

# mitRECHT

Jänner 2022

25. Jahrgang

## Zu geringer Verkehrswert

Wer haftet?



Foto: Flickr/Tim Reckmann

Klientenzeitschrift der Rechtsanwaltskanzlei

Hajek | Boss | Wagner

---



Partner von Eurojuris International,  
EU-weite Kooperation von  
Rechtsanwälten

# Liebe Klientinnen und Klienten!

**EDITORIAL. Mehr denn je beschäftigt uns das Thema Datenschutz auch in der Arbeitswelt. Darf mein Arbeitgeber mein Bild auf der Firmenhomepage veröffentlichen? Kann man eine gewährte Einwilligung dazu widerrufen?**

Auch aufgrund der bestehenden Covid-19 Pandemie ergeben sich zahlreiche Fragen zum Datenschutz: Darf der Arbeitgeber den 3G-Status überprüfen? Darf er meinen Impfstatus erheben?

Personenbezogene Daten dürfen im Allgemeinen nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn eine rechtliche Vorschrift dies gestattet, anordnet oder der Betroffene dem Vorgang zugestimmt hat. Daten, welche für die Aufnahme, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig sind, dürfen vom Arbeitgeber jedenfalls verarbeitet werden. Scheidet ein Mitarbeiter aus dem Unternehmen aus, sind jene Daten, die das Unternehmen nicht mehr benötigt und für die es keine gesetzliche Aufbewahrungsfrist gibt, zu löschen. Umgekehrt sind Arbeitnehmer verpflichtet, die ihnen ausschließlich aufgrund der Beschäftigung anvertrauten bzw. zugänglich gemachten Daten geheim zu halten. Die Geheimhaltungspflicht endet grundsätzlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, außer eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag sieht Gegenteiliges vor.

Sofern die Verwendung von Mitarbeiterfotos nicht durch berechnete Interessen des Arbeitgebers gedeckt ist, bedarf es zur Veröffentlichung (z.B. Firmenhomepage) der Einwilligung der betroffenen Person. Dieses Erfordernis resultiert ei-

nerseits aus dem Datenschutz, andererseits auch aus dem Recht am eigenen Bild. Nach erfolgter Zustimmung hat der/die MitarbeiterIn jederzeit die Möglichkeit, die Einwilligung zu widerrufen und die Löschung des Bildes zu fordern. Über diese Rechte muss der Arbeitgeber die MitarbeiterInnen vorab auch aufklären.

Auch im Zusammenhang mit den verordneten COVID19-Maßnahmen ergeben sich zahlreiche datenschutzrechtliche Fragen. Dies insbesondere in Bezug auf die Überprüfung des 3G-Status und den Impfstatus eines Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber ist zur Kontrolle des 3G-Nachweises am Arbeitsplatz verpflichtet, er darf daher Name, Geburtsdatum, Gültigkeitsdauer und den QR-Code erheben, ansonsten sich der Arbeitgeber strafbar machen würde. Weder die 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung noch das COVID-19 Maßnahmen-gesetz sehen allerdings Bestimmungen vor, die dem Arbeitgeber das Speichern der erhobenen persönlichen Daten erlauben.

Nach Ansicht der Datenschutzbehörde ist man grundsätzlich auch nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber den Impfstatus mitzuteilen. Die Gesundheitsdaten von MitarbeiterInnen gelten als sensible Daten und sind daher besonders geschützt. Gegenteiliges kann sich aber ergeben, wenn man im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit Kontakt mit besonders vulnerablen Personengruppen (z.B. Gesundheits- und Pflegeberufe) hat. Im Allgemeinen kann auch niemand dazu verpflichtet werden, bei einem Vorstellungsgespräch über den Impfstatus Auskunft zu geben. Tut man dies aber doch, ist man zur wahrheitsgemäßen Angabe verpflichtet.

Rechtsprechung gibt es bisher gerade im Zusammenhang mit den Covid19-Maßnahmen kaum. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Höchstgerichte und auch die Datenschutzbehörde in allfälligen anhängigen Verfahren entscheiden.



*Dr. Peter W. Hajek*

**Hajek Boss  
Wagner Rosenich  
RechtsanwältInnen OG**

Mag. Michael Wagner  
Dr. Peter W. Hajek, MBA  
Mag. Petra Rosenich

7000 Eisenstadt,  
Blumengasse 5,  
Tel. 0 26 82/62 7 40 und 63  
1 08,  
Fax 0 26 82/63 1 08-8  
E-Mail:  
eisenstadt@hbw.co.at  
www.hbw.co.at

7100 Neusiedl am See,  
Untere Hauptstraße 104,  
Tel. 02167/3503,  
Fax 02167/3503-3  
E-Mail:  
neusiedl@hbw.co.at  
www.hbw.co.at

2700 Wr. Neustadt,  
Neue Welt-Gasse 32F,  
Tel. 02622/82174  
Fax 02622/82174  
E-Mail: wrneustadt@  
hbw.co.at  
www.hbw.co.at  
(Sprechstelle)

## WAS SIE WISSEN MÜSSEN

## 3 Rechts-Tipps aus Ihrer Kanzlei

### 1. Wann endet ein Dienstverhältnis?

Für die Befristung eines Dienstverhältnisses ist es ausreichend, wenn der Zeitpunkt der Beendigung objektiv bestimmbar oder vorhersehbar ist. Das „Saisonende“ bzw. „Ende der Wintersaison“ ist ein objektives Ereignis, das unabhängig vom Willen der Parteien eintritt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dieses Ereignis auf Witterungsverhältnisse oder beispielsweise auf eine behördliche Schließung aufgrund der Covid-19-Pandemie zurückzuführen ist.

### 2. Ist ein Vertragsrücktritt möglich?

Bei Vorliegen eines behebbaren Mangels trifft den gewährleistungsberechtigten Verbraucher die Obliegenheit, dem Unternehmer die Überprüfung des behaupteten Mangels zu ermöglichen. Dazu kann der Unternehmer verlangen, dass ihm der Verbraucher, wenn es für diesen tunlich ist, die Sache übersendet. Verweigert der Verbraucher die Übersendung oder auch die angebotene Abholung durch den Unternehmer, so liegt darin keine Verweigerung des Verbesserungsanspruchs, die den Verbraucher zu einem Vertragsrücktritts berechtigen würde.

### 3. Müssen Wohnungen mit einer Klimaanlage nachgerüstet werden?

Will ein Mieter wesentliche Einbauten in seinem Objekt vornehmen, so müssen diese der Verkehrsüblichkeit entsprechen. Dazu gehören



jedenfalls Maßnahmen zur Senkung des Energieverbrauchs. Die Errichtung einer Außenklimaanlage gehört jedoch nicht dazu. Selbst in Anbetracht der vom Gericht als notorisch angesehenen „Erderwärmung“ kann nicht zwingend abgeleitet werden, dass Wohnungen, die noch bis in jüngster Zeit ohne technische Ausstattung zur Klimatisierung errichtet worden sind, klimatisch nachgerüstet werden müssten, um zu Wohnzwecken geeignet zu bleiben.

**Dienstende „am Saisonende“: Reicht diese Angabe?**

Foto: flickr/Chris Bloo

## Inhalt

IMMOBILIENRECHT. Zu geringer Verkehrswert – wer haftet?

Seite 4

MIETRECHT. Mietzinsminderung wegen Covid-19

Seite 5

ARBEITSRECHT. Kündigung infolge Verweigerung eines Covid-19 Tests

Seite 6

WIRTSCHAFTSRECHT. Geschäftsgeheimnis-schutz in der Praxis – ein Überblick

Seite 6

SCHADENERSATZRECHT. Unfallbedingter Entfall von Pflegeleistung als Erwerbsschaden

Seite 8

ZIVILRECHT. Sperre zu Recht? – Servitutsweg durch Bauarbeiten beeinträchtigt

Seite 9

VERGABERECHT. Green Public Procurement – Nachhaltigkeit und öffentliche Beschaffung

Seite 10

ARBEITSRECHT. Wer die Kosten bei interner Untersuchung tragen muss

Seite 10



**Ohne Test wurde gekündigt. Zu recht?**

Foto: Flickr/7Co

# Zu geringer Verkehrswert – wer haftet?

**IMMOBILIENRECHT.** Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung trifft Vertragsparteien eine Aufklärungspflicht zu geschäftsrelevanten Umständen. Für Immobilienmakler ist eine solche Aufklärungspflicht im Gesetz nicht explizit normiert, sondern wird diese einerseits aus der Benachrichtigungspflicht des § 3 Abs 3 Maklergesetz (MaklerG) und andererseits aus § 30b Konsumentenschutzgesetz (KSchG) abgeleitet.

Gemäß § 3 Abs 3 MaklerG besteht zwischen dem Makler und dem Auftraggeber eine Verpflichtung, sich wechselseitig über die erforderlichen geschäftsrelevanten Umstände zu informieren. Diese Pflicht hat den Zweck, den Informationsaustausch zwischen Auftraggeber und Makler zu gewährleisten. § 30b Abs 2 KSchG verpflichtet den Immobilienmakler, dem Auftraggeber alle erforderlichen Umstände, die für die Beurteilung des zu vermittelnden Geschäfts wesentlich

*Der Makler gilt als Sachverständiger. Es wird daher von ihm erwartet, dass er über einschlägige Problematiken Bescheid weiß und richtige Auskünfte erteilt.*

Foto: Flickr/Tim Reckmann

sind, bekanntzugeben. Der Makler gilt als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB. Es wird daher von ihm erwartet, dass er über einschlägige Problematiken Bescheid weiß und richtige Auskünfte erteilt.

Nunmehr hat der Oberste Gerichtshof (6 Ob 115/21m) die Verpflichtungen des Immobilienmaklers im Zusammenhang mit der Beratung zur Höhe des Kaufpreises konkretisiert.

Ein Verkäufer beauftragte einen Immobilienmakler mit dem Verkauf zweier Wohnungen, wobei es dem Verkäufer nicht wichtig war, rasch, sondern zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen. Der Verkäufer teilte dem Immobilienmakler mit, zumindest einen Verkaufspreis von rund 1 Million für beide Wohnungen erzielen zu wollen.

Unter Berufung auf sein Expertenwissen gab der Immobilienmakler gegenüber seinem Auftraggeber einen von dessen Preisvorstellungen abweichenden niedrigeren Betrag als „realistischen Preis“ bekannt, ohne zuvor nachvollziehbare Überlegungen zum Wert anzustellen sowie auf eine Schätzungsbandbreite hinzuweisen. Der Immobilienmakler erklärte dem Verkäufer, dass der realistische und daher richtige Preis für beide Wohnungen bei rund 780.000 Euro läge. Letztendlich verkaufte der Verkäufer seine beiden Wohnungen aufgrund der Einschätzung des Immobilienmaklers um 790.000 Euro. Später wur-



de der Verkäufer misstrauisch und ließ die zwei Wohnungen schätzen. Der Gutachter bewertete die beiden Wohnungen mit 1.018.000 Euro. Der Verkäufer klagte daraufhin den Makler auf den entstandenen Schaden in Höhe von 228.000 Euro und bekam Recht.

Der Oberste Gerichtshof führte in seiner Entscheidung aus, dass es auf die nach der österreichischen Literatur anerkannten Schwankungsbreite von +/- 15 % bei Liegenschaftsbewertungen für eine Haftung des Immobilienmaklers gar nicht ankommt. Der Immobilienmakler haftet für den Vertrauensschaden bereits dann, wenn er seinem Auftraggeber gegenüber einen konkreten „realistischen Verkaufspreis“ nennt

der aber vom tatsächlichen Verkehrswert zum Nachteil des Auftraggebers abweicht, ohne zuvor nachvollziehbare Überlegungen zum Wert anzustellen und auf eine bestehende Schätzungsbandbreite hinzuweisen.

Beim konkret zu beurteilenden Sachverhalt betrug die Differenz des tatsächlichen Verkehrswertes zum vom Immobilienmakler angegebenen „realistischen Verkehrswert“ der Wohnungen mehr als 15 Prozent. Der Oberste Gerichtshof hat sich allerdings – mangels Relevanz für den zu beurteilenden Sachverhalt – nicht zahlenmäßig festgelegt, ab welcher Differenz ein Sorgfaltsverstoß vorliegt. Dies ist daher stets anhand der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.

## Mietzinsminderung wegen Covid-19

MIETRECHT. Es liegt nun die erste Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (3 Ob 78/21y) zur Frage allfälliger Mietzinsminderung wegen Betriebsschließungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Schließungsverordnung vor.

Die Mieterin betrieb in einem dem Mietrechtsgesetz unterliegenden Objekt ein Sonnenstudio. Aufgrund der Ankündigung der behördlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie schaltete sie Mitte März 2020 im Geschäftslokal Heizung und Strom sowie sämtliche Geräte ab, nahm ihren Computer mit und hielt sich in der Folge bis Mitte Mai 2020 an die Ausgangsbeschränkungen und war nicht mehr im Geschäftslokal. Die Sonnenbetten und einige dekorative Gegenstände beließ sie im Lokal. Sie verrichtete im April 2020 auch keine administrativen Tätigkeiten im Mietobjekt. Am 1. April 2020 schrieb sie dem Vermieter, dass sie aufgrund des Betretungsverbotes ihr Mietobjekt nicht benutzen könne und deswegen auch keinen Miet- und Pachtzins zu entrichten habe.

Der Vermieter brachte daraufhin eine Räumungsklage wegen Nichtbezahlung des Zinses ein und argumentierte, dass es nach verschiedenen Meinungen auf juristischen Plattformen bei Geschäftsraummieten zu keiner vollständigen Mietzinsbefreiung komme, die Mieterin sei jedenfalls verpflichtet gewesen, die Betriebs- und Heizkostenakonti zu zahlen und darüber hinaus hätte die Mieterin vom Bund Fixkostenzuschüsse in Höhe von 75 Prozent der Miete erhalten. Eine Nutzung des Mietobjektes sei jedenfalls dadurch erfolgt, dass die Sonnenliegen dort weiterhin gestanden seien.

Der Oberste Gerichtshof gab der Klage (sowie auch die Vorinstanzen) nicht statt und führte Folgendes aus: Die am 16. März 2020 in Kraft getretene Covid-19-Schließungsverordnung untersage das Betreten des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen. Da Solarstudios nicht unter die Ausnahmen vom Betretungsverbot fielen, galt

für das Mietobjekt daher ein uneingeschränktes behördliches Betretungsverbot.

Die Covid-19-Pandemie ist eine Seuche. Darunter versteht man eine Infektionskrankheit, die in Folge ihrer großen Verbreitung und der Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt. Diese Definition treffe unzweifelhaft auf Covid-19 zu. Die Mieterin konnte im April 2020 das Geschäftslokal auch nicht teilweise nutzen, das Stehenbleiben der Solarliegen im Raum stelle keine auch nur teilweise Nutzung zum vertraglich vereinbarten Zweck dar.

Die Mieterin braucht daher für den Zeitraum der Betriebsschließung keinen Mietzins zu bezahlen.

Einige wesentliche Fragen hat der Oberste Gerichtshof in diesem Erkenntnis leider nicht beantwortet. So insbesondere die Frage, was sich bei einer zumindestens teilweisen Nutzung des Bestandobjektes ergibt und in welchem Ausmaß dann der Mietzins zu reduzieren ist. Auch die Frage der Anrechenbarkeit des Fixkostenzuschusses wurde vom OGH nicht geklärt, weil der Fixkostenzuschuss im April 2020 noch gar nicht in Kraft getreten war. Aus diesem Grund musste die Klägerin auch einen möglicherweise in Zukunft anfallenden Fixkostenzuschuss nicht zur (teilweisen) Bezahlung des Mietzinses verwenden.

Ob bei vollständiger Betriebsschließung der Mieter nur den Mietzins oder auch die Betriebskosten reduzieren kann (diese Frage wurde bisher in der Lehre unterschiedlich beantwortet) ließ der OGH ebenfalls offen, weil im gegenständlichen Fall die Mieterin Heizung und Strom abschaltete und daher verbrauchsabhängige Kosten (nur diese hatte die Mieterin zu ersetzen) nicht angefallen sein konnten. Aber immerhin ist nun oberstgerichtlich geklärt, dass die Covid-19-Pandemie eine Seuche im Sinn des § 1104 ABGB darstellt und eine behördliche Betriebsschließung aus diesem Grund daher grundsätzlich zur Minderung des Mietzinses berechtigt.



**„Immerhin ist nun oberstgerichtlich geklärt, dass die Covid-19-Pandemie eine Seuche im Sinn des § 1104 ABGB darstellt und eine behördliche Betriebsschließung daher grundsätzlich zur Minderung des Mietzinses berechtigt.“**

# Kündigung infolge Verweigerung eines Covid-19 Tests

**ARBEITSRECHT.** Der OGH hat entschieden, dass die Kündigung eines Arbeitnehmers in einem Alten- und Pflegeheim gerechtfertigt ist, wenn dieser ohne besondere gesundheitliche Gründe die vom Arbeitgeber finanzierten wöchentlichen Tests auf eine allfällige Infektion mit SARS Cov 2 verweigert (8 ObA 42/21s).

Der Kläger war im Pflegeheim der beklagten Arbeitgeberin als Diplomkrankenschwester beschäftigt. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers. Ausschlaggebend dafür war die Weigerung des Klägers, sich entsprechend einer Weisung der Arbeitgeberin wöchentlich (auf Kosten der Arbeitgeberin) einem Antigen-Test oder einer molekularbiologischen Testung („PCR Test“) auf eine allfällige COVID19-Infektion zu unterziehen. Die Arbeitgeberin rechtfertigte die Testpflicht mit den damals geltenden Regelungen der COVID 19 Notmaßnahmenverordnung (in der Fassung BGBl II 2020/479). Diese ordneten an, dass Mitarbeiter in Alten- oder Pflegeheimen nur arbeiten dürfen, wenn sie durchgehend eine entsprechende Maske tragen und zusätzlich wöchentlich einen Antigen- oder PCR Test mit negativem Testergebnis vorweisen.

Der Kläger begehrte die Unwirksamkeit der Kündigung mit der Behauptung, es bestehe keine Testpflicht für gesunde Arbeitnehmer, zumal die Verpflichtung zur Duldung von solchen Eingriffen in seine physische und psychische Gesundheit gegen seinen Willen grundrechtswidrig sei. Da er die Testungen folglich berechtigt verweigert habe, liege der Arbeitgeberkündigung ein sogenanntes verpöntes Motiv zugrunde, das die Anfechtung der Kündigung rechtfertigt. Die Kündigung sei unzulässig gewesen, zumal sie wegen einer offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer erfolgt sei (§ 105 Abs 3 Z 1 Arbeitsverfassungsgesetz, ArbVG); vom Schutzzweck dieser Bestimmung sei auch ein Anspruch auf Wahrung der Rechtsposition des Arbeitnehmers aus dem bestehenden Arbeits-



*„Der OGH stellt klar, dass auch verfassungswidrige Normen bis zur allfälligen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof rechtsverbindlich sind.“*

verhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst, wovon auch eine Verpflichtung zur Teilnahme an Testungen falle. Darüber hinaus sah der Kläger die Bestimmung in § 10 Absatz 4 COVID 19 Notmaßnahmenverordnung (COVID-19-NotMVo) als verfassungswidrig an.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es begründete seine Entscheidung damit, dass die Arbeitgeberin aufgrund einer gesetzlichen Pflicht gehandelt habe, deren Einhaltung zur Ausübung der Tätigkeit des Klägers im Betrieb des Pflegeheims zum damaligen Zeitpunkt notwendig war. Der OGH bestätigte die darauffolgende Entscheidung des Berufungsgerichts, der zufolge der Kündigungsanfechtung nicht stattzugeben sei. Der OGH stellte klar, dass auch verfassungswidrige Normen bis zur allfälligen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof (VfGH) rechtsverbindlich sind, sodass die Kündigungsanfechtung vor diesem Hintergrund nicht berechtigt sei. Ein grundrechtlicher Schutz der körperlichen Unver-

## Geschäftsgeheim

**WIRTSCHAFTSRECHT.** Jeder Unternehmer hat sie und möchte sie schützen – Geschäftsgeheimnisse. Sie sind in vielen Branchen ein wesentlicher Schlüssel zum unternehmerischen Erfolg. Doch gerade der rechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen ließ bis vor wenigen Jahren zu wünschen übrig. Normiert war lediglich der Schutz geistigen Eigentums in Sondergesetzen, vor allem im Urheberrechtsgesetz sowie im Patent- und Markenschutzgesetz. Abgesehen davon wurde die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen bloß bei Erfüllung besonderer Tatbestandsvoraussetzungen strafrechtlich sanktioniert (§ 122 Strafgesetzbuch) oder konnte nur bei krassen Wettbewerbsverstößen rechtlich dagegen vorgegangen werden.

Der Unionsgesetzgeber hat den österreichischen Gesetzgeber erst mit der im Juni 2016 erlassenen „Know-how-Richtlinie“ verpflichtet, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zivilrechtlich zu regeln. Die Umsetzung der Richtlinie erfolgte schließlich Anfang 2019 durch eine Novelle des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Die in den §§ 26a bis 26j UWG normierten Sonderbestimmungen reichen von Begriffsbestimmungen über die Definition



sehrtheit des Arbeitnehmers könnte nur dann einen tauglichen Grund zur Verweigerung einer Testung begründen, wenn diese nicht zumutbar sei, zumal etwa gesundheitliche Gründe gegen die Durchführung von Antigen- oder PCR-Tests sprechen. Der Kläger konnte seine beharrliche Weigerung nicht ausreichend begründen, zumal er nur die Sinnhaftigkeit der Tests in Frage stellte. Nach Ansicht des OGH sei dies für eine erfolgreiche Kündigungsanfechtung nicht ausreichend, vielmehr sei die Arbeitgeberkündigung zulässig gewesen. Betreiber von Alten- und Pflegeheimen sind übrigens auch nach Maßgabe der aktuellen 5. COVID-19-SchutzmaßnahmenVO (BGBl II 2021/465) verpflichtet, nur Mitarbeitern Zutritt zu gewähren, die eine geringe epidemiologische Gefahr nachweisen (Genesung, bereits erfolgte Immunisierung durch Schutzimpfung; – sogenanntes „2G“ bzw. unter bestimmten Voraussetzungen auch ein negativer PCR-Test).

**Ohne Test wird gekündigt. Zu recht?**

Foto: Flickr/7Co

## nisschutz in der Praxis – ein Überblick

des rechtmäßigen und rechtswidrigen Erwerbs von Geschäftsgeheimnissen bis zur Regelung des Rechtsschutzes. § 26b UWG definiert das Geschäftsgeheimnis als eine geheime Information, die einen kommerziellen Wert hat und Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen ist. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage werden exemplarisch – jedoch sehr abstrakt – Know-how, Geschäftsinformationen sowie technologische und kaufmännische Informationen genannt. Dies lässt eine weite Interpretation des Schutzzumfangs von Geschäftsgeheimnissen zu. Nach dem Gesetzeswortlaut sind daher nur jene Informationen ausgenommen, die allgemein bekannt und leicht zugänglich sind. Infolge dieser weiten Begriffsdefinition stellen sich viele Fragen in der praktischen Anwendung. Der OGH vertrat in einer neueren Entscheidung ein restriktives Verständnis von allgemein zugänglichen Informationen (4 Ob 188/20f). So stellte der OGH etwa klar, dass es sich bei Konstruktionsplänen um geheime Informationen handelt, selbst wenn sie dem Stand der Technik entsprechen, jedoch dem durchschnittlichen Fachmann in der betreffenden Branche dennoch nicht alle

„

**„Sofern es rechtswidrig zum Erwerb, zur Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen kommt, können Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und bei Verschulden auch Schadenersatz geltend gemacht werden.“**

Details der Pläne aus öffentlichen Quellen zugänglich gewesen seien. Viele Einzelfallfragen in Zusammenhang mit dem Geschäftsgeheimnisschutz sind noch unbeantwortet und werden erst in den kommenden Jahren vom OGH geklärt werden. Praxisrelevant ist insbesondere die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen“, zumal nur entsprechend geheim gehaltene Informationen als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind. Den Erläuterungen zufolge sei die Angemessenheit von der Art des Geschäftsgeheimnisses sowie der Branche und Größe des Unternehmens abhängig; für Klein- und Mittelbetriebe sei ein geringerer Standard an Maßnahmen erforderlich.

Sofern es rechtswidrig zu Erwerb, Nutzung oder Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen kommt, können Ansprüche auf Beseitigung (etwa Vernichtung aller Unterlagen oder Datenträger), Unterlassung und bei Verschulden auch Schadenersatz geltend gemacht werden. Es wird sich in den kommenden Jahren weisen, ob der Geschäftsgeheimnisschutz auch praxistauglich ist oder sich infolge sperriger Begriffsdefinition aus dem Geschäftsalltag verabschiedet.

# Unfallbedingter Entfall von Pflegeleistung als Erwerbsschaden

**SCHADENSERSATZRECHT.** Der Oberste Gerichtshof (2 Ob 43/21v) hat einem Unfallgeschädigten Schadenersatz für jenen fiktiven Pflegeaufwand zuerkannt, den er infolge eines Verkehrsunfalls seinen pflegebedürftigen Eltern vorübergehend nicht erbringen konnte.

*Ein Kläger verlangte Ersatz für Pflegeleistungen, die er für seine Eltern infolge seiner Verletzung bei einem Verkehrsunfall für mehrere Monate nicht erbringen konnte.*

Foto: Flickr/Marco Verch

Im September 2018 wurde der Kläger bei einem Verkehrsunfall verletzt. Da seinen Unfallgegner das Alleinverschulden traf, verlangte er von dessen Versicherung Ersatz für Pflegeleistungen, die er für seine Eltern – welche nicht mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebten – infolge seiner Verletzung für mehrere Monate nicht erbringen konnte.

Der 90-jährige Vater des Klägers leidet an Demenz und Parkinson, die 86-jährige Mutter ist auf einen Rollstuhl angewiesen. Vor dem Unfall

war der (berufstätige) Kläger gemeinsam mit seiner Ehefrau im Durchschnitt 1,5 Stunden täglich bei seinen Eltern, um ihnen aus dem bzw. in das Bett zu helfen, sie an- und auszukleiden sowie ihnen Mahlzeiten zuzubereiten. Weiters half er bei der Körperpflege sowie diversen Hausarbeiten, besorgte Einkäufe und Behördengänge und kümmerte sich um die finanziellen Angelegenheiten. Der Kläger (und seine Ehefrau) sahen es als ihre sittliche Verpflichtung an, die Eltern des Klägers bestmöglich zu unterstützen. Die Eltern des Klägers hatten diesem im Jahr 2006 zwar das von ihnen nach wie vor bewohnte Einfamilienhaus übergeben, eine vertragliche Verpflichtung zur Erbringung von Pflegeleistungen durch den Kläger enthält der Übergabevertrag jedoch nicht.

Das Erstgericht wies das auf Abgeltung der erbrachten Pflegeleistungen gerichtete Klagebegehren ab. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der Kläger und seine Ehefrau die Leistungen freiwillig und ohne vertragliche Verpflichtung erbracht hätten. Zudem liege nur ein nicht ersatzfähiger Drittschaden vor, weil durch den Ent-





fall der Pflege nicht der Kläger, sondern dessen Eltern geschädigt seien. Das Berufungsgericht gab dem Begehren des Klägers hingegen statt, dies mit der Begründung, dass sehr wohl ein ersatzfähiger Erwerbsschaden des Klägers vorliege.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung und stellte klar, dass es sich bei dem vom Kläger geltend gemachten Schaden nicht um einen Drittschaden handelt, weil der im Verlust der Arbeitskraft bestehende Primärschaden ausschließlich beim Kläger selbst eingetreten ist. Die vom Kläger angenommene „sittliche Verpflichtung“ bildet im vorliegenden Fall eines Eltern-Kind-Verhältnisses einen hinreichenden Grund für den Zuspruch eines Erwerbsschadens. Dies deshalb, weil die in diesem eng umgrenz-

ten familienrechtlichen Verhältnis grundsätzlich bestehende Beistandspflicht gemäß § 137 Abs 1 ABGB der – von der beklagten Partei eingewendeten – Gefahr der Uferlosigkeit von Schadenersatzverpflichtungen entgegensteht.

Darüber hinaus steht der Umstand, dass die Eltern nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Kläger lebten, dem Zuspruch von Schadenersatz nicht entgegen. Vielmehr führt der Oberste Gerichtshof aus, dass die Bejahung des Anspruchs in dieser Konstellation sogar näher als im Fall einer bloßen Haushaltsgemeinschaft ohne eine auch familienrechtlich anerkannte Nahebeziehung liegt (in dem der Oberste Gerichtshof einen vergleichbaren Anspruch bereits zuerkannt hat).

## Sperre zu Recht? – Servitutsweg durch Bauarbeiten beeinträchtigt

**ZIVILRECHT.** In einer erst kürzlich veröffentlichten Entscheidung hatte der OGH zu klären, ob die Errichtung einer Wohnhausanlage allenfalls die mehrjährige Sperre eines angrenzenden Servitutswegs rechtfertigt (8 Ob 25/21s). Servituten (Dienstbarkeiten) sind beschränkte dingliche Nutzungsrechte an fremden Sachen (zB.: Geh- und Fahrrechte, Wohnrecht etc). Sie verpflichten den Eigentümer der dienenden Sache zu einer Duldung oder Unterlassung.

Im gegenständlichen Fall bestand entlang einer auf dem dienenden Grundstück verlaufenden Straße ein Geh- und Fahrrecht. Die Klägerin beabsichtigte, auf ihrem Grundstück eine Wohnanlage mit Tiefgarage zu errichten und wollte, weil sie den angrenzenden Straßengrund für die Bauführung benötigte, die Dienstbarkeitsstraße der Beklagten für ca. einhalb Jahre sperren. Sie beehrte die gerichtliche Feststellung, dass sie als Eigentümerin des dienenden Grundstücks zur vorübergehenden Beschränkung der Wegeservitut der Beklagten während der Bauarbeiten berechtigt sei.

Die Klägerin argumentierte, dass eine Interessenabwägung ergebe, dass die vorübergehende Beschränkung des Servituts zum Zwecke der Bauführung zu dulden sei. Es werde dann für die Beklagte nach Abschluss der Bauarbeiten wieder eine geeignete Zufahrtsmöglichkeit hergestellt. Überdies sei der Klägerin von der Gemeinde auch ein Sondergebrauchsrecht für die Bauführung an der im Bereich der Servitutsstraße der Beklagten liegenden öffentlichen Privatstraße eingeräumt worden. Schließlich sei das Verhalten der Beklagten, die ihre Zustimmung zur Servitutsbeschränkung verweigere, als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Die Beklagte ihrerseits argumentierte, dass die Ein-

griffe der Klägerin in das Servitutsrecht unzumutbar seien, zumal das Wegeservitut auch nach Abschluss der Bauarbeiten nicht mehr wie bisher ausgeübt werden könne.

Nach ständiger Rechtsprechung darf der Servitutsbelastete die Servitutsausübung ohne Zustimmung des Berechtigten nur beschränken, sofern die Rechtsausübung nicht ernstlich erschwert oder gefährdet wird. Der Berechtigte muss erhebliche oder unzumutbare Erschwerenisse der Servitutsausübung nicht dulden. Ob die Beschränkung allenfalls gerechtfertigt und vom Berechtigten zu dulden ist, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Im konkreten Fall waren sich die Gerichte bis hin zum OGH einig, dass eine vollständige Sperre des Servitutswegs für eineinhalb Jahre eine erhebliche Beeinträchtigung darstellt und unzumutbar ist. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass sich die Berechtigte allenfalls durch eine andere Zugangsmöglichkeit den gleichen Vorteil wie aus der Servitutsnutzung verschaffen könne. Weiters habe auch das der Klägerin von der Gemeinde gewährte Sondernutzungsrecht an der Servitutsstraße keine Auswirkung auf die privatrechtlichen Verpflichtungen der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten, die noch dazu am Verfahren zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis gar nicht beteiligt war.

Schließlich verneinte der OGH auch ein allfälliges rechtsmissbräuchliches Verhalten der Servitutsberechtigten. Dieses liege nur vor, wenn ein unlauteres Handlungsmotiv die zulässige Rechtsausübung überwiege. Die Rechtsausübung ist insbesondere dann unzulässig, wenn zwischen den Interessen des Handelnden und jenen des Beeinträchtigten ein „krasses Missverhältnis“ besteht. Die Klage wurde daher abgewiesen.



*„Nach ständiger Rechtsprechung darf der Servitutsbelastete die Servitutsausübung ohne Zustimmung des Berechtigten nur beschränken, sofern die Rechtsausübung nicht ernstlich erschwert oder gefährdet wird.“*

# Green Public Procurement – Nachhaltigkeit und öffentliche Beschaffung

**VERGABERECHT.** Der Klimawandel und seine Folgen sind in aller Munde, Stichwörter wie Nachhaltigkeit („sustainability“) oder Emissionsreduktion fallen im gleichen Atemzug. Die öffentliche Hand setzt alle Hebel in Bewegung, um der Privatwirtschaft im Zeichen des Klimaschutzes mit gutem Beispiel voranzugehen.

Im Rahmen der vergaberechtlich geregelten öffentlichen Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ist nachhaltige Beschaffung bereits gesetzlich determiniert, das Zauberwort lautet Green Public Procurement.

Dreh- und Angelpunkt einer nachhaltigen Beschaffung ist die gesetzliche Anordnung, im Vergabeverfahren auf die „Umweltgerechtigkeit“ der Leistung Bedacht zu nehmen (§ 20 Abs 5 Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018). Sollte das in der Ausschreibung nicht berücksichtigt sein, so ist diese anfechtbar. Um dem Grundsatz gerecht zu werden, kann der öffentliche Auftraggeber etwa ökologische- (zB.: Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) bzw. Tierschutzaspekte berücksichtigen, insbesondere etwa bei der Beschreibung der Leistung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der konkreten Zuschlagskriterien oder von Bedingungen im Leistungsvertrag. In diesem Zusammenhang spielt auch die Rechtsprechung des EuGH eine gewichtige Rolle, zumal dieser in mehreren Entscheidungen Kriterien definiert hat, die den Maßstab einer nachhaltigen Auftragsvergabe definieren (zB C-513/99 Concordia Bus Finnland): Nachhaltigkeitskriterien müssen einen Konnex zum Auftragsgegenstand vorweisen, dürfen zu keiner uneingeschränkten Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers führen, sind ausreichend bekanntzumachen und haben den grundlegenden Prinzipien

## Wer die Kosten bei interner Untersuchung tragen

**ARBEITSRECHT.** Aus dem Arbeitsverhältnis resultiert eine wechselseitige Treuepflicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Sie haben aufeinander Acht zu geben und die gegenseitigen Interessenssphären zu respektieren. Allfällige Treuepflichtverletzungen können zu Schadenersatzansprüchen führen.

Was gilt vor diesem Hintergrund, sofern etwa ein Arbeitnehmer Anhaltspunkte für ein vertragswidriges, allenfalls sogar strafrechtswidriges Verhalten setzt und der Arbeitgeber deshalb nachzuforschen beginnt? Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vielleicht sogar allfällige kostenpflichtige Nachforschungen zu ersetzen? Das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer unlängst veröffentlichten Entscheidung (8 AZR 276/20) zu diesen Fragen Stellung bezogen. Aufgrund der vergleichbaren Rechtslage lässt die Entscheidung allenfalls auch Rückschlüsse auf ähnlich gelagerte österreichische Fälle zu.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Arbeitnehmer war verdächtig, sich treuwidrig zu verhalten und z. B. die Fir-



*„Nach Ansicht des deutschen Bundesarbeitsgerichts sind subjektive Motive unbeachtlich, so etwa das schlechte persönliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.“*

menkreditkarte treuwidrig zu verwenden. Daraufhin stellte der Arbeitgeber umfangreiche Ermittlungen zur Aufklärung des Missverhaltens an und forderte die dadurch entstandenen Kosten beim Arbeitnehmer ein. Nach Ansicht des BAG sind die Kosten ersatzfähig, sofern ein begründeter Verdacht für ein mögliches treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers besteht. Der Arbeitgeber ist berechtigt, Untersuchungen zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts anzustellen, sofern sie erforderlich erscheinen und der begründete Verdacht im Zeitpunkt der Untersuchung besteht. Nach deutscher Rechtslage trifft die Geschäftsleitung sogar die Pflicht, sich Klarheit über derartige Sachverhalte zu verschaffen. Weiters muss durch die Untersuchung die Abwendung oder Beseitigung einer Störung oder eines Schadens bezweckt werden. Erfasste Tatbestände sind Vertragsverletzungen und unerlaubte Handlungen. Der Arbeitgeber darf aber nur jene Maßnahmen ergreifen, die sinnvoll und wirtschaftlich vertretbar erscheinen. Die durchgeführten Untersuchungen müssen für

# Conserve.

des Unionsrechts zu entsprechen. Die Erläuterungen zum BVergG 2018 geben darüber hinaus näheren Aufschluss, wie sich der Gesetzgeber die nachhaltige Beschaffung in der Vergabepra-

***Das Green Public Procurement ist ein erster großer Schritt zur Implementierung der Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen.***

Foto: Flickr/Kevin Dooley

xis vorstellt: Die umweltgerechte Beschaffung hat primär bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes anzusetzen, etwa durch ökologische technische Spezifikationen oder Vorschreibung von ökologischen Gütezeichen. Sofern die ökologischen Aspekte beim Auftragsgegenstand nicht ausreichend berücksichtigt werden, kann das nach Ansicht des Gesetzgebers auch durch noch so ausgereifte Zuschlagskriterien nicht wettgemacht werden.

## muss

einen neutralen Beobachter objektiv nachvollziehbar sein. Nach Ansicht des BAG sind subjektive Motive unbeachtlich und zur Begründung nicht geeignet, so etwa das schlechte persönliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Das BAG gelangte schließlich zur Rechtsansicht, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen hat, der ihm durch die Aufwendungen zur Aufklärung der Verdachtsmomente entstanden ist – vorausgesetzt die Verdachtslage war objektiv nachvollziehbar bzw. die Kosten notwendig. Die deutsche Rechtslage deckt sich im Wesentlichen mit der österreichischen, zumal der OGH wiederholt klargestellt hat, dass einem Arbeitgeber der Ersatz von Nachforschungskosten im Rahmen eines adäquaten typischen Kausalzusammenhangs zustehen, sofern der Arbeitnehmer ausreichende Anhaltspunkte für ein vertragswidriges Verhalten gegeben hat, das allfälligen Anlass für geeignete Nachforschungen bietet (zuletzt OGH 8 ObA 8/21s).

In dieselbe Kerbe schlägt auch der Aktionsplan „Nachhaltige Beschaffung“, zu dessen Einhaltung sich die Bundesverwaltung verpflichtet hat. Der Aktionsplan verfolgt insbesondere das Ziel, die Bundesministerien sowie nachgeordnete Dienststellen zur Beschaffung nachhaltiger Leistungen zu verpflichten. Der Plan definiert die Kernkriterien nachhaltiger Leistungen. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Eignungskriterien, Vertragsbedingungen und technische Spezifikationen. Im Detail ordnet der Plan etwa an, dass ab 2022 alle neu anzuschaffenden Autos und Nutzfahrzeuge standardmäßig emissionsfrei sein müssen. Allfällige Ausnahmen sind näher zu begründen und dürfen beispielsweise nur erteilt werden, wenn etwa die durchschnittliche tägliche Fahrtstrecke über 160 km beträgt.

Das Green Public Procurement ist ein erster großer Schritt zur Implementierung der Nachhaltigkeit im öffentlichen Beschaffungswesen. Die darin enthaltenen Nachhaltigkeitsimpulse dienen der Förderung des staatlichen Klimaschutzes.



# Kaufverträge müssen wasserdicht sein!

Ihr Rechtsanwalt sorgt dafür, dass Ihr Vertrag keine undichten Stellen hat. Nehmen Sie rechtzeitig Kontakt mit Ihrer Rechtsanwältin oder Ihrem Rechtsanwalt auf. Informieren Sie sich unter:  
[www.hbw.co.at](http://www.hbw.co.at)

Hajek | Boss | Wagner

---