nachträgliche Erlöschen müßte auch zu Komplikationen mit § 789 führen, nach welchem der Voraus auf den Pflichtteil anzurechnen ist. Würde der Wegfall des Wohnrechts zu einer Neuberechnung des Pflichtteilsanspruchs führen? Konkretisierungsbedürftig ist auch die Auffassung des JA, daß dem Ehegatten nicht die ganze Wohnung überlassen werden soll, wenn sie bisher von den Ehegatten nicht zur Gänze benützt wurde, weil zB einige Räume von den Kindern bewohnt waren.[40]) Dies ist nur dann akzeptabel, wenn sich die Ehegatten auf eine abgrenzbare „Wohneinheit" beschränkt hatten, nicht aber wenn gewisse Zimmer von Kindern benützt waren. Der Ehegatte kann allerdings freiwillig auf das Wohnrecht *verzichten*, was auch durch schlüssige Willenserklärung, uU durch „Ausziehen aus der Wohnung",[41]) geschehen kann.

Besondere Schwierigkeiten macht die Frage der *Belastungen*. Der JA verweist hiezu auf § 662, wonach der Legatar die auf der vermachten Sache haftenden Lasten übernimmt.[42]) Dies seien jedenfalls die Kosten des Betriebes und der Erhaltung der Wohnung, nicht aber sonstige Lasten wie die Tilgung von Hypotheken, auch wenn sie zur Erhaltung aufgenommen und verwendet worden seien. Ob dies auch für die laufenden Annuitäten gilt, die der zur Überlassung einer Eigentumswohnung verpflichtete Erbe entrichten muß, ist fraglich. ME sollte es nicht anders sein als beim mietrechtlichen Eintrittsrecht: Der Ehegatte sollte zu den bisherigen Bedingungen weiterwohnen dürfen, also auch jene Lasten tragen, die schon bisher mit der Benützung der Wohnung durch die Ehegatten verbunden waren.

Vermacht der Erblasser „die Ehewohnung" einem *Dritten*, so soll der Ehegatte nach Meinung des JA Sublegatar sein.[43]) Dazu ist schwer Stellung zu nehmen, weil unklar ist, was hier unter dem letztwilligen Vermächtnis zu verstehen ist. Vermacht der Erblasser das Haus, in dem sich die Ehewohnung befindet, so wird tatsächlich ein Sublegat vorliegen. Vermacht aber der Erblasser dem Dritten das Wohnrecht, zB in Form eines Fruchtgenußrechtes, so werden eher die Regeln über die fideikommissarische Substitution anzuwenden sein.

§ 783 wurde dahin ergänzt, daß das Vorausvermächtnis keiner Beitragspflicht unterliegt, womit eine schon bisher literarisch vertretene Auffassung[44]) Gesetz geworden ist.

[40]) JAB 5.
[41]) JAB 4.
[42]) JAB 5.

[43]) JAB 5.
[44]) *Welser*, Neue Rechenaufgaben vom Gesetzgeber, NZ 1978, 164.

Pflichtteilsminderung nach § 773a ABGB*)

Von Dr. **Manfred Umlauft**, Notariatskandidat in Bludenz

Durch das Erbrechtsänderungsgesetz 1989, BGBl 656 (ErbRÄG) wurde die Möglichkeit der Minderung des Pflichtteils auf die Hälfte geschaffen. Ziel dieser Arbeit ist es, die diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmungen zu erläutern und diverse Fragen näher zu erörtern, sowie abschließend die Auswirkungen dieser neuen Bestimmungen auf das Abhandlungsverfahren darzustellen.

Inhaltsübersicht

I. Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen
1. § 773a ABGB und dessen Voraussetzungen
2. § 767 Abs 2 und § 779 Abs 2 ABGB

II. Detailfragen
1. „Naheverhältnis" iSd § 773a Abs 1 ABGB
2. § 779 Abs 2 ABGB und die Vorfahren
3. Pflichtteilsanrechnung bei angeordneter Pflichtteilsminderung
4. Stillschweigende (konkludente) Pflichtteilsminderung?

III. Auswirkungen der Pflichtteilsminderung auf das Abhandlungsverfahren

*) Dieser Aufsatz ist die mit einigen Ergänzungen versehene Zusammenfassung eines Referates, welches der Verfasser vergangenen März im Rahmen einer von der Notariatskammer für Wien, Niederösterreich und Burgenland veranstalteten und von Herrn Univ.-Prof. Dr. Rudolf *Welser* geleiteten Enquete in Wien gehalten hat.

I. Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen

1. § 773a ABGB und dessen Voraussetzungen

Durch das ErbRÄG 1989 wurde im Erbrecht ein neues Institut geschaffen, nämlich die Pflichtteilsminderung. Die zentrale Bestimmung ist die des § 773a ABGB,[1]) die wie folgt lautet:

„(1) Standen ein Elternteil und sein Kind zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, so mindert sich der Pflichtteil dieses Elternteiles oder seiner Vorfahren dem Kind und seinen Nachkommen gegenüber und der des Kindes und seiner Nachkommen dem Elternteil und seinen Vorfahren gegenüber, wenn es der Erblasser anordnet, auf die Hälfte.

(2) Die §§ 771 und 772 gelten sinngemäß für die Pflichtteilsminderung."

[1]) Sämtliche zitierten Paragraphen sind solche des ABGB.

Soweit der Gesetzeswortlaut. Die Voraussetzungen für die Pflichtteilsminderung sind also:

1. Voraussetzung:

Ein „Naheverhältnis, wie es in der Famlie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht", darf zu keiner Zeit bestanden haben. „Zu keiner Zeit" heißt also, das Naheverhältnis darf nie bestanden haben. Hatte zB ein Vater mit seinem Kind im Kleinkindalter ein solches Naheverhältnis, welches jedoch nachher beispielsweise infolge Ehescheidung aufgehört hat, ein solches zu sein, und im Zeitpunkt des Todes des Vaters seit 30 Jahren nicht mehr bestanden hat, so wäre die Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung nicht gegeben. Denn das Naheverhältnis hat einmal bestanden.

Ich werde mich mit diesem Naheverhältnis sogleich noch näher beschäftigen (Punkt II. 1.).

2. Voraussetzung:

Maßgebend ist das Naheverhältnis zwischen dem betreffenden Elternteil und dem Kind, nicht die Beziehung zwischen Erblasser und Kind. Fehlt also ein Naheverhältnis zwischen Vater und Kind, so kann der Pflichtteil dieses Kindes nicht nur vom Vater gemindert werden, sondern auch von den Vorfahren des Vaters, also von den väterlichen Großeltern des Kindes, und zwar auch dann, wenn sie selbst ein Naheverhältnis zum Enkel hätten. Fehlt das Naheverhältnis aber bloß zwischen Großeltern und Enkel, so ist der gesetzliche Tatbestand des § 773 a, der ein mangelndes Naheverhältnis zwischen Elternteil und Kind verlangt, nicht erfüllt und somit eine Pflichtteilsminderung nicht möglich. Weiters kann nur ein solcher Erblasser den Pflichtteil mindern, der entweder selbst der betreffende Elternteil oder das betreffende Kind ist oder der mit jenem Elternteil bzw mit jenem Kind, zu dem nie eine nahe Beziehung bestanden hat, verwandt ist. Der mütterliche Großvater kann demnach den Pflichtteil nicht mindern, wenn die nahe Beziehung zwischen Kind und Vater fehlte.[2])

3. Voraussetzung:

Die Pflichtteilsminderung muß vom Erblasser letztwillig angeordnet sein. Es müssen jedoch nicht die verba legalia verwendet werden, es genügt vielmehr, wenn die Auslegung des letzten Willens ergibt, daß die Pflichtteilsminderung dem Willen des Erblassers entspricht, wobei die allgemeinen Auslegungsregeln gelten.[3]) Im Ausschußbericht[4]) ist diesbezüglich folgendes Beispiel erwähnt:

> Der Erblasser hinterläßt zugunsten seines pflichtteilsberechtigten Kindes ein Legat mit zwar geringerem Wert, als der normale Pflichtteil ausmachen würde, aber mit höherem Wert, als der geminderte Pflichtteil beträgt. Wenn nun, abgesehen von der letztwilligen Anordnung der Pflichtteilsminderung, die übrigen Voraussetzungen des § 773 a gegeben sind, so bleibt es der Auslegung vorbehalten zu entscheiden, ob nach dem Willen des Erblassers der Pflichtteilsberechtigte noch die Ergänzung auf den normalen Pflichtteil verlangen kann oder ob es bei der Legatszuwendung bleibt und somit kein Ergänzungsanspruch besteht.

Ich werde mich auch mit dieser Frage der stillschweigenden Pflichtteilsminderung sogleich noch näher beschäftigen (Punkt II. 4.).

4. Voraussetzung:

Auch für den geminderten Pflichtteil gelten grundsätzlich die Bestimmungen über den Pflichtteil. Da die Enterbung etwas anderes ist als die Pflichtteilsminderung, sollen die Gesetzesnormen über die Enterbung nach den Ausführungen im Ausschußbericht[5]) nur gelten, soweit sie für sinngemäß anwendbar erklärt werden. In diesem Sinne bestimmt § 773 a Abs 2, daß die §§ 771 und 772 sinngemäß auch für die Pflichtteilsminderung gelten. Das heißt die Voraussetzungen für die Pflichtteilsminderung sind – wie bei der Enterbung die Enterbungsursache – vom Erben zu beweisen; dies ist die sinngemäße Anwendung des § 771. Außerdem wird die Pflichtteilsminderung nur durch einen ausdrücklichen, in der gesetzlichen Form erklärten Widerruf aufgehoben; dies ist die sinngemäße Anwendung des § 772.

2. § 767 Abs 2 und § 779 Abs 2 ABGB

Im Zusammenhang mit der Pflichtteilsminderung wurden vom Gesetzgeber noch zwei weitere neue Bestimmungen geschaffen. So wird in einem neuen Absatz 2 des § 767 normiert, daß die Pflichtteilsminderung den Pflichtteil der übrigen Noterben nicht erhöht. Sie führt vielmehr zu einer Erweiterung der Testierfreiheit des Erblassers.

Im neuen Absatz 2 des § 779 bestimmt der Gesetzgeber, daß die Nachkommen eines vorverstorbenen Noterben, dessen Pflichtteil gemindert worden ist, nur den geminderten Pflichtteil fordern können.

Soweit ein kurzer Überblick über die neuen Bestimmungen im Zusammenhang mit der Pflichtteilsminderung.

II. Detailfragen

1. Naheverhältnis iSd § 773 a Abs 1 ABGB

Wie erwähnt besteht eine Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung darin, daß ein Elternteil und ein Kind zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis standen, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht. Der Ausschußbericht[6]) führt hiezu aus, daß es an einer familiären Beziehung fehlen müsse. Der Elternteil dürfe also – wie es bei einer Familienbindung gewöhnlich der Fall sei – am Wohlergehen und Werden des Kindes zu keiner Zeit Anteil genommen haben, damit dessen Pflichtteil gemindert werden kann. Hiezu muß mE folgendes erwogen werden:

Die Familie begegnet uns in verschiedenen Erscheinungsformen. So kennen wir die – in örtlicher Hinsicht – gemeinsam wohnende Familie. Aber auch Eltern und Kinder, die nicht gemeinsam wohnen, stellen eine Familie dar. Denn das Gesetz erwähnt nirgends, daß es bei der Familie auf das gemeinsame Wohnen ankäme.

Festzuhalten ist daher, daß es verschiedene Wege gibt, dieses Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht, zu

[2]) Ausschußbericht (AB) 6 (1158 BlgNR 17. GP).
[3]) AB 6.
[4]) Seite 6.
[5]) Seite 6.
[6]) Seite 6.

erreichen. Der klassische Weg besteht darin, daß die Eltern mit ihren Kindern im gemeinsamen Familienverband wohnen und im Rahmen dieser Beziehung das Naheverhältnis entsteht. Dies ist jedoch, wie gesagt, nicht zwingend. Denn käme es auf den – in örtlicher Hinsicht – gemeinsamen Familienverband an, so hätte dies der Gesetzgeber wohl entsprechend ausgedrückt. Außerdem muß bedacht werden, daß es ja nicht um den Weg, wie ein solches Naheverhältnis **ent**steht, geht, sondern vielmehr um die Frage, ob ein solches Naheverhältnis **be**steht bzw jemals **be**standen hat. Dabei muß doch zugestanden werden, daß ein Elternteil gegenüber einem Kind, mit dem er nicht gemeinsam wohnt, dennoch ein intensives, „familiäres" Naheverhältnis begründen kann, nämlich dadurch, daß er sich um das Kind intensiv bemüht, indem er beispielsweise mit dem Kind regelmäßig Kontakt hat und dieser Kontakt von einer intensiven geistig-emotionalen Beziehung getragen wird. In diesem Fall besteht zwar – zeitlich gesehen – weniger Kontakt zwischen Elternteil und Kind als bei einem Elternteil und seinem Kind, die gemeinsam wohnen. Aber dieses Manko kann dadurch kompensiert werden, daß der Kontakt, wenn er stattfindet, dafür in geistig-emotionaler Hinsicht intensiver ist und daher zum selben Naheverhältnis führen kann, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht. Denn es kommt ja auf das Ergebnis, also auf das Naheverhältnis, und nicht auf den Weg dorthin an.

Umgekehrt ist der Fall denkbar, daß ein Elternteil zwar mit seinem Kind im gemeinsamen Familienverband wohnt, allerdings sich um das Kind sehr wenig oder überhaupt nicht kümmert. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in einem solchen Fall, obwohl Elternteil und Kind gemeinsam wohnen, zwischen ihnen kein Naheverhältnis entstehen kann, wie es in der Familie gewöhnlich besteht.[7])

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, daß das gewöhnliche, familiäre Naheverhältnis zwischen Eltern und Kindern sehr wesentlich von einer geistig-emotionalen Beziehung getragen wird, wobei die Begleitumstände, wie gemeinsames oder getrenntes Wohnen udgl, in den Hindergrund treten.

Es liegt auf der Hand, daß die Entscheidung der Frage, ob ein familiäres Naheverhältnis bestanden hat oder nicht, sehr schwierig ist, da der geistig-emotionale Bereich beweismäßig nicht leicht zu fassen ist. Bei jeder Entscheidung wird es auf die Umstände des Einzelfalles ankommen, weshalb hier auch nur einige grundsätzliche Überlegungen skizziert werden konnten. Detaillösungen sind in abstracto nicht möglich. Auf die Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang sicher eine schwierige Aufgabe zukommen.

2. § 779 Abs 2 ABGB und die Vorfahren

Gemäß dem durch die Erbrechtsnovelle neugeschaffenen Abs 2 des § 779 können die Nachkommen eines vorverstorbenen Noterben, dessen Pflichtteil gemindert worden ist, nur den geminderten Pflichtteil fordern. Diesbezüglich ist vorerst klarzustellen, daß der Gesetzgeber unter den in dieser Bestimmung vorkommenden Noterben, deren Pflichtteil gemindert worden ist, nur die Kinder des Erblassers (und deren Nachkommen) gemeint haben kann. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Nachkommen eines vorverstorbenen Elternteiles überhaupt kein Pflichtteilsrecht haben und der Gesetzgeber daran wohl nichts ändern wollte. Somit können die Nachkommen eines pflichtteilsgeminderten Elternteiles, also die Geschwister des Erblassers, überhaupt keinen Pflichtteil, also auch keinen geminderten Pflichtteil, beanspruchen.

Es erhebt sich in diesem Zusammenhang aber die Frage, was gilt, wenn ein auf den geminderten Pflichtteil gesetzter Elternteil stirbt und aus der zweiten Linie keine Verwandten mehr vorhanden sind und somit die Großeltern pflichtteilsberechtigt werden. Gilt nun die in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich nur gegenüber dem Elternteil ausgesprochene Pflichtteilsminderung auch gegenüber dessen Vorfahren? Aus § 773a läßt sich die Lösung noch nicht ableiten. Obwohl dort zwar die Rede davon ist, daß sich der Pflichtteil eines Kindes oder seiner Nachkommen bzw des Elternteiles oder seiner Vorfahren unter gewissen Voraussetzungen auf die Hälfte mindert, meint der Gesetzgeber damit nur, daß in diesem Falle nicht nur der Pflichtteil des betreffenden Kindes oder Elternteiles, sondern auch jener der weiteren Nachkommen bzw Vorfahren gemindert werden kann, wenn dies der Erblasser will. Eine Vermutung, daß die angeordnete Pflichtteilsminderung auch die weiteren Nachkommen bzw Vorfahren des Geminderten erfaßt, enthält § 773a allerdings nicht. Denn sonst wäre ja die vom Novellengesetzgeber in diesem Zuge neugeschaffene Vermutungsregel des § 779 Abs 2 überflüssig, wonach die Nachkommen eines vorverstorbenen pflichtteilsgeminderten Kindes nur den geminderten Pflichtteil verlangen können. Diese Vermutungsregel ist allerdings unvollständig, da sie des von mir soeben geschilderten Falles des vorverstorbenen pflichtteilsgeminderten Elternteiles nicht gedenkt. Obwohl der erste Absatz des § 779 nach ganz einheitlicher Auffassung auf die Aszendenten nicht anwendbar ist,[8]) muß mE der neugeschaffene zweite Absatz des § 779 auf unseren Fall sinngemäß angewendet werden. Denn dieser Bestimmung liegt wohl der Gedanke zugrunde, daß dann, wenn zwischen einem Elternteil und einem Kind kein familiäres Naheverhältnis besteht, dieses Naheverhältnis erst recht nicht zwischen dem Elternteil und den Nachkommen des betreffenden Kindes besteht. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Regelung des § 779 Abs 2 richtig, wonach die Nachkommen des auf den geminderten Pflichtteil gesetzten vorverstorbenen Kindes ebenfalls nur den geminderten Pflichtteil verlangen können. Derselbe Gedanke trägt jedoch auch in dem von mir geschilderten Beispiel, das heißt, wenn ein Kind zu seinem Elternteil nie ein Naheverhältnis hatte, wird ein solches Naheverhältnis gewöhnlich auch nie zwischen diesem Kind und den Eltern des betreffenden Elternteiles bestanden haben, weshalb sie, also die Eltern des pflichtteilsgeminderten Elternteiles, ebenfalls nur den geminderten Pflichtteil nach ihrem Enkel beanspruchen können. Ich möchte jedoch ausdrücklich bemerken, daß nur der zweite Absatz des § 779 sinngemäß auf die Vorfahren angewendet werden kann, niemals jedoch der erste Absatz dieser Bestimmung.

[7]) Wohl ebenso AB 6.

[8]) *Koziol–Welser*, Grundriß II[8], 320f; *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht[3], 112.

3. Pflichtteilsanrechnung bei angeordneter Pflichtteilsminderung

Gem §§ 788 und 789 sind verschiedene Zuwendungen zu Lebzeiten, insbesondere also die Ausstattung und Vorschüsse, auf den Pflichtteil anzurechnen. Wenn nun ein Noterbe kraft letztwilliger Anordnung nur den geminderten Pflichtteil erhält, so kann die Frage auftauchen, ob die Anrechnung auf den „normalen" Pflichtteil oder auf den geminderten Pflichtteil zu erfolgen hat. Bei Anrechnung auf den „normalen" Pflichtteil könnte der Noterbe, wenn die anrechnungspflichtige Zuwendung nicht den ganzen Pflichtteil erschöpft, den Rest, soweit dieser den geminderten Pflichtteil nicht übersteigt, zur Gänze verlangen. Bei Entscheidung dieser Frage ist folgendes zu überlegen: Wenn die Voraussetzungen des § 773a vorliegen und der Pflichtteil des Noterben letztwillig auf die Hälfte gemindert wird, so beträgt der gesetzliche Pflichtteil des Noterben in diesem Falle eben nur die Hälfte des „normalen" Pflichtteils. Ihm steht also nicht der normale gesetzliche Pflichtteil, sondern nur die Hälfte desselben als gesetzlicher Pflichtteilsanspruch zu. Daraus ergibt sich nun begriffsnotwendig, daß die anrechnungspflichtigen Zuwendungen auf den geminderten Pflichtteil, der in diesem Fall den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch darstellt, anzurechnen sind. Ein gegenteiliger erblasserischer Wille, der durchaus möglich, aber nicht zu vermuten ist, wäre vom betreffenden Noterben zu beweisen.

4. Stillschweigende (konkludente) Pflichtteilsminderung?

Beispiel Nr 1:

Der Erblasser hatte mit einem seiner Kinder zu keiner Zeit ein familiäres Naheverhältnis. Er wendet diesem Kind ein Legat zu, welches jedoch nicht einmal den Wert des geminderten Pflichtteiles erreicht. Im übrigen enthält die letztwillige Verfügung des Erblassers keine dieses Kind betreffenden Anordnungen, insbesondere keine ausdrückliche Pflichtteilsminderung. Kann nun dieses Kind die Ergänzung auf den geminderten Pflichtteil oder auf den normalen Pflichtteil verlangen?

Beispiel Nr 2:

Ein Erblasser hatte mit einem seiner Kinder zu keiner Zeit ein Naheverhältnis und übergeht es im Testament stillschweigend. Kann dieses Kind nur den geminderten Pflichtteil oder den normalen Pflichtteil fordern?

Beispiel Nr 3:

Der Erblasser hatte mit einem seiner Kinder zu keiner Zeit ein Naheverhältnis. Er hinterläßt diesem Kind ein Legat, das wertmäßig den geminderten Pflichtteil übersteigt, allerdings den Wert des normalen Pflichtteiles nicht erreicht. Kann dieses Kind nunmehr die Ergänzung auf den normalen Pflichtteil verlangen?

Wie bereits erwähnt, muß die Pflichtteilsminderung vom Erblasser letztwillig angeordnet sein, wobei jedoch nicht die verba legalia verwendet werden müssen; vielmehr genügt es, daß die Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt, daß die Pflichtteilsminderung dem Willen des Erblassers entspricht, wobei die allgemeinen Auslegungsregeln gelten.[9]) Nach diesen allgemeinen Auslegungsregeln ist der subjektive Wille des Erblassers zu erforschen; für den ermittelten Erblasserwillen muß sich jedoch noch irgendein Anhaltspunkt im Wortlaut der letztwilligen Verfügung selbst finden lassen (Andeutungstheorie).[10]) Wenn ein Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung beispielsweise ein ihm bekanntes Kind, mit dem er jedoch nie ein familiäres Naheverhältnis hatte, stillschweigend übergeht und den gesamten Nachlaß anderen Personen zuwendet, wobei weder ein Enterbungsgrund noch anrechenbare Vorempfänge bezüglich des übergangenen Kindes vorliegen, so läßt dies grundsätzlich zwei Auslegungen zu:

a) Der Erblasser kann in diesem Falle auf das normale gesetzliche Pflichtteilsrecht vertrauen; nach seinem Willen soll das übergangene Kind trotz des nie bestandenen Naheverhältnisses den (normalen) Pflichtteil kraft Gesetzes erhalten. Der Erblasser will also dem normalen Pflichtteilsrecht seinen Raum lassen und übergeht das betreffende Kind deshalb mit Stillschweigen.

b) Es kann aber auch so sein, daß das mit Stillschweigen übergangene Kind nach dem Willen des Erblassers aus dem Nachlaß nur den geminderten Pflichtteil erhalten soll, daß also der Erblasser **im Bewußtsein des nie bestandenen Naheverhältnisses** darauf vertraut hat, daß dem Kind gerade durch das stillschweigende Übergehen möglichst wenig, also nur der geminderte Pflichtteil zukommt und das normale Pflichtteilsrecht nicht zur Anwendung gelangt. Auch diese Auslegung findet in der letztwilligen Verfügung, die in diesem Bereich nicht nur eine Interpretation zuläßt, einen Anhaltspunkt.

In beiden Fällen (a und b) signalisiert der Erblasser durch das stillschweigende Übergehen des betreffenden Kindes, daß er diesem weniger als den gesetzlichen Erbteil zukommen lassen will. Der Auslegung bleibt es vorbehalten, ob das „Weniger" im normalen oder geminderten Pflichtteilsanspruch bestehen soll. Beide Auslegungsergebnisse sind im Wortlaut der letztwilligen Verfügung – im Zusammenhalt mit den gesetzlichen Pflichtteilsbestimmungen (§§ 776 und 773a) – gedeckt und daher grundsätzlich statthaft.

In einer solchen Situation ist es daher erforderlich, den konkreten, subjektiven Erblasserwillen zu ermitteln. Es ergibt sich somit, daß hier keine allgemeingültige Lösung der genannten Beispiele Nr 1 bis 3 gefunden werden kann, es ist jeweils der Erblasserwille zu erforschen.

Dennoch sollen hier einige Gedanken darüber angestellt werden, was von wem zu beweisen ist, wenn vom Erben behauptet wird, daß der Erblasser das mit Stillschweigen übergangene Kind auf den geminderten Pflichtteil setzen wollte. Bei der Erörterung dieser Frage ist es zweckmäßig, sich mit der rechtlichen Regelung der Enterbung auseinanderzusetzen. Auch die Enterbung kann stillschweigend erfolgen. Allerdings wird die stillschweigende Enterbung durch die Bestimmung des § 782 erleichtert. Kann der Erbe nämlich nachweisen, daß bei einem mit Stillschweigen übergangenen Noterben ein Enterbungsgrund vorliegt, so vermutet § 782, daß dieser Noterbe in diesem Falle vom Testator stillschweigend enterbt wurde. Der Erbe muß also nicht zusätzlich noch – den mitunter schwierigen – Beweis erbringen, daß der Erblasser diesen Noterben enterben

[9]) AB 6.

[10]) *Eccher* in Schwimann, ABGB III § 655 Rz 1f; *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht[3], 120f; *Koziol–Welser*, Grundriß II[8], 319f; *Welser* in Rummel[2], Rz 7 und 9 zu § 552; OGH in NZ 1984, 130 uva.

wollte.[11]) Dieser § 782 wurde jedoch bei der Pflichtteilsminderung nicht für sinngemäß anwendbar erklärt, denn § 773a Abs 2 hat nur die §§ 771 und 772 für die Pflichtteilsminderung „rezipiert". Somit bleibt es in diesem Fall vorerst bei der Bestimmung des § 776, wonach ein Kind, dessen Dasein dem Erblasser bekannt war und von ihm mit Stillschweigen übergangen wurde, **grundsätzlich** den Pflichtteil, aber eben den normalen Pflichtteil, fordern kann. Sofern aber in den genannten Beispielen Nr 1 bis 3 der Erbe der Ansicht ist, daß dem Noterben nur der geminderte Pflichtteil zusteht, muß er (der Erbe) beweisen, daß

1. zu keiner Zeit das in § 773a genannte Naheverhältnis bestanden hat **und**
2. daß der Erblasser den mit Stillschweigen übergangenen Noterben auf den geminderten Pflichtteil setzen wollte.

Vergleichsweise müßte bei der Enterbung der Erbe den zweiten Beweis im Hinblick auf die Vermutungsregel des § 782 nicht erbringen.

Allenfalls könnte argumentiert werden, daß § 782, der von der stillschweigenden Enterbung handelt, gemäß § 773a Abs 2 auf die Pflichtteilsminderung nicht sinngemäß angewendet und diese (die Pflichtteilsminderung) somit nicht stillschweigend (konkludent) verfügt werden kann. ME übersähe jedoch eine solche Argumentation, daß nicht erst § 782 die stillschweigende Enterbung ermöglicht, sondern diese Bestimmung die stillschweigende Enterbung nur **erleichtert,** indem bei erwiesenem Enterbungsgrund der Enterbungswille des Erblassers vermutet wird. Die grundsätzliche Möglichkeit der stillschweigenden Enterbung beruht vielmehr auf dem Grundsatz, daß der Wille des Erblassers nicht nur expressis verbis, sondern auch schlüssig ausgedrückt werden kann, wobei sich, wie bereits erwähnt, für den Willen des Erblassers nur irgendein Anhaltspunkt im Wortlaut der letztwilligen Verfügung finden lassen muß.[12]) Dieser Grundsatz gilt aber nicht nur bei der Enterbung, sondern im Erbrecht allgemein. Er ergibt sich nicht erst aus § 782, sondern in dieser Gesetzesbestimmung wird dieser Grundsatz bestätigt, indem in einem solchen Fall ein bestimmter Erblasserwille, nämlich der Enterbungswille, vermutet wird. Demnach wäre die stillschweigende (konkludente) Enterbung auch ohne die Bestimmung des § 782 – freilich bei erschwerter Beweislage – möglich. Zweifelsohne wäre nämlich ein Auslegungsergebnis, wonach ein mit Stillschweigen übergangenes Kind bei erwiesenem Enterbungsgrund aus dem Nachlaß gar nicht erhalten soll und somit enterbt ist, im Wortlaut einer solchen letztwilligen Verfügung gedeckt und somit (auch ohne die Bestimmung des § 782) zulässig. Für die Möglichkeit der stillschweigenden (konkludenten) Pflichtteilsminderung ist es daher bedeutungslos, ob § 782 im Bereich der Pflichtteilsminderung sinngemäß gilt oder nicht. Diesem Umstand kommt nur in bezug auf die Beweissituation Bedeutung zu, da die stillschweigende Pflichtteilsminderung – im Unterschied zur stillschweigenden Enterbung (§ 782) – nicht vermutet wird und ein entsprechender Erblasserwille neben dem mangelnden Naheverhältnis bewiesen werden muß.

Welchen Schluß hat der Praktiker aus dieser rechtlichen Situation zu ziehen? Die Erfahrung lehrt, daß zB Väter uneheliche Kinder, zu denen sie kein Naheverhältnis haben, bei der Testamentserrichtung sehr oft verschweigen. Wenn nun ein Testament abgefaßt wird, in dem ein solches Kind stillschweigend übergangen wird, so wird im Abhandlungsverfahren sicher die Frage virulent, ob das betreffende Kind den normalen oder – infolge einer stillschweigenden Pflichtteilsminderung – nur den geminderten Pflichtteil zu erhalten hat. Um solche Situationen tunlichst zu vermeiden, wird es ratsam sein, jeden Testator zu befragen, ob er allenfalls ein Kind hat, zu dem er nie ein Naheverhältnis hatte und, wenn ja, ob er dessen Pflichtteil auf die Hälfte mindern will. Insbesondere wird dies bei unehelichen Kindern, die nicht beim Testator aufgewachsen sind, zutreffen können. Es kann jedoch auch das Naheverhältnis zu ehelichen Kindern fehlen, wobei der davon betroffene Elternteil auch, wenn auch sehr selten, die Mutter des Kindes sein kann. Es ist insbesondere auch an Kinder zu denken, die sogleich nach der Geburt von anderen Eltern adoptiert wurden; denn Adoptivkindern steht auch nach ihren leiblichen Eltern ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht zu (§ 182b Abs 1).

Nicht selten wird uns Praktikern in Hinkunft folgender Sachverhalt begegnen:

Ein männlicher Erblasser hinterläßt neben ehelichen Kindern auch ein uneheliches Kind, mit dem er nie ein Naheverhältnis hatte. Der Erblasser hat das uneheliche Kind im Testament stillschweigend übergangen. Das Testament wurde vor Bekanntmachung des Erbrechtsänderungsgesetzes 1989 errichtet; gestorben ist der Erblasser nach Inkrafttreten des ErbRÄG, also am 1. 1. 1991 oder später.

In diesem Fall sind die Bestimmungen des ErbRÄG anzuwenden, da der Erblasser nach dessen Inkrafttreten stirbt (Artikel III Z 1 ErbRÄG).

Wenn der Erbe nachweisen kann, daß ein Naheverhältnis im Sinne des § 773a zu keiner Zeit bestanden hat, so wird ihm der sonst für die Pflichtteilsminderung erforderliche weitere Beweis, daß der Wille des Erblassers auf die Pflichtteilsminderung gerichtet ist, in diesem Falle erspart bleiben. Denn daß der Erblasser diesen Noterben nur auf den geminderten Pflichtteil setzen wollte, dürfte bei diesem Sachverhalt klar auf der Hand liegen. Vor Bekanntmachung des Erbrechtsänderungsgesetzes waren nämlich – jedenfalls für den juristischen Laien – keine konkreten Anhaltspunkte dafür gegeben, daß ein ue Kind neben ehelichen Kindern nach seinem Vater ein gesetzliches Erbrecht bzw Pflichtteilsrecht hat

[11]) Die hA verlangt, daß trotz § 782 die Kausalität des Enterbungsgrundes vom Erben zu beweisen ist. Dies ist aber einschränkend in der Weise zu verstehen, daß nur bewiesen werden muß, daß der Enterbungsgrund im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits gegeben **und** dem Erblasser bekannt war (*Welser* in Rummel², Rz 1 zu § 782 und Rz 2 zu § 771; *Weiß* in Klang² III 891 mwN). Wäre dies nicht der Fall, könnte ja schon theoretisch ein gegründeter Enterbungswille gar nicht bestehen. § 782 will aber dem vermuteten Erblasserwillen zum Durchbruch verhelfen und kann demnach nur angewendet werden, wenn auf Grund eines bereits gegebenen und dem Erblasser bekannten Enterbungsgrundes überhaupt die **Möglichkeit** eines Enterbungswillens besteht. Wenn aber darüber hinaus iSd Kausalität verlangt wird, daß bewiesen werden muß, daß der Enterbungsgrund den Erblasser zur stillschweigenden Enterbung bewogen hat, würde dies dem § 782 den praktischen Anwendungsbereich nehmen und wäre mit dem Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung nicht vereinbar (so aber offenbar *Gschnitzer–Faistenberger*, Erbrecht², 57 und wohl auch *Eccher* in Schwimann, ABGB III § 768 Rz 5).

[12]) Siehe FN 10.

bzw bekommen wird. Wenn man berücksichtigt, daß der Erblasser in diesem Fall im Zeitpunkt der Testamentserrichtung mit Fug und Recht davon ausging, daß seinem ue Kind – neben ehelicher Nachkommenschaft – kein gesetzliches Erb- und somit auch kein Pflichtteilsrecht zustehen wird, muß man annehmen, daß es der Wille des Erblassers war, daß dieses ue Kind im Hinblick auf dessen stillschweigende Übergehung in diesem Fall aus dem Nachlaß nichts erhalten soll. Wenn nun solche ue Kinder durch eine Gesetzesänderung nachträglich ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht erhalten und der Erblasser vor Bekanntmachung dieser Gesetzesänderung diesem ue Kind gar nichts zugewendet hat, so wird man wohl zwingend annehmen müssen, daß die letztwillige Verfügung in der Weise zu verstehen ist, daß das ue Kind nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung nur das erhält, was es zwingend mindestens erhalten muß, nämlich im vorliegenden Fall den geminderten Pflichtteil, aber nicht mehr. Ich meine nämlich, daß die Erfahrungen des täglichen Lebens diesen Schluß als sehr naheliegend erscheinen lassen. ME kommt es hier zu einer Beweislastumkehr: Wenn in unserem Fall das übergangene ue Kind der Ansicht ist, daß es nach dem Willen des Erblassers den normalen Pflichtteil zu erhalten hat, so wird ein solcher – doch sehr unwahrscheinlicher – Erblasserwille vom Behauptenden, also vom ue Kind, bewiesen werden müssen.[13])

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf verwiesen, daß dieser Sachverhalt keinen Fall des § 777[14]) darstellt. Es gilt nämlich hier dasselbe, was schon seinerzeit zum § 778 vorgebracht wurde, als die ue Kinder bei nicht vorhandener ehelicher Nachkommenschaft erstmals ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht nach ihrem Vater erhalten haben. Damals wurde zu Recht argumentiert, daß der hypothetische Wille des Erblassers gelte,[15]) wobei die Lebenserfahrung zeige, daß der Erblasser auch bei Kenntnis des nachträglich eingeführten gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechtes des ue Kindes nicht anders verfügt hätte[16]) und deshalb § 778 nicht zur Anwendung gelange. Freilich bleibt dem betreffenden Noterben die Möglichkeit unbenommen, das Gegenteil zu beweisen. Genau dieselben Gedanken sind nunmehr bezüglich § 777 zutreffend.

Weit schwieriger wird die Entscheidung jedoch dann, wenn im vorgenannten Beispiel der Erblasser seine letztwillige Verfügung nach Bekanntmachung des Erbrechtsänderungsgesetzes 1989 errichtet hat. Denn dann muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß der Erblasser die Gesetzesänderung kannte, daß er also wußte, daß seinem ue Kind neben den ehelichen Kindern ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht zusteht. In diesem Falle könnte die stillschweigende Übergehung des ue Kindes auch bedeuten, daß der Erblasser – trotz mangelndem Naheverhältnis – will, daß das Kind den normalen Pflichtteil erhält. In diesem Fall müßte also vom Erben als Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung neben dem mangelnden Naheverhältnis auch bewiesen werden, daß der Erblasser das betreffende Kind auf den geminderten Pflichtteil setzen wollte.

III. Auswirkungen der Pflichtteilsminderung auf das Abhandlungsverfahren

Es gelten grundsätzlich dieselben verfahrensrechtlichen Bestimmungen, wie sie beim normalen Pflichtteilsanspruch bestehen. Der Noterbe, dessen Pflichtteil gemindert wurde, ist auch Norerbe und daher ebenso wie der gewöhnliche Noterbe – bei sonstiger Nichtigkeit – dem Verlassenschaftsverfahren beizuziehen.[17]) Dort hat er dieselben Rechte wie der gewöhnliche Noterbe, also das Recht, die Errichtung eines Inventars zu verlangen (§ 804), der Schätzung beizuwohnen (§ 784) und die Absonderung des Nachlasses zu begehren (§ 812). Entsteht im Zuge des Abhandlungsverfahrens ein Streit darüber, ob der Noterbe nur den geminderten oder den normalen Pflichtteil erhalten soll, so ist zu unterscheiden:

a) Ist der Noterbe voll geschäftsfähig, so hindert ein solcher Streit über den Pflichtteil die Fortführung des Verlassenschaftsverfahrens und die Einantwortung des Nachlasses nicht. Der Noterbe hat eine Pflichtteilsklage einzubringen; im Zuge dieses Prozesses ist dann die Frage zu klären, ob ihm der normale oder lediglich der geminderte Pflichtteil zusteht.

b) Ist der Noterbe jedoch pflegebefohlen (also insbesonders minderjährig, unter Sachwalterschaft stehend oder abwesend), so gilt folgendes: Bei Streitigkeiten über den Pflichtteilsanspruch, also auch bei Streitigkeiten über die Frage, ob der geminderte oder normale Pflichtteil zusteht, hat der Noterbe den Rechtsweg zu beschreiten und eine Pflichtteilsklage einzubringen. Allerdings hat das Abhandlungsgericht in diesem Falle, da der Noterbe pflegebefohlen ist, mit der Einantwortung des Nachlasses solange zuzuwarten, bis der Prozeß beendet und – je nach Prozeßergebnis – der normale oder geminderte Pflichtteil geleistet oder sichergestellt ist.[18]) Ist die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch unstreitig und somit nur die Frage klärungsbedürftig, ob der geminderte oder der normale Pflichtteil

[13]) Denkbar wäre jedoch auch, daß der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gar nicht wußte, daß seine ue Nachkommenschaft neben ehelicher Deszendenz nicht erb- und pflichtteilsberechtigt ist. Wenn dies der Fall ist, wäre die im Text dargelegte Argumentation nicht stichhältig. Eine solche Gesetzesunkenntnis wird jedoch nicht zu vermuten sein, sodaß sie vom Behauptenden bewiesen werden müßte. Dies wäre im gegenständlichen Fall das ue Kind, dem dieser Umstand zugute käme.

[14]) § 777 lautet: „Wenn aber aus den Umständen erwiesen werden kann, daß die Übergehung eines aus mehreren Kindern nur daher rühre, weil dem Erblasser das Dasein desselben unbekannt war, so ist der Übergangene nicht schuldig, sich mit dem Pflichtteil zu begnügen; sondern er kann den Erbteil, welcher für den am mindesten begünstigten Noterben ausfällt; wofern aber der einzige noch übrige Noterbe eingesetzt wird, oder alle übrige zu gleichen Teilen berufen sind, einen gleichen Erbteil verlangen."

[15]) *Ent*, Das Recht des unehelichen Kindes, ÖJZ 1972, 277; *Koziol–Welser*, Grundriß II[8], 314; *Welser* in Rummel[2], Rz 7 zu § 778; *Eccher* in Schwimann, ABGB III §§ 776 bis 778 Rz 6; SZ 47/134 = NZ 1975, 69 = JBl 1975, 427 mit zustimmender Anm von *Eccher*.

[16]) *Kralik*, Das testamentum ruptum und das Pflichtteilsrecht des unehelichen Kindes, JBl 1973, 541 (555); *Welser* in Rummel[2], Rz 7 zu § 778.

[17]) Bezüglich des gewöhnlichen Noterben: *Koziol–Welser*, Grundriß II[8], 378; OGH in JBl 1985, 98; EFSlg 37.206 und 37.207 uva.

[18]) Bezüglich Streitigkeiten über den normalen Pflichtteil vgl OGH in NZ 1963, 122 und EFSlg 35.127.

zusteht, so kann allerdings der Nachlaß bereits vor Beendigung eines solchen Pflichtteilsprozesses eingeantwortet werden, wenn der Erbe den gesamten normalen Pflichtteil (also nicht nur den geminderten Pflichtteil) sicherstellt oder vorläufig (vorbehaltlich eines anderen Prozeßausganges) leistet. Auch wenn neben der Frage der Pflichtteilsminderung zudem die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil strittig ist, kann die Einantwortung vor Abschluß des diesbezüglichen Prozesses erfolgen, wenn der Erbe den gesamten normalen Pflichtteil, der allerdings auf der vom pflegebefohlenen Noterben geltend gemachten höheren Bemessungsgrundlage zu bestimmen wäre, sicherstellt oder vorläufig (vorbehaltlich eines anderen Prozeßausganges) leistet.

Rechtsprechung

§ 32 Z 1 lit c, lit d EStG 1972; § 37 EStG 1972 – *Steuersatz bei Aufgabe von Bestandrechten an Geschäftsräumen wegen drohender Enteignung (Präsidentenbeschwerde)*

Entschädigungen für die Aufgabe von Bestandrechten im Zusammenhang mit einer (drohenden) Enteignung des Bestandgegenstandes unterliegen dem Hälftesteuersatz gemäß § 37 Abs 2 iVm § 32 EStG 1972 und nicht dem Viertelsteuersatz gemäß § 37 Abs 3 leg cit.

VwGH 7. 6. 1989, 88/13/0095

Die Republik Österreich (ÖBB) ist Eigentümerin einer Liegenschaft in Wien, auf der sich die Kassenhalle eines U-Bahn- und Schnellbahnhofes befindet. Vertraglich hatte sie einer GmbH an den geschäftlich nutzbaren Flächen das Nutzungs- und Verwertungsrecht eingeräumt. Die GmbH hatte einzelne Geschäftsflächen einer OHG in Unterbestand gegeben, die ihrerseits die Räumlichkeiten des Bahnhof-Buffets dem Mitbeteiligten weitervermietet hatte.

Die Gd Wien benötigte im Verlauf des U-Bahn-Baues die vom Mitbet als Bahnhof-Buffet benützten Geschäftsflächen. Die zwischen der Gd Wien und dem Mitbet geführten Verhandlungen endeten 1984 damit, daß der Mitbet auf seine Bestandrechte samt allen Nutzungsrechten mit 30. 9. 1985 verzichtete und zum selben Zeitpunkt der Gd Wien das Bestandobjekt übergab; als Gegenleistung für die „einvernehmliche Auflösung" der „Mietrechte am Gasthaus- und Espressobetrieb samt allen damit verbundenen Unkosten, Auslagen, der eventuellen Ersatzbeschaffung sowie den Anwaltskosten" wurde eine Pauschalentschädigung – einschließlich der Umsatzsteuer – von S 8,000.000.– vereinbart.

Die Gd Wien leistete, entsprechend dieser Vereinbarung, dem Mitbet im Juni 1984 S 5,000.000.–; der Mitbet bezahlte gleichzeitig an Anwaltskosten S 550.000.–. Die restlichen S 3,000.000.– hatte die Gd Wien dem Mitbet nach Rechnungslegung durch diesen per 15. 1. 1986 und Übergabe der Räumlichkeiten zu überweisen.

Der Betriebsprüfer, der beim Mitbet ua die Einkommensteuer 1983 bis 1985 prüfte und feststellte, daß der Mitbet den Betrieb im Dez 1985 aufgegeben hatte, war der Auffassung, daß für die Entschädigung von S 8,000.000.– – der Mitbet ermittelte seinen Gewinn gemäß § 4 Abs 1 EStG 1972 – mit Vertragsabschluß und Leistung der Teilzahlung 1984 die EStPflicht entstanden sei; diese Entschädigung sei mit dem Hälftesteuersatz des § 37 Abs 1 EStG 1972 zu versteuern.

Das FA erließ den EStBescheid 1984 und folgte dabei der Auffassung des Betriebsprüfers.

Der Mitbet erhob dagegen Berufung. Nach § 32 Z 1 lit c EStG 1972 gehörten zu den Einkünften iSd § 2 Abs 3 leg cit auch Entschädigungen, die für die Aufgabe von Bestandrechten gewährt würden, sofern der Bestandgegenstand enteignet werde oder seine Enteignung nachweisbar unmittelbar drohe. Somit werde „der § 32 EStG dem § 2 Abs 3 mit den darin enthaltenen sieben Einkunftsarten zugeordnet; insoweit solche Entschädigungen im Bereich der ersten drei Einkunftsarten des § 2 Abs 3 EStG anfallen, greift § 37 Abs 3 Platz, welcher den Begriff des Betriebsvermögens, den nur diese ersten drei Einkunftsarten kennen, für eine zusätzliche Begünstigung (Hälfte des sich nach § 37 Abs 1 ergebenden Steuersatzes)" vorsehe. Die dem Mitbet für Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens – Mietrechte und Firmenwert – geleistete Entschädigung unterfalle deshalb dem Viertelsteuersatz des § 37 Abs 3 EStG 1972.

Der dieser Berufung des Mitbet beigeschlossenen Kopie eines Schreibens des Magistrates der Stadt Wien, MA 69, vom 21. 9. 1984 ist zu entnehmen, „daß bei Ermangelung einer einvernehmlichen Absiedlung diese in Form eines Enteignungsverfahrens nach den Bestimmungen des Eisenbahnenteignungsgesetzes vorgenommen werden würde".

Die FLD gab mit der nunmehr vom Präsidenten der FLD angefochtenen Berufungsentscheidung der Berufung Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

Gemäß § 37 Abs 3 EStG 1972 ist, wenn Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens im Wege eines Enteignungsverfahrens oder freiwillig zur Abwendung eines nachweisbar unmittelbar drohenden Enteignungsverfahrens veräußert werden, die Einkommensteuer auf Antrag für den Unterschiedsbetrag zwischen der um die Veräußerungskosten verminderten Enteignungsentschädigung (Veräußerungserlös) und dem sich nach § 6 leg cit ergebenden Wert des Wirtschaftsgutes mit der Hälfte des sich nach § 37 Abs 1 leg cit ergebenden Betrages festzusetzen.

Die Liegenschaft, auf der der Mitbet sein Bahnhof-Buffet betrieb, gehörte und gehört der Republik Österreich (ÖBB). Die zum Betrieb des Bahnhof-Buffets erforderlichen Geschäftsräume waren dem Mitbet in Unterunterbestand gegeben. Das Interesse der Gd Wien war darauf gerichtet, diese Geschäftsräume für den Bau der U-Bahn bzw für die U-Bahn zu erlangen.

§ 37 Abs 3 EStG 1972 spricht von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens, die im Wege eines Enteignungsverfahrens oder freiwillig zur Abwendung eines nachweisbar unmittelbar drohenden Enteignungsverfahrens veräußert werden. § 37 Abs 2 leg cit hingegen führt die