hier zu beachten, dass die konkrete Einstweilige Verfügung einen ausreichenden Konnex zum eigentlichen Streitgegenstand aufweist.³⁷⁾

35) *Fry/Greenberg/Mazza*, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration (2012) Art 28 Rz 3-1037.

36) Vgl *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 22-054.

37) *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 22-101.

Das Verbot der Übertragung einer konkreten Marke könnte mit Fug und Recht dann begehrt werden, wenn das Hauptbegehren in Schiedsverfahren selbst auf Übertragung der entsprechenden Markenrechte an den Schiedskläger gerichtet ist. Zur bloßen Sicherung einer Geldforderung wäre es aber ohne hinzutretende besondere Umstände (zB wenn das Markenrecht den maßgeblichen Unternehmenswert direkt beeinflusst) nicht angemessen, den Schiedsbeklagten durch ein solches Verbot in seiner normalen Geschäftstätigkeit zu behindern.

Auch ein Grund dafür, dem Schiedsbeklagten zum Zweck der Sicherung einer gegen ihn gerichteten Geldforderung zu verbieten, seine Anteile an Tochtergesellschaften zu veräußern, ist wohl nur in speziellen Ausnahmefällen gegeben. Gerade hier wird es idR so sein, dass dem Schiedsbeklagten iSd Art 17, 17A UNCITRAL-Modellgesetz der Nachweis gelingt, dass ein solches Verbot dazu führen würde, dass der Nachteil, der ihm durch die Einstweilige Verfügung erwächst, den Vorteil, der dem antragstellenden Schiedskläger aus der Erlassung der Einstweiligen Verfügung entstehen könnte, bei weitem überwiegt.

Die Pflicht zur Bezahlung des gesamten Klagsbetrags einschließlich Kosten auf ein Treuhandkonto nimmt der Sache nach den Schiedsspruch vorweg. Ein solches Gebot kann nicht nur dazu führen, dass der Schiedsbeklagte in ernstliche Zahlungsschwierigkeiten gerät, sondern auch dazu, dass er im Extremfall sogar insolvent werden könnte. Denn hier geht es nicht um bloße „Interimzahlungen“, die meistens nur ratenweise angeordnet werden, sondern um den Abfluss der gesamten Klagssumme aus dem Unternehmen des Schiedsbeklagten, ohne dass dieser hierfür auch nur irgendeine Gegenleistung erhält. Selbst dann, wenn das Schiedsgericht insofern den Erlag einer Sicherheitsleistung durch die antragstellende Partei anordnet, würde dies bedeuten, dass dem Unternehmen des Schiedsbeklagten, der auf die bloß zur Sicherheit erlegende Summe ja nicht zugreifen kann, wesentliche Liquidität entzogen wird. Gerade auch im Sinne der herrschenden Ansicht, dass stets bloß das „notwendige“ Mittel anzuordnen ist, käme hier als gelinderes Mittel der Erlag einer Bankgarantie in Betracht.

Noch merkwürdiger mag es anmuten, dass das Schiedsgericht selbst als Treuhänder für eine von ihm zur Hinterlegung angeordnete Summe agieren soll. Wenngleich in der Lehre manchmal sehr wohl eine mögliche Treuhandfunktion des Schiedsgerichts diskutiert wird, und es auch schon entsprechende ICC-Fälle gegeben hat³⁸⁾, sollte doch jedes Schiedsgericht für sich selbst genau überlegen, ob es einen derartigen – beidseitigen – Auftrag überhaupt übernehmen will. Die einseitige, bloß durch das Schiedsgericht selbst angeordnete Einsetzung von „sich selbst“ als Treuhänder widerspräche jedenfalls Grundregeln des Treuhandrechts und kann daher auch nicht durch einstweilige Maßnahme erfolgen.

Der Erlag einer Bankgarantie wird in der Lehre³⁹⁾ als mögliche sichernde Maßnahme hingegen weitgehend anerkannt, sofern die Voraussetzungen zur Sicherung eines Geldanspruchs durch Einstweilige Verfügung vorliegen. Gerade das sollte vom Schiedsgericht jedoch, am besten unter Heranziehen der oben VI.

38) Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 22-100 mwN.

39) Vgl etwa Zeiler, SchiedsVZ 2006, 82.

erörterten Prüfungsstruktur, sorgfältig geprüft werden, damit es sich nicht – im Fall von zu weit gehenden Verfügungen – womöglich gar selbst haftbar macht.