



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn M.E., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern Wien, vertreten durch Hofrat Dr. Gerhard Felmer, vom 5. Juli 2004 betreffend Grunderwerbsteuer im Beisein der Schriftführerin Ilse Pascher nach der am 5. Dezember 2007 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Kaufvertrag vom 15. Mai 2003 wurden von Herrn M.E., dem Berufungswerber, 133/1396 (vorläufige) ideelle Miteigentumsanteile an der Liegenschaft Einlagezahl 1 von der Firma S.I. erworben. Im Teil A – Einleitung dieses Vertrages lauten die Punkte I. und II.:

„I.

- a) *Die Firma S.I. mit dem Sitz in x ist aufgrund des Kaufvertrages vom 23.8.2001 Miteigentümerin der Liegenschaft Einlagezahl 1=1, Gerichtsbezirk y, bestehend aus dem Grundstück 1395/2 Baufläche (Gebäude), Baufläche (befestigt). Bei dieser Liegenschaft handelt es sich um das Grundstück mit einem Gesamtausmass von rund 441 m² in xy.*
- b) *Dieses Wohnhaus umfasst 12 Wohneinheiten und 3 Lokale. Zu jeder Wohnung gehört ein Einlagerungsraum. Weiters sind 2 PKW-Stellplätze vorgesehen. Zur kaufgegenständlichen Wohnung 27+28 gehören jedoch zwei Einlagerungsräume. Der vorhandene Dachboden ist in Ausbau begriffen. Derzeit handelt es sich noch um einen*

Rohdachboden.

Die Verkäuferin wird in diesem Wohnhaus auch Wohnungseigentum begründen.

- c) *Der Käufer wird nach Abschluss dieses Vertrages in einem gesonderten Vertrag (Generalunternehmervertrag) der K.S.. mit dem Sitz in x (FN 2) den gesonderten Auftrag zum Ausbau des vom Käufer erworbenen restlichen Rohdachbodens, als künftige Wohnung W 27 + 28, - bereits auf eigene Rechnung und Kosten – erteilen.*
- d) *Festgehalten wird, dass es sich bei der erst zu schaffenden Wohnung Nr. 27 + 28 derzeit noch um einen Rohdachboden handelt, sodass diese Wohnung von der Generalunternehmerin K.S.. erst gemäss dem noch abzuschliessenden Generalunternehmervertrag im Auftrag des Käufers als Bauherrn herzustellen ist. Die Herstellung und Ausgestaltung der künftigen Wohnung W 27 + 28 erfolgt nach den Plänen und Wünschen des Käufers als derzeit noch ausserbücherlichem Miteigentümer der unter Punkt I. a genannten Liegenschaft gemäss den zwischen dem Käufer als Auftraggeber und Bauherrn, sowie der K.S.. als Bauausführender gesondert ausgehandelten Vertragsbestimmungen, welche in ihren Einzelheiten den Wünschen und Planungen des Käufers als Bauherrn entsprechen. Die Vertragsparteien halten ferner einvernehmlich fest, dass eine allfällige Verflechtung dieses Vertrages mit dem oben genannten Generalunternehmervertrag durch die zwingenden Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) BGBl. 1997/7 begründet ist.*

II.

- a) *Auf das gegenständliche Vertragsverhältnis finden daher insbesondere auch die gesetzlichen Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG) 2002, und die gesetzlichen Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG), BGBl. 1997/7, Anwendung.*
- b) *An der vertragsgegenständlichen Liegenschaft wird Wohnungseigentum gemäss den gesetzlichen Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 begründet.*
- c) *Der Käufer ist Erwerber gem. § 2 Abs. 3 BTVG.*
- d) *Als Art der Besicherung des Käufers vereinbaren die vertragschliessenden Teile die Sicherung gem. § 10 BTVG (Ratenplan) im Generalunternehmervertrag, in Verbindung mit der Anmerkung gem. § 40, Abs. 2, WEG 2002, sowie der Anmerkung einer Veräusserungsrangordnung (§§ 9, Abs. 2, 7, Abs. 3 BTVG).*
- e) *Der Käufer bestätigt, Generalunternehmervertrag, Plan und Ausstattungsbeschreibung der Wohnung, und eine Nebenkostenübersicht mehr als eine Woche vor Vertragsabschluss eingeschrieben zugesandt erhalten, bzw. persönlich übernommen zu haben, und in diesem Zusammenhang auch eingehend über die ihm zustehenden Rücktrittsrechte gem. § 5 BTVG (§ 3/3 a KSchG) informiert worden zu sein. Diese Unterlagen stellen daher einen integrierenden Bestandteil dieses Vertrages dar und werden demselben angeschlossen.*

f) Im Hinblick auf die Art der Besicherung des Käufers laut vorstehendem Absatz d) wird der Urkundenverfasser zum Treuhänder gem. § 12 Abs. 1 BTVG bestellt. Der Urkundenverfasser ist auch Treuhänder hinsichtlich der Besicherung des Käufers nach den Bestimmungen des Generalunternehmervertrages.“

Im Teil B – Kaufvertrag dieses Vertrages wird im Punkt V. a) festgehalten:

„Die Übergabe und Übernahme der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile mit Gefahr und Zufall, Last und Vorteil, Nutzungen und Einnahmen in den körperlichen Besitz und Genuss des Käufers erfolgt mit Ablauf des Tages der Übergabe der Wohnung W 27 + 28, samt Terrassen, an den Käufer. Diese Übergabe an den Käufer erfolgt gemäss Punkt VIII. des Generalunternehmervertrages nach Fertigstellung des Vertragsobjektes oder gleichzeitig mit dem Wirksamwerden einer berechtigten Erklärung des Käufers, den Generalunternehmervertrag aufzulösen.“

Ebenfalls am 15. Mai 2003 wurde vom Berufungswerber, wie in der Einleitung des Kaufvertrages festgehalten wurde, mit der Firma K.S.. der Generalunternehmervertrag abgeschlossen. Gegenstand dieses Vertrages ist die Errichtung der Wohnung W 27 + 28 mit einer Fläche von 173 m², samt kleiner Terrasse von 9,67 m² und großer Terrasse von 25 m² durch Ausbau des vom Berufungswerber erworbenen Rohdachbodens. In diesem Vertrag lautet die „Einleitung“:

„I.

a) Der Auftraggeber hat mit unmittelbar vorher abgeschlossenem Kaufvertrag vom heutigen Tage 133/1396 (vorläufige) ideelle Miteigentumsanteile an der Liegenschaft Einlagezahl 1, Gerichtsbezirk y, bestehend aus dem Grundstück 1395/2 Baufläche (Gebäude), Baufläche (befestigt), erworben. Bei dieser Liegenschaft handelt es sich um das Grundstück mit einem Gesamtausmass von rund 441 m² in xy.

b) Dieses Wohnhaus umfasst 12 Wohneinheiten und 3 Lokale. Zu jeder Wohnung gehört ein Einlagerungsraum. Weiters sind 2 PKW-Stellplätze vorgesehen. Zur kaufgegenständlichen Wohnung 27+28 gehören jedoch zwei Einlagerungsräume. Der vorhandene Dachboden ist in Ausbau begriffen. Derzeit handelt es sich noch um einen Rohdachboden. An diesem Wohnhaus wird Wohnungseigentum begründet.“

Im Punkt III. a) wurde der Preis (Errichtungskosten; Baukosten) für die schlüsselfertige Errichtung der vertragsgegenständlichen Wohnung W 27 + 28 samt Terrassen mit insgesamt € 300.000,-- zuzüglich 20 % Umsatzsteuer von € 60.000,-- , also mit insgesamt € 360.000,-- vereinbart.

Die Punkte V. und VII. dieses Generalunternehmervertrages lauten:

„V.

- a) *Führt der Generalunternehmer die im Punkt IV. näher beschriebenen Dachbodenausbau mängelfrei aus, so gilt das Vertragsobjekt als schlüsselfertig.*
- b) *Der Generalunternehmer übernimmt im Rahmen dieses Vertrages insbesondere folgende Verpflichtungen:*
- aa) die schlüsselfertige Errichtung des Vertragsobjektes gemäss den genannten Vertragsunterlagen;*
 - bb) alle Abwicklungen vor Behörden im Zusammenhang mit den nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistungen, sowie die Beantragung und Einholung erforderlicher Bewilligungen. Dementsprechend verpflichtet sich der Auftraggeber, bis zur Vollendung des Dachbodenausbau, Herrn MBA A.S., a, entsprechende Vollmacht zu erteilen, die zur Antragstellung vor Behörden und Gerichten im Zusammenhang mit der Errichtung des Vertragsobjektes unbedingt erforderlich ist; der Vollmachtnehmer hat diese Vollmacht ausschliesslich zum Vorteil des Vollmachtgebers auszuüben.*
 - cc) die Beauftragung der Professionisten und Sonderfachleute auf eigene Gefahr, Rechnung und Haftung für alle Beauftragten gem. § 1313 a ABGB. Der Generalunternehmer vergibt sämtliche Aufträge im eigenen Namen und ist nicht zur Auftragsvergabe namens des Auftraggebers berechtigt;*
 - dd) die örtliche Bauaufsicht;*
 - ee) sämtliche Vorkehrungen, dass das Vertragsobjekt vertragsgemäss termingerecht fertiggestellt wird, und übergeben werden kann;*
 - ff) Prüfung aller für die Erfüllung der übernommenen Leistungen massgeblichen Umstände. In diesem Zusammenhang gibt der Generalunternehmer nochmals die verbindliche Erklärung ab, dass mit den vereinbarten Errichtungskosten alle von ihm auch aufgrund dieses Vertrages zu erbringenden Leistungen abgegolten sind;*
 - gg) der Generalunternehmer ist ab Baubeginn Planungs- und Baukoordinator im Sinne des Bundesgesetzes vom 15. 1. 1999 – Bauarbeiterkoordinationsgesetz, und bestätigt die Übernahme dieser Funktion durch Unterfertigung dieses Vertrages.*
- c) *Mit den vereinbarten Errichtungskosten sind auch alle während der Bauzeit anfallenden öffentlichen Gebühren, Wasser- und Energiekosten, Kosten für Sicherungsmassnahmen, Abstandssummen für die Benutzung von öffentlichen und benachbarten Grundstücken, alle Kosten für behördliche Auflagen und Aufträge, insbesondere auch aufgrund einer Bau- und Benützungsbewilligung, Versicherungen, etc., abgegolten. Ausgenommen sind Preisunterschiede, die durch den Auftraggeber, verursacht worden sind. Diese gehen auf Rechnung des Auftraggebers. Weiters trägt der Generalunternehmer alle im Zusammenhang mit der vereinbarungsgemässen Herstellung des Vertragsobjektes verbundenen Kosten, insbesondere die Kosten der Aufstellung von Bautafeln, alle Kosten sämtlicher in der Baugenehmigung erteilten Auflagen, sowie alle Kosten für Prüfungen und Abnahmen der vom Generalunternehmer zu erbringenden Leistungen. In den vereinbarten Errichtungskosten sind auch die Kosten für öffentliche Erschliessung und die Gebühren für eine Baugenehmigung, sowie die Kosten einer allfällig notwendig werdenden Beheizung und der Winterabsicherung enthalten. Abgeänderte oder ursprünglich im Vertrag nicht enthaltene Leistungen werden nur vergütet, wenn vor Ausführung ein schriftlicher, mit Preisen versehener Auftrag vom Auftraggeber erteilt wurde. Durch die vereinbarten Errichtungskosten werden auch alle Leistungen des Generalunternehmers abgegolten, die zur vollständigen Erreichung des Vertragszweckes nötig werden, auch wenn sie nicht bis in Einzelheiten beschrieben und kalkuliert wurden. Dies gilt insbesondere für alle Löhne, Gehälter, Zuschläge, Kosten, sowie einschlägige Steuern. Ebenso wenig werden die Errichtungskosten durch grössenmässige Abweichungen der Ausführungen des Vertragsobjektes laut Plan erhöht.*

Der Auftraggeber ist berechtigt, eine Änderung des Leistungsumfanges zu verlangen. Erfordert diese Änderung des Leistungsumfanges eine Mehrleistung, erhält der Generalunternehmer eine zusätzliche Vergütung, die entsprechend der Kalkulationsunterlagen für die vereinbarten Errichtungskosten zu errechnen ist. Mit der Nennung des Erstellungspreises erkennt der Generalunternehmer an, dass die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und Angaben ausreichend waren, um seine Leistungen nach Ausführungsart und -umfang sowie die für die Ausführung erforderliche Zeit genau zu bestimmen.

Minderleistungen des Generalunternehmers, die der Auftraggeber – mangels Einigung – durch den Sachverständigen laut Punkt III., Absatz b), unanfechtbar feststellen hat lassen, sind vom Generalunternehmer unentgeltlich binnen angemessener Frist zu verbessern, widrigenfalls führen solche Minderleistungen zu entsprechenden Abzügen bei den Errichtungskosten. Die diesbezüglichen Kosten hat der Generalunternehmer zu bezahlen.

.....

VII.

- a) Bis zur Übergabe des schlüsselfertigen Vertragsobjektes bestimmt der Generalunternehmer den Ablauf des Dachbodenausbaues. Während der Bauphase obliegt dem Generalunternehmer damit auch die Versicherungspflicht.*
- b) Bis zur schlüsselfertigen Übergabe des Vertragsobjektes ist der Auftraggeber – ohne einen Vertreter des Generalunternehmers – alleine nur auf eigene Gefahr und bei dessen vollkommener Schad- und Klagloshaltung, berechtigt, das Vertragsobjekt zu betreten.*
- c) Einer begleitenden Kontrolle des Dachbodenausbaues, insbesondere der einzelnen Bauabschnitte durch den Auftraggeber, auf dessen Kosten, bzw. durch ein von ihm nominiertes Prüforgang, wird vom Generalunternehmer zugestimmt.*
- d) Der Auftraggeber kann Sonderwünsche bei den bauausführenden Professionisten auf eigene Rechnung und Kosten in Auftrag geben und hat den Generalunternehmer davon zu verständigen. Der Generalunternehmer kann diese Sonderwünsche nur im vorhinein nach Bekanntgabe untersagen und nur dann, wenn dadurch erhebliche Verzögerungen im Bauablauf, insbesondere gemäss Vertragspunkt VIII entstehen.“*

Für diesen Erwerbsvorgang wurde vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern Wien mit Bescheid vom 5. Juli 2004 die Grunderwerbsteuer mit € 14.560,00 festgesetzt. Unter Berücksichtigung des selbst berechneten Betrages in der Höhe von € 1.960,00 ergab sich eine Nachforderung in der Höhe von € 12.600,00. Bei der Berechnung der Grunderwerbsteuer wurden neben dem Kaufpreis für die Liegenschaftsanteile in der Höhe von € 56.000,00 auch die Baukosten in der Höhe von insgesamt € 360.000,00 in die Gegenleistung mit einbezogen.

Nachdem im Berufungsverfahren vorgebracht wurde, dass dem Berufungswerber Bauherrneigenschaft zukomme, weil er voll und ganz auf die bauliche Gestaltung der Wohnung Einfluss nehmen konnte, zu großen Teilen das Baurisiko trug, den bauausführenden Unternehmen gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet war und das finanzielle Risiko

tragen musste, welches teilweise dadurch abgemildert wurde, dass an die Firma K.S.. nur nach Baufortschritt, unter Anwendung des Bauträgervertragsgesetzes, im Wege über einen Treuhänder bezahlt wurde, hat der Unabhängige Finanzsenat dem Berufungswerber am 25. Juli 2007 folgenden Vorhalt gesendet:

„Bezug nehmend auf Ihre oben angeführte Berufung (Bauherrneigenschaft hinsichtlich Errichtung der Wohnung in W.) werden Sie ersucht, nachstehende Fragen innerhalb von acht Wochen ab Zustellung dieses Schreibens zu beantworten und die folgenden Unterlagen (nach Möglichkeit in Kopie) vorzulegen:

- 1) Von wem wurde das Ansuchen um Baubewilligung gestellt? Um Übersendung dieses Ansuchens um Baubewilligung wird ersucht.*
- 2) Wem wurde die Baubewilligung für die Errichtung der Wohnung 27 + 28 erteilt? Um Übersendung der entsprechenden Baubewilligung wird ersucht (samt Abweichungen).*
- 3) Welchen Einfluss konnten Sie auf die Planung nehmen? Um Vorlage des Bauplanes und weiterer Unterlagen, welche einen Einfluss auf die Planung nachweisen, wird ersucht.*
- 4) In der Berufung wurde vorgebracht, dass Konkurrenzofferte eingeholt wurden. Bei welchen Firmen und wann wurden diese Offerte eingeholt? Als Nachweis wird um Übersendung dieser weiteren Offerte ersucht.*
- 5) Wer hat die Bauaufträge an die Professionisten erteilt und wem waren die Professionisten gegenüber verpflichtet, die Rechnungen zu legen? Hier wird um Übersendung der einzelnen Rechnungen ersucht.“*

Mit Schriftsatz vom 3. September 2007 wurde zu den einzelnen Punkten mitgeteilt:

„Ad 1 u. 2)

Von wem das Ansuchen um Baubewilligung gestellt wurde, konnte ich aus dem bei der Baupolizei aufliegenden Bauakt nicht entnehmen bzw. lag ein solches nicht vor.

Jedoch fand sich im Bauakt der Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, Baupolizei, vom 27. Dezember 2000, aus welchem hervorgeht, dass ein Herr T.B., Grundeigentümer und Bauwerber war. Aus diesem Bescheid geht auch hervor, dass die S.I., b (c), mit 04. Oktober 2001 als neuer Bauwerber geführt wurde (Siehe dazu Beilage 1).

Ad 3)

Aus dem Bauakt habe ich Ihnen den 2-ten Auswechslungsplan mitsamt dem damit einhergehenden Bescheid vom 10. Dezember 2003 beigelegt (siehe Beilage 2, 2a und 2b). Daraus gehen die von mir umfangreich erstellten Änderungen klar hervor. In der Plankopie sind die Änderungen in gelb für „Abbruch“ und in rot für „Neu“ eingezeichnet. Da die Baupolizei leider keinen Farbkopierer in ihren Räumlichkeiten hat und es nicht erlaubt ist, die Pläne für Kopierzwecke mitzunehmen, musste ich die gelben und roten Markierungen händisch eintragen und habe ich mich so genau als irgend möglich an die Farbmarkierungen in den bei der Baupolizei aufliegenden Plänen gehalten.

Aus der Beilage 2a ist ersichtlich, dass das DG 1 umfangreiche Planänderungen durch mich erfahren hat (ich hatte die S.I. mittels Vollmacht mit der baupolizeilichen Abwicklung ermächtigt, ich bin daher über die bevollmächtigte S.I. als Bau- und Konsenswerber gegenüber den Baubehörden aufgetreten). Dieser 2-te Auswechslungsplan stammt vom 31.07.2003 und ich habe meine Miteigentumsanteile an der Liegenschaft a=1 bereits mit Kaufvertrag vom 15.05.2003 erworben. Schon hieraus ist also ersichtlich, dass die im 2-ten Auswechslungsplan enthaltenen Änderungen auf mich zurückgehen.

Die beiden Zimmer auf dem unteren Ende des Planes wurden in der Quadratur verändert, und zwar von 21,31 m² auf 17,96 bzw. von 14,09 m² auf 12,79 m². Ebenso wurden die Türen zu

diesen beiden Zimmern verlegt. Das davor liegende Bad wurde von 5,42 m² auf 9,72 m² vergrößert und wurde auch hier die Türe verlegt. Aus dem gegenüberliegend geplanten Bad mit 3,29 m² wurde ein Abstellraum mit 4,65 m² und wurde auch hier der Zugang verändert. Der dazwischen liegende Gangbereich wuchs von 2,70 m² auf 4,46 m². Die Quadratur des Kinderzimmers wurde von 13,53 m² auf 12,62 m² geändert und ein davor geplanter Abstellraum mit 2 m² zur Gänze nicht gebaut. Gegenüber vom Kinderzimmer war lediglich ein 2,13 m² großes WC geplant und wurde daraus ein 4,21 m² großes Bad, wobei auch hier der Eingang verlegt wurde. Auch der Stiegenaufgang zu DG 2 wurde geändert. Das Vorzimmer wuchs von 11,62 m² auf 22,95 m². In der von mir und meiner Lebensgefährtin geplanten Küche in DG 1 war ein Schlafzimmer mit einem anfangs 7,06 m² großen Bad und anschließend einem 6,16 m² großen Bad/WC geplant (siehe dazu Beilage 2a und 2aa). Das Bad/WC wurde zur Gänze nicht gebaut, aus dem Schlafzimmer wurde eine Küche und außerdem kam an das hintere Ende der Küche eine 5,15 m² große Speis. Die Türe zum geplanten Schlafzimmer wurde ersatzlos gestrichen und begeht man nunmehr die Küche durch einen offenen Mauerdurchbruch ohne Türe. Zusätzlich kam es zu einer Verlegung der Dachflächenfenster im Küchenbereich. Schlussendlich wurde der Wohnungseingang im DG 1 ebenfalls verändert, wie aus dem Plan hervorgeht.

Auch das DG 2 hat umfangreiche Änderungen erfahren.

Hier war die Küche geplant, welche von mir und meiner Lebensgefährtin in das DG 1 verlegt wurde. Eine Kaminwand, eine Trennwand und eine Türe, welche den Kochbereich vom Wohnbereich hätte trennen sollen, wurden überhaupt nicht gebaut. Aus dieser gesamten Fläche wurde ein Wohnzimmer.

Im DG 2 war zusätzlich ein WC geplant und zwar mit einer Quadratur von 1,21 m². Zusätzlich kam ein von mir geplanter Waschraum mit 1,23 m² hinzu und eine zweite Türe. Außerdem wurde die Lage der Dachflächenfenster oberhalb des nunmehrigen Waschraumes und dem Zugang zum Wohnzimmer verändert. Die Terrasse wurde von 13,61 m² auf 24,14 m² und letztendlich auf 26,49 m² vergrößert und entstand durch den Abriss eines Daches eine zusätzliche Terrasse im Ausmaß von 9 m² (siehe dazu Beilage 2b und 2bb), sodass die gesamte obere Terrasse von geplanten 13,61 m² auf 35,49 m² und endlich auf 49,22 m² wuchs. Außerdem habe ich den Ausstieg für den Rauchfangkehrer verlegt.

All diese Änderungen im Plan sind auf meine planerischen Anweisungen und Tätigkeiten zurückzuführen und sind diese keine geringfügigen Änderungen, sondern solche, die sowohl das Aussehen, die Nutzbarkeit und das Ausmaß der Wohnung wesentlich verändert haben und benenne ich hierfür als Zeugen Herrn BM Dipl. Ing. G.G., als meinen Berater und Herrn Mag. A.S. in d, als Ansprechperson des Generalunternehmers K=K.S., sowie meine mitplanende Lebensgefährtin Frau Mag. B.H. in xy/27.

Dem Generalunternehmervertrag liegt ein Entwurfsplan des DG 1 bei, aus welchem hervorgeht, dass ich bereits vor Abschluss des Vertrages und vor Baubeginn einen wesentlichen Einfluss auf die bauliche Gestaltung der Wohnung hatte, da bereits in diesem Plan die Küche mit dem Abstellraum am hinteren Ende der Küche eingezeichnet ist. Im ursprünglichen Plan war dort ein Schlafzimmer mit einem Badezimmer und einer Toilette vorgesehen.

Zusätzlich lege ich Ihnen 3 Faxnachrichten (Beilage 3, 4 und 5), einen von mir in Auftrag gegebenen Fliesenplan (Beilage 6) und einen Aktenvermerk von BM Ing. P.P. (Beilage 7) bei. Aus diesen Schriftstücken geht deutlich meine planerische Tätigkeit hervor und leitet sich aus diesen Beilagen auch ab, dass ich Bauaufträge persönlich an die Professionisten vergeben habe. Ich habe daher offensichtlich auf die bauliche Gestaltung der Wohnung wesentlichen Einfluss nehmen können und habe nicht nur geringfügige Planänderungen gemacht, sondern eben wesentliche.

Ad 4)

Meinem Schreiben beiliegend finden Sie 2 Offerte, welche beide deutlich höher waren als das Offert der Fa. K=K.S., weshalb ich mich auch für das letztgenannte Offert entschieden habe. Zusätzlich übermittle ich Ihnen meine beiden Schreiben, mit denen ich mich für die Offerte bedanke und diese gleichzeitig ablehne. Außerdem habe ich von einem Herrn BM Ing. H.S. ein Offert eingeholt, welches mir leider nicht mehr vorliegt. Herr BM Ing. H.S. ist zwischenzeitlich verstorben und liegt lediglich mein Antwortschreiben vor. Siehe dazu die Beilagen 8 – 12.

Ad 5)

Ein Teil der Rechnungen der Professionisten wurde von diesen an den von mir beauftragten Generalunternehmer Fa. K=K.S. gelegt. Dies ist auch die Aufgabe eines Generalunternehmers, nämlich Professionisten zu beauftragen. Ich habe aus den herkömmlichen Gründen einen Generalunternehmer herangezogen, um damit allfällige Streitigkeiten über den jeweiligen Verursacher von allfälligen Baumängeln von vornherein hintanzuhalten.

Daneben habe ich auch selbst Leistungen bei einzelnen Professionisten beauftragt und habe dann auch die diesbezüglichen Rechnungen der Professionisten erhalten. Zum Beweis lege ich die noch auffindbar gewesenen Rechnungen vor. Es handelt sich hierbei um 14 (!) Rechnungen (siehe Beilage 13 – 26).

In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, dass sich unter diesen Rechnungen an mich auch 3 Rechnungen des Baumeisters Ing. P.P. befinden, welcher an sich gewerberechtlicher Geschäftsführer und Erfüllungsgehilfe der Generalunternehmerin war. Ich habe also sogar diesen direkt zur Erbringung von Bauleistungen beauftragt. Zur Rechnungsbeilage 20 ist klarzustellen, dass die Firma e ein Großhändler ist und es mir nicht möglich war, direkt beim Großhändler zu bestellen. Ich habe daher einen Händler zwischengeschaltet (Fa. f) und diesem den Rechnungsbetrag bezahlt. Dementsprechend scheint in dieser Rechnung unter Bestellangaben „Komm. B=B.H.“ auf und handelt es sich dabei um meine Lebensgefährtin Mag. B.H..

Ferner habe ich mir in der zum Generalunternehmervertrag gehörenden Ausstattungsbeschreibung der Wohnung folgendes ausbedungen:

	<i>Dem Auftraggeber steht das Recht zu, Ausstattungsbestandteile, insbesondere jene laut obiger Ausstattungsbeschreibung, selbst auf eigene Kosten, nach vorheriger Terminvereinbarung mit dem Generalunternehmer, beizustellen. Diesfalls ist ihm vom Generalunternehmer der ursprünglich dafür vorgesehene Preis (Teilbetrag von Errichtungs- und Baukosten) umgehend zu refundieren. Insofern in der Ausstattungsbeschreibung bei solchen Ausstattungsbestandteilen Preise angeführt sind, handelt es sich dabei um die entsprechenden Refundierungsbeträge.</i>
	<i>Dem Auftraggeber steht ferner das Recht zu, Ausstattungsbestandteile, insbesondere jene laut obiger Ausstattungsbeschreibung, durch andere auszutauschen. Sollten dem Generalunternehmer dadurch über die in der Ausstattungsbeschreibung angeführten Preise hinausgehende Mehrkosten entstehen, auch hinsichtlich der Montage dieser Ausstattungsbestandteile, hat der Auftraggeber dem Generalunternehmer die angefallenen Differenzbeträge nach entsprechendem Nachweis (Rechnung etc.) umgehend zu ersetzen.</i>

Dementsprechend wurden auch einzelne Leistungen aus dem ursprünglichen Vertrag herausgelöst und in weiterer Folge von mir selbst beauftragt und bezahlt, wie aus der Vielzahl der von mir beigefügten Beilagen ersichtlich ist. Überdies geht aus dieser Vertragsbestimmung auch klar hervor, dass ich das volle finanzielle Risiko getragen habe, da ich mich vertraglich verpflichtet hatte, die angefallenen Mehrkosten aus Eigenem zu tragen.

Ich habe somit das Baurisiko getragen, da ich die Verträge mit den einzelnen Firmen und dem Generalunternehmer im eigenen Namen abgeschlossen habe und aus diesen Abmachungen unmittelbar berechtigt und verpflichtet war, sodass ich Mängel der Bauherstellung, Garantieansprüche und Verzögerungsschäden auch unmittelbar selbst geltend machen

konnte. Zum diesbezüglichen Beweis lege ich 2 Aktennotizen meiner rechtsfreundlichen Vertretung (RA Mag. S.H.) über Besprechungen bezüglich verschiedener Baumängel bei. Aus der Aktennotiz vom 02.06.2005 geht zusätzlich hervor, dass ich auf eigene Rechnung und in eigenem Namen ein Gutachten bei der MA 39 – Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien in Auftrag gegeben habe und mir darüber eine Rechnung mit Datum 29.03.2005 gelegt wurde. Diese Rechnung liegt nicht bei, da sie bei mir nicht auffindbar ist. In der Aktennotiz vom 11.05.2004 werden zahlreiche Mängel und ein Verzögerungsschaden unmittelbar von mir selbst geltend gemacht und auch auf die veränderte Quadratur der Terrassenflächen und der neu hinzugekommenen Terrasse eingegangen (siehe Beilage 27 und 28).

Aus den Vertragsbestimmungen geht auch deutlich hervor, dass keine Preisgarantie abgegeben wurde, eine Risikotragung durch mich nicht ausgeschlossen wurde und ich das Risiko der Bauführung in preislicher Hinsicht zu tragen hatte.

Abschließend übermittle ich Ihnen auch die Fertigstellungsanzeige vom 29.03.2005 mit dem dazugehörigen Bestandplan, aus welchem nunmehr die endgültige Aufteilung der Räumlichkeiten in DG 1 und DG 2 und das endgültige Ausmaß der Terrasse ersichtlich ist. Es handelt sich also um eine vollständig andere Wohnung als noch ursprünglich geplant war (siehe Beilage 29).“

Als Beilage 1 wurden der Bescheid vom 21. September 2000 des Bauausschusses der Bezirksvertretung für den 3. Bezirk über Abweichungen von Bebauungsvorschriften (u. a. Überschreiten der inneren Baufluchtlinie und der zulässigen Gebäudehöhe) samt einer Kopie des Einreichplanes übersendet. Als Bauwerber und Grundeigentümer tritt Herr T=T.B. auf. Auf dem Einreichplan wurde mit Datum 4. Oktober 2001 der neue Bauwerber S.I. vermerkt. Weiter wurde der Bescheid vom 27. Dezember 2000 der Baupolizei der Magistratsabteilung 37 des Magistrates der Stadt Wien vorgelegt, mit welchem u. a. bewilligt wurde, dass das Dachgeschoss unter Anstellung des Daches auf 45° zu vier Wohneinheiten ausgebaut werden soll. Auch hier tritt Herr T=T.B. als Bauwerber und Grundeigentümer auf. Auch auf diesem Bescheid wurde mit 4. Oktober 2001 als neuer Bauwerber die S.I. vermerkt. Außerdem liegt noch der Beschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 26. März 2001 bei, mit welchem im Gutsbestandsblatt des gegenständlichen Grundstückes auf Grund des zuletzt genannten Bescheides die Ersichtlichmachung des Bestehens der Verpflichtung zur Gewährleistung einer Zu- und Abfahrt bewilligt wurde.

Als Beilage 2 wurden der Bescheid vom 10. Dezember 2003 der Baupolizei der Magistratsabteilung 37 des Magistrates der Stadt Wien, mit welchem u. a. die Zusammenlegung der Wohnungen Top Nrn. 25 und 26 sowie Top Nrn. 27 und 28 im 1. und 2. Dachgeschoss zu jeweils einer neuen Wohneinheit und die Abänderung der Raumeinteilungen und Raumwidmungen bewilligt wurden, der 2. Auswechslungsplan für Dachgeschoss 1 und 2 (2a), Grundriss DG 1 (2aa), der 2. Auswechslungsplan für Dachgeschoss 2 – Terrasse (2b) und der Grundriss DG 2 (2bb) vorgelegt. Als Bauwerberin scheint die S.I. auf.

In der Beilage 3 ersucht der Berufungswerber Herrn g sich mit Herrn Baumeister Ing. P.P. und dem Elektriker Herrn h wegen der Markisen in Verbindung zu setzen.

Aus der Beilage 4 geht hervor, dass der Berufungswerber den Fliesenplan für die Terrasse im DG 2 betreffend die Anschlüsse für die Bodenleuchten Herrn I. übermitteln hat. In dieser Beilage wird auch mitgeteilt, dass Herr P.P. am 27. November 2003 die Terrasse verlegen möchte und deshalb die Verkabelung am 26. November fertig gestellt sein muss.

Mit der Beilage 5 wurde vom Berufungswerber der Fliesenplan Herrn BM I.P. übermittelt und festgehalten, dass der Ablauf für die geplante Dusche im Plan nicht eingezeichnet ist, da dieser auf dem Terrassenplan nicht vermerkt war. Es wurde ersucht, den Ablauf, der wahrscheinlich unter der Flämmung vorhanden war, freizulegen und bei der Verlegung der Terrasse entsprechend zu berücksichtigen.

Der Fliesenplan wurde als Beilage 6 vorgelegt.

Als Beilage 7 wurde der Aktenvermerk vom 2. Juni 2003 über die Baubesprechung vom 30. Mai 2003 vorgelegt. Laut diesem Aktenvermerk waren der Berufungswerber mit Gattin und Ing. I.P. anwesend. Folgende Punkte und Änderungen wurden besprochen bzw. fixiert (die handschriftlichen Bemerkungen am Ende werden nach den einzelnen Punkten in Klammer angeführt):

- „1) Hoftraktterrasse wird über dem Zimmer vergrößert lt. beiliegender Entwurfskizze. Die Kosten für die Änderung des Dachstuhls, Ergänzung des Flachdaches, abtragen der Ziegelaufmauerung beim alten Giebel und zu der Terrasse über dem Stiegenhaus trägt Herr Mag. M=M.E. und wird wie vereinbart von Herrn Baumeister I.P. direkt mit der Fam. Mag. M=M.E. verrechnet.
Die Mehrkosten für das zusätzliche Geländer trägt ebenfalls die Fam. Mag. M=M.E..
Bezüglich der Abgrenzung der kleinen Ausgangsterrasse zum Lichthof fällt die Entscheidung ob Mauer oder Geländer erst, wenn die neue Terrassenkonstruktion soweit vorbereitet ist.
(ad 1) Das Geländer wird von Fam. Mag. M=M.E. direkt beige stellt und direkt mit dem Lieferanten verrechnet. Ein Kostenersatz für das alte (vorher geplante) Geländer hat an die Fam. Mag. M=M.E. von Herrn BM I.P. zu erfolgen.)
- 2) Fam. Mag. M=M.E. möchte den Rauchfangkehrerausstieg vom Stiegenhaus nicht abgeschotet haben und diesen Terrassenanteil mitbenützen.
Aus diesem Grund ist Fam. Mag. M=M.E. auch einverstanden, dass der Zugang zu den Kaminen beim Hoftrakt über Ihre Terrasse erfolgt (siehe beiliegenden Terrassenplan).
- 3) Die Zwischenwände in DG 1 werden in Hohlziegeln beidseitig verputzt ausgeführt (Porotherm 10 cm bzw. 12 cm bei Installationswänden). Dies stellt nach Rücksprache mit Herrn DI J kein statisches Problem dar.
Die Mehrkosten werden wie vereinbart direkt mit Fam. Mag. M=M.E. verrechnet.
- 4) Die Mehrkosten für die Zwischenwände bei neuem großem Bad unter der Stiege werden mit der Fam. Mag. M=M.E. direkt verrechnet.
(ad 4) Die Abrechnung der Mehrkosten für die Wände des Bades unter der Stiege hat unter Anrechnung der im Plan bereits eingezeichneten Wände zu erfolgen.)
- 5) Fam. Mag. M=M.E. möchte bei der Feuermauer im Hoftraktzimmer eine durchgehende Vorsatzschale ohne Absetzungen zwischen den Kammern.
Über die diesbezüglich geringe Flächenreduzierung ist sich Fam. Mag. M=M.E. im klaren.
(Hier befindet sich am Rand der handschriftliche Vermerk: „Noch in Überlegung“ und am

Ende: ad 5) Ist noch in Überlegung. Genaue Mitteilung darüber erfolgt bis spätestens 17.06.03)

- 6) In der Küche sollen bei der Vorsatzschale (-wand) Verstärkungen für die Küchenoberkasteln eingebaut werden. Die genaue Höhe wird nach Fixierung der Küche ehebaldigst bekanntgegeben.
Die Mehrkosten werden direkt mit Fam. Mag. M=M.E. verrechnet.*
- 7) Fam. Mag. M=M.E. möchte die Ansichtsfläche der Nachbarkamine (ON 4) auf eigene Kosten verputzen lassen. Die diesbezüglichen Kosten werden von BM I.P. bekanntgegeben.*
- 8) Vorsatzwand im Kinderzimmer soll zwischen 1,30 und 2,00 m über FOK eine Vollverschalung bei der Unterkonstruktion erhalten, die diesbezüglichen Mehrkosten übernimmt Fam. Mag. M=M.E..*
- 9) Bezüglich Kellerabteil möchte Fam. Mag. M=M.E. einen eventuellen Tausch mit Herrn Mag. k besprechen.*
- 10) Die Zwischenwände für das zusätzliche WC und den Vorraum im DG 2 werden als Gipskartonständerwand mit Metallständern 75 mm, 8 cm Dämmung und beidseitiger Beplankung mit Gipskartonplatten hergestellt samt Aussparungen für die Türzargen.
(ad 10) Für das WC und den Vorraum im DG 2 sind keine zusätzlichen Wände geplant, diese sind bereits im Plan enthalten, weshalb es hier zu keiner Mehrkostenverrechnung kommen kann.)*
- 11) Der Aufpreis für die beiden Veluxfenster für „Integra“ liefern und montieren, sowie für elektrische Rolläden M06 liefern und montieren (ohne elektrische Anschlüsse) werden direkt von Fam. Mag. M=M.E. bezahlt.*
- 12) Fam. Mag. M=M.E. möchte bei der Terrassentüre ein einbruchhemmendes Sicherheitsglas samt Sicherheitsbeschlag und eventueller Spezialverriegelung.
Diesbezüglich wird Fa. BM I.P. die Bestellung stoppen und den Mehrpreis raschest an Fam. Mag. M=M.E. bekannt geben.*
- 13) Ebenso hätte Fam. M=M.E. gerne Holz/Alu-Fenster, wenn das noch möglich ist.
Fa. BM I.P. wird die Bestellung daher stoppen und den Aufpreis raschest bekannt geben.*
- 14) In der Küche (Hoftraktzimmer) soll für die Dunstabzughaube über dem Herd eine Lüftungsleitung über Dach geführt werden.
Der Küchenplan soll demnächst fertig sein und wird dann an alle beteiligten Firmen weitergeleitet.*
- 15) Fam. Mag. M=M.E. hätte gerne einen Schlüssel für die Eisentüre im Hoftraktzimmer.
Fa. BM I.P. wird einen Schlüssel nachmachen lassen.*
- 16) Der Holzterrassenbelag für die zusätzliche Terrasse samt erf. Stufenunterkonstruktion wird von BM I.P. wie besprochen offeriert.*
- 17) Bezüglich Terrassengeländer wird seitens des bekannten Schlossers der Fam. Mag. M=M.E. ein Ausführungsvorschlag gebracht, um diesbezüglich mit der Fam. Mag. I eventuell ein „Vereinheitlichungsgespräch“ führen zu können.*
- 18) Da ein Abstemmen der Mittelmauer aus statischer Sicht sicher nicht in Frage kommt, kann die Terrasse samt Boiler nicht lt. Wohnungsplan situiert werden und muß in den Abstellraum verlegt werden!
Fam. Mag. M=M.E. wurde informiert, dass daher in der Abstellraumbtüre Lüftungsschlitze eingebaut werden müssen und ist damit einverstanden.“*

Als Beilage 8 wurde ein Anbot von Baumeister m vorgelegt. Nach diesem belaufen sich die Kosten für den schlüsselfertigen Ausbau auf € 468.000,-- inklusive Umsatzsteuer.

Ein Anbot von der Firma n, nach welchem sich die Kosten auf insgesamt € 436.321,08 belaufen, wurde als Beilage 9 vorgelegt.

Vorgelegt wurden Mitteilungen des Berufungswerbers an Herrn Dipl. Ing. m=m (Beilage 10), die Firma Eva n (Beilage 11) und die Firma H=H.S. Baugesellschaft mbH (Beilage 12), dass ihr Anbot nicht angenommen wird.

Als Beilagen 13 und 14 wurden Rechnungen der Firma o über die Lieferung einer Küchenarbeitsplatte (Beilage 13) und die Lieferung von Natursteinen (Beilage 14) übersendet.

Eine Rechnung der Firma p über Materialaufwand (Elektroverteiler inkl. Metalltüre, verschiedene Schalter und Steckdosen, Klemmen, Ferndimmer, Installations-Relais, Klingeltrafo, Gehäuse für Halogenleuchten, Verdrahtungsmaterial und Silikonkabel) wurde als Beilage 15 vorgelegt.

Als Beilage 16 wurde eine Rechnung der Firma e über eine Dusche samt den dafür erforderlichen Bestandteilen übersendet.

Zwei Teilrechnungen des Baumeisters Ing. P.P. für diverse Zusatzarbeiten wurden als Beilagen 17 und 18 vorgelegt.

Die Beilage 19 ist die Bestellung eines Stiegegeländers bei q um einen Preis von € 1.000,00 inkl. USt.

Eine weitere Rechnung der Firma e, die den Erwerb der WC-Einrichtung (Handwaschbecken, Tiefspülklosett usw.) zum Inhalt hat, wurde als Beilage 20 übersendet.

Als Beilagen 21 und 22 wurden Rechnungen der Firma Ewald g (g – Rolladen – z) vorgelegt.

Die Beilage 23 ist eine Rechnung der Firma r Handelsges. m.b.H. über eine Brüstungsverkleidung und eine Stauraumtruhe.

Eine Rechnung der Firma s Werksvertretungen über verschiedene Gegenstände für Bad, WC und Dusche wurde als Beilage 24 vorgelegt.

Die Beilage 25 ist eine Auftragsbestätigung der Firma t über eine Sicherheitseingangstüre.

Als Beilage 26 wurde eine Rechnung des Baumeisters Ing. P.P. für die Lieferung von Stahltüren vorgelegt.

Die Beilage 27 ist eine Aktennotiz vom 2. Juni 2005 mit folgendem Inhalt:

„Erörtert wird das SV-GA der MA 39 – Versuchs- u. Forschungsanstalt der Stadt Wien vom 29.03.2005 und die darin angeführten Mängel des Dachbodenausbaues und das Programm zur Durchführung der Mängelbehebung.

*Als Arbeitsbeginn für die Mängelbehebung durch die K=K.S. bzw. BM Ing. Ernst P.P. als deren Erfüllungsgehilfen wird schließlich der **23.06.2005** vereinbart. Vor dem Beginn der Arbeiten*

in der Küche erfolgt eine Bestandsaufnahme über den derzeitigen Zustand des Objektes, damit allfällige Beschädigungen objektivierbar sind.

Zu Beginn der Arbeiten ist im Vorzimmer im Bereich nach der Eingangstüre eine Wand aufzustellen, damit die Schmutzauswirkungen auf den übrigen Wohnungsbereich minimiert werden.

*Die Mängelbehebungsarbeiten sollen bis **Mitte Juli 2005** beendet sein (zu diesem Zeitpunkt beginnt die Betriebssperre bei BM Ing. Ernst P.P.).*

Mag. M=M.E. macht ausdrücklich darauf aufmerksam, daß ein Zugluftproblem nicht nur in der Küche, sondern auch im Arbeitszimmer (Gästezimmer) und im Schlafzimmer besteht, das ebenfalls auf Kosten der Werkunternehmerin zu beheben ist.

Mag. M=M.E. gibt an, daß er genötigt ist, verschiedene Möbel während der Mängelbehebungsarbeiten auf Kosten der Werkunternehmerin einlagern zu lassen. Von keinem Anwesenden erfolgt ein Widerspruch.

Dr. Mohse k gesteht auf Befragen von RA Dr. u zu, daß seitens der K=K.S. die Kosten des Gutachtens der MA 39 – Versuchs- und Forschungsanstalt der Stadt Wien vom 29.03.2005 zumindest anteilig zu tragen sind. Er meint, daß man nach genauer Eruierung der Mängelursachen sagen können müßte, wen das diesbezügliche Verschulden trifft bzw. in welchem Verhältnis dieses aufzuteilen wäre. Darauf wird ihm von Mag. S=S.H. erwidert, daß Mag. M=M.E. keinerlei Verschulden an der extremen Zugluft hinter den Wänden treffen kann, sondern dies ausschließlich auf Baumängel zurückzuführen sein kann.

BM v wird die Mängelbehebungsarbeiten des BM l.P. im Auftrag von Dr. k überwachen, damit nicht abermals bloß punktuelle Mängelbehebungsversuche erfolgen, sondern der Mangel endlich definitiv behoben wird.“

Eine Aktennotiz vom 11. Mai 2004 wurde als Beilage 28 vorgelegt. Diese hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„Ausdrücklich erörtert wird, daß MBA A.S., sowie Dr. Moshe k bevollmächtigt sind, für die K=K.S. aufzutreten und rechtsverbindliche Erklärungen für diese abzugeben, was beide bejahen.

Es werden die Mängelliste vom 29.03.2004 und nachträglich hinzugekommene Mängel, sowie das Thema „Pönale“ durchgegangen, folgende Einigung wird erzielt und werden folgende Schadenersatzbeträge von der K=K.S. an M.E. im direkten Wege zur Überweisung gebracht (bis spätestens 24.05.2004):

<i>Für die Bodenbeschädigungen und –reinigung:</i>	€	<i>1.500,--</i>
<i>für die beiden schiefen Wände:</i>	€	<i>800,--</i>
<i>für die Ixen im Kinderzimmer (nicht Malerei):</i>	€	<i>900,--</i>
<i>für die Küchenplatte:</i>	€	<i>30,--</i>
<i>für die Abdeckung der Therme:</i>	€	<i><u>120,--</u></i>
<i>Summe:</i>	€	<i>3.350,--</i>

Die Außenmauer im Innenhof (verschmutzt) wird angeblich gemacht bis 30.6.2004, sollte diese nicht gemacht werden, wird ein Schadenersatzbetrag von € 250,-- dafür vereinbart.

*Die anderen noch nicht behobenen Mängel laut Mängelliste, welche nicht abgelöst werden, sowie die Malereimängel (Wohnzimmer – Blasenbildung, Kinderzimmer) **werden bis 30.6.2004** von der K=K.S. behoben.*

Das „Luftproblem“ in der Küche (es zieht extrem aus allen Steckdosen und Löchern, wahrscheinl. Isolierung mangelhaft) wird **bis 31.8.2004** von der K=K.S. behoben.

Sollte eine Behebung nicht fristgerecht erfolgt sein, ist Mag. M=M.E. zur Ersatzvornahme auf Kosten der K=K.S. berechtigt, was ausdrücklich erörtert und vereinbart wird.

Hinsichtlich der Pönale einigt man sich auf einen Betrag von	€	3.500,--
welcher abzüglich eines Betrages von	- €	<u>1.400,--</u>
für die zusätzliche Terrasse, sohin	€	2.100,--

ebenfalls bis spätestens 24.05.2004 von der K=K.S. an M.E. im direkten Wege zur Überweisung gebracht wird.

.....“

Als Beilage 29 wurde die Fertigstellungsanzeige vom 29. März 2005 mit einem Bestandsplan übersendet. Als Bauwerber scheint im Bestandsplan die Firma S.I. auf.

In der am 5. Dezember 2007 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt, dass die beiden Verträge nicht miteinander „Stehen“ und „Fallen“ sollten und es wäre durchaus denkbar gewesen, dass der Berufungswerber die Miteigentumsanteile erwirbt und mit der Bauausführung eine andere Baufirma beauftragt. Bei dem Dachboden handelte es sich um einen allgemeinen Teil der Liegenschaft. Es war erforderlich die Eintragung des Eigentumsrechts an den Anteilen des Berufungswerbers mit der Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum im Grundbuch vorzunehmen. Diese Grundbucheintragung ist lange vor Fertigstellung des Dachbodenausbaus erfolgt und sind dem Berufungswerber die mit dem Kaufvertrag erworbenen Miteigentumsanteile bereits durch die Eintragung im Grundbuch übergeben worden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob die Kosten für die Errichtung der Wohnung W 27 + 28 im Dachgeschoss in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen sind oder nicht.

Der Verwaltungsgerichtshof ist in ständiger Rechtsprechung der Auffassung, dass der Erwerber eines Grundstückes nur dann als Schaffender und somit als Bauherr anzusehen ist, wenn er

- a) auf die bauliche Gestaltung des Hauses Einfluss nehmen kann,
- b) das Baurisiko zu tragen hat, d.h. den bauausführenden Unternehmen gegenüber unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist und
- c) das finanzielle Risiko tragen muss, d.h., dass er nicht bloß einen Fixpreis zu zahlen hat,

sondern alle Kostensteigerungen übernehmen muss, aber auch berechtigt ist, von den Bauausführenden Rechnungslegung zu verlangen.

Dem Bauherrn obliegt es, das zu errichtende Haus zu planen und zu gestalten, der Baubehörde gegenüber als Bau- und Konsenswerber aufzutreten, die Verträge mit den bauausführenden Unternehmen im eigenen Namen abzuschließen und die baubehördliche Benützungsbewilligung einzuholen (vgl. VwGH 28. 4. 1994, 93/16/0002 bis 0009, 0039 bis 0043, je vom 30. 5. 1994, 93/16/0095 und 93/16/0096, 19. 4. 1995, 90/16/0093, 28. 6. 1995, 94/16/0159, 0160 und 3. 10. 1996, 95/16/0068).

Der Erwerber kann dann nicht die Bauherreneigenschaft erlangen, wenn der Wille der Vertragspartner – selbst bei Personenverschiedenheit zwischen dem Veräußerer des Grundstückanteiles und dem Bauführer – darauf gerichtet ist, einen ideellen Grundstücksanteil samt einer fertigen Wohnungseinheit zu erwerben bzw. zu veräußern.

Im gegenständlichen Fall wurde der Kaufvertrag über die Liegenschaftsanteile mit der Verkäuferin am 15. Mai 2003 abgeschlossen. Ebenfalls am 15. Mai 2003 wurde vom Berufungswerber mit der Firma K.S.. der Generalunternehmervertrag abgeschlossen. Bereits mit Bescheid der Baupolizei vom 27. Dezember 2000 wurde dem Vorgänger der Verkäuferin u.a. die Bewilligung zum Ausbau des Dachgeschosses nach Maßgabe der mit dem amtlichen Sichtvermerk versehenen Plänen erteilt (die weiteren baulichen Änderungen betreffen nicht das Dachgeschoss). Mit 4. Oktober 2001 wurde auf diesem Bescheid die Verkäuferin als neuer Bauwerber angemerkt. Mit Bescheid der Baupolizei vom 10. Dezember 2003 wurde die Zusammenlegung der Wohnungen 25 und 26 sowie 27 und 28 im Dachgeschoss zu jeweils einer neuen Wohneinheit und die Abänderung der Raumeinteilungen und der Raumwidmungen nach Maßgabe des 2. Auswechslungsplanes bewilligt (der 1. Auswechslungsplan betraf nicht das Dachgeschoss). Als Bauwerberin scheint die Verkäuferin auf. Auch im Bestandsplan zur Fertigstellungsanzeige vom 29. März 2005 scheint die Verkäuferin als Bauwerberin auf. Die erteilten Bewilligungen beziehen sich nicht nur auf die Errichtung der Wohnung W 27 + 28 im Dachgeschoss, sondern jeweils auch noch auf weitere bauliche Änderungen in dem Gebäude.

Ein gewichtiges Indiz gegen die Annahme der Bauherreneigenschaft des Berufungswerbers stellt das Auftreten der Verkäuferin bzw. von deren Vorgänger gegenüber der Baubehörde als Bauwerber dar. Der Abschluss des Kaufvertrages und des Generalunternehmervertrages ca. zweieinhalb Jahre nach Erteilung der Baubewilligung sprechen ebenfalls gegen die Bauherreneigenschaft des Berufungswerbers, denn ein Erwerber ist nämlich nur dann als Bauherr anzusehen, wenn er auf die bauliche Gestaltung des Hauses, und zwar auf die Gestaltung der Gesamtkonstruktion Einfluss nehmen kann. Wie sich aus dem Sachverhalt

ergibt, war bereits lange vor Abschluss des Kaufvertrages und auch des Generalunternehmervertrages die Planung des Ausbaues des Dachgeschosses abgeschlossen. Die im 2. Auswechslungsplan vorgenommenen Abänderungen wurden aufbauend auf den Bescheid vom 27. Dezember 2000, mit welchem die Baubewilligung erteilt wurde, mit Bescheid vom 10. Dezember 2003 genehmigt. Die Genehmigung der Änderungen erfolgte für die Verkäuferin.

Laut den Ausführungen des Berufungswerbers handelt es sich um folgende Änderungen. Angemerkt wird, wie diese Änderungen erreicht wurden.

Die beiden Zimmer auf dem unteren Ende des Planes wurden in der Quadratur verändert, und zwar von 21,31 m² auf 17,96 m² bzw. von 14,09 m² auf 12,79 m². Ebenso wurden die Türen zu diesen beiden Zimmern verlegt.

Wurde erreicht durch Versetzen der Wände um einige Zentimeter.

Das davor liegende Bad wurde von 5,42 m² auf 9,72 m² vergrößert und wurde auch hier die Türe verlegt.

Hier wurden gegenüber dem ursprünglichen Einreichplan die Wände etwas versetzt.

Aus dem gegenüberliegend geplanten Bad mit 3,29 m² wurde ein Abstellraum mit 4,65 m² und wurde auch hier der Zugang verändert.

Wurde erreicht durch leichtes Versetzen der Wände.

Der dazwischen liegende Gangbereich wuchs von 2,70 m² auf 4,46 m².

Ist eine Folge der beiden vorangegangenen Änderungen.

Die Quadratur des Kinderzimmers wurde von 13,53 m² auf 12,62 m² geändert und ein davor geplanter Abstellraum mit 2 m² zur Gänze nicht gebaut.

Wurde erreicht durch Versetzen der Wand und Weglassen der für den Abstellraum notwendigen Wände.

Gegenüber vom Kinderzimmer war lediglich ein 2,13 m² großes WC geplant und wurde daraus ein 4,21 m² großes Bad, wobei auch hier der Eingang verlegt wurde.

Auch hier wurden nur die Wände versetzt.

Auch der Stiegenaufgang zu DG 2 wurde geändert. Das Vorzimmer wuchs von 11,62 m² auf 22,95 m².

Ist eine Folge der vorherigen Änderung und einer leichten Veränderung im Eingangsbereich.

In der von mir und meiner Lebensgefährtin geplanten Küche in DG 1 war ein Schlafzimmer mit einem anfangs 7,06 m² großen Bad und anschließend einem 6,16 m² großen Bad/WC geplant (siehe dazu Beilage 2a und 2aa). Das Bad/WC wurde zur Gänze nicht gebaut, aus dem Schlafzimmer wurde eine Küche und außerdem kam an das hintere Ende der Küche eine

5,15 m² große Speis. Die Türe zum geplanten Schlafzimmer wurde ersatzlos gestrichen und begeht man nunmehr die Küche durch einen offenen Mauerdurchbruch ohne Türe. Zusätzlich kam es zu einer Verlegung der Dachflächenfenster im Küchenbereich.

Laut ursprünglichem Einreichplan waren in diesem Bereich ein Wohnzimmer mit Anschlussmöglichkeit für Kochgelegenheit mit 29,58 m² und ein Bad/WC mit 6,16 m² geplant. Erreicht wurde diese Neugestaltung durch das Weglassen der für das Bad/WC notwendigen Wände und der Errichtung einer Wand auf der anderen Seite dieses Raumes.

Auch das DG 2 hat umfangreiche Änderungen erfahren. Hier war die Küche geplant, welche von mir und meiner Lebensgefährtin in das DG 1 verlegt wurde. Eine Kaminwand, eine Trennwand und eine Türe, welche den Kochbereich vom Wohnbereich hätte trennen sollen, wurden überhaupt nicht gebaut. Aus dieser gesamten Fläche wurde ein Wohnzimmer. Im DG 2 war zusätzlich ein WC geplant und zwar mit einer Quadratur von 1,21 m². Zusätzlich kam ein von mir geplanter Waschraum mit 1,23 m² hinzu und eine zweite Türe.

Hier wurden eine Kaminwand und eine Trennwand nicht gebaut. Zusätzlich zum geplanten WC wurde davor noch ein Waschraum mit 1,23 m² errichtet. Bemerkt wird, dass hier im ursprünglichen Einreichplan nicht eine Küche, sondern ein Wohnzimmer mit Anschlussmöglichkeit für Kochgelegenheit geplant war.

Da die Änderungen aus den vorgelegten Plänen ersichtlich sind und auch nicht bezweifelt wird, dass vom Berufungswerber diese Änderungen gegenüber dem ursprünglich genehmigten Einreichplan durchgeführt wurden, konnte von einer Ladung der vom Berufungswerber namhaft gemachten Zeugen Abstand genommen werden.

Dem Vorbringen im Berufungsverfahren, dass umfangreiche Planänderungen durchgeführt wurden, muss daher entgegen gehalten werden, dass die vom Berufungswerber vorgenommenen Änderungen im Vergleich zur ursprünglichen Planung nicht als Wesentlich bezeichnet werden können. Auch wenn diese Änderungen auf die Initiative des Berufungswerbers zurückzuführen sind, reichen derartige Planänderungen noch nicht aus, um den erforderlichen Einfluss auf die Gestaltung der Gesamtkonstruktion darzulegen. Aus den vorgelegten Plänen ist ersichtlich, dass sich die Abänderungen nur auf die Verlegung von Zwischenwänden und eine Änderung der Raumaufteilung beziehen. Auch mit der Vergrößerung der Terrasse wurde kein Einfluss auf die Gestaltung der Gesamtkonstruktion genommen. Der als Beilage 7 vorgelegte Aktenvermerk vom 2. Juni 2003 über die Baubesprechung vom 30. Mai 2003 enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass durch die besprochenen Änderungen ein Einfluss auf die Gestaltung der Gesamtkonstruktion erfolgte. Es ergibt sich somit, dass der Berufungswerber nicht einen maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung der Wohnung genommen hat. Auch aus diesem Grund ist der Berufungswerber nicht als Bauherr und somit als Schaffender der Wohnung anzusehen (vgl. VwGH 30. 4. 1999,

97/16/0203 und 9. 8. 2001, 98/16/0392). Noch dazu, wo Mängel am Bauwerk ausschließlich gegenüber dem Generalunternehmer, nicht aber gegenüber den bauausführenden Professionisten gerügt wurden (Aktennotizen vom 2. Juni 2004 und 11. Mai 2004 – Beilagen 27 und 28).

Überdies trug der Berufungswerber hinsichtlich der Errichtungskosten kein finanzielles Risiko, weil mit dem Generalunternehmer für die schlüsselfertige Errichtung der gegenständlichen Wohnung ein Preis von insgesamt € 360.000,-- vereinbart wurde. Durch die vereinbarten Errichtungskosten wurden auch alle Leistungen des Generalunternehmers abgegolten, die zur vollständigen Erreichung des Vertragszweckes nötig wurden, auch wenn sie nicht bis in alle Einzelheiten beschrieben und kalkuliert wurden. Dies galt insbesondere für alle Löhne, Gehälter, Zuschläge, Kosten, sowie einschlägige Steuern (Punkt V. c) des Generalunternehmervertrages).

Sonderwünsche konnte der Berufungswerber bei den bauausführenden Professionisten auf eigene Rechnung und Kosten in Auftrag geben. Wie den vorgelegten Rechnungen zu entnehmen ist, wurden auch solche Sonderwünsche vom Berufungswerber in Auftrag gegeben (z.B. Rechnungen des Baumeisters Ing. P.P. für Zusatzarbeiten, Rechnung für Sicherheitseingangstüre usw.). Weitere Rechnungen betreffen die Einrichtung (Rechnung für Küchenarbeitsplatte, verschiedene Rechnungen über Gegenstände für Bad, WC und Dusche usw.). Die vom Berufungswerber vorgelegten Rechnungen sind nicht dazu geeignet, einen Nachweis dafür zu erbringen, dass er das finanzielle Risiko getragen hätte. Keine der vorgelegten Rechnungen hat den Ausbau des Dachbodens selbst zum Inhalt. Damit fehlen auch hier die Voraussetzungen, welche den Berufungswerber als Bauherrn und Schaffenden ausweisen würden.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z. 1 GrEStG unterliegen der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung begründet, soweit es sich auf inländische Grundstücke bezieht. Nach § 4 Abs. 1 GrEStG ist die Steuer vom Wert der Gegenleistung zu berechnen. Gemäß § 5 Abs. 1 Z. 1 GrEStG ist die Gegenleistung bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen.

Gegenleistung ist alles, was der Erwerber über den Kaufpreis hinaus für das Grundstück aufwenden muss. Erbringt der Käufer im Hinblick auf die Errichtung der Wohnung neben dem als Kaufpreis bezeichneten Betrag weitere Leistungen – an wen auch immer –, ist zur Ermittlung der zutreffenden Bemessungsgrundlage auf den Besteuerungsgegenstand zurückzugreifen. Für die Beurteilung ist der Zustand des Grundstückes maßgebend, in dem dieses erworben werden soll; das muss nicht unbedingt der im Zeitpunkt des

Vertragsabschlusses gegebene Zustand sein. Voraussetzung für die Einbeziehung der Errichtungskosten ist, dass die Errichtung mit dem Grundstückserwerb in einer finalen Verknüpfung besteht.

Der Begriff der Gegenleistung ist im wirtschaftlichen Sinne (§ 21 Abs. 1 BAO) zu verstehen. Danach ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend (vgl. VwGH 25. 2. 1993, 91/16/0031).

Nach dem Inhalt des Kaufvertrages finden auf das gegenständliche Vertragsverhältnis neben den gesetzlichen Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes auch die gesetzlichen Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes (BTVG) Anwendung.

Die für den gegenständlichen Fall wesentlichen Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes lauten:

„§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz ist auf Bauträgerverträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung vereinbarungsgemäß Zahlungen von mehr als „145 Euro“ pro Quadratmeter Nutzfläche (§ 6 WEG 1975) zu leisten hat. (BGBl. I 2001/98, ab 1. 1. 2002, s § 18 Abs 5)

§ 2. (1) Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen.

(2) Bauträger ist, wer sich verpflichtet, einem Erwerber die in Abs. 1 genannten Rechte einzuräumen.

(3) Erwerber ist, wem Ansprüche auf den Erwerb der in Abs. 1 genannten Rechte gegen den Bauträger zustehen sollen.

(4) Ein Bauträgervertrag (Abs. 1) liegt auch dann vor, wenn zwar der Erwerber sein Recht an der Liegenschaft von einem Dritten erwirbt, dieser Vertrag aber mit dem Vertrag über die Errichtung oder durchgreifende Erneuerung des Gebäudes, der Wohnung oder des Geschäftsraums eine wirtschaftliche Einheit bildet.

.....

§ 5. (1) Der Erwerber kann von seiner Vertragserklärung zurücktreten, wenn ihm der Bauträger nicht eine Woche vor deren Abgabe schriftlich folgendes mitgeteilt hat:

- 1. alle wesentlichen Informationen über den Vertragsinhalt (§ 4 Abs. 1);*
- 2. wenn allfällige Rückforderungsansprüche des Erwerbers schuldrechtlich (§ 8) ohne Bestellung eines Treuhänders gesichert werden sollen, den vorgesehenen Wortlaut der ihm auszustellenden Sicherheit;*
- 3. wenn die Sicherungspflicht des Bauträgers nach § 7 Abs. 6 Z 2 erfüllt werden soll, den vorgesehenen Wortlaut der Haftungserklärung der inländischen Gebietskörperschaft oder die entsprechende gesetzliche Bestimmung;*
- 4. wenn die Sicherungspflicht nach § 7 Abs. 6 Z 3 erfüllt werden soll, den vorgesehenen Wortlaut der eine gleichwertige Sicherung gewährleistenden Vereinbarungen;*
- 5. wenn die Sicherungspflicht nach § 7 Abs. 6 Z 4 erfüllt werden soll, den vorgesehenen Wortlaut der Vereinbarung mit dem Kreditinstitut.*

(2) Der Rücktritt ist binnen einer Woche zu erklären. Die Rücktrittsfrist beginnt mit dem Tag, an dem der Erwerber eine Zweitschrift oder Kopie seiner Verzichtserklärung und die in Abs. 1 genannten Informationen sowie eine Belehrung über das Rücktrittsrecht schriftlich erhält. Das

Rücktrittsrecht erlischt jedoch spätestens einen Monat nach Abgabe der Vertragserklärung des Erwerbers.

(3) Darüber hinaus kann der Erwerber von seiner Vertragserklärung zurücktreten, wenn eine von den Parteien dem Vertrag zugrunde gelegte Wohnbauförderung ganz oder in erheblichem Ausmaß aus nicht bei ihm gelegenen Gründen nicht gewährt wird. Der Rücktritt ist binnen einer Woche zu erklären. Die Rücktrittsfrist beginnt, sobald der Erwerber vom Unterbleiben der Wohnbauförderung informiert wird und gleichzeitig oder nachher eine schriftliche Belehrung über das Rücktrittsrecht erhält. Das Rücktrittsrecht erlischt jedoch spätestens einen Monat nach Erhalt der Information über das Unterbleiben der Wohnbauförderung.

(4) Der Erwerber kann den Rücktritt dem Bauträger oder dem Treuhänder gegenüber erklären. Für die Rücktrittserklärung gilt § 3 Abs. 4 KSchG sinngemäß. Rechte des Erwerbers, die Aufhebung oder Änderung des Vertrages nach anderen Bestimmungen zu verlangen, bleiben unberührt.

(5) Der Rücktritt gilt im Fall des § 2 Abs. 4 auch für den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag.“

Da nach dem Vertragsinhalt der Berufungswerber „Erwerber“ im Sinne des § 2 Abs. 3 BTVG ist, müssen der Kaufvertrag und der Generalunternehmervertrag schon nach den Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes eine wirtschaftliche Einheit bilden (§ 2 Abs. 4 und § 5 Abs. 5).

Außerdem ist das Bauträgervertragsgesetz auf Bauträgerverträge anzuwenden, bei denen der Erwerber vor der Fertigstellung Zahlungen ab einer bestimmten Höhe zu leisten hat. Damit die gesetzlichen Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes auf das gegenständliche Vertragsverhältnis Anwendung finden können, muss somit ein Bauträgervertrag vorliegen. Nach § 2 Abs. 1 BTVG ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag über den Erwerb des Eigentums, des Wohnungseigentums, des Baurechts, des Bestandrechts oder eines sonstigen Nutzungsrechtes einschließlich Leasings an zu errichtenden oder durchgreifend zu erneuernden Gebäuden, Wohnungen oder Geschäftsräumen. Wenn der Erwerber sein Recht an der Liegenschaft von einem Dritten erwirbt, dann liegt nach Absatz 4 dieser Gesetzesstelle auch ein Bauträgervertrag vor, wenn dieser Vertrag mit dem Vertrag über die Errichtung oder durchgreifende Erneuerung des Gebäudes, der Wohnung oder des Geschäftsraums eine wirtschaftliche Einheit bildet.

Voraussetzung dafür, dass auf das gegenständliche Vertragsverhältnis die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes Anwendung finden können, ist somit, dass der Kaufvertrag und der Generalunternehmervertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden. Würden diese beiden Verträge keine wirtschaftliche Einheit bilden, könnten die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes auf das gegenständliche Vertragsverhältnis nicht angewendet werden. Da auf das gegenständliche Vertragsverhältnis jedoch die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes Anwendung finden, müssen der Kaufvertrag und der Generalunternehmervertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden.

Dass der Erwerb auf eine bereits fertig errichtete Wohnung gerichtet war, lässt sich auch aus dem Kaufvertrag (auch wenn die eine oder andere Bestimmung dieses Vertrages auf Grund des Bauträgervertrages erforderlich war) entnehmen. So etwa, dass der Berufungswerber in diesem Kaufvertrag bestätigt, den Generalunternehmervertrag, Plan und Ausstattungsbeschreibung der Wohnung und eine Nebenkostenübersicht mehr als eine Woche vor Vertragsabschluss erhalten zu haben. Besonders spricht für den Erwerb einer bereits fertig errichteten Wohnung, dass die Übergabe und Übernahme der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile mit Gefahr und Zufall, Last und Vorteil, Nutzungen und Einnahmen in den körperlichen Besitz und Genuss des Berufungswerbers mit Ablauf des Tages der Übergabe der Wohnung W 27 + 28 samt Terrassen erfolgte. Auch wird in beiden Verträgen, welche am selben Tag abgeschlossen wurden, auf den anderen Vertrag Bezug genommen. Aus diesen Gründen wurde vom Finanzamt zu Recht angenommen, dass der Berufungswerber durch den Abschluss der beiden Verträge in ein Gesamtkonzept eingetreten ist und der Erwerb auf eine bereits fertig errichtete Wohnung gerichtet war.

Auch wenn vorgebracht wurde, dass die Miteigentumsanteile bereits mit der Eintragung im Grundbuch übergeben wurden, ändert das Nichts daran, dass der Erwerb auf eine bereits fertig errichtete Eigentumswohnung ausgerichtet war. Im Kaufvertrag wurde nämlich festgehalten, dass die Übergabe und Übernahme der vertragsgegenständlichen Liegenschaftsanteile mit Gefahr und Zufall, Last und Vorteil, Nutzungen und Einnahmen in den körperlichen Besitz und Genuss des Berufungswerbers mit Ablauf des Tages der Übergabe der Wohnung W 27 + 28 samt Terrassen erfolgt. Diese Bestimmung im Kaufvertrag stellt einen wichtigen Hinweis dafür dar, dass zum Zeitpunkt der Errichtung des Kaufvertrages nicht nur der Erwerb der Liegenschaftsanteile geplant war, sondern der Erwerb der Liegenschaftsanteile samt der fertig errichteten Eigentumswohnung.

Auch wenn der Berufungswerber die Möglichkeit gehabt hat, mit der Errichtung der Eigentumswohnung andere Personen zu beauftragen, ändert das Nichts daran, dass er in ein bereits vorhanden gewesenes Gesamtkonzept eingetreten ist, für welches noch dazu die Bestimmungen des Bauträgervertragsgesetzes Anwendung finden.

Aus diesen Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. Dezember 2007