

Ein Erbteil für den Erbensucher

Ein österreichischer Exportschlager

Umsetzung VerbraucherrechteRL

Mehr Info-Pflichten für Webshops

Konkurrenz mit KMG

Allgemein zivilrechtliche
Prospekthaftung

Insolvenzfestigkeit einer

Besserungsvereinbarung

Altbagatellkartelle in den

KaWeRÄG-Übergangsbestimmungen

Whistle Blowing

Kündigung oder Entlassung?

GebührenG

Schleichwege aus der Fiskalklausel

Ein Erbteil für den Erbensucher?

Der OGH bejahte in zwei Entscheidungen einen Entgeltanspruch des Erbenfinders gegenüber dem Findelerben aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Höhe von 20% des Reinnachlasses. Die erste Entscheidung, so der OGH in der zweiten, sei auf keinerlei Kritik im Schrifttum gestoßen. Seither aber sind die kritischen Stimmen in der Lehre, in welche auch dieser Beitrag einstimmt, mehr und mehr geworden. Genauso übrigens wie das Entgelt der Erbensucher.

CLEMENS LIMBERG / ANDREAS TSCHUGGUEL

A. Hintergrund und Entwicklung in der Praxis

Das lukrative Geschäftsmodell der Erbensuche beruht auf zwei „genealogenfreundlichen“ OGH-E:¹⁾ In 7 Ob 155/00 w wurde dem Erbensucher (Genealogen) ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) zuerkannt, nachdem der Erbe gem § 3 KSchG vom Vertrag zurückgetreten war. In der vorangegangenen E 1 Ob 2168/96 x bejahte der OGH sogar einen Anspruch des Genealogen aus GoA gegenüber dem Bruder (und Miterben) des gefundenen Erben, obwohl dieser dem Genealogen vom Erben selbst bekannt gegeben wurde. In beiden E sprach der OGH den Erbensuchern ein angemessenes (branchenübliches) Entgelt zu, dessen Höhe sich danach richtet, was Erbensucher in der Regel der Fälle von den Erben erhalten. Damals waren das, wie festgestellt wurde, 20% vom Reinnachlass (zzgl USt).

In der Zwischenzeit treten die Genealogen üblicherweise bereits mit Entgeltansprüchen bis zu 35% (zuzüglich USt) vom Reinnachlass an die Erben heran und verweisen unter Vorlage eines entsprechenden Vertragsformulars auf den andernfalls aus dem Titel der GoA bestehenden Anspruch. Da sich der Erbe dabei in einer gewissen Zwangssituation befindet, gelingt den Genealogen idR der Vertragsabschluss zu den genannten Konditionen.

Aber auch in der Rsp wurden vereinzelt die immer höheren Entgeltforderungen der Genealogen bestätigt: So hat etwa zuletzt das OLG Wien (16 R 49/10 h) einen Entgeltanspruch in Höhe von 40% des Reinnachlasses (zzgl USt, also – mangels Vorsteuerabzugsmöglichkeit des Erben – eigentlich 48% des Reinnachlasses) für angemessen erachtet.

B. Geschäftsführung ohne Auftrag?

1. Erbensuche während des Verlassenschaftsverfahrens

In den meisten Fällen werden unbekannte Erben noch während des Verlassenschaftsverfahrens durch Genealogen gesucht und gefunden. Daher sind für die zivilrechtliche Einordnung der Erbensuchertätigkeit zunächst einige verfahrensrechtliche Aspekte zu beachten.

Sind keine Erben bekannt oder bestehen nach der Aktenlage Anhaltspunkte dafür, dass neben den be-

kannten Personen noch andere als Erben oder Noteren in Betracht kommen, so hat sie der Gerichtskommissär gem § 158 Abs 1 AußStrG durch ein Erbenedikt aufzufordern, ihre Ansprüche binnen sechs Monaten geltend zu machen. Aus diesem Grund beginnt der Tag eines Genealogen mit einem Blick in die Ediktsdatei; auf ein neues Erbenedikt folgt die Anfrage beim zuständigen Gerichtskommissär, ob eine Nachforschung lohnend wäre, doch weiß der Gerichtskommissär (hoffentlich), dass er dem Genealogen die Akteneinsicht, und wenn auch nur bezüglich der Nachlasshöhe, gänzlich zu verweigern hat.²⁾

Die Pflicht des Gerichtskommissärs zur Erbensuche erschöpft sich nicht in der Edikteinschaltung. Sowohl er als auch der in solchen Fällen idR zu bestellende Verlassenschaftskurator sind in einem gewissen Maß zur Erbensuche verpflichtet.³⁾ Führen die üblichen Erkenntnisquellen – Befragung von Angehörigen, Einsicht in Personenstandsbücher etc – zu keinem Ergebnis, so kann der Gerichtskommissär auch einen Genealogen als Sachverständigen mit der Erbensuche beauftragen.⁴⁾

Nun sieht sich der Genealoge aber meist schon durch den Erbenaufruf zur Geschäftsführung ohne Auftrag veranlasst und sucht und findet nicht selten, weil professioneller und schneller, den bisher unbekannteren Erben noch vor dem Gerichtskommissär. Diese auftragslose Erbensuche stellt keine GoA iSd § 1037 ABGB dar, weil bereits ein gesetzlich dazu verpflichteter „Geschäftsführer“ – der Gerichtskommissär, allenfalls auch der Verlassenschaftskurator – den Erben sucht.

Dazu kommt, dass sich der Genealoge beim Gerichtskommissär um einen Suchauftrag bewerben kann. Bemüht sich der nützliche Geschäftsführer nicht um die Einwilligung des Geschäftsherrn, so

MMag. Dr. Clemens Limberg, LL.M., ist Jurist in Wien. Mag. Andreas Tschugguel ist Notarsubstitut in Wien und Mitglied der Redaktion der Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (EF-Z).

1) 1 Ob 2168/96 x und 7 Ob 155/00 w.

2) So ausdrücklich OGH 4 Ob 553/95 NZ 1996, 209; s auch *Fucik*, Akteneinsicht beim Gerichtskommissär – Jenseits notarieller Verschwiegenheitspflichten, NZ 2008, 65 (68).

3) *Kodek*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 202; *Schweda*, Erbensuche und Kompetenzkonflikte de lege lata und de lege ferenda, NZ 2010, 225.

4) *Kodek*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 202; *Schweda*, Erbensuche und Kompetenzkonflikte de lege lata und de lege ferenda, NZ 2010, 225.

handelt er rechtswidrig.⁵⁾ Da aber eine Einwilligung des (noch) unbekanntes Erben naturgemäß nicht möglich ist, hat sich der Geschäftsführer in diesem Fall um eine Einwilligung beim Gerichtskommissär zu bemühen, der insoweit ja die Interessen des unbekanntes Erben von Gesetzes wegen wahrzunehmen hat. Der gefundene Erbe könnte dem Genealogen uE daher entgegenhalten, dass er keinen Suchauftrag vom Gerichtskommissär erhalten hat.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Erbeninteresse, gesucht und gefunden zu werden, im Verlassenschaftsverfahren bis zur Einantwortung bzw Heimfälligkeit des Nachlasses bereits wahrgenommen wird, nämlich durch den Gerichtskommissär aufgrund eines gesetzlichen Suchauftrags, weshalb schon aus diesem Grund kein Raum für eine (nützliche) GoA iSd § 1037 ABGB bleibt. Außerdem ist ein Anspruch aus GoA auch mangels Bemühens des Genealogen um Einwilligung durch den Gerichtskommissär abzulehnen. Und schließlich würde auch die Nützlichkeit iS eines klaren und überwiegenden Vorteils⁶⁾ der GoA während des Verlassenschaftsverfahrens stets zu bezweifeln sein, es sei denn, der Erbensucher könnte beweisen, dass der Erbe ohne ihn nicht hätte gefunden werden können.

2. Bloße Information, nicht Leistung

Wenn der Genealoge fündig wird, ist zu unterscheiden und zunächst an diesen Fall zu denken: Hat es beim Erben „sofort geläutet“, war ihm also die verwandtschaftliche Beziehung zum Verstorbenen von sich aus bewusst und hätte er sie selbst (urkundlich) nachweisen können, so beschränkt sich die „Leistung“ des Genealogen tatsächlich auf eine bloße Information. Wie man den Absender einer Todesanzeige an den überraschten gesetzlichen Erben nicht als nützlichen Geschäftsführer ohne Auftrag ansehen wird, so kann dies im vergleichbaren Fall auch nicht von einem Genealogen behauptet werden. Dass der Genealoge Aufwand hatte, um die Todesanzeige letztlich richtig zu adressieren, ist nur seine Sache und liegt nicht in der Sphäre des Erben; denn den genealogischen Aufwand hätte der Erbe von sich aus gar nicht gehabt. Was der Genealoge dem Erben hier tatsächlich (üb)erbringt, ist nicht Leistung, sondern bloß Information (über den Tod des Erblassers), weshalb in diesen Fällen uE selbst auch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Genealogen gegen den Erben zu verneinen ist.

3. Eigen-, nicht (auch) Fremdnützigkeit

Es ist aber auch an den Fall zu denken, dass der Genealoge dem Erben ein ihm bisher unbekanntes Erbverhältnis aufdeckt, sodass die genealogische Recherche an sich eine nützliche Leistung für den Erben war. Wie schon oben ausgeführt, gilt auch hier, dass schon von vornherein eine GoA zu bezweifeln ist. Doch teilt man diesen Zweifel nicht, so ist weiters zu fragen, ob der Geschäftsführer hier überhaupt fremdnützig tätig war. Freilich genügt es nach hM, dass der Geschäftsführer iSd § 1037 ABGB *auch* fremdnützig tätig war, sodass also ein Element der Eigennützigkeit per se nicht schadet.⁷⁾ Diese Ansicht

muss ihre Grenze aber spätestens dort finden, wo der Fremdnutzen ein selbstverständliches Maß, wie es einer Leistung als Reiz für eine Gegenleistung naturgemäß immanent ist, nicht übersteigt. In diese Kerbe schlägt auch *Wilhelm*,⁸⁾ wenn er hervorhebt, „dass arbeitsteiliges Wirtschaften immer ist, zwecks eigenen Erwerbs in fremdem Interesse tätig zu sein (do ut des). Wenn das alles gewollte Geschäftsführung eines auch-fremden Geschäfts sein soll, so hört sich das Vertragsrecht in toto auf!“ Schließlich sprechen gegen das Vorliegen eines „auch-fremden“ Geschäfts iSd § 1037 ABGB auch die in der Praxis stetig steigenden Entgeltforderungen, mit welchen die Genealogen (eher doch zu sich selbst als zu den Erben) „großzügig“ an die Erben herantreten;⁹⁾ dieses Bemühen um Gewinnmaximierung zeugt auch von einem entsprechenden Selbstverständnis der Genealogen, für welche der Fremdnutzen für den Erben offensichtlich nicht eigentlich Zweck, sondern bloß Mittel zum Zweck der Durchsetzung der eigennützigen Ansprüche darstellt.¹⁰⁾

Der *gewinnorientierte gewerbsmäßige Geschäftsführer ohne Auftrag* agiert eben nicht (auch) fremd-, sondern eigennützig, weshalb seine Tätigkeit keinesfalls unter § 1037 ABGB subsumiert werden kann. Das ist nicht, was das Gesetz fördern möchte, wenn es in einem gewissen Maße das Prinzip der Privatautonomie in den §§ 1035 ff ABGB eingeschränkt hat.

4. Eigenmächtige, nicht veranlasste Zusendung

Wird der Erbensucher fündig, so nimmt er den vorvertraglichen Kontakt zum Erben auf, indem er diesem unaufgefordert ein Schreiben übermittelt, in welchem mehr oder weniger genau eine Erbschaft offenbart wird. Je nach Fall kann sich dem Erben schon aus den darin enthaltenen Informationen erschließen, um welchen Erblasser es hier wohl geht, sodass er zur Erlangung der Erbschaft der weiteren Unterstützung des Erbensuchers – durch genauere Information bzw urkundliche Nachweise – nicht mehr bedarf. Nach dem – in Umsetzung der Fernabsatz-RL normierten – § 864 Abs 2 ABGB ist der Empfänger einer von ihm nicht veranlassten Zusendung berechtigt, das Zugesandte zu behalten, zu verwenden oder zu verbrauchen, ohne dafür Entgelt leisten zu müssen. Nach hM¹¹⁾ bedeutet dies auch einen Ausschluss von Bereicherungsansprüchen, also auch von Ansprüchen aus GoA für die Verwendung und den Verbrauch der zugesendeten Sache. Die Verwertung des unaufgeforderten Erbensucher-Schreibens durch den Erben zu seinem eigenen Nutzen kann daher uE

5) *Rummel* in *Rummel*^B § 1037 Rz 2 mwN; *Lurger* in *Kletečkal/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1037 Rz 1.

6) *Rummel* in *Rummel*^B § 1037 Rz 1 und 3.

7) Vgl *Rummel* in *Rummel*^B § 1035 Rz 3 ff mwN.

8) Bei Erbensuchern Vollbeschäftigung, *ecolex* 2009, 457.

9) IdS auch *Wilhelm* (aaO), der die Faustregel aufstellt: „Will ein ‚Geschäftsführer‘ bloß echte Schadloshaltung, ist er fremdnützig; will er verkehrsbüchliches Entgelt, eigennützig.“

10) All das übersieht der OGH in der E 7 Ob 155/00 w, wenn er davon spricht, dass der Erbensucher zum klaren und überwiegenden Vorteil des Erben gehandelt habe.

11) *Wiebe* in *Kletečkal/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 864 Rz 10 mwN.

nach § 864 Abs 2 ABGB zu keinen Ansprüchen des Erbensuchers führen. In diesem Sinn vertritt auch *Fötschl*¹²⁾ die Ansicht, dass ein Anspruch des Genealogen aus § 1037 ABGB aufgrund § 864 Abs 2 ABGB ausgeschlossen sei.¹³⁾

5. Vorvertragliche Aufwendungen, nicht Geschäftsführung

In der letzten E des BGH¹⁴⁾ vertrat dieser eine gänzlich andere Auffassung als der OGH in den oben zitierten Entscheidungen. Er führte zutreffend aus, dass es beim Aufwand des Erbensuchers um die Vorbereitung und Anbahnung von Vertragsverhandlungen gehe. Der Erbensucher verschaffe sich durch seine Ermittlungstätigkeit das Material, das er den Erben gegen Entgelt überlassen wolle. Eigene Aufwendungen im Vorfeld eines Vertragsschlusses bleiben aber, sofern es nicht zu einem Abschluss kommt, nach den Regeln des Privatrechts unvergütet; jede Seite trage das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst. Diese im Gefüge der Vertragsrechtsordnung angelegte und letztlich auf die Privatautonomie zurückzuführende Risikoverteilung, so der BGH, würde durch Zulassung von Aufwendungsersatzansprüchen aus GoA unterlaufen. Aus den genannten Gründen kenne die Privatrechtsordnung grundsätzlich auch keine Pflicht zur Vergütung ungefragt überlassener, nicht durch Ausschließlichkeitsrechte (zB Patentrecht) geschützter Informationen; ein Entgelt dafür sei vielmehr lediglich auf vertraglicher Grundlage zu zahlen.

Nach Ansicht des BGH habe, wer gewerblich als „Erbensucher“ unbekannte Erben ermittelt, gegen diese, sofern es nicht zu einer Honorarvereinbarung kommt, Vergütungsansprüche weder aus GoA noch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Der Auffassung des BGH, die das Vertragsrecht und den Grundsatz der Privatautonomie wahrt, ist uE auch für die (vergleichbare) österr Rechtsordnung zu folgen.

6. Abschlussfreiheit, nicht faktischer Abschlusszwang

Die vom OGH in den eingangs zitierten E vertretene Rechtsansicht führt dazu, dass der Erbe, der ausdrücklich erklärt, keine Vereinbarung mit dem Erbensucher abschließen zu wollen, durch den Anspruch aus GoA in eine quasi-vertragliche Position gezwungen ist, in welcher er sogar schlechter gestellt ist als mit Vertrag: Den Erben trifft die gleiche Entlohnungsverpflichtung, den Genealogen treffen jedoch keine weiteren Schutz- und Sorgfaltspflichten. Genau diesen „Zwang in ein vertragliches Verhältnis entgegen dem erklärten Willen“ lehnt die hA¹⁵⁾ zum faktischen Vertragsverhältnis aber mit guten Gründen ab. Denn ein solches Ergebnis widerspricht dem Prinzip der Privatautonomie und begünstigt die Umgehung der Rechtsgeschäftslehre. Nimmt man die Privatautonomie, also auch die (negative) Abschlussfreiheit, ernst und gesteht man dem Erben das Recht zu, die Vereinbarung mit dem Genealogen abzulehnen, so wäre es inkonsistent und nahezu höhnisch, den Erben dann aber einem gleich hohen Anspruch aus GoA auszusetzen.

7. Aufwandsersatz, nicht Nachlassquote

Selbst wenn man einen Anspruch des Genealogen aus GoA (oder Bereicherungsrecht) bejaht, so hat der Aufwandsersatzanspruch, der dem Genealogen zusteht, nicht – wie in den beiden OGH-E – in einer Nachlassquote zu bestehen, sondern muss sich am tatsächlichen Aufwand des Genealogen orientieren. Aufgrund der fehlenden Korrelation zwischen dem Aufwand des Genealogen und dem Wert der Erbschaft kann ein Aufwandsersatz niemals in einer prozentuellen Beteiligung am Nachlass bestehen. Eine solche würde im Übrigen auch regelmäßigen den Nutzen für den Geschäftsherrn übersteigen; denn dessen Nutzen liegt in dem Aufwand, den sich der Geschäftsherr durch die Tätigkeit des Geschäftsführers erspart hat;¹⁶⁾ das sind die Kosten für die Beauftragung eines Genealogen, die idR in einem Honorar auf Basis eines Stundensatzes bestehen. Da der Aufwandsersatz bei der GoA mit dem Nutzen für den Geschäftsherrn beschränkt ist, kommt auch aus diesem Grund eine prozentuelle Beteiligung am Nachlass – gleichsam ein gesetzlicher Pflichtteil (aus GoA) – nicht in Betracht.

Neben *Lurger*,¹⁷⁾ die einen Aufwandsersatzanspruch des Erbensuchers iS einer prozentuellen Beteiligung am Nachlass statt einer Entlohnung nach aufgewendeter Arbeitszeit für sehr fragwürdig erachtet, kommt auch *Meissel*¹⁸⁾ in einer ausführlichen Untersuchung zum Ergebnis, dass die rein erfolgsorientierte Entlohnung, die sich nicht an der aufgewendeten Zeit, der Schwierigkeit der Tätigkeit oder ähnlichen Kriterien orientiert, problematisch sei; vielmehr sei der Aufwandsersatz am Wert des eingesetzten eigenen Vermögensguts des Geschäftsführers zu orientieren und nicht am Vermögensgewinn des Geschäftsherrn. Das Vertragsrecht und der Respekt der Privatautonomie werde regelrecht ausgehebelt, wenn der Erbensucher als Geschäftsführer ohne Auftrag in dem Umfang belohnt wird, wie er es zunächst – vergeblich – im Vertragsweg zu erreichen versuchte. Durch den Aufwandsersatzanspruch sei, wie der Name schon sagt, ein (Arbeits-)Aufwand zu entschädigen bzw ein durch die Mühewaltung entstandener Verdienstentgang abzugelten.

Hinsichtlich des Verdienstentgangs ist uE aber freilich auf den Fall der beauftragten Erbensuche, die sich üblicherweise nach einem Stundensatz richtet, und nicht auf andere Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag abzustellen. Indem der OGH in seinen beiden oben zitierten Entscheidungen jedoch auf jene Vereinbarungen abstellte, die unter dem Druck des sonst bestehenden Anspruchs aus GoA abge-

12) ERPL 2002, 578 (zitiert nach *Meissel*, Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag, in FS Koziol [2010] 283 [304] FN 81).

13) AA *Meissel*, Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag, in FS Koziol (2010) 283 (305).

14) BGH 23. 9. 1999, III ZR 322/98.

15) *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 139 f mwN.

16) Vgl etwa 9 ObA 22/90.

17) In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1037 Rz 3.

18) Erbensuchen als gewerbliche Geschäftsführung ohne Auftrag, in FS Koziol (2010) 283.

geschlossen werden, etablierte er einen Zirkelschluss: Je höher das Entgelt, das die Genealogen den Erben in der beschriebenen Zwangssituation üblicherweise abzurufen imstande sind, desto höher auch der Anspruch aus GoA. In Anbetracht der derzeitigen Praxis schiene auf dieser Basis daher bereits ein Anspruch aus GoA iHv 35% (zzgl USt) gerechtfertigt. Und man könnte den Genealogen nur raten, künftig noch höhere Ansprüche zu begehren; denn würden die Genealogen in ihren Vereinbarungen zB aberwitzige 90% des Reinnachlasses verlangen, wäre dem OGH folgend dieser Prozentsatz „(branchen)üblich“ und daher auch ohne Vereinbarung (nämlich aufgrund von GoA) vom Erben geschuldet. Um derartige Auswüchse zu verhindern, sollte die Rsp ihre Ansicht – wenn nicht schon an sich bezüglich des Vorliegens von GoA – so doch zumindest hinsichtlich der Frage der Bemessung des Aufwandsatzes grundlegend hinterfragen.

C. Anfechtung einer Erbensucher-Vereinbarung

In der Regel der Fälle gelingt es den Erbensuchern unter Hinweis auf die zwei OGH-E und den also andernfalls (scheinbar) bestehenden Anspruch aus GoA, die gefundenen Erben zum Abschluss einer Honorarvereinbarung zu bewegen. Es stellt sich dann die Frage, ob bzw auf welcher Rechtsgrundlage der Erbe zur Vertragsanfechtung oder -anpassung berechtigt ist. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen sind im Folgenden dargestellt.

1. Verkürzung über die Hälfte

Wie bereits oben (B.6.) gezeigt wurde, steht dem Erbensucher, wenn denn überhaupt ein Anspruch aus GoA bejaht wird, ein Aufwandsatz zu, der nach einhelliger Meinung nach der aufgewendeten Arbeitszeit und nicht iS einer Quote am Nachlass zu bemessen ist.

Eine dennoch vereinbarte prozentuelle Beteiligung am Erbteil ist vor diesem Hintergrund an § 934 ABGB (laesio enormis) zu messen. Bei der Beurteilung des Wertverhältnisses der vertraglichen Leistungen ist auf den gemeinen Wert, also auf den Marktwert bzw – wenn es keinen entsprechenden Markt gibt – den Ertragswert oder Herstellungswert abzustellen.¹⁹⁾ Nach hA²⁰⁾ bestimmt sich der Wert nach dem Nutzen, den die Leistung gewöhnlich und für jedermann hat; besondere persönliche Verhältnisse des Berechtigten oder eines sonstigen Beteiligten bleiben außer Betracht.²¹⁾ Sofern man in der Informationsweitergabe des Erbensuchers überhaupt eine Leistung erkennt (s dazu oben B.2.), müsste der wahre Wert der Leistung des Erbensuchers mit der Höhe des marktüblichen Recherchehonorars eines beauftragten Genealogen angenommen werden. Die besondere Verwertbarkeit der Information für den Erben, die letztlich in der Erlangung der Erbschaft liegt, ist für das Wertverhältnis der vertraglichen Leistungen ja jedenfalls nicht zu berücksichtigen.

Wenn die als Honorar vereinbarte prozentuelle Beteiligung an der erlangten Erbschaft also wertmä-

ßig mehr als das Doppelte eines marktüblichen Recherchehonorars ergibt, so hat der Erbe die facultas alternativa, den Vertrag beizubehalten und eine Aufzahlung anzunehmen oder den Vertrag zu beseitigen und die erhaltene Leistung abzugelten, wobei dies so oder so letztlich zu einem bloßen Aufwandsatz für die Arbeitszeit des Erbensuchers führt.

2. Wucher

Wie soeben zur laesio enormis ausgeführt, wird eine Nachlassbeteiligung des Erbensuchers regelmäßig ein „auffallendes Missverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung ergeben. Auch das subjektive Tatbestandselement des Wuchers wird in der Regel erfüllt sein: Dass beim Findelerben häufig von einer gewissen Unerfahrenheit in Bezug auf Honorarvereinbarungen mit Erbensuchern auszugehen ist und vielleicht auch eine gewisse Gemütsaufregung eine Rolle beim Abschluss einer solchen Vereinbarung spielt, liegt auf der Hand. Vor allem aber erscheint die besondere Zwangslage iSd § 879 Abs 2 Z 4 gegeben zu sein:

In Fällen, in welchen der Erbe nach der ersten Kontaktaufnahme durch die Erbensucher mangels näherer Kenntnis nicht von sich aus an die Erbschaft gelangen kann, befindet sich der Erbe in einer besonderen Zwangslage: Er kann sich nur schwer nach einem alternativen Anbieter der Erbrechtsinformation umschauen und ist „seinem“ Erbensucher daher gewissermaßen ausgeliefert. In dieser Zwangssituation ist eine ausgewogene Preisbildung für die angebotene Erbrechtsinformation nicht denkbar; der Erbensucher kann dem Erben gleichsam die Vertragskonditionen diktieren und der Erbe wird geneigt sein zu zahlen, was immer der Erbensucher verlangt. Denn wenn auch ein Honorar von 35% des reinen Erbteils für sich betrachtet unverhältnismäßig erscheinen mag, so sind doch 65% einer ansonsten entgangenen Erbschaft verhältnismäßig viel.²²⁾ Dazu kommt, dass die Erbensucher den Vertrag unter Hinweis auf den sonst ohnedies aus GoA bestehenden Entlohnungsanspruch abzuschließen empfehlen, weshalb der Erbe den Eindruck haben muss, zum Vertragsabschluss gleichsam verpflichtet zu sein.

Der Willensmangeltatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB ist aufgrund der speziellen Zwangslage des (bewucherten) Erben uE jedenfalls erfüllt.

Da die Erbensucher ihre Entgeltforderungen seit den einleitend zitierten OGH-E von 20% auf bis zu 35% des Reinnachlasses hinaufgeschraubt haben, ist ebenso evident, dass beim Abschluss einer entsprechenden Vergütungsvereinbarung von einem Ausbeuten der genannten Umstände (Zwangslage, Unerfahrenheit, Gemütsaufregung) durch den Wuchernenden auszugehen ist, da dem Erbensucher in dieser Si-

19) Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 934 Rz 6.

20) Helmich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 305 Rz 7.

21) Helmich in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 305 Rz 7.

22) So liegt nach der Rsp eine Zwangslage etwa dann vor, wenn der Bewucherte nur die Wahl hat, entweder auf die ihm vorgeschlagene drückende Vereinbarung einzugehen oder einen noch größeren Nachteil zu erleiden (s *Krejci* in *Rummel* § 879 Rz 218 mwN).

tuation zumindest bewusst sein muss, dass der erfolgreiche Vertragsabschluss nur diesen besonderen Umständen zu verdanken ist.²³⁾

3. Veräußerung der erhofften Erbschaft

Die vertragliche Zusage einer Erbteilsquote an den Erbensucher steht überdies auch in Konflikt mit dem Normzweck des § 879 Abs 2 Z 3 ABGB, wonach die Veräußerung einer erhofften Erbschaft – und auch nur eines Bruchteils davon²⁴⁾ – zu Lebzeiten des Erblassers verboten ist. Da der Zweck dieses Verbots nicht nur in der unsittlichen Spekulation auf den Tod eines Dritten liegt, sondern va im Leichtsinne des (hoffnungsvollen) Erben, der bei solchen Veräußerungen meist wucherisch ausgenützt wird,²⁵⁾ ist § 879 Abs 2 Z 3 ABGB uE analog auf den Fall anzuwenden, dass der Erblasser zwar schon verstorben ist, aber der Erbe doch – worauf es dem Telos der Bestimmung nach eigentlich ankommt – (nicht anders, als würde der Erblasser noch leben) keinerlei Kenntnis von der Erbschaft hat und nicht weiß, worauf er sich einlässt und welchen Wert er tatsächlich hergibt.

4. Rücktrittsrechte nach KSchG

Die vom Erbensucher ausgemachten Erben sind immer Verbraucher, weil die (Information über die) Erbschaft nicht „zum Betrieb eines Unternehmens“ gehört (§ 1 Abs 1 KSchG).²⁶⁾ Als Verbraucher iSd

KSchG genießt der Findelerbe besonderen Schutz und kann die Anfechtung einer mit Erbensuchern abgeschlossenen Vereinbarung insb auf folgende Rechtsgrundlagen stützen:

Wenn der Erbensucher persönlich zum Erben kommt, so kann das Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG („Haustürgeschäft“) relevant sein.²⁷⁾ Im Regelfall aber liegt in der Praxis ein Fernabsatzgeschäft iSd §§ 5 a ff KSchG vor, wenn nämlich der Erbensucher den gefundenen Erben anschreibt und auf Basis des beigelegten Vertragsformulars sodann eine Vereinbarung zustande kommt. Denn es ist in diesen Fällen evident, dass die Vereinbarung „ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“ abgeschlossen wurde und die Ausnahmen nach § 5 c bzw § 5 f KSchG nicht vorliegen. Der Erbe hat in diesen Fällen daher das Recht, binnen sieben Werktagen bzw – wenn auf das Rücktrittsrecht nicht hingewiesen wurde – binnen drei Monaten ab Vertragsschluss zurückzutreten. Zu § 5 f KSchG ist insb zu bemerken, dass auch dessen Z 1, wonach Dienstleistungen, mit deren Ausführung dem Verbraucher gegenüber vereinbarungsgemäß innerhalb von sieben Werktagen begonnen wird, ausgenommen sind, nicht anwendbar ist. Denn dieser Ausnahmetatbestand möchte Unternehmer vor Dispositionen schützen, die dieser nach Vertragsabschluss (aber vor Rücktritt) eingeht.²⁸⁾ Genau dieses Risiko gibt es bei Erbensuchern aber nicht, da diese ihre wesentlichen Dispositionen bereits vorab getätigt haben.

In der Praxis wird der gefundene Erbe daher zu meist entweder nach § 3 oder nach §§ 5 a ff KSchG von einem mit Erbensuchern geschlossenen Vertrag zurücktreten können, sofern er die jeweilige Frist und Schriftform einhält.

D. Ausblick

Hat der OGH in 7 Ob 155/00 w die frühere E 1 Ob 2168/96 x nicht zuletzt mit dem Hinweis, es habe keinerlei Kritik im Schrifttum gegeben, bestätigt, so ist aufgrund der zwischenzeitlich in der Lehre laut gewordenen einhelligen Kritik doch davon auszugehen, dass der OGH sich ein weiteres Mal mit den Rechtsfragen rund um die zivilrechtliche Einordnung der Erbensuchertätigkeit befassen würde.

Im Übrigen sollte sich auch der Gesetzgeber fragen, wie die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit beendet werden könnte:

Überlegenswert erscheint es uE, die Veräußerung einer ungewissen Erbschaft (oder auch eines Bruchteils derselben) als sittenwidrig und nichtig zu qualifizieren und zu diesem Zweck § 879 Abs 2 Z 3 ABGB entsprechend anzupassen bzw zu erweitern.

23) Nach der Rsp genügt sogar „fahrlässiges Ausnützen“ (*Kreji* in *Rummel* § 879 Rz 229 mwN).

24) *Kreji* in *Rummel* § 879 Rz 211.

25) *Kreji* in *Rummel* § 879 Rz 210.

26) Das gilt selbst auch für den noch so eifrigen Erbschleicher, der aber als solcher ohnedies nicht in die Fänge der Erbensucher kommen kann.

27) Siehe etwa den Sachverhalt zu 7 Ob 155/00 w.

28) Vgl ErläutRV 1998 BlgNR 20. GP 27.

Aus dem Blickwinkel des Verlassenschaftsverfahrens sollte de lege ferenda erwogen werden, den Erbensuchern den Status von Sachverständigen einzuräumen, die nach bestimmter Maßgabe vom Gerichtskommissär zur Erbensuche beauftragt werden

können und denen sodann (erfolgsunabhängig) ein gesetzlich geregelter Gebührenanspruch zusteht.²⁹⁾

29) Siehe idZ zur lex lata *Kodek*, Die Suche nach unbekanntem Erben im Verlassenschaftsverfahren, ÖJZ 2009, 202.

SCHLUSSSTRICH

- *Der OGH hat in zwei E – im Gegensatz zum dBGH – Erbsuchern Ansprüche aus GoA gewährt und einen Entgeltanspruch in Höhe von 20% des Nachlasses (zzgl Ust) für angemessen erachtet. Dem folgen seither die Unterggerichte, wobei nach manchen (unterinstanzlichen) E Entlohnungen von bis zu 40% des Erbteils (zzgl USt) zuerkannt werden.*
- *Richtigerweise ist die Erbensuchertätigkeit jedoch nicht unter § 1037 ABGB zu subsumieren; es fehlt in vielen Fällen überhaupt an einer Leistung (nämlich bei bloßer Todesinformation); außerdem liegt grundsätzlich weder ein fremdes noch ein auch-fremdes Geschäft vor, da der Erbensucher gewinnorientiert und überwiegend zu seinem eigenen Vorteil agiert.*
- *Im laufenden Verlassenschaftsverfahren kommt dazu, dass bereits dem Gerichtskommissär die Erbensuche obliegt und dieser dem Erbensucher auch einen Suchauftrag erteilen könnte; da-*

durch scheidet es in solchen Fällen auch am nötigen Bemühen um Einwilligung in die Geschäftsführung.

- *Schließlich ist der gefundene Erbe gem § 864 Abs 2 ABGB berechtigt – ohne Ansprüchen aus GoA oder Bereicherungsrecht ausgesetzt zu sein –, die ihm unaufgefordert zugesandte Erbrechtsinformation zu seinem eigenen Vorteil zu verwerten.*
- *Schließt der gefundene Erbe eine Honorarvereinbarung mit dem Genealogen ab, so bestehen in vielen Fällen neben Rücktrittsrechten nach KSchG auch Anfechtungsmöglichkeiten wegen laesio enormis oder Wucher. Nicht zuletzt widerspricht eine Honorarvereinbarung, mit der dem Genealogen ein Erbteil zugesagt wird, auch dem Zweck des § 879 Abs 2 Z 3 ABGB, wonach die Veräußerung einer erhofften Erbschaft zu Lebzeiten des Erblassers verboten ist.*