

Alexander Wilfinger

Beseitigung und Unterlassung in der Insolvenz

In der Insolvenz des Störers sind Beseitigungsansprüche nach stRsp und hA als Insolvenzforderungen mit dem Schätzwert anzumelden, während Unterlassungsansprüche ungehindert gegen den Verwalter durchgesetzt werden können. Der Beitrag lehnt diese pauschale Trennung ab und rückt die materiellrechtliche Grundlage des Anspruchs in den Fokus, die entsprechend allgemeinen Regeln eine Einordnung in die verschiedenen Gläubigerkategorien erlaubt. *)

ÖJA 2027/1

- I. Einleitung
 - A. Ausgangspunkt
 - B. Vermögensbezug und Exekutionsart
 - C. Materiellrechtliche Zweifel
- II. Unproblematische Bereiche
 - A. Beseitigung als Insolvenzforderung
 - B. Unterlassung als Aussonderung
 - C. Zwischenergebnis
- III. Beseitigung als Aussonderung?
 - A. Vereinbarkeit mit § 44 IO
 - B. Reichweite des negatorischen Beseitigungsanspruchs
 1. Beseitigungsaufwand als Grundproblem
 2. Streng negatorische Haftung: Aussonderung
 3. Annäherung an das Schadenersatzrecht: Insolvenzforderung
 - C. Zwischenergebnis und Konsolidierung
 - D. Parallellfall Räumung
 - E. Zusammenfassung und Folgefragen
- IV. Unterlassung als Insolvenzforderung?
 - A. Mangelnde Insolvenzfähigkeit bei obligatorischer Grundlage
 - B. Anmeldung des Schätzwerts?
- V. Unterlassung als „Masseforderung“?
 - A. Wettbewerbsrecht und Pflichtenbindung
 - B. Wiederholungsgefahr gegenüber dem Verwalter?
- VI. Beseitigung als „Masseforderung“?
 - A. Ausgangspunkt: wettbewerbsrechtlicher Beseitigungsanspruch
 - B. Gleichgerichtete Zustandsstörungen
 - C. Selbständige Beseitigung?
- VII. Ergebnisse

Dr. Alexander Wilfinger ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

*) Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Berufungsvortrags, den der Verfasser im März 2026 an der WU Wien gehalten hat.

I. Einleitung

A. Ausgangspunkt

Nagelprobe für die Reichweite subjektiver Rechte ist die Insolvenz des Schuldners.¹⁾ Das betrifft die Unterscheidung zwischen schwachen Schuldrechten, die zu Insolvenzforderungen führen (§ 51 IO), und starken Sachenrechten, die zur Aus- oder Absonderung berechtigen (§§ 44, 48 IO), ebenso wie die Abgrenzung zwischen bevorzugt zu befriedigenden Masseforderungen (§ 46 IO) und Insolvenzforderungen. Während Aus- und Absonderungsrechte sowie Masseforderungen von der Insolvenz weitgehend unberührt bleiben und gegen den Verwalter durchgesetzt werden können, unterliegen Insolvenzforderungen bekanntlich der Prozesssperr (§§ 6 ff IO). Sie sind als Geldforderungen (§ 14 IO) im Anmelungsverfahren geltend zu machen (§§ 102 ff IO) und werden quotenmäßig bedient.

Das System der Haftungsverwirklichung ist damit von vornherein komplex und lädt insofern zur vereinfachenden Schematisierung ein: Wer über Aussonderung nachdenkt, denkt etwa regelmäßig an Sachherausgabe und die rei vindicatio, um die Ist- zur Soll-Masse zu machen; wer Insolvenz- von Masseforderungen abgrenzen will, beschäftigt sich typischerweise mit Zahlung, weil es in der Krise letztlich um Geld geht.

So berechtigt dieses Schema im Regelfall ist, so sehr verstärkt es die Unsicherheiten im Umgang mit Ausnahmefällen, die darin keinen Platz finden. Abseits von Zahlung und Herausgabe sind ja verschiedenste weitere Ansprüche und Rechte gegen den Schuldner denkbar. Immer wieder stellt sich etwa die Frage, wie mit Gestaltungs-²⁾ und Feststellungsbegehren in der Insolvenz umzugehen ist, ob Begehren auf Rechnungslegung weiterhin gegen den Schuldner oder gegen den Verwalter geltend zu machen sind oder ob es dahingehend überhaupt zur Umrechnung nach § 14 Abs 1 IO kommt.³⁾ Vieles ist dabei noch unklar, die Diskussion ist weitgehend im Fluss.

Umso mehr fällt auf, wo keine Diskussion stattfindet. Obwohl auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nicht in das übliche Muster zwischen Zahlung und Herausgabe passen, ist deren insolvenzrechtliche Behandlung seit Jahrzehnten höchstgerichtlich geklärt und in der Lehre weitgehend unumstritten: Beseitigungsansprüche wegen Störungen vor Verfahrenseröffnung sind als Insolvenzforderungen mit dem Euro-Schätzwert anzumelden.⁴⁾ Unterlassungsansprüche sind demgegenüber insolvenzfest und können klagsweise gegen den Verwalter durchgesetzt werden.⁵⁾ Jeweils vorausgesetzt wird dabei und für alles Weitere ein Massebezug des Streits, weil sich die Ansprüche sonst weiterhin gegen den Schuldner persönlich richten (§ 6 Abs 3 IO).⁶⁾

¹⁾ Vgl. Zöllner, *Materielles Recht und Prozeßrecht*, AcP 190 (1990) 471 (483): „Generell läßt sich sagen, daß nur im Blick auf die Konkursituation sich die Reichweite subjektiver Rechte in ihrer Wertigkeit voll verdeutlicht.“

²⁾ Dazu jüngst 17 Ob 7/26t; 17 Ob 11/26f.

³⁾ Zu alldem Wilfonger in Konecny/Trenker, *InsG* § 14 IO Rz 18 ff.

⁴⁾ 7 Ob 593/81; 8 Ob 155/03 g; 6 Ob 159/19 d; K. F. Engelhart in Konecny, *InsG* § 51 IO Rz 59; Blatt, *Insolvenz- und Masseforderung: Zur Abgrenzung des Entstehens der Forderung*, in FS Lovrek (2024) 27 (34 ff, 37).

⁵⁾ RS0064079; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht IV*⁴ § 102 KO Rz 38 ff; Nunner, *Die Freigabe von Konkursvermögen* (1998) 82.

⁶⁾ Zur Unterlassung etwa Konecny in Konecny/Schubert, *InsG* § 102 KO Rz 19; zur Beseitigung K. F. Engelhart in Konecny, *InsG* § 51 IO Rz 59.

B. Vermögensbezug und Exekutionsart

Die Unterscheidung folgt einem zunächst einleuchtenden Gedanken: Der insolvenzrechtlichen Haftungsverwirklichung durch Gesamtvollstreckung sollen nur jene Ansprüche unterliegen, die aus dem schuldnerischen Vermögen zu befriedigen sind.⁷⁾ Wer von vornherein kein Stück des Vermögenskuchens will, beteiligt sich demnach – natürlich – nicht an der gleichmäßigen Verteilung des für alle zu kleinen Kuchens, sondern stellt weiterhin sein ursprüngliches Begehren. Zugespitzt: Beseitigung kostet die Masse und wird daher zur Insolvenzforderung; Unterlassung ist kostenlos und bleibt daher ungehindert durchsetzbar.

Anleihen nimmt dieser Zugang im Exekutionsrecht, das nach hA überhaupt die entscheidende Weiche stellt. Allgemein seien Ansprüche auf vertretbare Handlungen wie etwa Beseitigung nämlich Insolvenzforderungen, weil solche Ansprüche nach § 353 EO durch Vermögenszugriff – Einbringung der Ersatzvornahmekosten mittels Geldexekution – vollstreckt werden. Im Unterschied dazu seien Ansprüche auf unvertretbare Handlungen, Duldungen und Unterlassungen nicht aus dem Vermögen zu befriedigen, weil die Exekution nach den §§ 354, 355 EO durch unmittelbaren Zwang gegen den Verpflichteten in Form von Beugestrafen erfolgt.⁸⁾

C. Materiellrechtliche Zweifel

Im Ergebnis präjudiziert damit die Exekutionsart die insolvenzrechtliche Einordnung, was schon für sich genommen überrascht. Bei Herausgabeansprüchen würde etwa niemand aus der Exekution nach § 346 EO – Abnahme der Sache durch den Vollzieher und Aushändigung an den Gläubiger – auf die Insolvenzsituation schließen, vielmehr entscheidet allein die materiellrechtliche Grundlage: dingliche Verwirklichungsansprüche sind insolvenzfest (§ 366 ABGB, § 44 IO), obligatorische Verschaffungsansprüche – etwa aus einem Kaufvertrag – nicht (§ 1061 ABGB, § 51 IO).⁹⁾ Dasselbe gilt für die Räumung unbeweglicher Sachen (§ 349 EO), auf die noch ausführlicher zurückzukommen ist.¹⁰⁾ Dann erscheint aber unklar, warum die Vollstreckung als vertretbare oder unvertretbare Handlung sehr wohl in die Insolvenz ausstrahlen sollte.

Darüber hinaus liegt die kategorische Trennung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen aus materiellrechtlicher Sicht nicht unbedingt nahe. Als Konsequenzen der Störung eines geschützten Rechts nennt man sie vielmehr häufig im selben Atemzug. Dafür steht prototypisch die *actio negatoria* bei unerlaubten Eingriffen in dingliche Rechte, die sich regelmäßig sowohl auf Beseitigung des Störungszustands als auch auf Unterlassung zukünftiger Störungen richtet (§§ 354, 364, 523 ABGB). Genauso können etwa Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht (§ 20 ABGB) oder in Immaterialgüterrechte (§§ 81 ff UrhG; §§ 147 f PatG; §§ 51 f MSchG; § 34 MuSchG), unlauteres Handeln im Wettbewerb (§§ 14, 15 UWG) oder vertragswidriges Verhalten¹¹⁾ mit Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen abgewehrt werden. Aus der Rechtszuweisung folgt eben entsprechend umfassender Rechtsschutz.

⁷⁾ RS0064079; ausf. *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 278 ff, 284 f.

⁸⁾ Siehe schon *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung II³ (1937) 122; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 93; *Nunner*, Freigabe 81 f; *K. F. Engelhart in Konecny*, InsG § 51 IO Rz 56, 59; 7 Ob 593/81.

⁹⁾ Ähnliche Überlegungen bei *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998) 129.

¹⁰⁾ Näher unten, III.D.

¹¹⁾ Unten, II.A, IV.A.

Diesen engen Zusammenhang zerreit mit der hA die Insolvenz, indem sie Beseitigungsansprche in Geldforderungen umwandelt und damit letztlich vernichtet,¹²⁾ whrend Unterlassungsansprche unberhrt bleiben. Das muss nicht per se falsch sein, zumal die – bei Knappheit natrlich nicht irrelevante – finanzielle Belastung der Masse tatschlich gegen Beseitigung und fr Unterlassung spricht. Dennoch fragt sich, warum es gerade in diesen Fllen „nur auf den Inhalt, nicht auf den Rechtsgrund“ des Anspruchs¹³⁾ ankommen sollte, whrend nach allgemeinen Regeln doch gerade der Rechtsgrund den Ausschlag fr die insolvenzrechtliche Einordnung gibt. Ein Sonderregime fr Sonderbegehren berzeugt nicht ohne weiteres.

II. Unproblematische Bereiche

Nhert man sich diesem Problem weiter an, knnen zunchst zwei Fallgruppen abgeschichtet werden, in denen die hA zweifellos zutrifft.

A. Beseitigung als Insolvenzforderung

Erstens: Selbstverstndlich knnen Beseitigungsansprche Insolvenzforderungen sein, die nach § 14 Abs 1 IO in Geldforderungen umzurechnen sind. Verfllt etwa ein Abbruchunternehmen nach Auftragserteilung und Bezahlung (sonst: § 21 IO) in Konkurs, ist der vertragliche Erfllungsanspruch auf faktische Beseitigung eines Gebudes zwanglos Insolvenzforderung. Dasselbe gilt in weniger konstruierten Fllen, wenn sich etwa Schadenersatzansprche wegen sorgfaltswidrigen Verhaltens des Schuldners auf Beseitigung als Weg zur Naturalrestitution richten (§ 1323 ABGB) oder ein Anspruch auf Beseitigung verbotswidriger Lasten aus einem vertraglich eingerumten Belastungs- und Veruerungsverbot besteht.¹⁴⁾ Jeweils handelt es sich um obligatorische Forderungen, die der Schuldner vor Insolvenzerffnung begrndet hat, sodass unkompliziert von Insolvenzforderungen auszugehen ist (§ 51 Abs 1 IO). Die Umrechnung nach § 14 Abs 1 IO ermglicht darauf aufbauend die Abwicklung, indem sie fr die Zwecke des Stimmrechts und der Verteilung die Vergleichbarkeit mit anderen Insolvenzglubigern herstellt.¹⁵⁾ Dass der OGH von der Umwandlung eines Anspruchs auf Lastenfreistellung ausging, den der Liegenschaftskufer aufgrund einer dahingehenden Zusage im Kaufvertrag gegen den insolventen Verkufer geltend machte,¹⁶⁾ ist daher etwa vllig konsequent.

¹²⁾ Zur praktisch kaum relevanten Diskussion um die Endgltigkeit einer Umwandlung nach § 14 IO ber die Aufhebung des Insolvenzverfahrens hinaus s. Wilfonger in Konecny/Trenker, InsG § 14 IO Rz 61 ff.

¹³⁾ Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einfhrungsverordnung II³ (1937) 122, die dabei freilich andere Flle vor Augen haben drften, was die angefhrten Beispiele nahelegen: Ob der Anspruch „auf einem Rechtsgrund unter Lebenden oder von Todes wegen beruht, ferner ob er auf einem Vertrag oder einem sonstigen Rechtsgeschft, einer rechtswidrigen Handlung oder unmittelbar auf einem Gesetz beruht“, ist tatschlich nicht ausschlaggebend, sagt aber nichts ber die entscheidende Qualifizierung als Insolvenzforderung aus. hnlich Henckel in Jaeger, InsO § 38 Rz 79. Vgl aber auch BGH NJW-RR 2002, 1198.

¹⁴⁾ 6 Ob 304/05 g.

¹⁵⁾ Wilfonger in Konecny/Trenker, InsG § 14 IO Rz 1.

¹⁶⁾ 8 Ob 25/98 d.

B. Unterlassung als Aussonderung

Zweitens: Selbstverständlich können Unterlassungsansprüche insolvenzfest sein. Schließlich ist heute¹⁷⁾ weitgehend anerkannt, dass mitunter auch Unterlassungsansprüche Aussonderungscharakter haben. Das weicht zwar vom Standardfall der Aussonderung durch Herausgabe ab,¹⁸⁾ ist strukturell aber zwingend, was gerade die Gegenüberstellung von rei vindicatio und actio negatoria zeigt. Das Eigentum ist vor sämtlichen unerlaubten Eingriffen geschützt, begründet bei Besiztziehung daher einen Herausgabeanspruch (§ 366 ABGB) und bei drohenden Störungen einen Unterlassungsanspruch (§§ 354, 364, 523 ABGB). Insofern sind rei vindicatio und actio negatoria zwei Seiten einer Medaille, zwei Ausprägungen desselben Konzepts negatorischen Eigentumsschutzes.¹⁹⁾ Es spielt keine Rolle, ob sich eine dem Gläubiger gehörende Sache rechtsgrundlos in der Masse befindet (§ 366 ABGB), ob der Verwalter eine fremde Sache zu Unrecht für die Masse beansprucht und mit der Verwertung droht (§ 354 ABGB) oder ob der Verwalter eine fremde Sache unerlaubt nutzen will (§ 523 ABGB).²⁰⁾ In allen Fällen greift die Masse das Recht des Gläubigers an, der deshalb seine Rechtszuständigkeit, also die Massefremdheit seiner Sache geltend macht.²¹⁾ Alle Fälle liegen dementsprechend im Kernbereich der Aussonderung, was im Übrigen genauso für die Verteidigung von Immaterialgüterrechten gilt (§ 81 UrhG; § 147 PatG; § 51 MSchG; § 34 MuSchG), die derselben Struktur folgt.²²⁾

C. Zwischenergebnis

In den bislang angesprochenen Fallgruppen ist die Umrechnung des Beseitigungsanspruchs damit ebenso zwingende Konsequenz allgemeiner Grundsätze wie die Insolvenzfestigkeit des Unterlassungsanspruchs. Anstelle eines Sonderregimes für Sonderbegehren entscheidet dabei aber gerade der Rechtsgrund über das insolvenzrechtliche Schicksal: obligatorische Beseitigungsansprüche sind Insolvenzforderungen, dingliche Unterlassungsansprüche berechtigen zur Aussonderung.

III. Beseitigung als Aussonderung?

A. Vereinbarkeit mit § 44 IO

Dieser Perspektivenwechsel lädt insgesamt dazu ein, die einzelnen Stränge zusammenzuführen, wobei sich zunächst unmittelbar an die Überlegungen zur actio negatoria anknüpfen lässt. Das Eigentum ist lückenlos geschützt, sodass Verwirklichungsansprüche nicht nur auf Herausgabe und Unterlassung zukünftiger Störungen, sondern auch auf Beseitigung aktueller Störungen gerichtet sein können (§§ 354, 523 ABGB). Nach dem für die Herausgabe

¹⁷⁾ Anders etwa noch 4 Ob 335/67 EvBl 1968/164; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 447 f; nach wie vor krit etwa *Windel* in *Jaeger*, InsO § 86 Rz 16 f.

¹⁸⁾ Siehe schon oben, I.A.

¹⁹⁾ Grundlegend *Picker*, Der „dingliche“ Anspruch, in FS F. Bydlinski (2002) 269 (282 ff); vgl auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 45.

²⁰⁾ Vgl *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 47 Rz 14; *Hoffmann* in *Jaeger*, InsO² § 47 Rz 14.

²¹⁾ *K. Schmidt*, Unterlassungsanspruch, Unterlassungsklage und deliktischer Ersatzanspruch im Konkurs, ZZP 90 (1977) 38 (46 ff); *K. Schmidt*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Insolvenzverfahren, in FS Gerhardt (2004) 903 (914 ff); BGH NZI 2010, 811 Rz 27; *Thole* in *K. Schmidt*, InsO²¹ § 47 Rz 19 f; *Brinkmann* in *Uhlenbruck*, InsO¹⁶ § 47 Rz 11; *Schindl/Spitzer* in *Konecny/Trenker*, InsG § 44 IO Rz 23, 32; zweifelhafte Differenzierung bei *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 47 Rz 101.

²²⁾ *Schindl/Spitzer* in *Konecny/Trenker*, InsG § 44 IO Rz 19 mwN.

selbstverständlichen und auf die Unterlassung ebenso zutreffenden Muster läge dann aber auch die Aussonderungskraft solcher Beseitigungsansprüchen nahe.

Dennoch schließt man bei der Beseitigung nicht derart reflexhaft von der Negatoria auf die Aussonderung. Im Gegenteil: Die Idee wurde vom OGH, der ja durchgehend von umzurechnenden Insolvenzforderungen ausgeht, bislang soweit ersichtlich nie aufgegriffen und in der österr Lehre nahezu einhellig verworfen.²³⁾ Die Einordnung wäre „mit dem Aussonderungsbegriff der KO unvereinbar“, weil Beseitigungsansprüche gerade nicht geltend machen, dass „ein Gegenstand nicht zum haftenden Vermögen des Gemeinschuldners gehört; sie zielen – anders als Aussonderungsansprüche – nicht darauf ab, einen Gegenstand dem Haftungsverband der Masse zu entziehen“, vielmehr solle lediglich die Handlungsfreiheit des Verwalters beschränkt werden.²⁴⁾

Tatsächlich passt es kaum zur gängigen Vorstellung von § 44 IO, wenn etwa ein Nachbar die Beseitigung von Sachen begehrt, die der Schuldner vor Insolvenzeröffnung unerlaubt auf seiner Liegenschaft abgelagert hat. Immerhin verlangt er dabei keine Sache „aus der Masse“, sondern schickt er gewissermaßen umgekehrt Sachen „in die Masse“ zurück.

Dieses Bild wird wesentlich dazu beigetragen haben, dass eine echte Diskussion über Aussonderung durch Beseitigung in Österreich nie aufkam. Es beruht allerdings auf einem Missverständnis.²⁵⁾ Schon im Kontext des Unterlassungsanspruchs wurde schließlich deutlich, dass Aussonderung eben keineswegs nur durch Herausgabe erfolgt, sondern durchaus auf eine „Beschränkung der Handlungsfreiheit des Masseverwalters“²⁶⁾ abzielen kann. Die Massefremdheit wird eben in der Form geltend gemacht, die in der jeweiligen Situation zum Schutz des aussonderungsfähigen Rechtsguts erforderlich ist.²⁷⁾ Wer vom Verwalter etwa die Unterlassung der angekündigten Verwertung seiner Maschine begehrt, sondert damit die Maschine aus, selbst wenn sie aufgrund eines Rechts zum Besitz in der Gewahrsame des Verwalters bleibt. Wer vom Verwalter die Unterlassung des Befahrens der eigenen Liegenschaft begehrt, sondert damit seine Liegenschaft aus.

Wer vom Verwalter die Beseitigung titellos abgelagerter Sachen begehrt, könnte dementsprechend aber ebenfalls seine Liegenschaft aussondern. Zur Diskussion steht also richtigerweise die Aussonderung jenes Rechts, das durch den rechtswidrigen Zustand gestört wird, was mit dem Aussonderungsbegriff des § 44 IO ohne weiteres vereinbar wäre und die dahingehenden Einwände der hA erübrigt.

²³⁾ Nunner, Freigabe 81f; Blatt in FS Lovrek 27 (37); ohne explizite Auseinandersetzung mit der Aussonderung etwa K. F. Engelhart in Konecny, InsG § 51 IO Rz 59; Musger in KLS, IO² § 14 Rz 5; aA aber Kerschner/E. Wagner, Umwelthaftung nach privatem und öffentlichem Recht bei Unternehmenskrisen, insbesondere in der Insolvenz, in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1175 (1199f); Kerschner/E. Wagner in Klang³ § 364 ABGB Rz 138.

²⁴⁾ Nunner, Freigabe 81f; ähnlich BGH NJW-RR 2002, 1198: „Ein Anspruch auf Herausgabe einzelner, bestimmter Vermögensgegenstände als der Masse nicht gehörend wird damit nicht geltend gemacht.“

²⁵⁾ Ausf K. Schmidt, ZZP 90 (1977) 38 (50f).

²⁶⁾ So Nunner, Freigabe 82.

²⁷⁾ Spitzer in KLS, IO² § 44 Rz 17; Schindl/Spitzer in Konecny/Trenker, InsG § 44 IO Rz 23.

B. Reichweite des negatorischen Beseitigungsanspruchs

1. Beseitigungsaufwand als Grundproblem

Die im Vergleich zu Herausgabe und Unterlassung auffallende Zurückhaltung ist dennoch verständlich. Sie dürfte tief im materiellen Recht wurzeln, weil sich ein Grundproblem des dinglichen Rechtsschutzes in der Insolvenz noch verschärft.²⁸⁾

Negatorische Verwirklichungsansprüche setzen prinzipiell nur den tatbestandsmäßigen Eingriff in das dingliche Recht voraus, Verschulden des Störers ist nicht erforderlich.²⁹⁾ Das ist vor allem dann leicht nachvollziehbar, wenn die jeweilige Rechtsfolge auch sorgfältigen Störern zumutbar ist: Etwas Verbotenes unterlassen zu müssen, kostet für sich genommen nichts,³⁰⁾ und selbst die Pflicht zur Herausgabe einer Sache ist wirtschaftlich relativ harmlos, weil § 366 ABGB nur zum Bereitmachen zur Abholung verpflichtet.³¹⁾

Davon unterscheiden sich Beseitigungspflichten markant, weil für die Erfüllung regelmäßig erhebliche Kosten anfallen. Der Rückbau von Anlagen kann finanziell etwa ebenso aufwendig sein wie die Entfernung von Rohstoffen, sodass die Frage des Bestehens von Beseitigungsansprüchen auch darüber entscheidet, wer diese Belastungen trägt.

Angesichts dessen gibt der negatorische Beseitigungsanspruch seit jeher zahlreiche Rätsel auf. Das betrifft etwa die Abgrenzung von Störungsquelle und Störungsfolgen, wenn im Lehrbuchfall Öl auf einer fremden Liegenschaft ausläuft und sich nun die Frage stellt, ob und inwieweit die Kontamination negatorisch beseitigt werden muss;³²⁾ die Bestimmung der Passivlegitimation, weil neben der Störung durch eigene Handlungen („Handlungsstörer“) auch die Verantwortlichkeit des Eigentümers jener Sache diskutiert wird, von der die Störung – etwa durch Handlungen Dritter oder Naturereignisse – ausgeht („Zustandsstörer“);³³⁾ oder das Verhältnis der Beseitigungskosten zur durch die Störung verursachten Wertminderung, aufgrund dessen der OGH vor einigen Jahren einen Anspruch auf Beseitigung von Geröll verneinte.³⁴⁾ Jeweils stößt eine verschuldensunabhängige negatorische Haftung an Grenzen.

Diese Unsicherheiten strahlen unmittelbar in die Insolvenz und verstärken sich dort noch zusätzlich, weil nun die Finanzierung aus der Masse zulasten der Ziele des Insolvenzverfahrens – Unternehmenssanierung bzw. bestmögliche Gläubigerbefriedigung – zur Diskussion steht.³⁵⁾ Während man sich regelmäßig gerade von der materiellrechtlichen Struktur Gewissheit über die insolvenzrechtliche Einordnung erhofft,³⁶⁾ hängt man beim Beseitigungsanspruch in der Luft. Dieses Problem kann hier nicht erschöpfend aufgearbeitet und umso

²⁸⁾ Vgl. bereits die Einordnung bei *Gursky*, Anm. zu BGH V ZR 9/94, JZ 1996, 683 (685 f.); s. auch *Hoffmann* in *Jaeger*, InsO² § 47 Rz 38.

²⁹⁾ Etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁸ (2026) 467.

³⁰⁾ Siehe schon oben, I.B.

³¹⁾ *Koziol*, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in FS Canaris I (2007) 631 (646).

³²⁾ Dazu *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche als Instrument des Umweltschutzes (1978) 150 ff.

³³⁾ Etwa *Schickmair* in *Schwimann/Kodek*, ABGB^{5.01} § 354 Rz 20 mwN.

³⁴⁾ 1 Ob 62/16y; dazu insb. *Schmid*, Der eigentumsrechtliche Beseitigungsanspruch im Spannungsverhältnis zum Schadenersatzrecht, JBl 2017, 69; *Longin*, Ausschluss negatorischer Beseitigungsansprüche wegen übermäßigen Aufwands, JBl 2017, 420 und 493.

³⁵⁾ Vgl. *Ganter* in *MüKoInsO*⁵ § 47 Rz 458; *Thole* in *Staudinger*, BGB § 1004 Rz 614.

³⁶⁾ Vgl. etwa *Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017) 303.

weniger gelöst werden. Es lässt sich aber durch zwei prominente Ansätze verdeutlichen, die jeweils unterschiedliche zivilrechtliche Weichen für den Konkurs stellen.

2. Streng negatorische Haftung: Aussonderung

Auf der einen Seite lässt sich sagen: Je strenger man die negatorische Haftung versteht, desto näher liegt die Aussonderung. Das illustriert vor allem *Pickers* einflussreiche und geradezu puristisch-negatorische Usurpationstheorie.

Gedanklicher Ausgangspunkt ist dabei die Zuweisung einer geschützten Position durch die Rechtsordnung, wie sie etwa im Eigentumsrecht liegt. Jeder Zustand, der dieser Position widerspricht, erfülle als Anmaßung von Befugnissen des Gestörten – die namensgebende Rechtsusurpation – den negatorischen Tatbestand. Der Störer schulde daher die Beendigung des rechtswidrigen Zustands durch Korrektur des eigenen Rechtskreises.³⁷⁾

Demnach hängt die Begründung des Beseitigungsanspruchs in keiner Weise von der Störungshandlung oder dem sonstigen Hintergrund der Störung ab, vielmehr kommt es allein auf den Zustand der Überlagerung des fremden Rechtskreises an. Dieses Erfolgsunrecht gibt die Richtung für die Insolvenz vor: Jeder Moment, in dem die Störung aufrecht ist – sich also etwa massezugehörige Sachen unerlaubt auf einer fremden Liegenschaft befinden –, ist ein aktueller zuweisungswidriger Zustand. Daran ändert die Insolvenzeröffnung nichts, vielmehr nimmt nun die Masse eine fremde Position ein. Aus der Perspektive des Gläubigers soll der Beseitigungsanspruch diese Überlagerung beenden und damit die Massefremdheit seines Eigentums geltend machen, was zum Kern der Aussonderung zurückführt.³⁸⁾ *Picker* selbst hält die Aussonderungskraft des Beseitigungsanspruchs konsequenterweise für selbstverständlich³⁹⁾ und befindet sich damit in der deutschen Lehre in prominenter Gesellschaft.⁴⁰⁾

3. Annäherung an das Schadenersatzrecht: Insolvenzforderung

Auf der anderen Seite werden aus den drohenden Belastungen für den Störer mitunter sehr wohl tatbestandsseitige Konsequenzen gezogen. Nach *Kozioł* lasse sich die kategorische Trennung von Beseitigung und Schadenersatz nicht aufrechterhalten, weil es mit dem Beseitigungsaufwand gerade um die Tragung eines Schadens gehe. Ein „voraussetzungsloser“ Anspruch bei Beeinträchtigung des fremden Guts könne sich daher nur auf Duldung der Be-

³⁷⁾ *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch (1972) 49 ff; *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz (2019) 33 mit FN 7. Zumindest mit Blick auf die Maßgeblichkeit des zuweisungswidrigen Erfolgs ähnlich *Jabornegg/Strasser*, Nachbarrechtliche Ansprüche 144 ff, 155 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 45; *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 287 f, 302 ff.

³⁸⁾ Siehe schon oben, III.A.

³⁹⁾ *Picker*, Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie, in FS Gernhuber (1993) 315 (335); *Picker* in FS F. Bydliński 269 (306).

⁴⁰⁾ *K. Schmidt*, ZZZ 90 (1977) 38 (50); *Stürner*, Aktuelle Probleme des Konkursrechts, ZZZ 94 (1981) 263 (308 f); *Stürner*, Umwelthaftung und Insolvenz, in FS Merz (1992) 563 (571 f); *Henckel* in *Jaeger*, InsO § 47 Rz 99 f; *Berger*, Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche, in FS Kreft (2004) 191 (203); *Thole* in *Staudinger*, BGB § 1004 Rz 615; *Hoffmann* in *Jaeger*, InsO² § 47 Rz 38; diff *Kahl*, Negatorischer Kern und restitutorisches Beiwerk in der Praxis des Beseitigungsanspruchs, in FS *Picker* (2010) 391 (408 f); für Masseforderungen aber *Ganter* in *MüKoInsO*⁵ § 47 Rz 458; *Brinkmann* in *Uhlenbruck*, InsO¹⁶ § 47 Rz 11; vgl auch *Windel* in *Jaeger*, InsO § 86 Rz 14, wonach die Frage der Aussonderung nicht weiterführe, sondern lediglich die Einordnung der Ersatzvornahmekosten als Insolvenz- oder Masseforderung interessiere.

seitigung der Störungsquelle durch den Gestörten selbst richten, der dann die Kosten trägt.⁴¹⁾ Aktive Beseitigungspflichten des Störers setzten demgegenüber besondere Zurechnungsgründe voraus, deren Intensität zwischen jenen von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen angesiedelt sei: Ein tatbestandsmäßiger Eingriff in das fremde Recht (Unterlassung) genüge nicht, Verschulden des Störers (Schadenersatz) wäre zu viel verlangt. Gewissermaßen in der Mitte sei daher die objektive Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Störers nötig,⁴²⁾ die sich bei Ausklammerung von Deliktsunfähigen freilich weitgehend mit subjektiver Sorgfaltswidrigkeit deckt (§ 1297 ABGB).⁴³⁾ Bei Zustandsstörungen komme eine Analogie zur Gehilfenhaftung in Betracht und könne entsprechend dem Gedanken der Gefährdungshaftung eine konkrete Gefährlichkeit der störenden Sache aufgrund eines Mangels genügen.⁴⁴⁾

In Ablehnung von *Pickers* streng negatorischer Überlagerungsidee legt *Koziol* damit ein verhaltensbezogenes Konzept vor. Erst der Verhaltensvorwurf an den Störer – und nicht bereits die Rechtsusurpation für sich genommen – rechtfertigt demnach die Auferlegung von Beseitigungspflichten.

So selbstverständlich die Aussonderung für *Picker* ist, so problematisch erscheint sie unter dieser Prämisse. Schadenersatzansprüche wegen Fehlverhaltens des Schuldners sind ja zweifellos Insolvenzforderungen,⁴⁵⁾ sodass der Beseitigungsanspruch umso schwächer wird, je näher er dem Schadenersatz kommt. Für den BGH war die Vergleichbarkeit mit Schadenersatzansprüchen überhaupt ein maßgebendes Argument für die Einordnung dinglicher Beseitigungsansprüche als Insolvenzforderungen,⁴⁶⁾ wofür sich wertungsmäßig auch anführen ließe, dass Gläubiger bei Verschulden des Störers (Schadenersatz als Insolvenzforderung) doch nicht schlechter stehen sollten als ohne Verschulden (negatorische Beseitigung als Aussonderung).⁴⁷⁾ Der Größenschluss überzeugt zwar nur bedingt, weil unterschiedliche Anspruchsgrundlagen natürlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können und sich etwa auch bei Herausgabeansprüchen niemand daran stößt, dass die Berufung auf § 366 ABGB in der Insolvenz erfolversprechender ist als jene auf § 1295 ABGB. Er ist aber nicht von der Hand zu weisen, wenn bei der Beseitigung gerade diese Grenze zwischen Deliktsrecht und dinglichem Rechtsschutz verschwimmt. Die Begründung des Beseitigungsanspruchs fußt dann nicht auf einem aktuellen zuweisungswidrigen Zustand, sondern auf Handlungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung, die nach allgemeinen Regeln Insolvenzforderungen begründen.⁴⁸⁾

Koziol selbst beschäftigt sich nicht explizit mit der Insolvenzsituation, führt einen ähnlichen Gesichtspunkt allerdings im Kontext der Rechtsnachfolge ins Treffen: Aufgrund des Verhaltensbezugs scheide eine Haftung des Rechtsnachfolgers für die Beseitigung von Störungen, die zur Zeit seines Vorgängers verursacht wurden, regelmäßig aus; immerhin belasteten die erforderlichen Zurechnungsgründe allein den Vorgänger.⁴⁹⁾ Nun führt die Insolvenzeröffnung – im Einzelnen abhängig von der präferierten Theorie über die Stellung von Schuldner,

⁴¹⁾ Vgl schon *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 261; *Baur*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 (480).

⁴²⁾ *Koziol* in FS Canaris I 631 (648f); s auch *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/22 ff.

⁴³⁾ Vgl *Karner* in *Bydlinski/Perner/Spitzer*, ABGB⁸ § 1297 Rz 2.

⁴⁴⁾ *Koziol* in FS Canaris I 631 (649f).

⁴⁵⁾ Das gilt selbst dann, wenn noch kein Schaden eingetreten ist: RS0124734.

⁴⁶⁾ BGH NJW-RR 2002, 1198; vgl auch die Einschätzung bei *Thole* in *K. Schmidt*, InsO²¹ § 47 Rz 21.

⁴⁷⁾ In anderem Kontext (Anwendung der Tunlichkeitsschwelle des § 1323 ABGB) 1 Ob 62/16y.

⁴⁸⁾ Etwa *K. F. Engelhart* in *Konecny*, InsG § 51 IO Rz 16.

⁴⁹⁾ *Koziol* in FS Canaris I 631 (651).

Masse und Verwalter⁵⁰⁾ – nicht zur Rechtsnachfolge und steht ein völliges Wegfallen des Anspruchs ohnehin nicht zur Diskussion. Dass der schuldbegründende Akt – das den Beseitigungsanspruch auslösende Verhalten – vor Insolvenzeröffnung durch den Schuldner stattgefunden hat und die Masse – wie den Rechtsnachfolger – gerade keine „Dauerverantwortung“ kraft Eigentums an der störenden Sache trifft, spricht aber für Insolvenzforderungen und gegen die Aussonderung.⁵¹⁾

C. Zwischenergebnis und Konsolidierung

Das Zwischenergebnis ist damit ambivalent: Entgegen der hA kommt es für die insolvenzrechtliche Einordnung von Beseitigungsansprüchen nicht auf die Vollstreckbarkeit als vertretbare Handlung durch Vermögenszugriff, sondern auf die materiellrechtliche Grundlage des Anspruchs an. Ob negatorische Beseitigungsansprüche danach Aussonderungscharakter haben, ist angesichts der materiellrechtlichen Unsicherheiten über deren Struktur und Tatbestandsvoraussetzungen allerdings offen.

Für die praktische Handhabung liegt angesichts dieser Zivilrechtsakzessorietät die Frage nahe, welches materiellrechtliche Verständnis des Beseitigungsanspruchs in Österreich überwiegt. Eine belastbare Antwort fällt schwer: Der OGH stellt auf einen durch die Störung ausgelösten rechtswidrigen Dauerzustand ab, betont allerdings gleichzeitig, dass die Handlungspflicht des Störers „aus seinem vorangegangenen Verhalten“ folgt,⁵²⁾ und dürfte mit Blick auf die behandelten Einzelfälle regelmäßig von Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens ausgehen können.⁵³⁾ Rückschlüsse auf das zugrundeliegende Konzept – puristisch-negatorische Usurpation, Schadenersatz light oder eine Zwischenlösung – sind insofern kaum möglich, vielmehr gestand der 1. Senat die Unklarheiten bei der Bestimmung der Reichweite des Beseitigungsanspruchs vor einigen Jahren selbst zu.⁵⁴⁾ Die in dieser Entscheidung geäußerte Sympathie für die Ansicht *Koziols*, zur besseren Abstimmung von Beseitigung und Schadenersatz auch die Schwere der Zurechnungsgründe zu berücksichtigen,⁵⁵⁾ ist dabei im vorliegenden Zusammenhang nicht überzubewerten. Einerseits ging der OGH im konkreten Fall nämlich vom grundsätzlichen Bestehen eines Anspruchs auf Beseitigung von auf die Nachbarliegenschaft gelangtem Geröll aus, obwohl er den Eigentümern der störenden Liegenschaft explizit keinen Verhaltensvorwurf machte.⁵⁶⁾ Andererseits scheiterte der Anspruch letztlich nur am eklatanten Missverhältnis zwischen der durch das Geröll verursachten Wertminderung (€ 250,-) und den erforderlichen Beseitigungskosten (€ 7.800,-), weil der Senat § 1323 ABGB analog anwendete und von Untunlichkeit ausging. Eine Durchsetzungsschranke für krasse Fälle lässt sich aber unabhängig von der Natur des durchzusetzenden Rechts begründen,⁵⁷⁾

⁵⁰⁾ Überblick etwa bei *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, InsG § 80 KO Rz 35 ff.

⁵¹⁾ *Gursky*, JZ 1996, 683 (686).

⁵²⁾ RS0079560.

⁵³⁾ Vgl etwa 4 Ob 43/11 v: Störung durch Unterlassen baumpflegerischer Maßnahmen; 4 Ob 257/16 x: gefährlicher Druck auf Mauer durch Aufschüttung von Erdreich.

⁵⁴⁾ 1 Ob 62/16 y.

⁵⁵⁾ *Koziol*, Grundfragen Rz 2/23 f.

⁵⁶⁾ Ursächlich für die Geröllablagerungen waren die Arbeiten eines beauftragten Unternehmers gewesen, den der OGH den Liegenschaftseigentümern nicht zurechnete. *Koziol* in FS Canaris I 631 (649) hält eine Analogie zur Gehilfenhaftung bei Zustandsstörungen zwar für möglich, lässt die näheren Kriterien allerdings offen (§ 1315 ABGB?).

⁵⁷⁾ Ausf – und konkret die Anwendung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots befürwortend – *Longin*, JBl 2017, 493 (497 ff, 499 ff).

spricht daher kaum für das eine oder andere System und erlaubt insb keine Rückschlüsse auf die Insolvenzsituation.

Deutlicher positioniert sich demgegenüber die überwiegende Lehre, die regelmäßig die Nähe des Beseitigungs- zum Unterlassungsanspruch⁵⁸⁾ sowie das mangelnde Erfordernis von objektiver oder subjektiver Sorgfaltswidrigkeit⁵⁹⁾ betont. Das nähert sich dem streng negatorischen Modell *Pickers* zumindest an und müsste damit konsequenterweise zur Aussonderung führen.⁶⁰⁾ *Kerschner/E. Wagner* stellen sich vor dem Hintergrund ihrer genuin dinglichen Begründung des Beseitigungsanspruchs⁶¹⁾ sogar explizit gegen den insolvenzrechtlichen Status quo und gehen von Konkursfestigkeit aus.⁶²⁾

D. Parallellfall Räumung

Bestätigung könnte dieser Zugang in einer eng verwandten Fallgruppe finden, die trotz großer Praxisrelevanz nach wie vor erstaunlich viele Grundsatzfragen aufwirft: Die Räumung unbeweglicher Sachen erfolgt nach § 349 EO bekanntlich „durch Entfernung von Personen und beweglichen Sachen“. Der Gläubiger ist „in den Besitz des zu übergebenden Gegenstandes zu setzen“ und muss die dafür erforderlichen Arbeitskräfte und Beförderungsmittel bereitstellen; die anfallenden Kosten sind ihm als Exekutionskosten zu ersetzen (§ 349 Abs 2, § 74 EO).⁶³⁾

Soweit es um die Besitzverschaffung geht – und die Räumungspflicht wie regelmäßig nicht bloß eine Verschaffungspflicht ist (etwa Übergabe des Objekts an den Mieter)⁶⁴⁾ –, ist die Insolvenzfestigkeit des Räumungsanspruchs anerkannt. Verwirrung stiftet dabei zwar ein unglücklicher und daher aufzugebender Rechtssatz, wonach es sich um Konkursforderungen handle, die nicht angemeldet und geprüft werden müssten, „weil der Anspruch nicht aus der Masse zu befriedigen, sondern auf andere Weise – im Wege der Räumungsexekution nach § 349 EO – durchzusetzen ist.“⁶⁵⁾ Richtigerweise ist der Räumungsanspruch des Eigentümers oder Vermieters als Ausprägung bzw Verlängerung der rei vindicatio aber schlicht ein Aussonderungsfall,⁶⁶⁾ wie ein anderer, freilich weniger belebter Rechtssatz zutreffend betont.⁶⁷⁾

Während die Räumung in dieser Hinsicht als Pendant zur Herausgabe beweglicher Sachen kaum Probleme bereitet, nähert sie sich der Beseitigung an, wenn es um die Entfernung von auf der Liegenschaft oder im Objekt verbliebenen beweglichen Sachen geht: Der Gläubiger

⁵⁸⁾ *E. Wagner*, Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006) 275 ff; *Oberhammer/Scholz-Berger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB³ § 364 Rz 26; *Kerschner/E. Wagner* in *Klang*³ § 364 ABGB Rz 73 mwN.

⁵⁹⁾ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 Rz 9, der allerdings auch auf Zweifelsfälle hinweist; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1294 Rz 45; *E. Wagner*, Unterlassungsansprüche 220 ff; *Schickmair* in *Schwimann/Kodek*, ABGB^{5.01} § 354 Rz 7; *Ch. Kietzbl* in *Klang*³ § 354 ABGB Rz 13.

⁶⁰⁾ Siehe oben, III.B.2.

⁶¹⁾ Vgl *Kerschner/E. Wagner* in *Klang*³ § 364 ABGB Rz 64 ff.

⁶²⁾ *Kerschner/E. Wagner* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1175 (1199 f); *Kerschner/E. Wagner* in *Klang*³ § 364 ABGB Rz 138.

⁶³⁾ Näher hierzu *Höllwerth* in *Deixler-Hübner*, EO § 349 Rz 79 ff.

⁶⁴⁾ Vgl *Spitzer* in *KLS*, IO² § 44 Rz 67; *Höllwerth* in *Deixler-Hübner*, EO § 349 Rz 29.

⁶⁵⁾ RS0020903.

⁶⁶⁾ Vgl nur *Lovrek*, Rechtsfragen der Bestandnehmerinsolvenz, wobl 2026, 83 (87): typischer Fall; *Schindl/Spitzer* in *Konecny/Trenker*, InsG § 44 IO Rz 32, zum Hintergrund der Aussonderungskraft des obligatorischen Anspruchs des Vermieters Rz 89 ff mwN; *Höllwerth* in *Deixler-Hübner*, EO § 349 Rz 29.

⁶⁷⁾ RS0051773.

wird im Gebrauch seiner Liegenschaft durch Sachen des Schuldners gestört. Verständlicherweise hat das LGZ Wien die Ansicht des OGH zur Qualifikation von Beseitigungsansprüchen als Insolvenzforderungen daher auf die Beseitigung von Gegenständen übertragen, die im Objekt zurückgelassen wurden, und die Durchsetzbarkeit während des Insolvenzverfahrens verneint.⁶⁸⁾ Auch der BGH geht dahingehend von Insolvenzforderungen aus.⁶⁹⁾

Die möglichen Einwände gegen dieses Ergebnis müssen hier nicht wiederholt werden.⁷⁰⁾ Interessant ist aber, dass sich im Kontext der Räumung eine Judikaturwende aus unvermuteter Richtung andeuten könnte. Der OGH hat vor kurzem Kosten der Vollstreckung eines vor Insolvenzeröffnung erstrittenen Räumungstitels als Masseforderungen qualifiziert, wenn die Exekution nach Insolvenzeröffnung vollzogen wird.⁷¹⁾ Das wird zwar eher pauschal mit der gefestigten Vorjudikatur begründet, wonach ab Insolvenzeröffnung anfallende Verfahrenskosten Masseforderungen sind,⁷²⁾ hängt in der Sache aber eng mit dem konkret durchgesetzten Recht zusammen. Die Exekution einer titulierten Insolvenzforderung scheiterte ja schon an der Vollstreckungssperre (§ 10 IO), sodass sich das Problem von vornherein nur aufgrund des Aussonderungscharakters der Räumung stellt.⁷³⁾ Die Räumungspflicht trifft nach Insolvenzeröffnung den Verwalter und kann daher weiterhin durchgesetzt werden; kommt der Verwalter dieser Pflicht nicht nach und fallen dem Gläubiger deshalb Kosten an, finden sich in § 46 Z 5 und 6 IO (Rechtshandlungen des Verwalters bzw Bereicherung der Masse) gleich zwei Anhaltspunkte für das Entstehen einer Masseforderung.⁷⁴⁾

Unter diesem Gesichtspunkt legt die Entscheidung den Schluss nahe, dass der Verwalter gegenüber dem Gläubiger nicht nur zur Besitzverschaffung durch Schlüsselübergabe verpflichtet ist, sondern auch zur Beseitigung der im Objekt befindlichen Gegenstände. Anders lassen sich die konkret angefallenen beträchtlichen Räumungskosten von über € 71.000,- nicht erklären.

Damit wäre der Aussonderungscharakter des Räumungsanspruchs aber auch in seiner Beseitigungsfacette anerkannt. In der Sache ist ja nicht die Etikettierung des Aufwands als Verfahrenskosten maßgebend, sondern der Umstand, dass der Gläubiger einen Aufwand tätigt, den die Masse tätigen müsste und zu dem man die Masse dementsprechend klagsweise verhalten könnte. Konsequenterweise denkt *Lovrek* an, außergerichtliche Räumungskosten, die dem Bestandsgeber nach Insolvenzeröffnung entstehen, aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Aussonderungsbegehren ebenfalls als Masseforderungen zu behandeln.⁷⁵⁾ Logischer nächster Schritt wäre, den Räumungsanspruch auch in seiner Beseitigungskomponente von vornherein als Aussonderungsanspruch anzuerkennen.

⁶⁸⁾ LGZ Wien 39 R 327/03g ZIK 2004/70; zust *Nunner-Krautgasser*, Insolvenzzrechtliche Qualifikation von Kosten einer während des Insolvenzverfahrens vollzogenen Räumungsexekution, ZIK 2023, 5 (8). Vgl auch 8 Ob 235/99p: bei Vertragsrücktritt vor Konkurseröffnung ist die Forderung auf Ersatz der später anfallenden Räumungskosten bereits im Eröffnungszeitpunkt bedingt entstanden.

⁶⁹⁾ BGH NJW 2001, 2966; NZI 2010, 901; NZI 2019, 536.

⁷⁰⁾ Siehe oben, III.B.2.

⁷¹⁾ 17 Ob 8/22h; abl *Nunner-Krautgasser*, ZIK 2023, 5 (7ff); zust *Lovrek*, wobl 2026, 83 (88).

⁷²⁾ Allgemein etwa *Widhalm-Budak* in KLS, IO² § 46 Rz 99 mwN.

⁷³⁾ *Berger* in FS Kreft 191 (203); *Blatt* in FS *Lovrek* 27 (37); *Lovrek*, wobl 2026, 83 (88).

⁷⁴⁾ Vgl auch *K. Schmidt*, Vertragliche Unterlassungsansprüche und Ansprüche auf unvertretbare Handlungen als Massegläubigerforderungen und als Insolvenzforderungen? KTS 2004, 241 (251).

⁷⁵⁾ *Lovrek*, wobl 2026, 83 (88).

E. Zusammenfassung und Folgefragen

Zurückkommend auf den Ausgangspunkt ist die Idee einer Aussonderung durch Beseitigung also deutlich weniger kurios als verbreitet angenommen. Sie fügt sich in das negatorische Haftungssystem ein und bleibt letztlich nur deshalb vage, weil innerhalb dieses Systems materiellrechtliche Unsicherheit herrscht. Für die Räumung, die oftmals unbemerkt einen alltäglichen Fall der Beseitigung beinhaltet, dürfte sich der OGH der Aussonderung nunmehr sogar annähern.

Dass die Weichenstellung zu schwierigen Folgefragen führt, liegt auf der Hand. Aus Anlass von Streuminen⁷⁶⁾ und safariparkzugehörigen Affen⁷⁷⁾ wurde etwa diskutiert, ob sich der Verwalter unliebsamer öffentlich-rechtlicher Beseitigungspflichten durch Freigabe der störenden Sachen entziehen kann (§ 119 Abs 5 IO),⁷⁸⁾ was auch zur Abwehr negatorischer Beseitigungsansprüche naheläge.⁷⁹⁾ Das Problem soll hier nicht vertieft werden. Solche Versuche wären aber jedenfalls ähnlichen Bedenken ausgesetzt wie die zivilrechtliche Dereliktion der störenden Sache zur Vernichtung des Anspruchs,⁸⁰⁾ die der OGH bereits früh verwarf.⁸¹⁾ Besteht die Beseitigungspflicht der Masse im ersten Schritt, wird man § 119 Abs 5 IO schließlich nicht im zweiten Schritt die Möglichkeit unterstellen können, diese Pflicht durch Ausscheidung – bei gleichzeitigem Verbleib des für die Beseitigung erforderlichen Vermögens in der Masse und damit zulasten des Gläubigers – auf den Schuldner abzuwälzen. Insgesamt⁸²⁾ harret der Beseitigungsanspruch in der Insolvenz also einer ausführlicheren Untersuchung.⁸³⁾

IV. Unterlassung als Insolvenzforderung?

A. Mangelnde Insolvenzfestigkeit bei obligatorischer Grundlage

Für den Bereich des negatorischen Rechtsschutzes relativiert sich jedenfalls die eingangs beobachtete kategorische Trennung von Beseitigung und Unterlassung. Das lädt auch zu einem frischen Blick auf Unterlassungsansprüche ein, die nach hA mangels Vermögenszugriffs stets insolvenzfest sind.

So sehr dieses Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der Aussonderung für den dinglichen Rechtsschutz und im Immaterialgüterrecht einleuchtet, so wenig lässt es sich im Schuldrecht begründen.⁸⁴⁾ Das veranschaulicht die einschlägige Grundsatzentscheidung des BGH: Der

⁷⁶⁾ 8 Ob 8/94.

⁷⁷⁾ 8 Ob 91/05y.

⁷⁸⁾ Vgl nur Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht IV⁴ § 119 Rz 162ff; Walcher in Konecny/Trenker, InsG § 119 IO Rz 191 ff; jeweils mwN.

⁷⁹⁾ So etwa Henckel in Jaeger, InsO § 47 Rz 100; Thole in Staudinger, BGB § 1004 Rz 615: Aussonderungskraft nur unter der Voraussetzung, dass der Verwalter die störende Sache massebefangen macht und nicht freigibt.

⁸⁰⁾ Umfassend dazu – diese Möglichkeit befürwortend – Picker, Rechtsschutz 1015ff.

⁸¹⁾ 7 Ob 221/67 JBl 1968, 568; abgekürzt in RS0010855; differenzierend Jabornegg/Strasser, Nachbarrechtliche Ansprüche 144f; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1294 Rz 47.

⁸²⁾ Das betrifft etwa auch das hier ausgeklammerte Problem öffentlich-rechtlicher Beseitigungspflichten; dazu 8 Ob 155/03g; Wilfinger in Konecny/Trenker, InsG § 14 IO Rz 14 mwN.

⁸³⁾ An der WU Wien entsteht derzeit eine Dissertation zum Thema.

⁸⁴⁾ Die Einfachheitshalber getroffene Begriffswahl ist im Detail unpräzise: Ausschlaggebend ist bekanntlich weniger die schuld- oder sachenrechtliche Begründung des Rechts als die Reichweite seines Schutzes, und auch Forderungsrechte können absoluten Schutz genießen, sofern es um die Rechtszuständigkeit geht. Insoweit besteht daher ein Aussonderungsrecht; vgl Schindl/Spitzer in Konecny/Trenker, InsG § 44 IO Rz 83 mwN.

Käufer einer Liegenschaft hatte sich im Kaufvertrag gegenüber dem Verkäufer dazu verpflichtet, darauf keine Parkplätze zu vermieten, und verfiel einige Jahre nach Vertragsabwicklung in Konkurs. Da der Verkäufer gegenüber dem Verwalter auf dem Vermietungsverbot beharrte, klagte dieser auf Feststellung des Nichtbestehens eines dahingehenden Unterlassungsanspruchs.⁸⁵⁾

Der BGH gab ihm völlig überzeugend Recht: Mangels dinglicher Ausgestaltung – in Frage käme eine verneinende Dienstbarkeit – wirkt das Verbot nicht absolut, sondern nur relativ zwischen den Vertragsparteien und damit gerade nicht zulasten der übrigen Gläubiger. Der Verwalter ist folglich nicht daran gebunden und kann die Parkplätze im Interesse der Gläubigergesamttheit sehr wohl vermieten.⁸⁶⁾ Aus demselben Grund hindert ja auch ein bloß obligatorisches Belastungs- und Veräußerungsverbot den Verwalter nicht daran, in der Insolvenz des Verbotsverpflichteten über die Sache zu verfügen,⁸⁷⁾ und verleihen etwa „Negativklauseln“ keine insolvenzfesten Unterlassungsansprüche, in denen der Schuldner dem Gläubiger verspricht, anderen Gläubigern keine Sicherheiten aus seinem Vermögen zu gewähren.⁸⁸⁾ Wer sein Recht mit Vollstreckungsschutz ausstatten will, muss eben für eine absolute Grundlage sorgen.

Mit dieser an sich selbstverständlichen Erkenntnis verlieren Unterlassungsbegehren ihre pauschale Sonderstellung, was der BGH ebenfalls zutreffend betont: *„Der Umstand, daß der hier fragliche vertragliche Anspruch auf eine Unterlassung gerichtet ist, führt für sich allein nicht zu einer Verpflichtung der Konkursmasse.“* Ob und inwieweit ein Unterlassungsanspruch gegen die Masse besteht, hänge nämlich *„nicht vom Inhalt dieses Anspruchs, sondern von dessen konkursrechtlicher Qualität ab.“*⁸⁹⁾ Unterlassungsbegehren sind insofern keine per-se-insolvenzfesten „magic bullets“. Gründen sie sich auf schwache obligatorische Positionen, erreichen sie den Verwalter vielmehr ebenso wenig wie andere vertragliche Ansprüche.⁹⁰⁾

B. Anmeldung des Schätzwerts?

Auf einem anderen Blatt steht, welches Schicksal solche schwachen Unterlassungsansprüche in der Insolvenz konkret ereilt: Gehen sie vollständig unter oder handelt es sich immerhin um Insolvenzforderungen, die mit dem Schätzwert anmeldbar sind (§ 14 Abs 1 IO)? Letzteres wirkt zunächst kaum intuitiv und entfernt sich endgültig von der hA, wonach Unterlassungsansprüche gerade nicht aus dem Vermögen zu befriedigen sind,⁹¹⁾ weil die Beimesung eines Geldwerts demnach ja definitionsgemäß scheitert.⁹²⁾

⁸⁵⁾ BGH NJW 2003, 3060.

⁸⁶⁾ Konkret stellten sich auch keine Fragen des Erfüllungswahlrechts, weil der Vertrag durch Übertragung des Eigentums zumindest verkäuferseitig bereits vollständig erfüllt worden war.

⁸⁷⁾ Vgl. *Trenker*, Bindung des Insolvenzverwalters an „verwertungsbeschränkende“ Vereinbarungen des Schuldners, ÖJA 2025, 342 (350); BGH NZI 2016, 451.

⁸⁸⁾ *Ganter* in MüKoInsO⁵ § 47 Rz 457; *Brinkmann* in *Uhlenbruck*, InsO¹⁶ § 49 Rz 4; allgemein zu solchen Vereinbarungen *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften (2024) 249 mwN.

⁸⁹⁾ BGH NJW 2003, 3060.

⁹⁰⁾ Vgl. auch BGH NZI 2016, 451; *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen 127 ff; *Widhalm-Budak* in KLS, IO² § 46 Rz 100 mwN: Masseforderung nach § 46 Z 4 IO nur unter der Voraussetzung, dass der Verwalter die Masse zB durch Vertragseintritt zur Unterlassung verpflichtet hat.

⁹¹⁾ Siehe oben, I.B.

⁹²⁾ *Konecny* in *Konecny/Schubert*, InsG § 102 KO Rz 19; *Nunner-Krautgasser*, Schuld 284f; *Henckel* in *Jaeger*, InsO I § 38 Rz 69, 78.

Regelmäßig wird dieses Verständnis zutreffen. So hat vor kurzem *Trenker* für nicht verbücherte Belastungs- und Veräußerungsverbote, aus denen Unterlassungsansprüche gegen den Verbotsverpflichteten folgen können,⁹³⁾ eine Einordnung als Insolvenzforderung überzeugend abgelehnt.⁹⁴⁾ Die Verbotsberechtigung hat nämlich für sich genommen keinen Vermögenswert,⁹⁵⁾ was sich besonders drastisch im rezenten Fall der verbotswidrigen Veräußerung einer Liegenschaft gezeigt hat, aus der der übergangene Verbotsberechtigte keinerlei Schadenersatzansprüche ableiten konnte.⁹⁶⁾ Unter dieser Prämisse verpufft das Verbot auch mit der Insolvenz des Verpflichteten vollständig, es besteht keine geldwerte und daher anmeldbare Forderung.

Indes können andere Fälle anders liegen, völlig ausgeschlossen erscheint eine Anmeldung des Unterlassungsanspruchs mit dem Schätzwert nicht.⁹⁷⁾ Nach dem BGH spricht sogar „*viel dafür, daß ein etwaiger Vermögenswert von Unterlassungsansprüchen – mindestens aber das Nichterfüllungsinteresse eines vertraglichen Unterlassungsgläubigers – eine Konkursforderung begründet*“.⁹⁸⁾ Entscheidend ist eben, ob der Anspruch Vermögenswert hat, was etwa im erwähnten Parkplatz-Fall naheliegt. Dort weist *K. Schmidt* lebensnah darauf hin, dass das Vermietungsverbot in die Preiskalkulation eingeflossen und damit Teil des Synallagmas geworden sein dürfte: Wäre die Parkplatzvermietung im Vertrag erlaubt worden, hätte der Verkäufer wohl mehr für das Grundstück verlangt.⁹⁹⁾ Dann ist die Einordnung des „vermögensrechtlichen“ Unterlassungsanspruchs als Insolvenzforderung aber stimmig, ohne dafür auf Sekundäransprüche und das Erfüllungsinteresse rekurrieren zu müssen,¹⁰⁰⁾ was schwierige Fragen der Vorwerfbarkeit der Nichterfüllung erspart. Nach diesem Muster könnte man etwa auch den Anspruch aus einem obligatorischen Belastungs- und Veräußerungsverbot ausnahmsweise als Insolvenzforderung qualifizieren, wenn das Verbot im Zuge einer Transaktion zugunsten des Verkäufers eingeräumt wurde.¹⁰¹⁾

V. Unterlassung als „Masseforderung“?

A. Wettbewerbsrecht und Pflichtenbindung

Stück für Stück rücken Unterlassung und Beseitigung weiter zusammen: bei dinglicher Grundlage sind sie insolvenzfest, bei obligatorischer Grundlage nicht. Das Sonderregime für Sonderbegehren hat sich insofern erübrigt.

Eine praktisch bedeutsame Fallgruppe wurde bislang allerdings noch ausgeklammert. Gerade die Frage der Behandlung von Unterlassungsansprüchen in der Insolvenz des Störers stellt sich typischerweise weniger im Sachen- oder Schuldrecht als im Wettbewerbsrecht. Dort dient die Klage auf Unterlassung unlauteren Verhaltens durch Konkurrenten oder Verbände (§ 14 UWG) bekanntlich als zentrales Instrument des „private enforcement“.

⁹³⁾ 6 Ob 304/05g.

⁹⁴⁾ *Trenker*, ÖJA 2025, 342 (350f).

⁹⁵⁾ RS0010805; zu den damit verbundenen Problemen s *Kaspar*, Anm zu 6 Ob 176/24m, ÖJZ 2026, 358 (358f).

⁹⁶⁾ 6 Ob 176/24m EvBl 2026/101 (*Kaspar*).

⁹⁷⁾ *Berger*, Verfügungsbeschränkungen 127 mit FN 152.

⁹⁸⁾ BGH NJW 2003, 3060.

⁹⁹⁾ *K. Schmidt*, KTS 2004, 241 (256).

¹⁰⁰⁾ So *Nunner-Krautgasser*, Schuld 284f.

¹⁰¹⁾ Dazu passt, dass der OGH eine Haftung des Verbotsverpflichteten bei Vorliegen eines „Grundgeschäfts“ für möglich hält, das durch das Verbot abgesichert wird (zB Schenkung auf den Todesfall); vgl 6 Ob 176/24m.

Die Insolvenz hindert die Durchsetzung solcher Ansprüche nach stRsp nicht, weil es sich – wie im Kontext der Räumung¹⁰²⁾ – um Insolvenzforderungen handle, die keiner Anmeldung bedürften.¹⁰³⁾ Die Einführung dieser kryptischen Kategorie „nicht anmeldungsbedürftiger Insolvenzforderungen“ wirkt schon auf den ersten Blick nach einer Notlösung und bezeugt die Schwierigkeiten bei der Anspruchsqualifikation.¹⁰⁴⁾ Anders als bei absoluten Rechten¹⁰⁵⁾ lässt sich die Insolvenzfestigkeit im Wettbewerbsrecht schließlich nicht mit dem Gedanken der Aussonderung begründen, weil der klagende Mitbewerber oder Verband kein aussonderungsfähiges Rechtsgut geltend macht. Er verteidigt keine massefremde Position.¹⁰⁶⁾

Gleichzeitig unterscheidet sich die Situation aber natürlich erheblich von den behandelten Fällen obligatorischer Unterlassungsansprüche. Dort scheitert die Durchsetzung gegenüber dem Verwalter daran, dass die Masse nicht an vom Schuldner bloß rechtsgeschäftlich übernommene Pflichten gebunden ist.¹⁰⁷⁾ Der Verwalter muss ein rein vertragliches Belastungs- und Veräußerungsverbot etwa nicht respektieren und eine dem Schuldner persönlich verbotene Verfügung selbst gerade nicht unterlassen.

Damit ist der maßgebende Gesichtspunkt identifiziert: Das Wettbewerbsrecht muss der Verwalter – genauso wie andere deliktische Pflichten – sehr wohl respektieren. Er ist bei Unternehmensfortführung Adressat der Handlungspflichten des UWG und kann dementsprechend auch Adressat darauf aufbauender, zukunftsgerichteter Unterlassungsansprüche sein. Mit *K. Schmidt* reichen solche im objektiven Gesetzesrecht begründeten Unterlassungspflichten insofern „kontinuierlich in die Masse“ hinein;¹⁰⁸⁾ ein „Freikaufen“ von der gesetzlichen Verhaltenspflicht durch Umwandlung in Geldforderungen scheidet aus.¹⁰⁹⁾

Im Ergebnis ist dem OGH daher zuzustimmen: der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch ist insolvenzfest. Konstruktiv sollte man sich allerdings von der eigentümlichen Figur „nicht anmeldungsbedürftiger Insolvenzforderungen“ verabschieden¹¹⁰⁾ und stattdessen Halt im insolvenzrechtlichen System der Gläubigergruppen suchen.¹¹¹⁾ Dafür bietet sich eine Orientierung an den Masseforderungen an, zumal sich der Anspruch gegen den Verwalter aus dessen Pflichtenbindung rechtfertigt und § 46 Z 5 IO zum Ausdruck bringt, dass „alle Ansprüche aus Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters“ ungehindert durchgesetzt werden können.¹¹²⁾ Zwar passt der mit dieser Einordnung verbundene Rucksack nicht in allen Facetten zum Unterlassungsanspruch, weil es gerade nicht um eine bevorzugte Befriedigung vor

¹⁰²⁾ Oben, III.D.

¹⁰³⁾ 4 Ob 335/67 EvBl 1968/164; 4 Ob 120/90; 1 Ob 215/09 p (zu § 28 KSchG); 6 Ob 159/19 d (zu persönlichkeitsrechtlichen Ansprüchen).

¹⁰⁴⁾ Krit zur Kategorie dementsprechend etwa *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 447 f FN 24; *Konecny in Konecny/Schubert*, InsG § 102 KO Rz 19; *Blatt in FS Lovrek 27* (28 f).

¹⁰⁵⁾ Oben, II.B.

¹⁰⁶⁾ BGH NZI 2010, 811 Rz 27; *Mock in Uhlenbruck*, InsO¹⁶ § 86 Rz 19; insoweit zutr 4 Ob 335/67 EvBl 1968/164; aA *Ganter in MüKoInsO*⁵ § 47 Rz 456; *Hoffmann in Jaeger*, InsO² § 47 Rz 26.

¹⁰⁷⁾ Oben, IV.A.

¹⁰⁸⁾ *K. Schmidt*, KTS 2004, 241 (255).

¹⁰⁹⁾ *Musger in KLS*, IO² § 14 Rz 3 FN 8; vgl auch *Stürner*, ZZZ 94 (1981) 263 (308 f).

¹¹⁰⁾ So schon *K. F. Engelhart in Konecny*, InsG § 51 IO Rz 56; *Jelinek in KLS*, IO² § 6 Rz 26 FN 52. Beide gehen dabei allerdings davon aus, dass Unterlassungsansprüche niemals Insolvenzforderungen sein können, was in der Form nicht überzeugt (s oben, IV.B.).

¹¹¹⁾ Mangels Geldbezugs insg gegen eine Kategorisierung allerdings *Jelinek in KLS*, IO² § 6 Rz 26.

¹¹²⁾ *Konecny in Konecny/Schubert*, InsG § 102 KO Rz 19; *Blatt in FS Lovrek 27* (29); *Stürner*, ZZZ 94 (1981) 263 (307 f); *Stürner in FS Merz 563* (570); *K. Schmidt*, Unterlassungsprozesse in der Insolvenz: Debatte ohne Ende? in *FS Schilken* (2015) 789 (794 f, 796 f); *Windel in Jaeger*, InsO § 86 Rz 18.

den Insolvenzgläubigern im eigentlichen Sinn geht (§ 47 Abs 1, § 124 Abs 1 IO) und etwa die Bestimmungen zur Masseinsuffizienz (§ 47 Abs 2, § 124a IO) genauso wenig greifen¹¹³⁾ wie die Anordnung, dass die Sanierungsplanbestätigung die Zahlung bzw Sicherstellung aller Masseforderungen voraussetzt (§§ 150, 152a IO).¹¹⁴⁾ Unterlassungsgläubiger sind also sicher keine klassischen Massegläubiger. Die Wertung des § 46 Z 5 IO gibt allerdings die Insolvenzfestigkeit ihrer Ansprüche vor.¹¹⁵⁾

B. Wiederholungsgefahr gegenüber dem Verwalter?

Wann solche Unterlassungsansprüche gegen den Verwalter dann im Einzelnen bestehen, ist eine andere Frage.¹¹⁶⁾ Den Anlass geben ja regelmäßig Wettbewerbsverstöße des Schuldners, häufig ist bei Insolvenzeröffnung bereits ein Unterlassungsprozess anhängig. Solche Prozesse werden zunächst unterbrochen (§ 7 IO), können aus den dargestellten Gründen aber direkt gegen den Verwalter fortgesetzt werden.¹¹⁷⁾ Dass die Klage gegen den Verwalter auch inhaltlich begründet ist, ist damit indes nicht gesagt.

Immerhin setzt das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs (Erstbegehungs- oder) Wiederholungsgefahr, also einen drohenden Verstoß voraus. Wiederholungsgefahr wird grundsätzlich vermutet, zumal naheliegt, dass der bereits geschehene Rechtsbruch kein Einzelfall bleibt.¹¹⁸⁾ Die hier interessierende Konstellation ist allerdings insofern speziell, als der Rechtsbrecher – mangels Eigenverwaltung – ab Insolvenzeröffnung gar keine Gelegenheit mehr zum Rechtsbruch hat, weil er die Verwaltungs- und Verfügungsmacht verliert (§ 2 Abs 2, § 3 Abs 1 IO). Der übernehmende Verwalter war am bisherigen Geschehen in keiner Weise beteiligt und berechtigt als „unbescholtene, verlässliche und geschäftskundige Person“ (§ 80 Abs 2 IO) außerdem schon kraft seines Amtes zu besonderen Seriositätserwartungen. Es ließe sich daher einwenden, dass sich mit dem Verantwortungswechsel die Vermutung der Wiederholungsgefahr erübrigt und der Gläubiger die Gefahr einer Erstbegehung durch den Verwalter beweisen müsste. In diese Richtung geht die Rsp des BGH, wonach – aufbauend auf Vorjudikatur zum Wegfall der Wiederholungsgefahr bei Rechtsträgerwechsel durch gesellschaftsrechtliche Umgründungen¹¹⁹⁾ – ein Wettbewerbsverstoß des Schuldners dem Verwalter nicht zuzurechnen ist und die Wiederholungsgefahr daher nicht ohne weiteres angenommen werden darf.¹²⁰⁾

Demgegenüber lehnte der OGH die Differenzierung in einer älteren Entscheidung ab: Nach stRsp sei es Sache des Beklagten, Umstände zu behaupten und zu beweisen, die den Wegfall der Wiederholungsgefahr begründen, was auch für die Fortsetzung (besser: das Einstellen) wettbewerbswidrigen Verhaltens nach Konkurseröffnung gelte. Schon die objektive Möglichkeit, dass beanstandete Verkäufe im Zuge der Unternehmensfortführung oder beim Abver-

¹¹³⁾ BGH NZI 2010, 811 Rz 28; *Henckel in Jaeger*, InsO § 55 Rz 19.

¹¹⁴⁾ Darauf hinweisend *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht IV⁴ § 102 Rz 40.

¹¹⁵⁾ Konsequenterweise wendet der BGH zur Begründung der Fortsetzung bei Insolvenzeröffnung bereits anhängiger Unterlassungsprozesse § 86 Abs 1 Nr 1 InsO analog an (Aufnahme von Prozessen, die eine Masseverbindlichkeit betreffen); BGH NZI 2010, 811 Rz 27 f; NJOZ 2015, 1033.

¹¹⁶⁾ Vgl schon *K. Schmidt*, ZZP 90 (1977) 38 (43 f).

¹¹⁷⁾ 1 Ob 215/09 p; RS0124783; RS0064093.

¹¹⁸⁾ RS0080065.

¹¹⁹⁾ BGH NJW 2008, 301; krit *Ahrens in Ahrens*, Der Wettbewerbsprozess⁹ (2021) Kap 37 Rz 17 ff.

¹²⁰⁾ BGH NZI 2010, 811 Rz 40.

kauf noch vorhandener Warenvorräte fortgesetzt werden, rechtfertigt daher die Stattgabe des Unterlassungsbegehrens.¹²¹⁾

Während der BGH die Zurechnung des Schuldnerverhaltens an den Verwalter ausführlich verneint und die deutsche Lehre diese mangelnde Kontinuität auch vor dem Hintergrund des ewigen Theorienstreits um die Stellung des Verwalters reflektiert,¹²²⁾ geht der OGH auf das betroffene Problem des Verantwortungswechsels also gar nicht ein. Der Zugang wirkt zunächst vergleichsweise unterkomplex, überzeugt aber gerade in seinem Pragmatismus: Es mag sein, dass sich der Verwalter Verstöße des früheren Managements nicht persönlich zurechnen lassen muss. Innerhalb einer Unternehmensstruktur werden sich unlautere Praktiken aber kaum sofort abstellen lassen, sodass fortgesetzte Verstöße durch im Betrieb tätige Personen – die eine Haftung des Unternehmensinhabers begründen (§ 18 UWG)¹²³⁾ – naheliegen. Ausgehend von dieser Kontinuität von Belegschaft und Organisation unterscheidet sich die Situation letztlich nicht vom Normalfall ohne Rechtsnachfolge oder Insolvenz: der erste Verstoß indiziert den drohenden zweiten.¹²⁴⁾ Dass der Verwalter dieses Risiko nicht selbst geschaffen hat,¹²⁵⁾ ist angesichts seiner Unterbindungsmöglichkeit vernachlässigbar¹²⁶⁾ und führt für die Tatfrage der bestehenden Gefahr ohnehin nicht weiter. Zu theorienverhaftet erscheint daher auch die wettbewerbsrechtliche hA, wonach der Verwalter auf Basis der gängigen insolvenzrechtlichen Erklärungsmodelle seiner Stellung – Organ der Masse? Vertreter des Schuldners? Amtspartei? – nicht als „Unternehmensinhaber“ und Zurechnungsadressat nach § 18 UWG in Frage kommt.¹²⁷⁾ In der Insolvenz gäbe es dann ja selbst bei Unternehmensfortführung gar keinen verantwortlichen Träger mehr.¹²⁸⁾ Vielmehr leuchtet es in der dargestellten Interessenlage insgesamt ein, dem Verwalter den Beweis der fehlenden Wiederholungsgefahr aufzubürden, der gerade im Zuge des Insolvenzverfahrens etwa durch Betriebsschließung¹²⁹⁾ oder Trennung von den unmittelbar verantwortlichen Personen gelingen kann.¹³⁰⁾

¹²¹⁾ 4 Ob 120/90; offenlassend 4 Ob 335/67 EvBl 1968/164; zur umgekehrten Situation 4 Ob 359/75 ÖBl 1976, 36; keine Zurechnung eines vom Verwalter begangenen Wettbewerbsverstoßes an den Schuldner.

¹²²⁾ K. Schmidt in FS Gerhardt 903 (906 ff); K. Schmidt in FS Schilken 789 (796 f); vgl auch K. Schmidt, ZJP 90 (1977) 38 (44 f); Thole in Staudinger, BGB § 1004 Rz 336.

¹²³⁾ Vgl dazu RS0078208; RS0079818.

¹²⁴⁾ Treffend Ahrens in Ahrens, Wettbewerbsprozess⁹ Kap 37 Rz 18; ähnlich schon K. Schmidt, ZJP 90 (1977) 38 (44 f); K. Schmidt in FS Gerhardt 903 (917); vgl auch Foerste, Umschreibung des Unterlassungstitels bei Betriebserwerb, GRUR 1998, 450 (452 ff); Hoffmann in Jaeger, InsO² § 47 Rz 37 mit FN 111. Köhler, Neubeurteilung der wettbewerbsrechtlichen Haftung des Rechtsnachfolgers eines Unternehmers? WRP 2010, 475 (479) knüpft daran nur unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr an, die der Gläubiger beweisen muss.

¹²⁵⁾ Darauf bei der Verneinung der wettbewerbsrechtlichen Inhaberhaftung des Rechtsnachfolgers bzw. Verwalters abstellend BGH NJW 2008, 301; Köhler, WRP 2010, 475 (479); für Österreich auch Herzig in Wiebe/Kodek, UWG² § 18 Rz 28.

¹²⁶⁾ Zu diesem Gesichtspunkt Konecny in Konecny/Schubert, InsG § 102 KO Rz 19; Zurechnung der versäumten Unterbindung; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht IV⁴ § 102 Rz 40.

¹²⁷⁾ Duursma-Kepplinger in Gumpoldsberger/Baumann, UWG § 18 Rz 40; Herzig in Wiebe/Kodek, UWG² § 18 Rz 10; Görg, UWG § 18 Rz 26; Told in Holzweber/Homar/Schuhmacher, UWG § 18 Rz 25.

¹²⁸⁾ So Told in Holzweber/Homar/Schuhmacher, UWG § 18 Rz 25.

¹²⁹⁾ Vgl RS0079522; 6 Ob 159/19 d.

¹³⁰⁾ Siehe dazu Told in Holzweber/Homar/Schuhmacher, UWG § 18 Rz 45.

VI. Beseitigung als „Masseforderung“?

A. Ausgangspunkt: wettbewerbsrechtlicher Beseitigungsanspruch

Der Verwalter muss „seinen“ Betrieb also wettbewerbskonform führen und ist andernfalls Unterlassungsansprüchen ausgesetzt. Daneben können Wettbewerbsverstöße auch Ansprüche auf Beseitigung des wettbewerbswidrigen Zustands nach sich ziehen (§ 15 UWG), was von unzulässigen Plakaten über rechtswidrige Internetdomains bis zu irreführenden Websiteinhalten verschiedenste Fälle betrifft. Resultieren solche Ansprüche aus Handlungen, die der Verwalter selbst gesetzt hat, handelt es sich zweifellos um Masseforderungen (§ 46 Z 5 IO).¹³¹⁾

Stammt der wettbewerbswidrige Zustand aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung, geht die Haftung demgegenüber in der allgemein üblichen Einordnung¹³²⁾ von umzurechnenden Insolvenzforderungen aus.¹³³⁾ Über Aussonderung muss hier tatsächlich nicht diskutiert werden: Während etwa die Vernichtung von Waren, die Immaterialgüterrechte verletzen, durchaus zur Verteidigung des massefremden Schutzrechts dient und daher Aussonderungskraft haben kann,¹³⁴⁾ machen Verbände und Konkurrenten nach dem UWG wie erwähnt kein aussonderungsfähiges Rechtsgut geltend.¹³⁵⁾

Übrig bleibt damit nur der zur Unterlassung entwickelte Gedanke einer Masseschuld. Trifft den Verwalter eine eigene, „aktuelle“ Pflicht, bei Insolvenzeröffnung vorgefundene unlautere Zustände zu beseitigen?

B. Gleichgerichtete Zustandsstörungen

Die Antwort auf diese Frage hängt wiederum eng mit den Problemen zusammen, die solche Beseitigungsansprüche materiellrechtlich aufwerfen. Schon die gesetzliche Ausgangslage in § 15 UWG ist nämlich durchaus speziell: „Der Anspruch auf Unterlassung umfaßt auch das Recht, die Beseitigung des den Vorschriften des Gesetzes widerstrebenden Zustandes vom Verpflichteten, soweit ihm die Verfügung hierüber zusteht, zu verlangen.“ § 15 UWG erklärt den Beseitigungsanspruch also gewissermaßen zum Bestandteil des Unterlassungsanspruchs (§ 14 UWG),¹³⁶⁾ obwohl sich Beseitigung als positives Tun an sich kategorisch von der negativen Unterlassung unterscheidet.¹³⁷⁾

Erklärlich wird die Anordnung mit Blick auf die betroffenen Fälle. Die nunmehr stRsp begrenzt die Parallelität nämlich auf Konstellationen, in denen die Nichtbeseitigung des Störungszustandes eine Fortsetzung der Verletzungshandlung bedeutet („gleichgerichtete Zustandsstörungen“¹³⁸⁾).¹³⁹⁾ Wer etwa zur Unterlassung irreführender Werbung verpflichtet

¹³¹⁾ Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² § 15 Rz 87 mwN.

¹³²⁾ Oben, I.A.

¹³³⁾ Duursma-Kepplinger in Gumpoldsberger/Baumann, UWG § 15 Rz 159; Görg, UWG § 15 Rz 137; Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² § 15 Rz 87.

¹³⁴⁾ So BGH NJOZ 2015, 1033 Rz 22; NZI 2010, 811 Rz 27. Allgemein zum Problem oben, III.

¹³⁵⁾ Zur Unterlassung schon oben, V.A.

¹³⁶⁾ Zur Diskussion um die Frage, ob darin eine Besonderheit liegt oder doch ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck kommt, vgl. Kerschner/E. Wagner in Klang³ § 364 ABGB Rz 68 ff mwN; Pierer, Umfang, Bestimmtheit und Auslegung von Exekutionstiteln bei der Unterlassungsexekution, ÖJA 2025, 27 (34 ff).

¹³⁷⁾ Etwa Auer, Zu Inhalt und Grenzen des Beseitigungsanspruchs nach § 15 UWG, wbl 2019, 556 (556).

¹³⁸⁾ Etwa 3 Ob 215/02t.

¹³⁹⁾ RS0079549; RS0004413.

wird, kann die irreführenden Inhalte schwerlich auf der Unternehmenswebsite¹⁴⁰⁾ oder auf im Geschäftslokal angebrachten Plakaten belassen, weil er sonst weiterhin verboten wirbt. Zur Erfüllung der Unterlassungspflicht ist vielmehr die Beseitigung der Inhalte aus dem unmittelbaren Verfügungsbereich erforderlich. Anders gewendet: Die Störungshandlung – der Wettbewerbsverstoß – wird so lange fortgesetzt, bis die Website richtiggestellt oder das Plakat entfernt ist.¹⁴¹⁾ Konsequenterweise kann der Gläubiger bis zur Herstellung dieses Erfolgs Unterlassungsexekution führen.¹⁴²⁾

Unter diesen Prämissen bleibt in der Insolvenz aber kein Raum für Differenzierung zwischen Unterlassung und Beseitigung: Kann der Unterlassungsanspruch aus den dargestellten Gründen gegen den Verwalter durchgesetzt werden, muss das entgegen der hA¹⁴³⁾ auch für die darin enthaltene Beseitigungskomponente gelten, weil es insoweit um fortwirkende und daher den Verwalter treffende Pflichten geht: Bleibt die Website unverändert oder das Plakat an seinem Platz, wirbt nun der Verwalter irreführend. Mit *Musger* ist die parallele Beseitigung also insolvenzfest.¹⁴⁴⁾

Dieses wettbewerbsrechtliche Ergebnis ist im Übrigen auch für den Schutz von Persönlichkeitsrechten relevant. § 20 Abs 1 S 2 ABGB ordnet hierfür nach dem Vorbild des § 15 UWG neuerdings an, dass der Anspruch auf Unterlassung „den Anspruch auf Beseitigung eines der Unterlassungsverpflichtung widerstreitenden Zustandes“ umfasst. Während der OGH wenige Jahre vor der Reform noch betont hatte, dass der Anspruch auf Löschung eines persönlichkeitsverletzenden Homepageartikels in der Insolvenz des Verpflichteten als umgewandelte Geldforderung (§ 14 Abs 1 IO) anzumelden sei,¹⁴⁵⁾ wäre spätestens¹⁴⁶⁾ heute dementsprechend anders zu entscheiden. Unterstellt man Massebezug des konkreten Streits¹⁴⁷⁾ und bejaht man mit dem OGH die Möglichkeit, den bei Insolvenzeröffnung bereits anhängigen Prozess hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens sofort gegen die Verwalterin fortzusetzen, lässt sich die Beseitigung davon schließlich nicht trennen: Ist der inkriminierte Artikel weiterhin auf der Homepage abrufbar, verstößt die Verwalterin gegen ihre Unterlassungspflicht. Sie muss den Artikel daher löschen.

C. Selbständige Beseitigung?

Endet dieser materiellrechtliche Gleichlauf von Unterlassung und Beseitigung, endet demnach auch die insolvenzrechtliche Parallelität. Wo die Grenze dabei – zurückkommend auf

¹⁴⁰⁾ Vgl 3 Ob 215/02t; 3 Ob 8/12s.

¹⁴¹⁾ Dazu 1 Ob 1027/36 JBl 1937, 103: „Solange Plakate, die doch der Werbung dienen, verbreitet sind, kann füglich nicht davon gesprochen werden, daß sie nur ein papierenes Dasein führen, das niemandem auffällt.“

¹⁴²⁾ RS0004490; *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 15 Rz 23 mwN; zur im Titel dahingehend nötigen Leistungsfrist etwa *Rassi*, Die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs, ÖBl 2015, 207 (215) mwN.

¹⁴³⁾ *Duursma-Kepplinger* in *Gumpoldsberger/Baumann*, UWG § 15 Rz 159; *Görg*, UWG § 15 Rz 137; *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 15 Rz 87.

¹⁴⁴⁾ *Musger* in *KLS*, IO² § 14 Rz 3 FN 8.

¹⁴⁵⁾ 6 Ob 159/19 d.

¹⁴⁶⁾ Da es hier um absolute Rechte geht, hätte sich die Insolvenzfestigkeit schon zuvor als Aussonderung begründen lassen können. Außerdem war die L teilweise bereits vor der Reform davon ausgegangen, dass in § 15 UWG ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck kommt; vgl *Pierer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 20 Rz 23 mwN.

¹⁴⁷⁾ Die Entscheidung geht darauf nicht näher ein, spricht im Kontext des Wegfalls der Wiederholungsgefahr aber etwa davon, dass die unternehmerische Tätigkeit zwischenzeitig eingestellt worden war.

das Wettbewerbsrecht – im Einzelnen verläuft, ist allerdings schwer zu sagen. Wurden Plakate mit dem beanstandeten Werbetext nicht nur im eigenen Geschäftslokal, sondern auch an öffentlichen Flächen angebracht, Kataloge an Vertriebspartnern ausgegeben oder Werbematerial überhaupt an Kunden verteilt, entfernt man sich etwa merklich von der Unterlassung. Die Dinge sind dann schließlich in der Welt und müssten nun – mitunter kostenintensiv – zurückgeholt werden, sodass anstelle der Beendigung eines Dauerzustands in der eigenen Sphäre ein echter *contrarius actus*¹⁴⁸⁾ in Rede steht. Dennoch geht die Rsp auch hier regelmäßig von gleichgerichteten Zustandsstörungen aus: Beim beauftragten Plakatierungsunternehmen könne schließlich die vorzeitige Abnahme der Plakate veranlasst werden,¹⁴⁹⁾ die bei Vertriebspartnern aufliegenden Werbekataloge wären zurückzurufen oder sonst aus dem Verkehr zu nehmen,¹⁵⁰⁾ und sogar das Einziehen von an Kunden herausgegebenen Plakaten komme im Rahmen der Unterlassungspflicht in Betracht.¹⁵¹⁾ Ob diese Ergebnisse aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stets überzeugen – zumal allein die vom OGH regelmäßig betonte Möglichkeit der Beseitigung nichts über den Zusammenhang zur Unterlassung aussagt –, kann hier dahingestellt bleiben. Sie zeichnen die insolvenzrechtliche Behandlung nämlich jedenfalls vor. Versteht man auch das Plakat an der Litfaßsäule, den Katalog im Geschäft des Vertriebspartners oder den Flyer im Kundenwohnzimmer als aktuelles, zu unterlassendes Verhalten des Verpflichteten, dehnt das die Handlungspflichten des Insolvenzverwalters (§ 46 Z 5 IO) im selben Umfang aus.

Bei aller Parallelität anerkennt der OGH indes auch Fälle echter Selbständigkeit des Beseitigungsanspruches gegenüber damit nicht „gleichgerichteten“ Unterlassungsansprüchen.¹⁵²⁾ Das Bekenntnis erfolgt zwar weitgehend obiter,¹⁵³⁾ könnte aber etwa die Beseitigung von irreführenden Prüfplaketten auf bereits in Verkehr gebrachten Waren¹⁵⁴⁾ oder die nach dem UWG mitunter erforderliche Vernichtung von Gegenständen betreffen.¹⁵⁵⁾ Wenn und soweit man das Vorliegen gleichgerichteter Zustandsstörungen hier verneint, verneint man nach dem dargestellten Muster gleichzeitig eine „Masseschuld“. Es geht dann ja um die Korrektur der Folgen von Störungshandlungen, die bei Insolvenzeröffnung bereits abgeschlossen waren, wofür das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung gilt. Im Unterschied zu dinglichen Rechten verfängt auch der Aussonderungsgedanke nicht,¹⁵⁶⁾ sodass die herrschende Qualifikation als Insolvenzforderung auf solche selbständigen Beseitigungsansprüche zutrifft.

VII. Ergebnisse

Ausgangspunkt war die hA, die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche kategorisch trennt: In der Insolvenz des Störers seien Beseitigungsansprüche wegen Störungen vor Verfahrenseröffnung Insolvenzforderungen und Unterlassungsansprüche insolvenzfest. Es hat

¹⁴⁸⁾ Vgl dazu Baur, AcP 160 (1961) 465 (489f).

¹⁴⁹⁾ 4 Ob 301/89.

¹⁵⁰⁾ 3 Ob 12/91.

¹⁵¹⁾ 1 Ob 1027/36 JBl 1937, 103.

¹⁵²⁾ RS0004413.

¹⁵³⁾ Insb in 4 Ob 301/89, auf die RS0004413 zurückgeht, und in der Mehrzahl der dazu indizierten Entscheidungen.

¹⁵⁴⁾ 4 Ob 79/95: „Im vorliegenden Fall geht es nicht um einen Verstoß gegen ein Unterlassungsgebot, der allein schon darin liegt, daß sich Möbeltresore, die zu Unrecht mit der VSÖ-Prüfplakette versehen sind, bei Vertragshändlern und Endverbrauchern befinden, sondern um ein Beseitigungsbegehren.“

¹⁵⁵⁾ Nageler-Petritz in Holzweber/Homar/Schuhmacher, UWG § 15 Rz 19; im Detail unklar 4 Ob 2055/96a.

¹⁵⁶⁾ Dazu oben, III.

sich gezeigt, dass diese Zweiteilung der materiellrechtlichen Vielschichtigkeit der betroffenen Probleme nicht gerecht wird. Wie stets entscheidet weniger die Art des Begehrens als dessen materiellrechtliche Grundlage über die insolvenzrechtliche Qualifikation, die nach allgemeinen Regeln zur Einordnung als Aussonderungsrecht, Insolvenzforderung oder Masseforderung führt. Im Einzelnen:

1. Beseitigungs- (II.A) und Unterlassungsansprüche (IV.) aus obligatorischen Rechten können gegen den Verwalter nicht durchgesetzt werden. Hat der Anspruch eigenständigen Geldwert, was vor allem bei Unterlassungsansprüchen nicht selbstverständlich ist (IV.B.), ist er als umgewandelte Insolvenzforderung mit dem Schätzwert anzumelden (§ 14 Abs 1, § 51 IO).
2. Negatorische Unterlassungsansprüche sind aufgrund ihres Aussonderungscharakters insolvenzfest (II.B.). Ob auch negatorische Beseitigungsansprüche Aussonderungskraft haben können, hängt vom zugrundeliegenden materiellrechtlichen Konzept ab (III.). Geht man von streng negatorischer Haftung kraft Eigentums an der störenden Sache aus, ist die Aussonderung konsequent. Knüpft man am Verhalten des Störers an, spricht das für Insolvenzforderungen. Die Frage ist auch im Kontext der Räumung relevant, wo jüngere Rsp in die Richtung der Aussonderung deutet (III.D.).
3. Die Insolvenzfestigkeit von Unterlassungsansprüchen kann sich allgemein – iS einer Masseforderung – daraus ergeben, dass der Verwalter Adressat der jeweiligen Verhaltenspflicht ist (V.). Das trifft vor allem auf die Einhaltung des Wettbewerbsrechts bei Unternehmensfortführung zu, wobei die Wiederholungsgefahr aufgrund vorinsolvenzlicher Verstöße gegenüber dem Verwalter zu vermuten ist (V.B.). Dementsprechend sind auch solche Beseitigungsansprüche insolvenzfest, die bei „gleichgerichteten Zustandsstörungen“ lediglich eine Facette der Unterlassungspflicht bilden (VI.B.). Selbständige Beseitigungsansprüche sind mangels Aussonderungscharakters als Insolvenzforderungen einzuordnen (VI.C.).