

NEWSLETTER

INHALT

Update zum neuen Datenschutzgesetz
— 1 —

Kann die Nachbesserung verweigert
werden, wenn die Nachbesserungskosten
den Werklohn übersteigen?
— 2 —

DATENSCHUTZ

Update zum neuen Datenschutzgesetz

*Joanis Halter, Rechtsanwalt
Michel Jost, MLaw*

In unserem Newsletter vom April 2021 haben wir über das neue Schweizer Datenschutzgesetz (nDSG) informiert. Damit dieses in Kraft treten kann, müssen die entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) angepasst werden. Mittlerweile hat der Bundesrat die Vernehmlassung dazu eröffnet. Die Verordnung soll gleichzeitig mit dem neuen DSG in der zweiten Jahreshälfte 2022 in Kraft treten.

Die Anpassung der Ausführungsbestimmungen in der E-VDSG hat verschiedenste Konkretisierungen zur Folge.

Nachfolgend sollen die relevanten Änderungen auszugsweise kurz dargelegt werden:

Betreffend die **Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses über die Bearbeitungstätigkeiten (Dokumentationspflicht)** sieht die E-VDSG Ausnahmen vor. Unternehmen und andere privatrechtliche Organisationen, die am Anfang eines Jahres weniger als 250 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen, sowie natürliche Personen sind von dieser Pflicht befreit, sofern sie nicht umfangreich besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten oder ein Profiling mit hohem Risiko durchführen.

Bei den **Mindestanforderungen an die Datensicherheit** überarbeitete und ergänzte der Bundesrat die Vorschriften, um sie auf den heutigen Stand der Technik abzustimmen und den staatsvertraglichen Vorgaben zu genügen und verfolgte dabei einen risikobasierten Ansatz. Dies bedeutet, dass von starren Mindestanforderungen grundsätzlich abgesehen wird, da eine solche Regelung nicht praktikabel wäre. Der Verantwortliche hat die angemessenen Massnahmen vielmehr anhand

des jeweiligen Risikos zu bestimmen. Dazu wurden vom Bundesrat verschiedene Schutzziele festgelegt, die – soweit angemessen – erfüllt werden müssen.

Des Weiteren wurde die **Protokollierungspflicht** ausgeweitet. Neu müssen alle durch private Verantwortliche automatisierten Bearbeitungen von Personendaten protokolliert werden, sofern sich ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person ergibt. Diese Protokolle sind neu während zwei Jahren aufzubewahren.

Die **Informationspflicht** von betroffenen Personen wurde durch das nDSG grundsätzlich auf alle Bearbeitungen von Daten ausgeweitet. Das E-VDSG legt nun fest, wie die Information an betroffene Personen zu gestalten ist. Diese muss soweit möglich in **präziser, verständlicher und leicht zugänglicher Form** mitgeteilt werden.

Die E-VDSG hat insbesondere auch Auswirkungen auf die **Rechte der betroffenen Personen**. Zukünftig kann das Auskunftsrecht auch **mündlich** geltend gemacht werden, sofern der Verantwortliche damit einverstanden ist. Zudem steht den betroffenen Personen zusätzlich das Recht auf Datenherausgabe oder Datenübertragung zu. Für die Geltendmachung dieses Rechts sind dieselben Modalitäten wie für das Auskunftsrecht zu beachten, womit auch hier die mündliche Form genügen kann.

Bis zum Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts bleibt noch einige Zeit. Wir unterstützen Sie gerne bei der Prüfung, ob in Ihrem Unternehmen Handlungsbedarf besteht, sowie bei der Umsetzung von Massnahmen.

www.haeusermann.ch

WERKVERTRAG

Kann die Nachbesserung verweigert werden, wenn die Nachbesserungskosten den Werklohn übersteigen?

Joanis Halter, Rechtsanwalt

Ist ein Werk mangelhaft, so stehen dem Besteller verschiedene Mängelrechte zu. Unter anderem kann er die Nachbesserung verlangen. Eine Nachbesserung ist allerdings ausgeschlossen, wenn diese zu „übermässigen Kosten“ führen würde. In BGer 4A_78/2020 hat sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander gesetzt, in welchen Fällen „übermässige Kosten“ vorliegen und eine Nachbesserung deshalb nicht verlangt werden kann.

Ist das Werk abgeliefert und hat der Besteller im Rahmen seiner Prüfpflicht Mängel festgestellt und rechtzeitig wie auch substantiiert gerügt, so stehen ihm je nach Schwere des Mangels verschiedene Mängelrechte zu (Wahlrecht des Bestellers).

Bei erheblichen Werkmängeln kann die Wandelung erklärt werden, was zur Auflösung des Vertrags ex tunc und damit zur Rückabwicklung des Vertrags führt. Bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismässigen Nachteilen entfernt werden können, sowie im Falle minder erheblicher Mängel, stehen dem Besteller nur die Wahlrechte der Minderung (Reduktion des Werklohnes) und Nachbesserung zu (Art. 368 Abs. 2 und 3 OR). Hat der Besteller sein Wahlrecht ausgeübt, so ist er daran gebunden und kann seine Wahl grundsätzlich nicht mehr ändern.

Wählt der Besteller die Nachbesserung, so muss der Unternehmer dieser Wahl wiederum dann nicht nachkommen, wenn diese Nachbesserung dem Unternehmer **übermässige Kosten** verursachen würde.

Bereits die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts äusserte sich zum Thema der übermässigen Kosten insofern, als dass grundsätzlich nicht allein der Umstand, dass die Nachbesserungskosten den Werklohn übersteigen, für die Bewertung massgebend sein kann. Allerdings konnte in sog. Extremfällen (Nachbesserungskosten mehr als doppelt so hoch wie der Werklohn) generell keine Nachbesserung mehr verlangt werden.

Das Bundesgericht hat kürzlich in diesem Zusammenhang entschieden, dass für die Beurteilung, ob übermässige Kosten i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR vorliegen, **primär das Interesse des Bestellers an der Nachbesserung von Bedeutung sei**. Gemäss dieser neuen Rechtsprechung kann das Verhältnis zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten höchstens noch ein Indiz sein, wobei es nicht angeht, *„einen Nachbesserungsanspruch allein gestützt auf das Verhältnis zwischen den Nachbesserungskosten und dem Werklohn entfallen zu lassen [...]“*. Insbesondere sei der Nutzen des Bestellers an der Nachbesserung zu berücksichtigen (BGer Urteil vom 6. August 2020, 4A_78/2020, E. 4.8.3.).

Gemäss der neueren Rechtsprechung ist es somit **nicht mehr zulässig, alleine aufgrund des Verhältnisses zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten, das Recht auf Nachbesserung zu versagen** und zwar auch in „Extremfällen“ nicht. Vielmehr ist **in jedem einzelnen Fall eine Abwägung zwischen den Kosten der Nachbesserung** (Interessen des Unternehmers) und dem **Nutzen für den Besteller** (Interessen des Bestellers) vorzunehmen.

Im betreffenden Urteil hat das Bundesgericht sodann festgehalten, dass der vorinstanzliche Entscheid zwar den Nutzen des Bestellers nicht genügend in die Beurteilung miteinbezogen hätte, der Entscheid im Ergebnis aber trotzdem nicht zu beanstanden sei, da der Besteller

seinen Nutzen an der beantragten Nachbesserung nicht hinreichend substantiiert hätte (E. 4.8.4.).

Der Unternehmer kann folglich nicht mehr nur aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Werklohn und Nachbesserungskosten die Nachbesserung verweigern. Er muss vielmehr Umstände aufzeigen, die ein Missverhältnis zwischen den Kosten für den Unternehmer und Nutzen für den Besteller begründen, damit das Gericht die gegenläufigen Interessen abwägen kann.

Häusermann + Partner verfügt über grosse Erfahrung im Umgang mit werkvertraglichen Streitigkeiten. Wir unterstützen sowohl Unternehmen, wie auch betroffene Eigentümer im Zusammenhang mit solchen Verfahren.

www.haeusermann.ch