



Merkblatt zur Schwellwertanalyse, Datenschutz-Folgenabschätzung und Vorabkonsultation

Öffentliche Organe im Kanton Basel-Stadt müssen frühzeitig bei jedem Datenbearbeitungsvorhaben prüfen, ob ein hohes Risiko für die Grundrechte vorliegt. Dies erfolgt mittels der Schwellwertanalyse. Liegt ein hohes Risiko vor, muss das öffentliche Organ eine Datenschutz-Folgenabschätzung erstellen und der Datenschutzbeauftragten (DSB) zur Prüfung vorlegen (sogenannte Vorabkonsultation).

1 Adressat:innen und Gegenstand dieses Merkblatts

Das vorliegende Merkblatt richtet sich an die öffentlichen Organe des Kantons Basel-Stadt (darunter fallen auch Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen), konkret an die dort jeweils für den Datenschutz zuständigen Personen, insbesondere auch an die Datenschutzberater:innen, sowie an die zuständigen Projektleitenden.

Das vorliegende Merkblatt soll die wesentlichen Begriffe und Voraussetzungen im Rahmen der Schwellwertanalyse, der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) sowie der Vorabkonsultation erläutern. Ziel ist es, die Handhabung für die öffentlichen Organe zu erleichtern.

2 Vorhaben

Ausgangspunkt für den gesamten Vorabkonsultationsprozess sind «Vorhaben zur Bearbeitung von Personendaten». Für Ausführungen zu Personendaten und zur Datenbearbeitung verweist die DSB auf ihre entsprechenden Merkblätter: «Merkblatt Personendaten» und «Merkblatt Datenbearbeitung».

Der Begriff «Vorhaben» ist weit auszulegen. Damit ist das systematische Bearbeiten von Personendaten durch ein öffentliches Organ gemeint. Erfasst sind sowohl geplante Datenbearbeitungen im gesamten Projektmanagementzyklus – von der Idee bis zum eigentlichen Projekt – als auch Datenbearbeitungen, die ausserhalb eines Projekts geplant werden. Der Begriff «Vorhaben» umfasst auch Anpassungen in bestehenden Anwendungen, welche zu Änderungen in der Bearbeitung von Personendaten führen (z.B. Übernahme eines bestehenden Basisdienstes; Major Release mit Anpassungen, die den Umfang und die Art der Bearbeitung von Personendaten signifikant verändern). Unerheblich dabei ist, ob die Datenbearbeitung digital oder – heutzutage eher selten – rein analog erfolgt. Nicht erfasst sind jedoch einzelne, konkrete Bearbeitungen wie beispielsweise eine Einzelbekanntgabe von Personendaten.

3 Zeitpunkt

Schwellwertanalyse, DSFA und Vorabkonsultation durch die DSB sind möglichst frühzeitig im Projekt durchzuführen. Dadurch können Projektverzögerungen und Mehrkosten verhindert werden. Die Vorabkonsultation ist in jedem Fall zu einem Zeitpunkt zu initiieren, welcher die Berücksichtigung der Empfehlungen der DSB ermöglicht (§ 3 Abs. 1 der Informations- und

Datenschutzverordnung [IDV]). Für Vorhaben, welche nach der HERMES-Methodik umgesetzt werden, ist dies in der Regel im Verlauf der Initialisierungsphase.

4 Schwellwertanalyse (SWA)

Mit der Schwellwertanalyse (vgl. «Fragebogen Schwellwertanalyse») können öffentliche Organe ermitteln, ob das geplante Vorhaben ein hohes Risiko für die Grundrechte der betroffenen Personen birgt. Die IDV enthält in § 2 Abs. 1 eine nicht-abschliessende Liste von Tatbeständen, in denen ein solches hohes Risiko vorliegt. Gestützt auf ihre Kompetenz aus § 13 Abs. 2 des Informations- und Datenschutzgesetzes (IDG) hat die DSB weitere Bearbeitungsvorgänge bezeichnet, in denen ein hohes Risiko vorliegt und somit eine Vorabkonsultation erforderlich ist (vgl. «Liste der vorabkonsultationspflichtigen Bearbeitungsvorgänge»). Die Tatbestände und Bearbeitungsvorgänge sollen im Folgenden erläutert werden.

4.1 Abrufverfahren

Bei Abrufverfahren (auch «Online-Zugriff» genannt) gewährt ein öffentliches Organ (A) einem anderen öffentlichen Organ (B) Zugriff auf Personendaten. Die Datenzugriffe erfolgen sodann, ohne dass das öffentliche Organ A (sog. «Dateneignerin») im Einzelfall eine Prüfung der Rechtmässigkeit der Zugriffe durch das öffentliche Organ B vornimmt. Der Datenzugriff erfolgt somit nach dem «Selbstbedienungsprinzip».

Beispiele:¹ Datenzugriffe durch Polizeibeamte auf Polizeisysteme erfolgen regelmässig im Abrufverfahren. Das Gleiche gilt in Bezug auf das Basler Informationssystem Sozialleistungen (BISS).

Hinweis: Beschränkt sich das Vorhaben *einzig* auf ein Abrufverfahren im *kantonalen Datenmarkt* (KDM) (gemäss § 5 Abs. 1 lit. a Ziff. 1-3 der Datenmarktverordnung), so findet die Vorabkonsultation im Rahmen des Autorisierungs-Workflow-Systems (AWS) statt. Es muss keine separate DSFA erstellt werden.

4.2 Besondere Personendaten

Für Ausführungen zum Begriff der besonderen Personendaten verweist die DSB auf ihr entsprechendes Merkblatt: «Merkblatt besondere Personendaten und Profiling».

4.3 Personendaten, die einem Berufs- oder Amtsgeheimnis unterstehen

Das Berufsgeheimnis ist eine Geheimhaltungspflicht, die aus dem Strafrecht stammt und in Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) geregelt ist. Dem Berufsgeheimnis unterstellt sind demnach folgende Berufsgruppen: Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Patentanwälte, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen, Pflegefachpersonen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Ernährungsberater, Optometristen, Osteopathen. Erfasst sind auch die Hilfspersonen dieser Berufsgruppen.

¹ Alle in diesem Merkblatt aufgeführten Beispiele dienen der Veranschaulichung und sind leicht vereinfacht. In der Praxis müssen immer die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.

Beispiel: Personendaten, die vom Schulpsychologischen Dienst bearbeitet werden, unterstehen grundsätzlich dem Berufsgeheimnis.

Das Amtsgeheimnis ist ebenfalls eine Geheimhaltungspflicht, die aus dem Strafrecht stammt und in Art. 320 StGB geregelt ist. Von der Geheimhaltungspflicht erfasst, sind alle Behördenmitglieder und Beamte bezüglich Geheimnisse, die sie in ihrer amtlichen Funktion wahrnehmen oder anvertraut erhalten. Als Geheimnis gilt jede Information, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt ist und an derer der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat.

Das Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt (PG) enthält ebenfalls ein Amtsgeheimnis. Demnach sind Mitarbeitende zur Verschwiegenheit über Angelegenheiten verpflichtet, soweit an der Geheimhaltung ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse besteht oder wenn eine besondere Vorschrift dies vorsieht. Die Geheimhaltungspflicht gilt über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus (§ 19 PG).

Dieses *allgemeine* Amtsgeheimnis ist sehr weit gefasst. Ob eine konkrete Information dem Amtsgeheimnis untersteht, erfordert oftmals eine rechtliche Analyse im Einzelfall. Als *Faustregel* sind Mitarbeitende von öffentlichen Organen gut beraten, davon auszugehen, dass sämtliche Informationen, die sie im Rahmen ihrer Arbeit bearbeiten, dem Amtsgeheimnis unterstehen.

Die DSB geht jedoch nicht davon aus, dass jedes Vorhaben, welches eine Bearbeitung von Personendaten vorsieht, die einem *allgemeinen* Amtsgeheimnis unterstehen, zu einem hohen Risiko für die betroffenen Personen führt. Insofern sind nicht alle solche Vorhaben vorabkonsultationspflichtig.

Vielmehr sollen nur solche Vorhaben der Pflicht zur Vorabkonsultation unterliegen, welche eine Bearbeitung von Personendaten vorsehen, die einer *besonderen* gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterstehen (teilweise auch «*besondere* Amtsgeheimnisse» genannt). Diverse Spezialgesetze enthalten solche besonderen Geheimhaltungspflichten für bestimmte Tätigkeiten.

Beispiele für besondere Geheimhaltungspflichten: Steuergeheimnis (§ 138 des Steuergesetzes); Sozialhilfegeheimnis (§ 28 des Sozialhilfegesetzes); Sozialversicherungsgeheimnis (Art. 33 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts); Schweigepflicht für Gesundheitsfachpersonen (§ 26 des Gesundheitsgesetzes); Statistikgeheimnis (§ 12 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentliche Statistik).

4.4 Profiling

Für Ausführungen zum Begriff des Profilings verweist die DSB auf ihr entsprechendes Merkblatt: «Merkblatt besondere Personendaten und Profiling».

4.5 Grosse Anzahl betroffener Personen

Gemäss Gesetzesmaterialien soll der Tatbestand der «grossen Anzahl» ab 10'000 betroffener Personen greifen (vgl. Ratschlag vom 29. September 2021, S. 26). Betroffen ist eine Person, sobald Personendaten über sie bearbeitet werden.

Beispiele: Vorhaben, bei denen Personendaten über sämtliche Mitarbeitende der Kantonsverwaltung bearbeitet werden, betreffen mehr als 10'000 Personen. Das Gleiche gilt, wenn sämtliche Schüler:innen der kantonalen Volksschulen (inzwischen sogar, wenn sämtliche Primarschüler:innen betroffen sind) oder wenn alle Bezüger:innen von Prämienverbilligung betroffen sind.

4.6 *Auftragsdatenbearbeitung in einem Staat ohne angemessenen Datenschutz*

Eine Auftragsdatenbearbeitung gemäss § 7 IDG liegt immer dann vor, wenn ein öffentliches Organ die Bearbeitung von Personendaten an einen Dritten überträgt. Als Dritte kommen sowohl Private als auch inner- oder ausserkantonale öffentliche Organe in Betracht. In vielen Tätigkeitsfeldern ziehen öffentliche Organe heutzutage externe Dienstleistungsunternehmen zur Datenbearbeitung bei (insbesondere im IT-Bereich). Dabei handelt es sich regelmässig um Auftragsdatenbearbeitungen. Auch wenn ein Anbieter lediglich *Randdaten* (auch «Metadaten» genannt) bearbeitet, kann dies eine Auftragsdatenbearbeitung darstellen (vgl. zu den gesetzlichen Anforderungen an die Auftragsdatenbearbeitung: «Leitfaden Auftragsdatenbearbeitung»).

Vorabkonsultationspflichtig sind indessen nur solche Auftragsdatenbearbeitungen, bei denen eine Datenbearbeitung in einem Staat ohne angemessenen Datenschutz erfolgt. Welche Staaten einen angemessenen Datenschutz vorweisen, kann der entsprechenden Liste im Anhang 1 der Datenschutzverordnung des Bundes entnommen werden. Ein angemessenes Datenschutzniveau besteht u.a. in allen EU- und EFTA-Mitgliedstaaten.

4.7 *Datenpool*

Was ein Datenpool ist, ergibt sich aus § 1a IDV. Die Bestimmung ist komplex, was deren Anwendung in der Praxis erschwert. Es ist kumulativ erforderlich, dass ein Informationsbestand (Datenbank, Datensammlung etc.) mit Personendaten:

- a) zum Zweck der Aufgabenerfüllung von mindestens zwei öffentlichen Organen oder mindestens einem öffentlichen Organ und einem Dritten erstellt wird und
- b) Informationen von mindestens zwei öffentlichen Organen oder mindestens einem öffentlichen Organ und mindestens einem Dritten enthält und
- c) die in ihm enthaltenen Informationen von mehreren öffentlichen Organen und/oder Dritten gemeinsam verwendet werden, wobei die informationsbeziehenden und die informationsliefernden öffentlichen Organe und/oder Dritten nicht identisch sein müssen

Etwas vereinfacht ausgedrückt, geht es um Datenbestände, die von verschiedenen Stellen gespiessen und genutzt werden.

Beispiele: Der kantonale Datenmarkt (KDM); das Basler Informationssystem Sozialleistungen (BISS); die zentrale elektronische Bewilligungsplattform; Bestimmte Personal- und Lohnbearbeitungssysteme der Kantonsverwaltung.

4.8 **Automatisierte Einzelentscheidung**

Vorabkonsultationspflichtig sind Vorhaben mit den folgenden Arten von automatisierten Einzelentscheidungen:

- *Vollautomatisierte* Einzelentscheidungen: Entscheidungen, die ohne Zutun eines Menschen erfolgen (z.B. vollautomatisierte Steuerveranlagungen);
- *Teilautomatisierte* Einzelentscheidungen, sofern die Entscheidung *im Wesentlichen* auf einem automatisierten System beruht. Eine Einzelentscheidung beruht im Wesentlichen auf einem automatisierten System, wenn das automatisierte System einen massgeblichen Beitrag in der Entscheidvorbereitung liefert und nicht nur untergeordnet oder punktuell zum Einsatz kommt.

Beispiele: automatisierte Prüfungskorrektur, die eine wesentliche Grundlage für die anschliessend von einer Lehrperson vorgenommene Leistungsbeurteilung bildet; KI-Unterstützungssysteme im Rahmen der Personalrekrutierung oder bei der Beurteilung von Gesuchen; Gesichts- bzw. Bilderkennungssysteme oder automatisierte Audio-zu-Text-Transkriptionen, die als wesentliche Grundlage für Entscheidungen genutzt werden.

Als Einzelentscheidungen öffentlicher Organe kommen in erster Linie *Verfügungen* in Betracht, d.h. Anordnungen, die für betroffene Personen Rechte und Pflichten begründen. Allerdings sind auch Einzelentscheidungen möglich, die nicht als Verfügung ergehen und trotzdem die betroffenen Personen u.U. erheblich beeinträchtigen können (z.B. Noten im Bildungsbereich).

4.9 **Künstliche Intelligenz (KI)**

Als vorabkonsultationspflichtig gelten Vorhaben, die KI im engeren Sinn vorsehen. Dies ist der Fall bei Systemen, die *maschinelles Lernen* einsetzen. Das maschinelle Lernen birgt eine Reihe von besonderen Risiken (u.a. Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Fehleranfälligkeit), die bei einfacheren, regelbasierten Systemen nicht oder weniger prominent ausfallen.

5 **Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)**

Gelangt das öffentliche Organ aufgrund der Schwellwertanalyse zum Schluss, dass das geplante Vorhaben ein hohes Risiko für die Grundrechte der betroffenen Personen birgt, so muss es als nächstes eine DSFA erstellen und diese der DSB zur Vorabkonsultation vorlegen. Um das Erstellen der DSFA zu erleichtern, hat die DSB dazu ein Formular erstellt (vgl. «DSFA-Formular»).

Viele der Begriffe bzw. Fragen in der DSFA ergeben sich bereits aus der Schwellwertanalyse, weshalb auf die Erläuterungen dazu verwiesen wird. Im Übrigen enthält das DSFA-Formular zu zahlreichen weiteren Fragen bereits kurze Erläuterungen.

6 Vorabkonsultation

Die Vorabkonsultation beschreibt den Prozess der Prüfung des Vorhabens durch die DSB. Dabei untersucht die DSB, ob die Vorgaben des Datenschutzes und des Öffentlichkeitsprinzips eingehalten werden. Die dafür notwendigen Informationen entnimmt die DSB in der Regel direkt aus dem eingereichten DSFA-Formular.

Die DSB gibt ihre Befunde und Empfehlungen in einem Bericht an das verantwortliche öffentliche Organ ab. Das öffentliche Organ erhält eine Frist, um der DSB zu jeder Empfehlung mitzuteilen, wie deren Umsetzung erfolgt oder mit welcher Begründung die Umsetzung abgelehnt wird (§ 46 Abs. 2 IDG). Lehnt das öffentliche Organ eine Empfehlung der DSB ab, so kann diese die Empfehlung oder Teile davon nach Massgabe von § 47 Abs. 1 IDG als Weisung in Form einer Verfügung erlassen.