



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Handelsgericht Wien

## Im Namen der Republik

24 Cg 34/08w-110

Das Handelsgericht Wien **erkennt** durch die Richterin Mag. Christa Puschmann in der Rechtssache der klagenden Partei Wiener Cottage Verein, Sternwartestraße 53, 1180 Wien, vertreten durch Dr. Horst Auer, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Börsegasse 10, wider die beklagte Partei Projekt Invest Bauträger GmbH, Grinzinger Allee 3/6, 1190 Wien, vertreten durch Dr. Wilhelm Klade, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Spiegelgasse 2, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 36.000,--) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung **zu Recht:**

Die Beklagte ist dem Kläger gegenüber schuldig, jegliches Bauvorhaben auf der Liegenschaft EZ 2249, KG 01514 Währing mit dem Grundstück 1238 Baufläche, insbesondere jenes, für das sie die Baubewilligung und Bescheid des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37 Baupolizei, Bezirksstelle für den 9. und 18. Bezirk, von 10.12.2004, MA 37/18 - Cottagegasse 1295/2003, erwirkt hat oder jenes, für das sie die Baubewilligung vom 2.2.2006 MA 37/18 - Cottagegasse 50a/5742-1/2005, in der Fassung des Berufungsbescheides der Bauoberbehörde für Wien vom 26.2.2008, BOB-661/07, erwirkt hat, zu unterlassen, das

- a) mehr als Erdgeschoss, 2 Obergeschosse und höchstens ein ausgebautés Dachgeschoss aufweist bzw. aufweisen soll oder
- b) mehr als 2 Wohnungen mit den entsprechenden Nebeneinrichtungen groß ist bzw. werden soll.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 25.551,24 bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu Händen des Klagevertreters zu ersetzen.

**Begründung:**

Der Kläger, der Wiener Cottage Verein, brachte vor, er sei 1872 gegründet worden, um eine Anlage von Ein- und Zweifamilienhäusern mit Gärten (sogenannten Cottages) im Bereich des heutigen 18. und 19. Bezirkes zu errichten. Die Idee und Initiative zur Schaffung einer derartigen stadtnahen Anlage im Grünen sei vom Architekten Heinrich von Ferstl ausgegangen, der auch der erste Obmann des Vereines gewesen sei. Dieser habe ohne Gewinnabsicht den großen Teil der verfügbaren Grundstücke erworben, parzelliert und an die Bauwerber weiterverkauft. In dem beschriebenen Cottage-Charakter der Anlage auf Dauer zu sichern, habe der Verein das Prinzip gegenseitiger Rücksichtnahme zur Maxime erhoben und habe die Liegenschaftserwerber zu baulichen und gewerblichen Beschränkungen durch die sogenannte "Cottage-Servitut", die in den jeweiligen Kaufverträgen verankert worden und im Grundbuch eingetragen worden sei, verpflichtet. Der Inhalt der Cottage-Servitut sei zwischen 1873 und 1890 dahingehend entwickelt worden, dass

im wesentlichen Bebauungsvorschriften, wie sie heute aufgrund der Flächenwidmungs- und Bebauungspläne bestehen, auf zivilrechtlicher Basis festgeschrieben worden seien, insbesondere hinsichtlich der grundsätzlichen Art der Verbauung (nur sogenannte Familienhäuser in villenähnlichem Stil), der maximalen Verbaubarkeit der einzelnen Grundstücke, der Größe und der Ausgestaltung des Vorgartens, der maximalen Gebäudehöhe (zumeist "höchstens zwei Stockwerke") und des Verbotes, Gewerbe zu betreiben, die aufgrund von Lärm- und Geruchseinwirkung eine Belästigung darstellen können. Die Erhaltung des Cottage als Wohngebiet in Form eines Gartenviertels stelle auch heute noch die primäre Aufgabe des Wiener Cottage Vereins dar.

Die Beklagte sei Eigentümerin der Liegenschaft EZ 2249, KG 01514 Währing mit dem Grundstück 1238 Baufläche (begrünt) im Ausmaß von 795 m<sup>2</sup>.

Im Lastenblatt sei unter CLNr. 2 die Dienstbarkeit gemäß Vertrag vom 7.6.1887 für den Cottage Verein einverleibt.

Die Servitutsbestimmung des Vertrages vom Juni 1887, in der Fassung eines Nachtrages vom 15.7.1887 enthalte die Verpflichtung auf einer dort erwähnten Parzelle, außer auf einem von allen Seiten freistehenden und von den Nachbargrenzen mindestens 2,5 m entfernten, mit einem Vorgarten versehenen und höchstens zwei Stockwerken hohen Wohnhaus in Hinkunft kein zweites Gebäude zu erbauen, sowie auf diesen Realitäten kein durch üblen Geruch, Lärm oder mögliche Feuergefahr die Nachbarn belästigendes Gewerbe je zu betreiben.

Die Beklagte habe bei der MA 37 im Jahr 2004 und im Jahr 2006 eine Baubewilligung zur Errichtung eines Wohnhauses mit 8 Wohnungen, Kellergeschoss, Erdgeschoss, 1. Stock, 2. Stock, 1. und 2. Dachgeschoss sowie einer Garage erwirkt. Im Bauverfahren habe u.a. der Cottage Verein Einwendungen erhoben.

Unter dem Begriff Familienhaus sei, wie sich aus der Entwicklung des Cottage-Servitut nachvollziehen lasse, lediglich ein Haus mit maximal zwei Wohneinheiten zu verstehen. Zur Eigenart der Baulichkeit, wie sie damals vom Cottage Verein aufgeführt wurden, brachte der Cottage Verein vor, dass allen im Zeitraum 1885 errichteten Baulichkeiten im gegenständlichen Gebiet gemeinsam sei, dass sie

- a) villenähnlichen (Cottage) Charakter aufweisen,
- b) weitaus überwiegend Einfamilienhäuser gewesen seien,
- c) mit ganz geringen Ausnahmen neben dem Erdgeschoss nur ein einziges Obergeschoss (im Sinne eines Vollgeschosses nach heutigem Verständnis) aufgewiesen haben,
- d) soweit überhaupt Dachgeschossausbauten erfolgt seien, im Dachgeschoss nur ein einziges (Dach)Stockwerk errichtet worden sei und dort auch damals nur Nebenräumlichkeiten (im wesentlichen für Hauspersonal) ausgefolgt worden seien, wobei
- e) die Dächer eine entsprechende Dachneigung und -eindeckung aufwiesen und keine Flachdach-Ausbildungen erfolgt seien.

Das gegenständliche Bauvorhaben entspreche daher mit 8 Wohnungen, 3 Voll- und 2 Dachgeschossen und der Flachdachausbildung, wobei auch noch die Dachneigung zwischen 30 und 50 Grad nicht eingehalten werde, in

keinem Punkt auch nur annähernd der Eigenart der Baulichkeiten aus Ende des 19. Jahrhunderts.

Das Bauvorhaben widerspreche der Servitut aus dem Vertrag aus 1887, die verlange, dass nur ein höchstens 2 Stockwerke hohes Wohnhaus errichtet werden dürfe. Die Errichtung von zwei Dachgeschossen sei nie üblich gewesen und in keinem der im ausgehenden 19. Jahrhundert errichteten Bauwerke jemals verwirklicht worden.

Zu den Einwänden der Beklagten brachte der Kläger vor: Der Verein sei seit 14.3.1872 im Vereinsregister eingetragen. Mit Bescheid des Reichskommissars für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich vom 6.9.1938 sei die Eingliederung in die Wohnwirtschaftsstelle in der Ostmark angeordnet worden. Dieser Bescheid sei jedoch mit Bescheid der Sicherheitsdirektion Wien vom 8.10.1947 gem. Vereins-Reorganisationsgesetz wieder außer Kraft gesetzt worden. Der Kläger ist der Verein, mit dem die Dienstbarkeit vom 7.6.87 begründet wurde, ident. Es sei keine Frage der Rechtsnachfolge.

Die Zulässigkeit des Bauvorhabens in öffentlich rechtlicher Hinsicht habe keine Relevanz für die zivilrechtliche Zulässigkeit im Hinblick auf die bestehenden Belastungen in die Liegenschaft der Beklagten durch die Dienstbarkeit. Vom 1. Bauverfahren (MA 37/18 - Cottagegasse 295/2003) habe der Kläger keine Kenntnis gehabt.

Zum Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges in Folge Schiedsvereinbarung führt der Kläger aus, dass dieser Einwand verspätet sei, die Zuständigkeit des Gerichtes sei bereits durch Verhandlung der Sache gegeben. Im Nachtrag ./C sei die Servitut so verändert, dass keine Schiedsklausel mehr enthalten sei. Der Österrei-

chische Ingenieur- und Architektenverein in Wien existiere nicht mehr, die Schiedsklausel sei daher nicht anwendbar. Der Cottage Verein habe zu dem Bauvorhaben keine Zustimmung erteilt.

Gegenstand der Servitut sei nicht eine Höhenbeschränkung in Metern (AS417).

Die Beklagte bestritt und wendete die Unzulässigkeit des ordentlichen streitigen Zivilrechtsweges ein, da über Bauangelegenheiten ausschließlich die zuständigen Baubehörden entscheidungsbefugt seien (in der KB AS 26). In der mündlichen Verhandlung vom 22.6.2006 wendete die Beklagte die Unzulässigkeit des Rechtsweges unter Hinweis auf eine Schiedsvereinbarung in ./B und ./C ein (AS 68, 69). Zur Rechtzeitigkeit der Einwendung brachte sie vor, dass sie die Unzulässigkeit des Rechtsweges schon in der KB eingewendet habe und dies in alle Richtungen zu verstehen sei. Die Beklagte brachte im wesentlichen vor der Cottage Verein sei aufgelöst worden (und zwar im Zuge des ersten Weltkrieges bzw. nach dem ersten Weltkrieg sowie während der ersten Republik bzw. im Zuge der Ereignisse des zweiten Weltkrieges). Später sei ein neuer Verein gegründet worden, der nicht mit dem Verein aus 1887 ident sei. Die Beklagte sei dem Wiener Cottage Verein nie beigetreten, weshalb sie dessen Wünschen nicht zu entsprechen habe. Ein Beitritt des Vereins zum Vertrag gebe diesem keine Klagslegitimation.

Mit Bescheid vom 10.12.2004 sei der Beklagten die Baubewilligung erteilt worden. Diesem liege auch Bescheid über die Bebauungsbestimmungen für das Grundstück vom 6.5.2004 zugrunde. Beide seien rechtskräftig. Der Klä-

ger habe keine Einwendungen erhoben. In der mündlichen Verhandlung vom 21.4.2006 brachte die Beklagte vor, der Kläger sei immer in Kenntnis des Inhaltes der Bescheide (Baubewilligung, Bebauungsbestimmung) gewesen. Der Kläger habe die Zustimmung zur Verbauung entsprechend der Bescheide erteilt. In der mündlichen Verhandlung vom 22.6.2006 brachte die Beklagte vor, dass sich aus Vertrag ./C ein Datum 27.5.87 ergebe, im Grundbuch eine Dienstbarkeit vom 7.6.87 angeführt sei. Aus dem Nachtrag in ./C ergebe sich, dass ein 2 Stockwerke hohes Wohnhaus errichtet werden dürfe. Damals habe man darunter verstanden, ein Haus mit Erdgeschoss, Mezzanin, 1. Stock und 2. Stock (AS 68). In der mündlichen Verhandlung vom 24.11.2006 brachte die Beklagte dazu vor, dass in den Jahren 1880 bis 1885 so gebaut worden seien: Keller, dann Parterre, dann Hochparterre, dann Mezzanin/Halbstock, dann 1. und 2. Stock, dann ein Dachgeschoss (AS 118).

Die Beklagte brachte vor, dass das Klagebegehren eine Schikane sei. Im näheren Bereich des klagsgegenständlichen Projektes seien viel größere Bauten errichtet worden, die nicht ins Cottage passen (Cottagegasse 40, 50). Beide haben zumindest 12 Wohneinheiten. Cottagegasse 40 habe ein Flachdach. Das Projekt der Beklagten habe ein Schrägdach von 45 Grad und entspreche der Servitut aus ./C.

In der Verhandlung vom 1.7.2006 brachte die Beklagte vor, das Bauprojekt entspreche dem Cottagebild des Jahres 1880. Die Beklagte nehme die Bauausführung entsprechend Baubewilligungsbescheid vom 10.12.2004 ./2 vor. In der Äußerung (Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) brachte die Beklagte noch vor, dass

das von der Beklagten geplante Wohnhaus kein Flachdach habe. Es stehe mit der Eigenart der in den 80iger-Jahren des 19. Jahrhunderts ausgeführten Baulichkeiten in keinem Widerspruch. Dem Kläger komme im gegenständlichen Verfahren weder eine Parteien- noch eine Beteiligungsstellung zu. Es fehle die aktive Antragslegitimation (?). Der Kläger könne nicht unter Beweis stellen, dass die behaupteten Servitut, mit denen im Grundbuch eingetragenen, ident sind. Eine allenfalls vorhandene Servitut des Jahres 1885 sei durch Inkrafttreten der Bauordnung erloschen.

In der mündlichen Verhandlung vom 24.11.2006 brachte die Beklagte vor, dass alle Häuser im Cottageviertel mindestens 4 bis 10 Wohnungen haben. Das Haus Cottagegasse 40 habe 9 Wohnungen und im Grundbuch eine Dienstbarkeit, in der formuliert sei, dass auch die Errichtung von Gebäuden mit mehreren Wohnungen zulässig sei. Der Verein könne sich nicht bei einem Grundstück auf so eine Servitut und bei einem anderen auf eine andere berufen. Es seien alle gleich zu behandeln. Die klagsgegenständliche Liegenschaft sei erst im Jahr 2003 abgeteilt worden. Die ./O sei verfälscht.

Die Beklagte berief sich auf unzulässige Klägsänderung (AS 403). Der Kläger habe sich im ersten Rechtsgang nicht auf die Servitut aus 1887./C berufen. Die Änderung des Klagebegehrens im Zusammenhang mit dem neuen Beschluss der Bauoberbehörde sei unzulässig.

Die 8 Wohneinheiten seien auf 5 reduziert worden.

Aufgrund der Aussagen der Zeugen Andreas Hötzl (AS 70 f), Martin Kelemen (AS 77 f), Dr. Egon Engin-Deniz (AS 78 f), Gerhard Förster (AS 80 f) und Dr. Robert Schachner (AS 82 f) sowie der Urkunden:

- ./A Grundbuchsauszug EZ 2249 Währing
- ./B Kaufvertrag Allg. Österr.Bau GmbH - Bermüller  
11./15.121885 (samt Plan u. Transkription)
- ./C Kaufvertrag Cottage Verein - Wolff 2.6.1887 samt Nachtrag  
vom 15.7.1887 (samt Transkription)
- ./D Ladung MA 37 13.4.2005
- ./E Flächenwidmungs- und Bebauungsplan
- ./F Kopie Buch Heidi Brunnbauer "Im Cottage von Währing/Döbling"
- ./G Auszug aus der Bauordnung für NÖ vom 17.1.1883 (§ 59)
- ./H Auszug aus der Bauordnung für Wien vom 7.1.1883 (§ 51)
- ./I Vereinsregisterauszug Stichtag 11.1.2006
- ./J Bescheid des Reichskommissars für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem deutschen Reich,  
6.9.1938
- ./K Bescheid Sicherheitsdirektion Wien vom 8.10.1947
- ./L Bescheid der Sicherheitsdirektion Wien vom 30.3.1948
- ./M Abtretungserklärung 19.4.2006
- ./N Grundbuchsauszug EZ 2250 Währing
- ./O Plan (zu ./T)
- ./P Abschrift einer Erklärung (samt Transkription vom 7.10. u.  
14...1888)
- ./Q Bescheid der MA 37 2.2.2006
- ./R Berufungsbescheid Bauoberbehörde für Wien 25.4.2006
- ./S Kopie Annonce
- ./T eidesstattliche Erklärung KV vom 14.11.2006
- ./U Plankopien aus dem Bauakt zur Baubewilligung 2006
- ./V Foto Hasenauerstr 23
- ./W Gbauszug EZ 2248 KG 01514 Währing
- ./X Kaufvertrag 10.12.1887
- ./Y Foto Wimarar Str 78
- ./Z Gbauszug EZ 2267 KG 01514 Währing
- ./AA Gbauszug EZ 2268 KG 01514 Währing

./BB KAUFVERTRAG 1:1":1(((  
./CC Foto Colloredog 8  
./DD Foto Colloredog 10  
./EE Gbauszug EZ 1670 KG 01514 Währing  
./FF Foto Sternwartestr 66  
./GG Dekret 3.9.1897  
./HH Gbauszug EZ 2322 KG 01514 Währing  
./II Gbauszug EZ 2323 KG 01514 Währing  
./JJ Gbauszug EZ 2324 KG 01514 Währing  
./KK Foto Hasenauerstr 47  
./LL Foto Türkenschanzstr 44  
./LL1 Dekret 28.4.1902  
./MM Gbauszug EZ 1354 KG 01514 Währing  
./NN Gbauszug EZ 1355 KG 01514 Währing  
./OO Foto Lannerstr 14  
./PP Foto Lannerstr 12  
./QQ Dekret 15.12.1900  
./RR Gbauszug EZ 2313 KG 01514 Währing  
./SS Gbauszug EZ 2318 KG 01514 Währing  
./TT Foto Hasenauerstr 53  
./UU Foto Seternwartestr 70  
./VV Dekret 23.10.1899  
./WW Gbauszug EZ 1175 KG 01514 Währing  
./XX Gbauszug EZ 1174 KG 01514 Währing  
./YY Foto Blasstr 11  
./ZZ Foto Felix-Mottl-Str 43  
./AAA Buch Familienhäuseranlage  
./BBB Buch Cottageverein  
./CCC Berufungsbescheid 26.2.08  
./DDD Gutachten Ottel  
./1 Grundbuchsauszug EZ 2250 Währing

- ./2 Bescheid MA 37 Baubewilligung 10.12.2004
- ./3 Bescheid MA 37 zu Bebauungsbestimmungen 6.5.2004
- ./4 Grundbuchsauszug EZ 1456, Grundbuch Währing
- ./5 Bescheid Vermessungsamt Wien 13.5.2003
- ./6 Plan zur ./5
- ./7 Rechtsgutachten Welser
- ./8 Urteil LG Für ZRS 28Cg32/00g
- ./9 Gutachten Schiller
- ./10 Gutachten Bechyna
- ./11 Lichtbilder
- ./12 Bescheid MA 37 17.6.09
  
- ./I Schreiben Cottage Verein an Kelemen 23.6.2004
- ./II Schreiben Einwendungen des Cottage Vereins an MA 37
- ./III beglaubigte Kopie Vertrag ./C

und des Gutachtens des Sachverständigen DIng. Peter Durstmüller (ON 60, Neufassung ON 81, Erörterung in der Tagsatzung 16.11.10 ON 95, ON 99, Erörterung in der Tagsatzung 25.1.11 ON 10, ON 105)

steht fest:

Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft EZ 2249, GB 01514 Währing, BG Döbling der Grundstücks Nr. 1238, Baufläche begrünt mit 795 m<sup>2</sup> (./A).  
Im Lastenblatt ist eingetragen unter LNr. 2 a 19808/1887

Dienstbarkeit gem. Vertrag 1887-06-07 für Wiener-Cottage-Verein (./A).

Die MA 37 erteilte der Beklagten zu MA 37/18-Cottagegasse 1295/2003 die Baubewilligung für ein Wohnhaus für 8 Wohnungen, bestehend Kellergeschoss, Erdgeschoss,

2 Stockwerken und einem ausgebauten Dachgeschoss, am 10.12.2004 (./2, rechtskräftig). Die MA 37 erteilte der Beklagten zu MA 37/18-Cottagegasse 50a/5742-1/2005 die Baubewilligung für ein Wohnhaus für 8 Wohnungen mit Kellergeschoss, Erdgeschoss, 2 Stöcken und 2 Dachgeschossen eine unterirdische Garage am 2.2.2006 (./Q), zu der der Berufungsbescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 25.4.2006 (./R) erging. Die Beklagte errichtete den Bau aufgrund der Baubewilligung aus dem Jahr 2006. Der Bescheid der Bauoberbehörde vom 25.4.06 wurde durch ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes aufgehoben. Die Bauoberbehörde erlies im zweiten Rechtsgang einen inhaltlich mit dem aufgehobenen gleichlautenden Berufungsbescheid vom 26.2.08, BOB - 661/07 (./CCC). Mit Bescheid vom 17.6.09 bewilligte die MA 37 eine Abweichung vom bewilligten Bauvorhaben durch Zusammenlegung von 3 Wohnungen, sodass die Gesamtzahl der Wohneinheiten 5 sei (./12).

*Kauf- und Verkaufsvertrag ./C vom 2.6.1887, samt Nachtrag vom 15.7.1887 (hier irrte der Klagevertreter bei der Transkription, aus dem Original in Korrespondenzschrift ergibt sich jeweils die Jahreszahl 1887): ./C Der Wiener Cottage Verein verkaufte die Parzelle Nr. 869/14 in Oberdöbling, EZ 734, und die Parzelle Nr. 869/35 in Oberdöbling, EZ 880, an Eugenie Wolff. Die vereinbarte Servitut wird im Nachtrag geändert, sodass sie nun lautet:*

*Die Käuferin Frau Eugenie Wolff erklärt sich einverstanden und erteilt hiemit ihre Einwilligung, dass ob der von ihr erkauften Parzelle No. (869/14) in Ober Döbling Elg Z. 734 und No. (869/35) in Ober Döbling Elg. Z. 880 die Servitut dahin lautend:*

"dass auf jeder dieser Parzellen No. 869/14 und No. 869/35 in Ober-Döbling außer einem auf allen Seiten freistehenden, von den Nachbargrenzen mindestens 2 ½ Meter entfernten, mit einem Vorgarten versehenen und höchstens zwei Stockwerke hohen Wohnhause, in Hinkunft kein zweites Gebäude je erbaut werden darf, sowie auch, dass auf diesen Realitäten kein durch üblen Geruch, Lärm oder mögliche Feuersgefahr die Nachbarn belästigendes Gewerbe je betrieben werde", zugunsten des Wiener Cottage Vereines grundbücherlich einverleibt werde.

Auf der Kopie des Originalkaufvertrags befindet sich eine handschriftliche Zahl 19808/86. Im Grundbuch im C-Blatt der EZ 2279 findet sich eine Tagebuchzahl 19808/1887. Eine Kopie des Vertrages ./C wurde dem Zeugen Förster vom Wiener Stadt und Landes Archiv als Urkunde zur Tagebuchzahl 19808/1887 beglaubigt ausgefolgt.

Das Projekt der Beklagten laut Baubewilligung aus 2006 besteht aus 8 Wohnungen in 5 Wohnebenen. Es gibt einen Keller, ein Erdgeschoss, einen 1. und 2. Stock und ein 1. und 2. Dachgeschoss. Es hat an der Straßenfront ein Schrägdach, das durch eine Terrasse über mehr als die halbe Breite des Hauses geöffnet ist. Der mittlere Teil des Hauses hat ein Flachdach. Auf der Gartenseite sind Flachdächer mit Dachterrassen. Dass nun Wohnungen zusammengelegt wurden und es nur mehr 5 Wohneinheiten gibt, kann nicht festgestellt werden.

Das Haus sieht nicht aus wie die Häuser, die in den letzten 25 Jahren des 19. Jahrhunderts im Cottage gebaut wurden. Die Häuser, die in dieser Zeit gebaut wurden, waren Häuser mit ein oder zwei Wohnungen. Sie hatten neben einem Keller/Tiefparterre zwei Wohnebenen und ein ausgebautes Dachgeschoss.

Damals (1887) verstand man im Währinger Cottage unter einem 2 Stockwerke hohen Wohnhaus ein Haus mit bis zu 2,5 Geschoßebenen (Gutachtenserörterung ON 95 AS 163 unten =mV vom 16.11.10, Seite 1) und 1-2 Wohnebenen. Bei 2,5 Geschoßebenen war die Mindesthöhe bis Gesimsekante 7,45m (2,5 x 2,5m Mindestraumhöhe + 3x 0,4m Deckenstärke). Bei 5m Raumhöhe war die Höhe bis Gesimsekante 13,7m ( 2,5 x 5m Raumhöhe + 3x 0,4m Deckenstärke). Maximalhöhen bis Gesimsekante konnten nicht festgestellt werden.

Die Häuser im Währinger Cottage hatten damals 1-2 Wohneinheiten. Es kann nicht festgestellt werden, dass alle Häuser damals 4 bis 10 Wohnungen hatten. Es kann nicht festgestellt werden, dass 1870 im Cottage Häuser von zumindest 8 Wohneinheiten gebaut wurden. Für das Grundstück Cottagegasse 40, EZ 1456 des GB Währing ist im Lastenblatt eine Servitut zur Tagebuchzahl 17180/2001 eingetragen. Der Text entspricht nicht den Servituten ./B und ./C. Das Haus Cottagegasse 40 ist ein Neubau aus dem Jahr 2002 und hat ein Flachdach (siehe S. 23 ./F).

1887 gab es keine mehrgeschoßigen Dachbodenausbauten (Gutachten ON 81 AS 79). Ein in 2 Ebenen ausgebautes Dachgeschoß widerspricht dem Cottage-Charakter von 1887(Gutachtenserörterung ON 95 AS 164).

Der Wiener Cottage Verein besteht seit 14.3.1872 (./I). Im Jahr 1938 wurde er durch den Reichskommissar für die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich unter Aufhebung der Rechtspersönlichkeit in die Wohnwirtschaftsstelle in der Ostmark eingegliedert (./J). Mit Bescheiden der Sicherheitsdirektion Wien aus dem Jahr 1947 wurde die unter Auflösung der Rechtsper-

sönlichkeit erfolgte Eingliederung in die Wohnwirtschaftsstelle in der Ostmark entsprechend dem Verfassungsgesetz vom 21.7.1945 für die vereinrechtlichen Maßnahmen (Vereinsreorganisationsgesetz) plus Novellen) außer Kraft gesetzt (./K u. ./L).

Der Wiener Cottage Verein hat der Beklagten keine Zustimmung zur Errichtung des Gebäudes entsprechend den Baubewilligungen von 2004 oder 2006 erteilt.

Die EZ 2249 bestand schon vor 2003. Sie wurde nicht erst im Jahr 2003 abgeteilt. Im Bescheid ./5 vom 13.5.2003 wird der Grundsteuernkataster hinsichtlich des Grundstückes 1238 der KG Währing (01514), dem klagsgegenständlichen Grundstück, in den Grenzkataster umgewandelt.

Außerstreit steht nun (AS 415), dass die gegenständliche Servitut meint, dass ein Erdgeschoß samt zwei darüberliegenden Stockwerken und ein ausgebautes Dachgeschoß errichtet werden darf.

#### Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den in Klammer angeführten Beweismitteln, insbesondere den dort angeführten Urkunden. Die Übereinstimmung der im Lastenblatt der EZ 2249 angeführten Dienstbarkeiten mit den Verträgen ./B und ./C ist gegeben. Auf der ./C bei der vermutlichen Tagebuchzahl handschriftlich 86 statt 87 steht, mag zwar verwundern, es handelt sich aber um ein Verschreiben; immerhin wurde bei Anfrage zu dieser Tagebuchzahl vom Wiener Stadt und Landesarchiv genau dieser Vertrag vorgelegt. Auch dass zu der Dienstbarkeit LNr. 2 das Datum 7.6. steht und im Vertrag ./B

2.6. mag auf einen Fehler bei den Grundbuchsumstellungen und Umschreibung, Übertragungen zurückzuführen sein, dies in doch immerhin 120 Jahren. Aufgrund der anderen Übereinstimmungen und auch der Pläne ./O und der Erklärung ./P konnte die Übereinstimmung festgestellt werden.

Das Gericht folgte den Zweifeln der Beklagten nicht. Es ergibt sich aus der ./F, dem Buch von Heidi Brunnbauer, was damals unter einem Familienhaus zu verstehen war, nämlich ein Haus für ein bis zwei Familien. Wie viele Stockwerke die Häuser damals hatten ergibt sich ebenfalls aus diesem Buch, in dem bei der Beschreibung der einzelnen Häuser jeweils angeführt ist welche Stockwerke vorhanden sind und welche Räume dort eingerichtet sind. Dass das von der Beklagten geplante Haus nicht so aussieht wie die Häuser die um 1880 dort gebaut wurden, ergibt sich aus einem rein optischen Vergleich des Planes ./U mit den Bildern und Plänen in dem Buch ./F.

Dass der Wiener Cottage Verein keine Zustimmung erteilt hat, ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Dr. Engin-Deniz, der glaubwürdig und nachvollziehbar schildert, dass er mit Kelemen im Gespräch war, es aber zu keiner Vereinbarung oder Zustimmung kam. Auch der Zeuge Kelemen sagt nicht aus, dass er Zustimmungserklärung vom Verein erlangt hatte.

Im Rechtsmittelverfahren hatte das OLG Wien die Feststellungen des Erstgerichts übernommen.

Dass nicht festgestellt werden kann, dass nun Wohnungen zusammengelegt wurden und es nur mehr 5 Wohneinheiten gibt, ergibt sich daraus, dass dazu keine Beweisergebnisse vorliegen.

Die Höhen bis Gesimsekante errechnete das Gericht anhand der Angaben des Sv im Gutachten. Der SV stellte jedoch die Rechnung mit 2,5 Geschoßebenen in der Erörterung nicht an. Dass Maximalhöhen bis Gesimsekante nicht festgestellt werden konnten, ergibt sich daraus, dass dazu Vorbringen und Beweisergebnisse fehlen.

Dass die Häuser im Währinger Cottage damals 1-2 Wohneinheiten hatten, ergibt sich aus dem Buch von Brunnbauer./F.

Dass nicht festgestellt werden kann, dass 1870 im Cottage Häuser von zumindest 8 Wohneinheiten gebaut wurden, ergibt sich auch aus der Gutachtensergänzung ON 99. Die Häuser Hasenauerstraße 48 und 50 sind zwei einzelne Häuser, die gekuppelt gebaut worden sind. Die Baubewilligung ist aus 1897. Beide haben ein Hochparterre, einen ersten Stock und ein Dachgeschoß. Sie hatten beide bei Errichtung keine 8 Wohneinheiten.

Einige weitere Feststellungen konnten auch aus dem Gutachten getroffen werden. Die Verweise dazu finden sich jeweils in Klammern angegeben.

Rechtlich folgt:

Die Auflösung des Wiener Cottage Verein 1938 wurde das Vereinsreorganisationsgesetz wieder außer Kraft gesetzt. Der Verein besteht daher seit seiner Gründung.

Ob die Beklagte dem Wiener Cottage Verein beigetreten ist oder nicht, ist unerheblich. Ob der Kläger im Bauverfahren Einwendungen erhoben hat oder Rechtsmittel ergriffen hat, ist für die Geltendmachung der Servitut unerheblich. Dafür, dass die Servitut durch das Inkrafttreten der Wiener Bauordnung erloschen ist,

konnte kein Anhaltspunkt gefunden werden. Dafür, dass dem Kläger im gegenständlichen Verfahren weder eine Partei- noch Beteiligtenstellung zukomme, sodass die aktive Antragslegitimation fehle, konnten keine Anhaltspunkte gefunden werden.

Der Kläger ist aus dem Vertrag ./C direkt berechtigt. Schon im ersten Rechtsgang stützte sich der Kläger auf den Vertrag ./C (siehe auch Vorbringen und Feststellungen dazu im Ersturteil).

Neben einer Beschränkung in der Höhe durch Angabe der Stockwerke finden sich in der Servitut auch Regelungen zur Bebauung des Grundstückes (freistehend, 2,5 m Bauwich) und zur Gewerbeausübung. Die Beschränkung auf zwei Stockwerke ist nach dem damaligen Verständnis (siehe auch ./F) nicht als reine Höhenbeschränkung zu verstehen sondern gibt auch eine gewisse Eigenart des Hauses vor (Cottagecharakter).

Da 2 Stockwerke hohe Wohnhäuser damals 1887 nurmax. drei Wohnebenen (2,5 Geschoßebenen) plus einem ausgebauten Dachgeschoss hatten, entspricht das Projekt nicht. Das Flachdach im mittleren Bereich und die Flachdächer mit Terrassen auf der Gartenseite entsprechen nicht der Eigenart der Bauwerke von damals. Das Projekt mit seinen 5 Wohnebenen Erdgeschoss, 1. u. 2. Stock und zwei ausgebaute Dachgeschosse, wobei die Dachgeschosse auf der Gartenseite Vollgeschosse nur im Straßenbereich teilweise eine geringe Dachschräge haben, entspricht nicht der Servitut ./C, höchstens 2 Stockwerke und auch nicht der Eigenart der damals gebauten Häuser. Aufgrund der im Grundbuch eingetragenen Servituten ist die beklagte Partei verpflichtet, die Ausführung des Hauses in der Form der genannten Baube-

willigungen zu unterlassen. Die Geltendmachung der Servitut ist nicht als Schikane zu werten. Den Cottage Verein trifft keine Gleichbehandlungspflicht. Es steht ihm frei zivilrechtliche Ansprüche gegen den einen geltend zu machen und gegen den anderen nicht. Die Servitut, die das Grundstück Cottagegasse 40 betrifft, ist anderslautend. Diesbezüglich kann also auch kein Vergleich angestellt werden. Es steht dem Verein frei, auch wenn er in der Vergangenheit nicht immer auf das Einhalten von Servituten bestanden haben sollte, (vielleicht auch im Sinne eines neuen Bewusstseins im Hinblick auf Ensemble-Schutz) seine Rechte geltend machen. Nur weil es zu ein paar (aus Sicht des Vereines) "Bausünden" gekommen ist, verliert der Verein nicht sein Recht sich auf die Servituten zu berufen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 ZPO.

Die klagende Partei hat mit ihrem Unterlassungsbegehren letztlich zur Gänze obsiegt und erhält daher ihre Kosten auf Basis der Kostennote des Klagevertreters, die aufgrund der Einwendungen des BV korrigiert wurde.

Der Überweisungsantrag vom 24.10.05 ON 3 diente zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Eigentlich wäre ja das LG für ZRS Wien zuständig gewesen und nicht das Handelsgericht, da es sich nicht um einen Anspruch aus einem Unternehmergegeschäft zwischen den Parteien handelt.

Der vorbereitende Schriftsatz vom 16.1.06 ON 5 wurde vor der ersten mündlichen Verhandlung erstattet, vorgetragen und diente zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung.

Die Urkunden vorlage vom 26.4.06 ON 10 wurde aufgetragen, ist allerdings nur mit TP1 zu honorieren.

Über die Kosten des Antrages auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung ON 15 wurde schon abgesprochen, daher keine Kosten mehr.

Der Schriftsatz vom 6.5.08 ON 37 diene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Er wurde nach den Entscheidungen des OLG und des OGH (Aufhebung ua zur Erörterung) erstattet und vorgetragen.

Die Anträge vom 10.6.08 ON 41 und 9.7.08 ON 45 dienten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Zuge der SV-Bestellung.

Der Ablehnungsantrag vom 17.7.08 diene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Der SV Geuder wurde bestellt (ON 44).

Der Schriftsatz vom 24.2.09 ON 64 diene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Er wies ausführlich und deutlich auf die Mängel des Gutachtens hin.

Der Schriftsatz vom 27.4.10 ON 84 wurde teilweise zurückgewiesen. Für die Einwendungen gebührt TP 2.

Vom Netto-Honorar des KV wurden daher 1.898,85 abgezogen. Das ergibt netto 21.292,70. Das sind brutto 25.551,24.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt.24, am 29.7. 2011

**Mag. Christa Puschmann**  
Richterin  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG: