



Fundstelle: ECLI:AT:OGH0002:2014:0030OB00093.14V.0723.000

**1. Unterlässt das Berufungsgericht - wie schon zuvor das Erstgericht - ein Abspielen von als Beweis zur Orts(un)üblichkeit iS des § 364 Abs 2 ABGB angebotenen 30 DVDs mit Hundegebell, belasten die Gerichte das (erst- und zweitinstanzliche) Verfahren mit einer in III. Instanz nicht zu behebender Mangelhaftigkeit.**

**2. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit erfordert nicht nur das Abspielen bloß einer DVD mit Videoaufzeichnungen der Lautäußerungen eines Hundes oder lediglich einzelner Passagen einer bestimmten DVD, sondern sämtlicher angebotener audiovisueller Beweismittel, sofern dies zur erschöpfenden Erörterung und gründlichen Beurteilung der Streitsache erforderlich ist.**

**2. Die nach § 275 ZPO vorzunehmende Beurteilung der Erheblichkeit eines angebotenen Beweises ist an seiner Bedeutung für die rechtliche Beurteilung des Gerichts zu messen, sie erlaubt aber keine vorgreifende Beweiswürdigung in dem Sinn, dass eine Beweisaufnahme abgelehnt wird, weil der Richter bloße Erwägungen darüber anstellt, ob der aufzunehmende Beweis voraussichtlich glaubhaft sein werde oder nicht.**

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie den Hofrat Univ.-Prof. Dr. Neumayr, die Hofrätin Dr. Lovrek und die Hofräte Dr. Jensik und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hubert Simon, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. R\*\*\*\*\*, 2. B\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Gruner & Pohle, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung nach § 364 Abs 2 ABGB, über die Revision der klagenden Partei gegen des Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgericht vom 26. September 2013, GZ 36 R 315/12h-55, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Floridsdorf vom 20. Juni 2012, GZ 26 C 104/10y-48, in der Hauptsache bestätigt wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Der Revision wird Folge gegeben. Das Berufungsurteil wird aufgehoben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zur Ergänzung des Berufungsverfahrens zurückverwiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

### **Begründung:**

Die Klägerin (als Eigentümerin einer mittelbar benachbarten Wohnliegenschaft) begehrt von der Erstbeklagten (als Eigentümerin der Wohnliegenschaft, auf der ihr Hund auch im Freien gehalten wird) und der Zweitbeklagten (als Eigentümerin eines Grundstücks, das an die Erstbeklagte als an ihre Wohnliegenschaft anschließender Garten verpachtet ist) die Unterlassung von Lärmimmissionen durch Hundegebell und/oder Hundejaulen, wozu sie für jede Beklagte ein Haupt- und Eventualbegehren formulierte. Sie brachte zusammengefasst vor, der Hund der Erstbeklagten terrorisiere seit dem Frühjahr 2009 die gesamte Nachbarschaft zu jeder Tages- und Nachtzeit durch Bellen wegen entlang des Zaunes sich vorbeibewegender Spaziergänger, Radfahrer und sonstiger Freizeitsportler sowie durch permanentes jaulendes Bellen und Heulen wegen Alleinlassens des Tiers. Im Jahr 2011 gestand die Klägerin eine Besserung der Situation in der Nacht zu, weil der Hund

offensichtlich in der Nacht im Haus gehalten werde. Untertags werde er aber an den Wochentagen regelmäßig allein gelassen und nicht artgerecht gehalten. Das Gebell und Geheul des Hundes sei auf der Liegenschaft der Klägerin störend für die Dauer von länger als zehn Minuten am Stück bzw länger als 30 Minuten am Tag wahrnehmbar. Der Zweitbeklagten sei es als Bestandgeberin möglich, auf das Verhalten der Erstbeklagten als Bestandnehmerin Einfluss zu nehmen; so stehe es ihr frei, den Pachtvertrag mit der Erstbeklagten ohne besonderes rechtliches Risiko zu beenden.

Die Beklagten bestritten vor allem die Ortsunüblichkeit des Hundegebells und einer Beeinträchtigung der Nutzung der Liegenschaft der Klägerin. Hundegebell und sämtliche von Hunden verursachten Geräusche sowie die mit Hunden in Zusammenhang stehenden Rufe und Ansprachen seien als typisch für den Charakter der streitgegenständlichen Umgebung prägend. Von der Klägerin initiierte Verwaltungsverfahren gegen die Erstbeklagte seien eingestellt worden. Sie provoziere den Hund, der ausgeglichen sei und arttypisches Verhalten zeige. Die Zweitbeklagte habe keine tatsächliche oder rechtliche Möglichkeit, die beanstandeten Lärmimmissionen zu steuern oder zu verhindern. Eine Aufkündigung des Pachtvertrags würde nichts an der behaupteten Immission ändern.

Das *Erstgericht* wies sämtliche Klagebegehren ab. Es traf umfangreiche Feststellungen zum Verhalten des Hundes der Erstbeklagten und anderer Hunde in der Nachbarschaft der Streitteile und schloss daraus, dass sich die vom Hund der Erstbeklagten verursachte Geräusentwicklung sowohl in ihrer Lautstärke als auch in ihrer Häufigkeit nicht von jener anderer Hunde in der Umgebung unterscheide. Die davon ausgehende Immission überschreite daher nicht die Ortsüblichkeit.

Das *Berufungsgericht* bestätigte das Ersturteil nach einer teilweisen Beweisergänzung, bewertete den Entscheidungsgegenstand mit 5.000 EUR, nicht jedoch 30.000 EUR übersteigend und erklärte die Revision - nachträglich - für zulässig. Auch angesichts der ergänzend getroffenen Feststellungen wurde die rechtliche Argumentation des Erstgerichts im Wesentlichen übernommen.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn der Klagestattgebung, in eventu auf Aufhebung und Zurückverweisung an die zweite Instanz.

Die Beklagten machen in ihrer Revisionsbeantwortung die Unzulässigkeit der Revision geltend und treten dieser auch inhaltlich entgegen. Weiters begehren sie die Berichtigung der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts.

Die *Revision* ist *zulässig* und im Sinn des eventualiter gestellten Aufhebungsantrags *berechtigt*, weil das Berufungsurteil an einer erheblichen Mangelhaftigkeit leidet.

1. Die Klägerin hat in erster Instanz mehr als 30 DVDs mit Videoaufzeichnungen der Lautäußerungen des Hundes der Erstbeklagten zum Beweis der vom Hund ausgehenden Lärmbelästigung vorgelegt, die bis auf die ersten zwölf, die mit Beilage ./B bezeichnet wurden, keine Bezeichnung erhielten. In diese wurde vom Erstgericht nur zum Teil Einsicht genommen.

Das Erstgericht begründete das bloß teilweise Abspielen im Wesentlichen damit, die DVDs würden mangels Unmittelbarkeit keine taugliche Grundlage für irgendwelche Feststellungen bieten. Zweifellos sei der Eindruck des Hörens zusammengeschnittener einzelner Bellsequenzen in maximaler Lautstärke in einem Verhandlungssaal gewaltig und geradezu unerträglich und geeignet, vorderhand eine exorbitante ortsunübliche beeinträchtigende unzumutbare Immission durch Hundegebell zu suggerieren. Es sei aber in keiner Weise klar, unter welchen Umständen diese Aufnahmen zustande gekommen seien; sie würden auch keine durchgehende Dokumentation beinhalten, sondern aus einer Vielzahl aneinander

gereihten Aufnahmen bestehen, sodass sie kein tatsächliches Bild der Wirklichkeit oder Ablauf eines Geschehens vermitteln könnten (Ersturteil S 44/45).

2. Die Klägerin rügte in ihrer Berufung die Abstandnahme vom vollständigen Abspielen aller DVDs als erheblichen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens. Dem gerügten Mangel kann die abstrakte Eignung, die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindert zu haben (*Zechner in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 503 ZPO Rz 123) nicht abgesprochen werden.

3. Das Berufungsgericht setzte sich dem entsprechend mit dieser Mängelrüge auseinander (S 6 bis 8), erachtete „insbesondere das Unterlassen des Abspielens der DVD“, die einen Vorfall vom 21. Oktober 2010 wiedergab, „als Mangelhaftigkeit des Verfahrens“ und spielte deshalb diese DVD ab; nach dem Hinweis des Klagevertreters in der Berufungsverhandlung, die Beweisführung der Klägerin stütze sich nicht nur auf die abgespielte DVD, spielte das Berufungsgericht weiters „vom Klagevertreter genannte Passagen der DVD vom 28. 11. 2009“ ab und traf auch dazu ergänzende Feststellungen (S 8 bis 12). Eine Begründung dafür, warum es der Berücksichtigung der übrigen, vom Erstgericht nicht abgespielten DVDs nicht bedürfe und darin der behauptete Verfahrensmangel nicht zu erblicken sei, enthält das Berufungsurteil allerdings nicht.

4. Die Revision rügt daher mit Recht einen Mangel des Berufungsurteils wegen der unterbliebenen vollständigen Befassung mit einer in der Berufung erhobenen Mängelrüge der Klägerin (vgl. RIS-Justiz RS0042963 [T9]; RS0040597). Das hat zur Folge, dass es - wegen deren mittelbarer Bekämpfung durch die nur zum Teil erledigte Mängelrüge - jedenfalls zum zeitlichen Ausmaß der Lautäußerungen des Hundes der Erstbeklagten an einer bindenden Feststellungsgrundlage und daher an einer ganz wesentlichen Beurteilungsgrundlage fehlt (RIS-Justiz RS0042163; *E, Kodek in Rechberger*<sup>4</sup> § 498 ZPO Rz 1), weshalb derzeit eine abschließende rechtliche Beurteilung ausgeschlossen ist. Das erfordert die Aufhebung des Berufungsurteils und die Zurückweisung der Rechtsache an das Berufungsgericht, das die vollständige Erledigung der Mängelrüge nachzuholen haben wird. Eine Auseinandersetzung mit den weiteren (materiell-rechtlichen) Argumenten der Revision erübrigt sich daher derzeit, zumal völlig unklar ist, welcher Sachverhalt einer späteren rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen sein wird.

5. Obwohl das Berufungsgericht ohnehin im Unterlassen des Abspielens aller DVDs in vollem Umfang eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens zu erblicken scheint (weil es sonst die auch nur teilweise Beweisergänzung für unerheblich erachtet hätte), sei klargestellt, dass in der Begründung des Erstgerichts eine unzulässige vorgegreifende Beweiswürdigung zu erblicken ist, weil eine Beweisaufnahme vorweg im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt wurde, der Beweis werde unergiebig sein (RIS-Justiz RS0043308). Schließlich ist das Berufungsgericht auf die in der Berufungsbeantwortung enthaltene Beweisrüge der Beklagten (S 5) hinzuweisen, die im Berufungsurteil nicht behandelt wurde.

„Zur Klarstellung sei weiters noch Folgendes kurz angemerkt:

Zur Begründung eines Unterlassungsanspruchs nach § 364 Abs 2 ABGB hat der Kläger sein Eigentumsrecht und die Einwirkung zu beweisen, der Beklagte hingegen die Zulässigkeit seiner Einwirkung (1 Ob 5/06a; RIS-Justiz RS0010474).

Der Unterlassungsanspruch wird durch zwei Elemente konkretisiert: Eine Unterlassungspflicht und die Gefahr, dass dieser Unterlassungspflicht zuwidergehandelt wird. Fehlt eines dieser Elemente, dann besteht kein Unterlassungsanspruch (RIS-Justiz RS0037660). Bei der Gefahr des Zuwiderhandelns ist zu unterscheiden, ob der zu einer bestimmten Unterlassung Verpflichtete bereits einmal zuwidergehandelt (Wiederholungsgefahr) oder ob er sich bisher rechtmäßig verhalten hat (Erstbegehungsgefahr). Im ersten Fall wird vermutet, dass er wieder zuwiderhandeln werde; im zweiten Fall muss das Zuwiderhandeln unmittelbar drohend bevorstehen (RIS-Justiz RS0037661 [T5]). Ob ein Unterlassungsbegehren berechtigt ist, hängt nicht davon ab, ob sich

der Beklagte im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz rechtswidrig verhält, sondern es kommt allein darauf an, ob die Gefahr künftiger Rechtsverletzungen (iSd Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr) besteht. Dass das Verhalten des Beklagten bei Schluss der Verhandlung erster Instanz rechtmäßig war, hat für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr keine Bedeutung, solange die Möglichkeit besteht, dass sich die Verhältnisse neuerlich ändern und das Verhalten dadurch wieder rechtswidrig wird (RIS-Justiz RS0114254 [T3 und T5]).

Ungebührlich störender Lärm liegt vor, wenn einerseits der Lärm nach Art bzw Intensität das Wohlbefinden normal empfindender Menschen zu beeinträchtigen geeignet ist und andererseits die Erregung eines solchen Lärms nicht dem beim Zusammenleben von Menschen gebotenen Verhalten entspricht, also jene Rücksichtnahme vermissen lässt, die die Umwelt erlangen kann. Dabei genügt es schon, dass die Lärmerregung objektiv, also von unbeteiligten Personen als störend und ungebührlich empfunden zu werden geeignet ist (RIS-Justiz RS0037198). Soweit es um die Lärmerregung zur Nachtzeit geht, kommt für die Beurteilung der ortsüblichen Immissionen auch den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Erregung störenden Lärms entgegenwirken sollen, wesentliche Bedeutung zu; im Regelfall kann nicht angenommen werden, dass die Erregung (hier die Nachtruhe) störenden Lärms das den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß nicht überschreitet und die ortsübliche Benutzung einer Wohnung nicht beeinträchtigt, wenn sie nach den einschlägigen polizeilichen Vorschriften verboten und mit Strafe bedroht ist (RIS-Justiz RS0037188). In der Zeit von 22 bis 6 Uhr, in der die Bevölkerung vorwiegend Nachtruhe in Anspruch nimmt, sind selbst mit der üblichen Benützung der Räume verbundene lärmeregende Verrichtungen zu unterlassen, sofern sie wegen der beruflichen Tätigkeit des Verursachers nur zu einer Zeit vorgenommen werden könnten, zu der die übrigen Hausbewohner nach allgemeinem Brauch Anspruch auf Ruhe haben (RIS-Justiz RS0037207).

6. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO. Die Aufhebung des Berufungsurteils einschließlich der Kostenentscheidung erübrigt eine Befassung mit dem Berichtigungsantrag in der Revisionsbeantwortung.

## ***Anmerkung\****

### **I. Das Problem**

Den Anlass des vorliegenden Nachbarschaftsstreits bildete lautes Hundegebell, das die Klägerin als unerträglich empfand und daher die beiden Beklagten nach § 364 Abs 2 ABGB wegen Geräuscheinwirkungen, die das nach den örtlichen Verhältnissen gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsüblich Benutzung des eigenen Grundstücks wesentlich beeinträchtigten. Zum Beweis der Ortsunüblichkeit legte die Klägerin bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren insgesamt 30 DVDs mit Videoaufzeichnungen der Lautäußerungen des Hundes der Beklagten vor. Daraus wäre ersichtlich, dass der Hund seit dem Frühjahr 2009 die gesamte Nachbarschaft zu jeder Tages- und Nachtzeit durch Bellen wegen entlang des Zaunes sich vorbeibewegender Spaziergänger, Radfahrer und sonstiger Freizeitsportler sowie durch permanentes jaulendes Bellen und Heulen wegen Alleinlassens des Tiers terrorisierte.

---

\* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); gerichtlich beedeter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Das Erstgericht wies die Unterlassungsklage ab; das Berufungsgericht bestätigte, nachdem es eine teilweise Beweiswiederholung durchgeführt hatte. Es nahm vom vollständigen Abspielen aller DVDs Abstand und begnügte sich in Ergänzung des vom Erstgericht bloß passagenhaft angehörten Aufzeichnungen damit, eine (weitere) DVD zum Verhalten des Hundes anzusehen.

Aufgrund der vom Berufungsgericht nachträglich zugelassenen Revision der Klägerin befasste sich das Höchstgericht mit der Frage nach der prozessualen Behandlung von audiovisuellen Medien (Bild- und Tonträgern) als Beweismittel.

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Rechtssache an das Berufungsgericht zur Ergänzung des Verfahrens zurück. Das bloß auszugsweise Abspielen der als Beweismittel tauglichen 30 DVDs verletzte das prozessuale Unmittelbarkeitsprinzip. Insoweit blieb das Gerichtsverfahren in wesentlichen Teilen mangelhaft.

## III. Kritische Würdigung und Ausblick

Der vorliegenden Entscheidungen ist schon aus rechtsstaatlichen Überlegungen zuzustimmen. Hat die klagende Partei Beweismittel, über die sie legalerweise verfügt, für das Prozessgericht aufbereitet und ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt,<sup>1</sup> so ist kein durch Art 47 GRC gedeckter Rechtsgrund zu erkennen, die Beweisaufnahme lediglich auf eine verschwindend geringe, letztlich bloß willkürliche Auswahl der vorliegenden Bild- und Tonträger zu beschränken. Gerade im konkreten Fall kommt der zeitlichen Dauer und damit nachbarlichen Belastung der Lärmimmissionen erhebliche Bedeutung zu.

Der aufmerksame Rechtsanwender erkennt freilich, dass eine mit den Parteien zu erörternde, wohl begründete Auswahl von „besonders beweiskräftigen“ DVDs durchaus geeignet gewesen wäre, den drohenden Verfahrensmangel zu vermeiden. Allein das Berufungsgericht hat es überhaupt verabsäumt, eine Begründung dafür zugeben, warum es der Berücksichtigung der übrigen, vom Erstgericht nicht abgespielten DVDs nicht bedürfe und darin der behauptete Verfahrensmangel nicht zu erblicken sei.

Bemerkenswert sind auch die sehr klaren und präzisen Vorgaben des Höchstgerichts für nachbarschaftsrechtliche Unterlassungsklagen gegen ungebührlichen Lärm. Die deutlichen Ausführungen können durchaus zaghafte Erstrichtern als nachahmenswertes Prozessprogramm dienen und unterscheiden – höchst feinsinnig – zwischen Geräuscentwicklungen unter Tags und in der Nacht, wobei letztere schon rechtlich strenger zu bewerten sind: „In der Zeit von 22 bis 6 Uhr, in der die Bevölkerung vorwiegend Nachtruhe in Anspruch nimmt, sind selbst mit der üblichen Benützung der Räume verbundene lärmeregende Verrichtungen zu unterlassen, sofern sie wegen der beruflichen Tätigkeit des Verursachers nur zu einer Zeit vorgenommen werden könnten, zu der die übrigen Hausbewohner nach allgemeinem Brauch Anspruch auf Ruhe haben“.<sup>2</sup>

**Ausblick:** Die vorliegende Entscheidung entfaltet ihre praktischen Auswirkungen auch in EDV-Prozessen oder in sonstigen IT-Rechtsstreitigkeiten, wo es entscheidend darauf ankommt, audiovisuelle Internet-Sachverhalte darzulegen. Das Abspielen und Ansehen von vorgelegten Datenträgern zB um technische Vorgänge, Urheberrechtsverletzungen, Online-Werbungen oder allfällige markenverletzende Darbietungen ersichtlich zu machen, sollte zum

---

<sup>1</sup> Vgl. zB zu heimlichen Tonaufzeichnungen die Transkript-Judikatur OGH 24.2.2010, 3 Ob 16/10i, Zak 2010/343, 198 = ecollex 2010/277, 769 = jusIT 2010/100, 204 (*Thiele*); 29.1.2008, 1 Ob 172/07m, ÖJZ-LS 2008/38 = ecollex 2008/223, 627 = JB1 2008, 722 = Zak 2008/282, 159 = RdW 2008/493, 525 = RZ 2008/EÜ 326, 255 = jusIT 2008/61, 135 (*Thiele*) = MR 2008, 242 = MietSlg 60.668 = SZ 2008/15 = HS 39.392.

<sup>2</sup> So bereits OGH 29.8.1994, 1 Ob 594/94, SZ 67/138.

Standardrepertoire jedes mit IT-/IP-Rechtsmaterien befassten Entscheidungsträgern gehören. Dass es dabei nicht an fehlenden technischen Gerät oder faktischen Abspielmöglichkeiten scheitern darf, dafür sollte der Prozessanwalt sorgen.

#### **IV. Zusammenfassung**

Bietet der Kläger zum Beweis der Ortsunüblichkeit von lautem Hundegebell aus Nachbars Garten insgesamt 30 DVDs mit Videoaufzeichnungen der Lautäußerungen des Hundes der Beklagten an, dürfen sich die Gerichte nicht damit begnügen nur ein oder zwei DVDs passagenhaft in der Verhandlung abzuspielen, wollen sie Verfahrensfehler vermeiden.