



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch die Winkel Steiner Wirtschaftstreuhand Steuerberatungsges.m.b.H., 6845 Hohenems, Schweizer Straße 77, vom 3. März 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch, vertreten durch Dr. Dietmar Schorn, vom 27. Jänner 2001 betreffend Feststellung von Einkünften für das Jahr 2001 gemäß § 188 BAO im Beisein der Schriftführerin Veronika Pfefferkorn nach der am 18. März 2005 in 6800 Feldkirch, Schillerstraße 2, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerber erwarben mit Kaufvertrag vom 22. Mai 2001 eine Liegenschaft in D, H-Straße xx, im Miteigentum. Auf dieser Liegenschaft wurde in der Folge ein Studentenheim mit 29 Wohnungen errichtet, die von den Miteigentümern vermietet werden sollten. In der Einkünfteerklärung für das Jahr 2001 machten die Berufungswerber einen Jahresverlust von insgesamt -3.380.244 S geltend, der zum größten Teil aus den als Werbungskosten geltend gemachten Kosten für Rechts- und Beratungsaufwand im Zusammenhang mit der Errichtung des Studentenheims in Höhe von -2.948.365 S resultierte.

Mit Schreiben vom 11. Juli 2002 forderte das Finanzamt die Berufungswerber auf, die Aufgliederung dieser Rechts- und Beratungskosten bekannt zu geben und die vertraglichen Grundlagen der Miteigentümergeinschaft (MEG) sowie der Konzeption vorzulegen.

Zur Konzeption führte die steuerliche Vertretung mit Schreiben vom 5. September 2002 folgendes aus: Die Konzeption der Miteigentümergeinschaften beruhe auf wichtigen Eckpunkten. Dazu zähle zum einen, Miteigentum und nicht Wohnungseigentum zu schaffen. Die Miteigentümergeinschaft solle das volle Baurisiko tragen. Der Erwerb der Liegenschaft, Planung, Anpassungen an während der Planungsphase beschlossene Änderungen etc., die Kostenermittlung und die Vergabe der Bauaufträge obliege der MEG. Wesentlicher Bestandteil des Konzepts sei es weiters, dass die MEG geeignete Fachleute suche, die verschiedenen Aufgaben vor Inangriffnahme des Projektes zu erledigen hätten. So gelte es, die optimale Finanzierung, die Vermietung des Objektes, die Hausverwaltung und insbesondere die rechtliche und steuerliche Abwicklung im vorhinein abzuklären. Der Initiator der MEG, GL, suche bei Gewährwerden eines in Frage kommenden Projektes Investoren mit Gewinnabsicht. Das Ziel sei eine Rendite von 7-8%, es stehe daher die langfristige Betrachtung der Investition im Vordergrund. Habe sich eine ausreichende Zahl von Interessenten gefunden, werde mit konkreten Planungen und mit der Konzeption von Verträgen begonnen.

Gleichzeitig mit diesem Schreiben wurden das Protokoll der konstituierenden Bauherrenversammlung vom 1. März 2001, die Konstituierung und Beschlussfassung der MEG als Beilage zum Protokoll sowie der Miteigentümervertrag vorgelegt. Die Aufschlüsselung des Rechts- und Beratungsaufwandes sowie der Kaufvertrag wurden am 23. Dezember 2002 nachgereicht.

Mit Bescheid vom 27. Jänner 2003 stellte das Finanzamt die Einkünfte der Berufungswerber aus Vermietung und Verpachtung weitestgehend ohne Berücksichtigung der Rechts- und Beratungskosten als Werbungskosten fest. Begründend dazu führte es aus: Finde die Bauherrenverordnung bei der Errichtung eines Gebäudes keine Anwendung, stellten Kosten, die mit der Übertragung eines Grundstückes verbunden seien und die nicht zu den Instandsetzungs- oder Herstellungskosten zählten, zu den Anschaffungskosten. Dies betreffe im vorliegenden Fall die unter der Position "Rechts- und Beratungsaufwand" angeführten Kosten. Nach Ansicht des Finanzamtes sei die Bauherreneigenschaft nur für den Initiator des Bauherrenmodells gegeben. Die Miteigentümer seien aufgrund bereits ausgearbeiteter Verträge zum Bauherrenmodell vermittelt worden. Die Anlaufkosten seien daher, mit Ausnahme jener für den Initiator, den Anschaffungskosten zuzurechnen.

Gegen diesen Bescheid beriefen die Berufungswerber mit Schreiben vom 27. Februar 2002, die ihre steuerliche Vertretung wie folgt begründete: Im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.10.1983, 82/16/0158, werde für die Bauherreneigenschaft einer Miteigentümergeinschaft ein "gemeinsamer, auf die Errichtung des Bauwerkes abzielender Beschluss der Eigentümergemeinschaft" gefordert. Ein solcher Beschluss sei im vorliegenden Fall gefasst worden. Weiters werde in diesem Erkenntnis vermerkt, dass "ein vor Abschluss des Kaufvertrages geäußelter Wunsch nach einer Planänderung nur als unverbindliche Anregung ange-

sehen werden könne und keinen Schluss auf eine allfällige Bauherrnereignischaft rechtfertige". Im berufungsgegenständlichen Fall seien ja gerade nach Konstituierung und nach Kauf der Liegenschaft wesentliche Planungsmaßnahmen gesetzt worden, die damit im Umkehrschluss die Bauherrnereignischaft manifestierten. Auch sei der Wille der Vertragspartner nicht auf den Erwerb eines ideellen Grundstücksanteiles samt einer fertigen Wohnungseinheit gerichtet gewesen, sondern die gemeinsame Errichtung eines Bauwerkes mit nachfolgender Bewirtschaftung dieses Objektes. Nur der Abschluss eines Bauvertrages nach Erteilung der Baubewilligung und die Errichtung eines bereits fertig geplanten Bauwerkes würde gegen die Bauherrnereignischaft sprechen. Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5. August 1993, 93/14/0044, werde allgemein die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Planung als ausreichend angesehen. Die tatsächliche Einflussnahme sei nicht erforderlich, denn es könne vernünftigerweise von einem Bauherren nicht verlangt werden, ein seinen Vorstellungen völlig entsprechendes, allenfalls schon baubehördlich genehmigtes Projekt, das er unter seinem ausschließlichen Risiko verwirklichen wolle, nur deshalb tatsächlich zu ändern, um im steuerrechtlichen Sinn Bauherrnereignischaft zu genießen. Im vorliegenden Fall komme nicht nur die mögliche, sondern die tatsächliche Planungsänderung zum tragen.

Im Anschluss an den Berufungsschriftsatz wurden Unterlagen vorgelegt, die einen Überblick über den chronologischen Ablauf des Projektes bieten und gleichzeitig die Tragung finanzieller und baulicher Risiken sowie den Auftritt gegenüber der Baubehörde und die Änderung der Planung belegen sollten, und zwar (zusammengefasst):

Beilage A: vorläufiger Plan über eine denkbare Bebauung mit auf Kubatur basierenden Errichtungskosten und der Prospekt, der zur Erstinfo den möglichen Interessenten zur Verfügung stand. Hier sei ein Flachdach und ein Quader zu sehen und der Vermerk "Beschluss konstituierende MEG-Versammlung 1.3.2001", der dokumentiere, dass die MEG offensichtlich beschlossen habe, so ein Objekt nicht zu errichten.

Beilage B: Projektmappe MEG 103 D, HStr, Neubau Studentenwohnheim "H.C." mit 32 Wohneinheiten

Beilage C: Planunterlagen über ein Satteldach und einer Photovoltaikanlage mit nur mehr 29 Einheiten

Beilage D: Projektmappe, noch mit 32 Einheiten, aber mit diversen Korrekturen

Beilage E: Protokoll über die konstituierende Bauherrenversammlung vom 1. März 2001

Beilage F: Einreichblatt vom 6. April 2001

Beilage G: Deckplan vom 7. Mai 2001

Beilage H: Niederschrift über die 2. Sitzung der MEG vom 17. Mai 2001

Beilage I: Projektunterlage mit nunmehr 29 Einheiten, 17 Tiefgaragenplätzen und einer Kubatur von 3.350m<sup>3</sup>, d.s. 77,02% der ursprünglichen Kubatur

Beilage J: Auftragsbestätigung vom 23. Mai 2001

Beilage K: Auftragsbestätigung vom 13. Dezember 2001 über den Bau einer Photovoltaikanlage um 752.000 S

Beilage L: Auftragsbestätigung vom 14. Februar 2002 über den Bau einer Photovoltaikanlage um 760.000 S

Beilage M: Auftragsbestätigung und Aufstellung Schlussrechnung vom 19 März 2002 Photovoltaikanlage um 752.000 S und Aufstellung über Mehr- und Minderleistungen

Beilage N: Vertrag über die Miteigentümergeinschaft

Nach den vorgelegten Unterlagen sei von folgenden Schritten der MEG nach deren Formierung auszugehen:

- weitgehende Planungsänderung gegenüber dem ursprünglich konzipierten Vorschlag
- Ankauf der Liegenschaft samt baufälligem Altbestand lange nach Formierung der MEG
- Ermittlung einer Kostenbasis aufgrund der tatsächlichen Planung
- Baueingaben und Auftritt gegenüber den Baubehörden
- Zusätzliche Beauftragung mit dem Bau einer Photovoltaikanlage
- detaillierte Schlussrechnung und Rechnungslegung an MEG

Die Kriterien, die die Judikatur für die Anerkennung der Bauherreneigenschaft entwickelt habe, würden somit allesamt erfüllt.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 1. August 2003 als unbegründet ab. Zur Begründung führte es zusammengefasst aus: Im gegenständlichen Fall habe der Initiator die einzelnen Investoren angeworben und diese hätten im Zuge des Gesamtkaufpreises das Recht zur Nutzung des bereits vorhandenen Gesamtkonzeptes erworben. Anlässlich der Konstituierung der MEG habe der Initiator diese Konzeption erläutert. Der durchführende Baumeister habe die technischen und planerischen Details des Investitionsvorhabens den Investoren dargelegt und ihnen bekannt gegeben, dass die ursprüngliche Planvariante keine Aussicht auf eine baubehördliche Bewilligung habe. Die Investoren hätten danach nach eingehender Diskussion die Pläne geändert, dh. die Planänderungen seien ausschließlich aufgrund behördlicher Auflagen erfolgt. Die in der Berufung angesprochenen Mehr- und Minderleistungen betreffen z.T. nachträgliche baubehördliche Auflagen, wobei die Mehrkosten durch Minderleistungen wieder aufgefangen worden seien (Höchstkostengarantie). Die weiteren Mehrkosten betreffen ökologische Maßnahmen wie Biomasseheizung, Solaranlage und teilsolare Raumheizung. Diese Mehrkosten seien aber durch großzügige Förderungen der Vorarlberger Landesregierung ausgeglichen worden. Was die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach kein Bauherr gezwungen werden könne, ein seinen Vorstellungen völlig entsprechendes Vorhaben nur deshalb zu ändern, um im steuerlichen Sinn die Bauherreneigenschaft zu genießen, anlange sei zu sagen, dass im gegenständlichen

Fall die Miteigentümer das Recht zur Nutzung des bereits vorhandenen Grundkonzeptes erworben hätten und die tatsächlichen Änderungen dieses Grundkonzeptes innerhalb einer Höchstpreisgarantie nur aufgrund baubehördlicher Auflagen durchgeführt worden bzw. weitere Mehrleistungen entweder durch Minderleistungen oder durch Förderungen der Landesregierung aufgefangen worden seien.

Mit Schriftsatz vom 3. September 2003 stellten die Berufungswerber den Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Darin brachten sie ergänzend zur Berufung vor: Einer der maßgeblichen Gründe für unternehmerisches Handeln und das Inangriffnehmen einer Bautätigkeit zur wirtschaftlichen Nutzung liege darin, dass investiertes Geld und investierte Mühe und Risiko durch Gewinne abgegolten würden. Eine gewinnbringende Geldanlage könne nie gegen die Annahme einer Unternehmereigenschaft und damit auch nie gegen die Annahme der Bauherrneigenschaft sprechen. Das Finanzamt habe übersehen, dass bereits im Dezember 2000 den Mitgliedern der MEG Unterlagen über eine mögliche Durchführung des Konzeptes, dh. die Möglichkeit der Bildung einer MEG, bekannt gemacht worden sei. In der konstituierenden Sitzung sei den künftigen Miteigentümern der steuerlich und wirtschaftlich optimale Weg zur Bildung einer MEG im Detail erläutert und die Möglichkeit eingeräumt worden, Änderungen jeder Art vorzunehmen. Deshalb sei diese Sitzung bei RA Dr. H in H abgehalten worden, um zu gewährleisten, dass solche Änderungen direkt und umgehend eingearbeitet werden und ein Ausdruck der geänderten Grundlagen den Interessenten vorgelegt werden konnten. Im März 2001 habe eine konstituierende Bauherrenversammlung stattgefunden. Hier sei die ursprüngliche Möglichkeit der Bebauung verworfen und dergestalt geändert worden, dass eine Chance auf eine Genehmigung im darauf folgenden und damit erst später initiierten Bauverfahren bestanden habe. Dennoch hätten im Mai 2001 weitere Änderungen vorgenommen werden müssen, die tatsächlich ihren Ursprung in baubehördlichen Auflagen gehabt hätten. Diese Änderungen hätten zu dem vom Generalunternehmer gelegten Angebot geführt. Dass hier eine Höchstpreisgarantie mit Abrechnungspflicht vereinbart worden sei, könne nicht gegen die Annahme der Bauherrneigenschaft sprechen, da zur Sicherung einer wirtschaftlichen Durchführung eines Projektes die Zahl der Variablen im Hinblick auf die Errichtungskosten nach Möglichkeit minimiert werden sollten. Dadurch sei sichergestellt worden, dass Minderleistungen jedenfalls zu einer Kürzung des Preises führen konnten. Mehrleistungen außerhalb des Angebotes führten zwangsläufig zu einer Erhöhung des Preises. Gerade für die Baugrundverbesserung sei ein nicht unwesentlicher Mehrbetrag in Rechnung gestellt und von der MEG bezahlt worden. Tatsächlich seien aber diverse Mehr- und Minderleistungen außerhalb dieses Angebotes durchgeführt und auch in der Schlussrechnung berücksichtigt worden. Die Kostentragung und das Preisrisiko für diese Leistungen sei daher eindeutig bei der MEG gelegen. Des weiteren habe die MEG im

November 2001 den Auftrag zur Errichtung einer Photovoltaikanlage erteilt. Die dadurch entstandenen Kosten lägen außerhalb des Angebotes über die Errichtung des Gebäudes und müssten von der MEG aufgebracht werden. Der veranschlagte Preis von 55.231,36 € netto sei mit per 13. Dezember 2001 datierter Auftragsbestätigung der Firma D-Bau auf 60.245,78 € netto erhöht und in der Folge von der MEG mit einem Betrag von 54.649,98 € netto akzeptiert worden. Dabei müsse erwähnt werden, dass die Wandkonstruktionen für das Anbringen der Photovoltaikanlage geändert werden musste. Die Mehrkosten seien selbstverständlich vom Bauunternehmer in Rechnung gestellt worden. Wenn nun das Finanzamt davon spreche, dass die Mehrleistungen entweder durch Minderleistungen oder durch Förderungen der Landesregierung aufgefangen worden seien, so sei dazu nur zu sagen, dass gerade auch hier eine Ausdruck des Bauherrenrisikos gesehen werde, wenn der Bauherr selbst dafür Sorge zu tragen habe, Möglichkeiten zu finden und gegebenenfalls auszuschöpfen, um sein Kostenrisiko durch Lukrierung öffentlicher Förderungen zu minimieren. Wenn sich nun im Ergebnis eine relativ geringe Abweichung von den ursprünglich geplanten Kosten ergebe, so könne eine Saldierung nicht zu Lasten der Bauherren gehen. Weiters liege kein Hinweis darauf vor, dass die Installation einer Photovoltaik-Anlage auf baubehördliche Anordnung hin erfolgt sei. Was den Fixpreis für einen Miteigentumsanteil und die feststehende Planung sowie die Vertragswerke angehe, werde dem Finanzamt entgegengehalten, dass in den Unterlagen darauf hingewiesen werde, dass jeder Miteigentümer frei entscheiden könne, ob er die vorgeschlagene Art der Finanzierung annehme oder nicht. Der ursprünglich vorgelegte Nutzungsvorschlag habe 35 Einheiten vorgesehen, in der Folge sei diese Zahl durch die Miteigentümer auf 32 und dann auf 29 nutzbare Einheiten reduziert worden. Auch das äußere Erscheinungsbild sei gravierend geändert worden (Satteldach statt Flachdach). Weiters hätten zwei Miteigentümer von diesen individuellen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, Dr.H habe sämtliche Mittel, Dr.P zumindest die Hälfte der erforderlichen Mittel aus eigenem aufgebracht. Die übrigen Miteigentümer hätten nur eine entsprechende Quote an Eigenmittel, für den Rest aber Fremdmittel eingesetzt. Auch hiemit werde dokumentiert, dass keine feststehende Lösung verkauft worden sei, sondern dass sich unterschiedliche Personen zu einer unternehmerischen Tätigkeit zusammengefunden hätten. Die MEG habe nach ihrer Bildung die Liegenschaft erworben, das baubehördliche Verfahren eingeleitet, den Bauauftrag erteilt und die Risiken der Bauführung getragen. Gegenüber den bauausführenden Firmen sei die MEG unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Das finanzielle Risiko sei unmittelbar von den Miteigentümern getragen worden. Ein weiteres deutliches Indiz für die Tragung des Risikos der Bauausführung durch die MEG sei die Verschiebung des Zeitpunktes der Fertigstellung von ursprünglich August 2001 auf Februar 2002. Denn bei einem in alle Einzelheiten vorbereiteten und fixierten Projekt seien nicht die Miteigentümer diejenigen, die – auch bei Bauverzögerungen – das Risiko hierfür

trügen. Hier ginge allerdings das Risiko dieser Verzögerung – erhöhte Kosten für die Finanzierung, spätere Nutzungsmöglichkeit durch Vermietung etc. – auf Rechnung der Miteigentümer. Ein Einfordern von Schadenersatz gegenüber einem anderen Miteigentümer sei nicht erfolgt. Als Beweis für das Vorbringen werde neuerlich auf die im Akt befindlichen Urkunden verwiesen und darüber hinaus die Einvernahme des Vertreters der MEG, GL, als Partei angeboten.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die im Zuge der Übertragung des im Miteigentum der Berufungswerber stehenden Grundstückes sowie der Errichtung des in Rede stehenden Gebäudes (Studentenheimes) angefallenen Rechts- und Beratungskosten sofort als Werbungskosten absetzbar oder zu den Anschaffungskosten zu aktivieren und auf die Nutzungsdauer des Gebäudes verteilt abzuschreiben sind. Diese Frage ist danach zu beantworten, wer Bauherr des Gebäudes ist. Für Kosten wie die vorliegenden, die nicht zu den Instandsetzungs- und Herstellungskosten im Sinne des § 28 Abs. 2 und 3 EStG zählen und für die die Bauherrenverordnung nicht zur Anwendung gelangt, richtet sich der Bauherrenbegriff nach den durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entwickelten allgemeinen Kriterien. Die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes über die allgemeinen Grundsätze zur Bauherreneigenschaft sind zwar zur Umsatz- und Grunderwerbsteuer entwickelt worden, doch gelten diese Grundsätze genauso auch im Bereich der Einkommensteuer (vgl. hiezu Verwaltungsgerichtshof 8.10.90, 89/15/0112, sowie Doralt, EStG<sup>3</sup>, Rz 166 zu § 28).

Danach ist Bauherr, wer

- auf die bauliche Gestaltung Einfluss nehmen kann,
- das Baurisiko zu tragen hat, das heißt, den bauausführenden Unternehmungen gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist, und
- das finanzielle Risiko tragen muss und nicht bloß einen Fixpreis zu zahlen hat, sondern alle Kostensteigerungen übernehmen muss und berechtigt ist, von den Bauausführenden Rechnungslegung zu verlangen (Verwaltungsgerichtshof 13.5.2003, 99/15/0238).
- im Falle einer Miteigentümerschaft ist die Bauherreneigenschaft nur dann gegeben, wenn sämtliche Miteigentümer gemeinsam tätig werden und das Risiko tragen.

Zu dieser letzten Voraussetzung Miteigentümerschaften betreffend vertritt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Meinung, dass eine Bauherrschaft solange nicht vorliege, als den Beteiligten kein Miteigentum an der bebauten Liegenschaft eingeräumt wurde, weil diese solange auch nicht als Bauherren handeln könnten. Es könne nämlich nur die Gesamtheit aller Miteigentümer rechtlich über das ihnen gemeinsame Grundstück verfügen, die Bauherreneigenschaft sei also nur dann gegeben, wenn sämtliche Miteigentümer

tätig würden und das Risiko trügen (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 27.1.1999, 96/16/0142 sowie vom 29.7.2004, 2003/16/0135). Tatsächlich haben die Berufungswerber die in Rede stehende Liegenschaft erst mit Kaufvertrag vom 22. Mai 2001 erworben, die Eintragung ins Grundbuch und der damit verbundene Eigentumserwerb konnten somit nicht vor diesem Zeitpunkt erfolgt sein. Bis zum Eigentumserwerb an der zu bebauenden Liegenschaft war der endgültige Projektplan aber längst erstellt. Noch vor der Unterzeichnung des Kaufvertrages fand am 17. Mai 2001 die "2. Sitzung der Miteigentümerschaft" statt. Im Protokoll zu dieser Sitzung wird zunächst festgehalten, dass es gegenüber der in der ersten "Miteigentümersversammlung" vom 1. März 2001 beschlossenen Bau- und Ausstattungsliste keine Änderungen gebe. Die auf dieser Sitzung beschlossene Änderung von 32 auf 29 Wohneinheiten war bedingt durch den von der Stadt vorgeschriebenen Wechsel von einem Flachdach zu einem Satteldach. Dieser Plan gelangte letztlich bis auf wenige Änderungen auch zur Durchführung. Da mit der Bauausführung im Juni 2001 begonnen wurde, hätte die Miteigentümerschaft ab ihrer Entstehung frühestens am 22. Mai 2001 auch gar nicht die Möglichkeit gehabt, wesentliche Änderungen am Konzept vorzunehmen. Der Hinweis auf die Änderungsmöglichkeit in verschiedenen Schriftstücken und Protokollen erscheint vor diesem Hintergrund als bloße Makulatur.

Daher lässt sich auch mit dem in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argument, jeder der Miterrichter hätte aus dem Projekt aussteigen und dieses damit verhindern können, für die Berufung nichts gewinnen. Denn wie bereits oben ausgeführt, kann vor der Unterzeichnung des Kaufvertrages und der Eintragung der Käufer der Liegenschaft ins Grundbuch von einer Miteigentümergeinschaft nicht gesprochen werden (bis zu diesem Zeitpunkt lag eine bloße Interessentschaft ohne rechtliche Verpflichtung vor, von einem "Ausstieg" eines oder mehrerer der Interessenten aus diesem Bauprojekt vor Einräumung des Eigentums an der Liegenschaft kann daher eigentlich nicht gesprochen werden). Nach Begründung der Miteigentümerschaft war ein Ausstieg allerdings nur mehr unter erschwerten Bedingungen möglich. Laut dem im Akt befindlichen Muster zum Miteigentümergeinschaftsvertrag verzichteten die Miteigentümer für sich und ihre Rechtsnachfolger auf die Dauer der von der Miteigentümergeinschaft bzw. den einzelnen Miteigentümern in Anspruch genommenen längsten Fremdfinanzierung auf das Recht der Einbringung einer Teilungsklage (Punkt 2.6). Gemäß § 3 dieses Vertrages verpflichteten die Miteigentümer sich, den von der MEG beschlossenen Aufwand anteilig im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile sowie ihre persönlichen Kosten aus eigenen Mitteln oder aus selbst aufzunehmenden Fremdmitteln unverzüglich aufzubringen, wobei jeder Miteigentümer die Tilgung von Fremdkapital und anfallenden Zinsen direkt vorzunehmen hat, sofern dies nicht im gemeinschaftlich beschlossenen Aufwand und durch die laufenden Mieteinnahmen gedeckt ist. Für den Fall



eines Verstoßes gegen diese Vertragsbestimmungen oder wenn ein Antrag auf Konkurseröffnung mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird, stellt gemäß § 5 des Vertrages jeder Miteigentümer zum zusätzlichen Schutz der Miteigentümer während der Investitionsphase das bis Juni 2001 befristete, unwiderrufliche Angebot zum Verkauf seines Liegenschaftsanteiles an GL bzw. dessen Rechtsnachfolger zu einem Preis in Höhe jenes Betrages, der von ihm für den Erwerb seines Liegenschaftsanteiles aufgewendet wurde. Aus diesen Bestimmungen erhellt, dass ein Ausstieg eines Miteigentümers aus dem Projekt nur sehr schwer möglich ist und dass für solch einen Fall die Weiterführung des Projektes gesichert ist.

Die einzigen von der Miteigentümerschaft beschlossenen baulichen Maßnahmen bzw. Änderungen beziehen sich nicht auf die Planung des Gebäudes selbst, sondern auf die Ausführung in Detailbereichen bzw. auf die Ausstattung der Räume wie Schrankenanlage, Beschriftungen, Möblierung Aufenthaltsraum, Gehsteig, nur Vorhänge in den Duschen, Elektro-Wohnungszähler, Linoleum- statt Parkettböden sowie die Installierung einer Photovoltaikanlage. Derartige Maßnahmen vermögen aber die Bauherreneigenschaft in Bezug auf das Gesamtgebäude nicht zu begründen.

Auch das in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Argument, hinsichtlich der Gemeinschaftsräume sei nicht dem Vorschlag des Architekten gefolgt sondern eine eigene, von den Miterrichtern beschlossene, Lösung gefunden worden, vermag der Berufung nicht zum Durchbruch zu verhelfen. Denn abgesehen davon, dass auch dieser Beschluss nicht von der Miteigentümergeinschaft, sondern allenfalls von einer Interessentschaft gefasst worden sein kann, betrifft diese Änderung auch nicht die Planung des Gebäudes, sondern die Nutzung einzelner Räume des Gebäudes.

Von einer auch nur möglichen Einflussnahme der Miteigentümerschaft auf die bauliche Gestaltung kann daher nicht gesprochen werden. Vielmehr lag diese Möglichkeit ausschließlich beim Initiator des Projektes, GL, und den an diesem Projekt mitwirkenden Fachleuten. Wie die steuerliche Vertretung der Berufungswerber im Schreiben vom 5. September 2002 selbst bestätigt, sucht der Initiator, Herr GL, bei Gewährwerden eines in Frage kommenden Projektes Investoren mit Gewinnerzielungsabsicht. Daraus ist zu schließen, dass zunächst ein "in Frage kommendes Projekt" vorliegt und erst dann mit der Suche allfälliger Interessenten begonnen wird. Ein solches "in Frage kommendes Projekt" wird aber in der Regel derart weit konkretisiert sein müssen, dass den potentiellen Investoren bereits eine Grundlage für eine mögliche Entscheidung zur Verfügung steht. Dass die ersten Konzepte noch kein konkretes Objekt, sondern Pläne für einen optimal zu verbauenden Raum mit bestmöglicher Baunutzzahl enthielten, widerstreitet dieser Feststellung nicht, da das Projekt sich ja an Investoren, deren Interesse naturgemäß mehr auf eine möglichst gewinnbringende Investition und weniger

darauf gerichtet war, welches Objekt denn nun tatsächlich errichtet wird. Dies wird auch durch die Aussage von GL während der mündlichen Berufungsverhandlung bestätigt, wonach sich das Interesse der einzelnen Miteigentümer aufgrund der Besonderheit der MEG natürlich nicht in erster Linie auf die Grundrissgestaltung einer einzelnen Wohnung, sondern auf die optimale Nutzung des gesamten Bauwerkes mit einer höchstmöglichen, gut verwertbaren Vermietfläche richtete. So weist denn auch die zum Akt liegende Beilage A vom 29.1.2001, von der steuerlichen Vertretung als "vorläufiger Plan über eine denkbare Bebauung" beschrieben, nicht nur einen Übersichtsplan sowie zwei Grundrisse von Wohnungen auf, sondern enthält bereits ins Detail gehende Investitionspläne sowie eine Wirtschaftlichkeitsrechnung incl. steuerlichem Ergebnis. Die Kosten für die Generalplanung, Bau- und Nebenkosten sowie wirtschaftliche und steuerliche Konzeption wurden in diesem Erstkonzept mit 17.433.800 S, die Gesamtinvestitionskosten mit 24.742.960 S angegeben. Bereits in diesem ersten Plan waren die in Rede stehenden Rechts- und Beratungskosten mit einer minimalen Abweichung und 500 S als Nebenkosten bzw. sonstige Nebenkosten enthalten, wie folgende Gegenüberstellung zeigt (siehe nächstfolgende Seite):

Nebenkosten:	lt. Erstkonzept	lt. Erklärung 2001
Wirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Konzeption	1.083.000 S	1.083.000 S
Wirtschaftliche und steuerliche Projektbetreuung (Finanzierungsplan)	450.000 S	450.000 S
Treuhandtätigkeit, Überwachung der Zahlungsströme	162.000 S	162.000 S
Finanzierungsbeschaffung, -bearbeitung und -abwicklung	388.000 S	387.500 S
Werbung, Bearbeitungs- und Plazierungsgebühr	320.000 S	320.000 S
Hausverwaltung und Erstvermietung	380.000 S	380.000 S
Sonstige Nebenkosten:	lt. Erstkonzept	lt. Erklärung 2001
Laufende Steuerberatung	162.000 S	162.000 S

Von diesen Beträgen flossen 2.240.500 S an den Initiator GL (1.083.000 S für das Konzept, 450.000 S für die Projektbetreuung, 320.000 S für die Anwerbung und Zusammenführung der Miteigentümer sowie 387.500 S für die Finanzierungsbeschaffung), 162.000 S an RA Dr. H. für die Treuhandtätigkeit, 380.000 S an die Firma DSB für die Hausverwaltung sowie 162.000 S an die H&WWTOEG für die Steuerberatung.

Diese Pläne und Rechnungen sind den Miteigentümern im Dezember 2000 zur Verfügung gestellt worden und waren Grundlage des Konzeptes, das auf der konstituierenden Bauherrenversammlung am 1. März 2001 vorgestellt wurde. Dieses Konzept enthält auch jene Kosten für die Anschaffung des Grundstückes (3.500.000 S), die Baufreimachung und das Finishing des Grundstückes (840.000 S) sowie die Planung (950.000 S) und die Herstellung (14.984.000 S) des Gebäudes, die bereits in der Investitionsrechnung vom 29.1.2001 bzw. in den Unterlagen vom Dezember 2000 angegeben waren. Laut Punkt 2. des Sitzungsprotokolls "erläutert GL die Konzeption, die für die Bauherren erstellt wurde, im Detail. Diese ist lediglich ein Vorschlag zur Durchführung des gegenständlichen Investitionsvorhabens. Grundlage des Konzeptes sind die Unterlagen vom Dezember 2000, die den Bauherren bekannt sind". Dieses Konzept ist dann von der konstituierenden Bauherrenversammlung auch angenommen worden.

Dass dieses Konzept bei der konstituierenden Sitzung nicht das erste Mal erläutert wurde, ist angesichts der Abwicklung des Bauprojektes selbstverständlich. Natürlich haben die späteren Miteigentümer das Konzept von Anfang an vorliegen gehabt und sind bereits eingehend über die Gewinnchancen dieser Investition informiert worden. Wie sonst hätte der Initiator die Miteigentümer auch anwerben sollen. Entscheidend ist aber, dass die späteren Miteigentümer im Vorfeld dieser Versammlung nicht gemeinsam dieses Projekt entworfen oder auch nur maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung dieses Projektes ausgeübt, sondern vielmehr mit einem bereits in den wesentlichen Punkten ausgearbeitetes Investitionskonzept konfrontiert worden sind, das auch als Grundlage für die Entscheidung über eine Investition tauglich war. Auch kann der Initiator, wie er ja selbst in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, allenfalls Einzelgespräche mit Interessenten geführt haben, ein Zusammenwirken der Interessenten kann es vor der konstituierenden Sitzung nicht gegeben haben, da die Miterrichter zum ersten Mal auf der konstituierenden Sitzung am 1. März 2001 zusammengetroffen sind. Dementsprechend lassen sich aus den Sitzungsprotokollen vom 1. März 2001 und vom 17. Mai 2001 auch keine Hinweise entnehmen, die auf eine Initiative oder aktive Mitwirkung der Miterrichter hindeuten würden. Vielmehr wurde in diesen Sitzungen ein jeweils schon ausgearbeitetes Konzept von den für die Gestaltung und Durchführung verantwortlichen Fachleuten und auf dem Protokoll vom 1. März 2001 als Unterzeichnete aufscheinenden SB von der Firma DSB, Bm Ing. E., RADr.GH, GL und MAg.MW vorgestellt und von den Miterrichtern auch angenommen. Die auf diesen Sitzungen laut Protokoll beschlossenen Änderungen und Auftragserteilungen an diese Fachleute erscheinen vor diesem Hintergrund als bloße Formalität, der kein Zusammenwirken der späteren Miteigentümer auf dieser Versammlung voran ging. Auch waren diese Änderungen, dh. die Reduktion der ursprünglich 35 Wohnungen auf zuerst 32 und dann auf 25 Wohneinheiten, auf die baubehördliche Auflage, ein Satteldach anstelle eines Flach-

daches anzubringen, und nicht auf einen freien Änderungswunsch der späteren Miteigentümer zurückzuführen. Es wäre auch wenig verständlich, wenn Mitterrichter Kosten für die Entwicklung und Durchführung eines Projektes in der oben aufgeschlüsselten Höhe bezahlen und dabei noch maßgeblichen Einfluss auf die bauliche Gestaltung eines solchen Projektes nähmen.

Auch von einer Tragung des finanziellen Risikos durch die Gesamtheit der Miterrichter kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. So wurde in der konstituierenden Bauherrenversammlung vom 1. März 2001 beschlossen, "an das Planungsbüro BmIngD einen Generalplanungsauftrag zu vergeben und in Abänderung des ursprünglichen Konzeptes die Bauausführung im Rahmen einer Höchstpreisgarantie für die Herstellungskosten der DBGmbH als Generalunternehmer zu übertragen". Laut der Beilage zu diesem Protokoll wurden die Bau- und Baunebenkosten zu insgesamt maximal 15.400.000 S zuzüglich Umsatzsteuer, Er- und Aufschließungskosten sowie Baugrundverbesserung und Außenanlage zu insgesamt maximal 840.000 S zuzüglich Umsatzsteuer jeweils als Höchstpreis mit Abrechnungspflicht basierend auf der Kostenschätzung für 785 m<sup>2</sup> Nutzfläche, 16 Tiefgaragenplätzen und 25 Fahrrad-Ein/Umstellplätze der DBGmbH vom 27.1.2001 festgesetzt. Mit dieser Höchstpreisvereinbarung wurde nicht einfach erreicht, dass "Minderleistungen auch zu einer Kürzung des Preises führen können" wie die steuerliche Vertretung in der Berufung meint (dafür hätte wohl schon die Abrechnungspflicht genügt), sondern das finanzielle Risiko, d.h. das Risiko der Erhöhung der Baukosten, auf den Generalunternehmer übertragen. Die in der Berufung angesprochenen Mehrleistungen vermögen daran nichts zu ändern. Denn diese Mehrleistungen betreffen nicht die eigentliche Herstellung des Gebäudes, sondern nachträglich in Auftrag gegebene Zusatzleistungen zu den Herstellungsleistungen, die im Falle der mit 54.650 € den größten Teil der Mehrleistungen ausmachenden Photovoltaikanlage ja auf einem freiwilligen Entschluss der Miteigentümer, der ja gerade auch vor dem Hintergrund der Höchstpreisgarantie gefasst worden ist und daher nicht Ausdruck eines übernommenen Baurisikos ist. Zudem machen die Kosten für die Photovoltaikanlage gerade 4,9 % der Gesamtkosten aus.

Was die Verschiebung des Zeitpunktes der Fertigstellung des Gebäudes von August 2001 auf Februar 2002 anlangt ist zu sagen, dass die Miteigentümer gegen die Verlängerung der Bauzeit ab 30. September 2001 durch eine vereinbarte Vertragsstrafe von 0,5 % der Brutto-Auftragssumme bis zum Höchstpreis von 5 % abgesichert waren. Im Übrigen ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Miteigentümerschaft frühestens mit Abschluss des Kaufvertrages am 22. Mai 2001 entstanden ist. Mit den Bauausführungen wurde unmittelbar danach im Juni 2001 begonnen und diese wurden, wie in der Auftragsbestätigung der Firma D-Bau vom 23. Mai 2001 auch angegeben, 8 bis 9 Monate später abgeschlossen. Aus der Sicht der Miteigentümerschaft kann daher von einer Bauverzögerung nicht gesprochen

werden. Verzögerungen, die sich vor der Entstehung der Miteigentümerschaft auf welchen Gründen immer ergeben haben, können aber kein Baurisiko der Miteigentümerschaft begründen.

Das Argument schließlich, es sei jedem Miteigentümer freigestanden, die vom Initiator vorgeschlagene Finanzierung anzunehmen oder nicht, weshalb keine Fixpreisvereinbarung vorgelegen habe, überzeugt nicht. Entscheidend für die Verneinung des Baurisikos der Miteigentümer ist nämlich nicht, dass diesen eine Finanzierung des Kaufpreises nach eigener Wahl offen gestanden hat, sondern vielmehr der Umstand, dass eine Höchstpreisvereinbarung vereinbart wurde, die die Miteigentümer vom Risiko einer Baukostenüberschreitung befreit hat. Dass jeder Miteigentümer das Risiko der Finanzierung seines Miteigentumsanteils trägt führt noch nicht zur Bauherreneigenschaft der Miteigentümer, trifft dieses Risiko doch jeden auch privaten Grundstückskäufer.

Aus diesen Gründen kommt die Bauherreneigenschaft über das streitgegenständliche Objekt nur dem Initiator GL, nicht aber den übrigen Miteigentümern zu. Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

Feldkirch, am 11. April 2005