



## Leitfaden «Auftragsdatenbearbeitung» (Bearbeitenlassen von Personendaten durch Dritte, § 7 IDG<sup>1</sup>)

---

### Abgrenzungen

Dieser Leitfaden handelt nur von **Auftragsdatenbearbeitungen**. Eine solche liegt vor, wenn ein (kantonales oder kommunales) öffentliches Organ im Rahmen der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe eine dritte Person (Auftragnehmerin<sup>2</sup>) beauftragt, Informationen<sup>3</sup> und insbesondere Personendaten<sup>4</sup> zu bearbeiten<sup>5</sup>. Diese Auftragnehmerin bearbeitet damit die Informationen für Zwecke des auftraggebenden öffentlichen Organs, nicht für ihre eigenen Zwecke. Dabei soll die Informationsbearbeitung Hauptzweck oder mindestens zentraler Bestandteil des Vertragsverhältnisses bilden. Das ist beispielsweise der Fall,

- wenn ein öffentliches Organ die Verlustscheinbewirtschaftung an ein privates Inkassounternehmen auslagert,
- wenn ein darauf spezialisiertes Unternehmen Bilddaten für eine Amtsstelle erheben soll,
- wenn ein privates Umfrageinstitut beauftragt wird, eine Kundenzufriedenheitsumfrage für eine Verwaltungsstelle vorzunehmen, oder
- wenn eine Amtsstelle Rechnungen, Bussenverfügungen o.ä. durch ein externes Unternehmen drucken und versenden lässt.

Abzugrenzen ist die Auftragsdatenbearbeitung einerseits von einer **Aufgabenübertragung**<sup>6</sup>. Eine solche liegt vor, wenn eine private Person oder Organisation eine gesetzliche Aufgabe zur Erfüllung übertragen erhält. Diese Person oder Organisation wird informations- und datenschutzrechtlich zu einem öffentlichen Organ<sup>7</sup>, das selber dem IDG untersteht und für dessen Mitarbeitende nach dem Staatsbeitragsgesetz die jeweils anwendbaren gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten (den besondere Amtsgeheimnissen) gelten<sup>8</sup>. Dieser Fall wird hier ebensowenig geregelt wie die **Datenbekanntgabe**<sup>9</sup>. Diese liegt dann vor, wenn ein öffentliches Organ gestützt auf eine gesetzliche Grundlage<sup>10</sup> einer dritten Person oder Organisation Informationen bekannt gibt, damit diese sie zu eigenen Zwecken bearbeiten kann.

---

<sup>1</sup> Gesetz vom 9. Juni 2010 über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG), SG 153.260.

<sup>2</sup> Im Sinne der besseren Lesbarkeit wird hier nur der weibliche Begriff verwendet. Auftragnehmer sind selbstverständlich immer mitgemeint.

<sup>3</sup> Im Sinne von § 3 Abs. 2 IDG; vgl. dazu BEAT RUDIN, § 3 N 12 ff., in: Beat Rudin/Bruno Baeriswyl (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Zürich 2014 (fortan: PK-IDG/BS-AUTOR[IN]).

<sup>4</sup> Im Sinne von § 3 Abs. 3 (und Abs. 4 bei besonderen Personendaten) IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 3 N 17 ff. (und N 33 ff.).

<sup>5</sup> Im Sinne von § 3 Abs. 5 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 3 N 48 ff.

<sup>6</sup> Zur Abgrenzung von der Aufgabenübertragung vgl. PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 11.

<sup>7</sup> § 3 Abs. 1 lit. c IDG, vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 3 N 10 ff.

<sup>8</sup> § 4 Abs. 3 des Staatsbeitragsgesetzes vom 11. Dezember 2013, SG 610.500.

<sup>9</sup> Zur Abgrenzung von der Aufgabenübertragung vgl. PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 12 ff.

<sup>10</sup> im Sinne von § 21 IDG (vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 21 N 3 ff.), aber z.B. auch zum Bearbeiten zu nicht personenbezogenen Zwecken (Wissenschaft, Forschung) nach § 22 IDG (vgl. dazu PK-IDG/BS-HUSI, § 22 N 30 ff.).

**Vorbemerkungen**

Die Prüfung, ob die Übertragung einer Bearbeitung von Informationen an einen Dritten überhaupt zulässig ist, also insbesondere ob der Übertragung keine rechtliche Bestimmung oder vertragliche Vereinbarung entgegensteht<sup>11</sup>, ist nicht Gegenstand dieses Leitfadens, sondern wird vorausgesetzt. Wir empfehlen, für diese Abklärungen den Rechtsdienst der Amtsstelle oder des Departements beizuziehen.

Der Leitfaden enthält zu den verschiedenen Aspekten («Marginalie/Titel») zuerst **Erläuterungen** und dann **mögliche Formulierungen** für die vertragliche Regelung. Diese Formulierungen können nicht unbesehen übernommen werden. Es können so unterschiedliche Inhalte Gegenstand einer Auftragsdatenbearbeitung sein, dass auf jeden Fall im Lichte des konkreten Vertragsverhältnisses beurteilt werden muss, ob die Formulierungen passen. Andernfalls sind sie **den konkreten Umständen anzupassen**.

Die Nummerierung dient einzig der Zitierbarkeit – die Nummerierung der Bestimmungen im Vertrag wird davon nicht berührt.

Dieser Leitfaden konzentriert sich auf datenschutzrechtliche Fragestellungen. Selbstverständlich sind weitere Rechtsgrundlagen, die auf eine konkrete Auftragsdatenbearbeitung Anwendung finden, ebenfalls zu beachten: vom Submissionsrecht (allenfalls inkl. WTO-Vorgaben) bis zur Frage, wer rechtlich Vertragspartei ist.

**Unterstützungsangebot**

Wenn sich im konkreten Fall Fragen zur Umsetzung stellen, unterstützt der Datenschutzbeauftragte Sie gerne.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
1	<b>Vertragsparteien</b>	<p>Es obliegt dem für eine Informationsbearbeitung verantwortlichen<sup>12</sup> öffentlichen Organ (die «Dateneignerin») sicherzustellen, dass die Auftragnehmerin die Informationen nur so bearbeitet, wie es das auch tun dürfte<sup>13</sup>. Aus der vertraglichen Regelung muss sich klar ergeben, welches öffentliche Organ die Dateneignerin ist und die Verantwortung trägt.</p> <p>Vertragspartei kann auch eine vorgesetzte Stelle sein. Bei Verträgen von Organisationseinheiten der Zentralverwaltung ist das regelmässig der Kanton Basel-Stadt, vertreten durch ein Departement oder eine Dienststelle.</p> <p>Weil informations- und datenschutzrechtlich das öffentliche Organ, das die Informationen zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe bearbeiten lässt, die Verantwortung für das Datenbearbeitenlassen trägt (und nicht einfach «der Kanton Basel-Stadt»), muss im Vertragstext unterschieden werden zwischen der Vertragspartei (Kanton) und dem verantwortlichen (auftraggebenden) öffentlichen Organ. Dazu kann z.B. in den vorgeschlagenen Formulierungen «das öffentliche Organ» oder «das auftraggebende öffentliche Organ» (jeweils grau hinterlegt) ersetzt werden durch die genaue Bezeichnung der Stelle («das Amt für xxx»).</p>	...

<sup>11</sup> § 7 Abs. 1 lit. b IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 19 ff.

<sup>12</sup> Nach § 6 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 6 N 4 ff.

<sup>13</sup> § 7 Abs. 1 lit. b IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 32 ff.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
2	<b>Auftrag</b>	<p>Der Auftrag, den die Auftragnehmerin zu erfüllen hat, muss möglichst präzise umschrieben werden.</p> <p>Aus informations- und datenschutzrechtlicher Sicht muss sich aus der Umschreibung der Gegenstand und Umfang der übertragenen Bearbeitung von Informationen klar entnehmen lassen, insbesondere welche Informationen zu welchem Zweck wie bearbeitet werden sollen. Anhand dieser Umschreibung sind beispielsweise die zu treffenden Vorkehrungen zum Schutz der Personendaten, die Aufbewahrungsdauer der Informationen usw. zu beurteilen (vgl. weiter unten, z.B. Ziff. 10, Informationssicherheit).</p> <p>Bei Auftragsdatenbearbeitungen im Zusammenhang mit IT-Belangen sind Details bezüglich des Auftrages (insbesondere auch betreffend die Verfügbarkeit von Services und Leistungen) zu regeln. Wenn dies in Service Level Agreements (SLA) geregelt werden soll, ist im Vertrag auf dieses Instrument (und allfällige Anpassungszyklen) zu verweisen.</p>	...
3	<b>Verantwortung</b>	<p>Das öffentliche Organ bleibt für den Umgang mit den Informationen auch verantwortlich, wenn es die Informationen durch einen Dritten (die Auftragnehmerin) bearbeiten lässt (Bearbeiten im Auftrag)<sup>14</sup>.</p> <p>Das auftraggebende öffentliche Organ hat dafür zu sorgen, dass die Auftragnehmerin die Informationen, die sie in seinem Auftrag bearbeitet, nur so bearbeitet, wie es das öffentliche Organ selbst tun dürfte<sup>15</sup>. Die Auftragnehmerin muss vertraglich so eingebunden werden, dass sie mit den Informationen, die sie vom auftraggebenden öffentlichen Organ erhalten hat und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeitet (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhebt), nur macht, was das öffentliche Organ selber auch tun dürfte.</p> <p>Wo die Umschreibung der Pflichten den Vertrag zu umfangreich werden lässt, kann auch auf Zusatzdokumente verwiesen werden.</p>	Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> ist für die Bearbeitung der Informationen verantwortlich. Die Auftragnehmerin ist ausschliesslich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung ermächtigt, die Informationen des <b>öffentlichen Organs</b> zu bearbeiten.
4	<b>Rechtliche Verfügungsmacht über die Informationen</b>	Es ist vertraglich sicherzustellen, dass die rechtliche Verfügungsmacht des auftraggebenden öffentlichen Organs vollumfänglich beim öffentlichen Organ verbleibt. Das heisst, es muss klar geregelt sein, dass die Auftragnehmerin nicht über die Verwendung der erhaltenen und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobe-	Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> behält vollumfänglich die rechtliche Verfügungsmacht über die in seinem Auftrag bearbeiteten Informationen. Es kann der Auftragnehmerin insbesondere ohne Begründung und ungeachtet der konkreten vertraglichen Situation jederzeit den Zugriff auf die bearbeiteten Informationen

<sup>14</sup> Zur Verantwortung generell: § 6 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 6 N 2 ff. Zur Verantwortung bei der Auftragsdatenbearbeitung: § 7 Abs. 2 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 57 ff.

<sup>15</sup> § 7 Abs. 1 lit. b IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 32 ff.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		nen) Informationen entscheiden kann. Dazu ist einzig das verantwortliche öffentliche Organ berechtigt.	untersagen, diese unentgeltlich im Format ■■■■■■ herausverlangen oder die Auftragnehmerin auffordern, die erhaltenen und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen zu vernichten.
5	<b>Verhältnismässigkeit</b>	Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass niemand Zugriff auf die erhaltenen und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen hat, der diesen Zugriff nicht tatsächlich zur Erfüllung des Vertragszweckes benötigt.	Die Auftragnehmerin darf ausschliesslich jenen Mitarbeitenden den Zugriff auf die erhaltenen und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeiteten Informationen ermöglichen, die diese zur Erfüllung der übertragenen Datenbearbeitung tatsächlich benötigen.
6	<b>Zweckbindung</b>	<p>Das Informations- und Datenschutzgesetz statuiert die Zweckbindung<sup>16</sup>. Bearbeitet eine Drittperson Personendaten im Auftrag eines öffentlichen Organs, so dürfen die dazu erhaltenen Daten ausschliesslich für den Vertragszweck genutzt werden<sup>17</sup>.</p> <p>Eine anderweitige Verwendung ist nur nach vorgängiger schriftlicher Genehmigung durch das auftraggebende öffentliche Organ zulässig. Dieses hat genau zu prüfen, ob die anderweitige Verwendung durch es selber recht- und verhältnismässig wäre<sup>18</sup>.</p> <p>Eine vertragswidrige anderweitige Nutzung wird mit Busse bedroht<sup>19</sup> und kann auch darüber hinaus straf- und/oder zivilrechtlich sanktioniert werden (vgl. dazu weiter unten Ziff. 14).</p>	<p>Die Bearbeitung der Informationen darf ausschliesslich zum vertraglich festgelegten Zweck erfolgen. Jede andere Bearbeitung, jede Bearbeitung zu einem anderen als dem vertraglich vereinbarten Zweck sowie jede Bearbeitung zu eigenen Zwecken ist ausdrücklich untersagt.</p> <p>Ausnahmen sind vom auftraggebenden öffentlichen Organ schriftlich zu genehmigen.</p>
7	<b>Bekanntgabe von Informationen</b>	Insbesondere ist festzuhalten, dass es unzulässig ist, die erhaltenen und/oder im Rahmen des Auftrags bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen Dritten bekanntzugeben oder in irgendeiner Form zugänglich zu machen. Vorbehalten bleibt die Zugangsgewährung aufgrund einer richterlichen Anordnung.	<p>Die Bekanntgabe von Informationen an Dritte erfolgt ausschliesslich im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung oder nach schriftlicher Genehmigung durch das auftraggebende öffentliche Organ.</p> <p>Sollte die Auftragnehmerin aufgrund einer richterlichen Verfügung verpflichtet werden, Behörden Zugang zu Systemen und Informationen des auftraggebenden öffentlichen Organs zu verschaffen, informiert sie das auftraggebende öffentliche Organ unverzüglich.</p>

<sup>16</sup> § 12 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 12 N 1 ff.

<sup>17</sup> § 7 Abs. 1 lit. b IDG i.V.m. § 12 IDG.

<sup>18</sup> § 9 IDG und entsprechend anwendbares bereichsspezifisches Datenschutzrecht (dazu PK-IDG/BS-RUDIN, Grundlagen N 49 f., § 2 N 32, § 9 N 14 ff. und 25 ff.

<sup>19</sup> § 51 Abs. 1 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-HUSI, § 51 N 6 ff.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
8	<b>Geheimhaltungspflicht</b>	<p>Wir gehen davon aus, dass gesetzliche Geheimhaltungspflichten über den vom entsprechenden Gesetz vorgesehenen Geltungsbereich hinaus nicht einfach <i>per Vertrag</i> überwunden werden können.</p> <p>Für die Aufgabenübertragung (siehe oben unter «Abgrenzungen») ist die Frage geregelt: Nach dem Staatsbeitragsgesetz unterliegt den jeweils anwendbaren gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten, wer eine gesetzliche Aufgabe zur Erfüllung übertragen erhält<sup>20</sup> und damit informations- und datenschutzrechtlich selber zu einem öffentlichen Organ wird.</p> <p>Bei der in diesem Leitfaden behandelten <b>Auftragsdatenbearbeitung</b> muss vom auftraggebenden öffentlichen Organ (allenfalls unter Beizug des Rechtsdienstes des Amtes oder des Departements) im konkreten Fall abgeklärt werden, ob eine allfällige gesetzliche Geheimhaltungspflicht (besonderes Amtsgeheimnis oder Berufsgeheimnis) die Auftragnehmerin miterfasst (→ Variante 1) oder nicht. Falls nicht, müssen die Pflichten, die sich aus der Geheimnispflicht ergeben, vertraglich übertragen werden (→ Variante 2).</p> <p>Im Zweifelsfall sind die Pflichten vertraglich zu übertragen (im Sinne der Variante 2). Andernfalls bestünde eine Lücke, wenn im Widerhandlungsfall ein Strafgericht zum Schluss käme, die Täterin unterstehe nicht der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht.</p>	
8.1		<p><b>Variante 1</b>, wenn die gesetzliche Geheimhaltungspflicht (besonderes Amtsgeheimnis oder Berufsgeheimnis) die Auftragnehmerin miterfasst:</p> <p>Erfasst nach dem anwendbaren Gesetz eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht auch die Auftragsdatenbearbeiterin, dann hat die Auftragnehmerin alle Personen, die mit der übertragenen Datenbearbeitung betraut sind oder die Zugang zu den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen haben können, darauf und auf die Strafdrohung im Widerhandlungsfall aufmerksam zu machen</p>	<p><b>Variante 1</b>, wenn die gesetzliche Geheimhaltungspflicht (besonderes Amtsgeheimnis oder Berufsgeheimnis) die Auftragnehmerin miterfasst:</p> <p>Die Auftragnehmerin nimmt zur Kenntnis, dass sie und alle Personen, die mit der übertragenen Datenbearbeitung betraut sind oder die Zugang zu den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten Informationen haben können, im Rahmen der Vertragserfüllung der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht nach dem [Gesetz] unterstehen. Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht können strafrechtlich geahndet werden.</p> <p>Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich auf alle Systeme, Prozesse und Informationen des öffentlichen Organs und gilt</p>

<sup>20</sup> § 4 Abs. 3 des Staatsbeitragsgesetzes vom 11. Dezember 2013, SG 610.500. Wer als private Person oder Organisation in diesem Sinne eine Aufgabe zur Erfüllung übertragen erhält, wird informations- und datenschutzrechtlich zu einem öffentlichen Organ (§ 3 Abs. 1 lit. c IDG, vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 3 N 10ff.).

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
			<p>auch innerhalb des Unternehmens der Auftragnehmerin, ungeachtet der hierarchischen Positionen.</p> <p>Die Verschwiegenheitspflicht bleibt auch nach der Vertragsauflösung uneingeschränkt gültig.</p> <p>Die Auftragnehmerin macht alle ihre Mitarbeitenden, Unterauftragnehmer und Hilfspersonen auf die Verschwiegenheitspflicht und die Strafdrohung im Widerhandlungsfall aufmerksam.</p>
8.2		<p><b>Variante 2, wenn die gesetzliche Geheimhaltungspflicht die Auftragnehmerin nicht miterfasst:</b></p> <p>Erfasst nach dem anwendbaren Gesetz eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht die Auftragsdatenbearbeiterin nicht, dann muss das auftraggebende öffentliche Organ durch vertragliche Regeln die Auftragnehmerin und alle Personen, die mit der übertragenen Datenbearbeitung betraut sind oder die Zugang zu den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen haben können, zur Verschwiegenheit verpflichten.</p>	<p><b>Variante 2, wenn die gesetzliche Geheimhaltungspflicht die Auftragnehmerin nicht miterfasst:</b></p> <p>Die Auftragnehmerin und alle Personen, die mit der übertragenen Datenbearbeitung betraut sind oder die Zugang zu den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten Informationen haben können, sind verpflichtet, über die Informationen und die Bearbeitung Verschwiegenheit zu wahren.</p> <p>Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich auf alle Systeme, Prozesse und Informationen des öffentlichen Organs und gilt auch innerhalb des Unternehmens der Auftragnehmerin, ungeachtet der hierarchischen Positionen.</p> <p>Die Verschwiegenheitspflicht bleibt auch nach der Vertragsauflösung uneingeschränkt gültig.</p> <p>Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, alle Personen, die mit der übertragenen Datenbearbeitung betraut sind oder die Zugang zu den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten Informationen haben können, vorgängig eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, womit sie sich zu Verschwiegenheit mindestens im oben umschriebenen Sinn verpflichten und zur Kenntnis nehmen, dass vertragswidriges Bearbeiten strafbar ist<sup>21</sup>.</p> <p>Die Auftragnehmerin weist dem auftraggebenden öffentlichen Organ auf Verlangen die unterzeichneten Verpflichtungserklärungen vor.</p>

<sup>21</sup> § 51 Abs. 1 IDG: «Wer als beauftragte Drittperson gemäss § 7 ohne ausdrückliche Ermächtigung des auftraggebenden öffentlichen Organs vorsätzlich oder fahrlässig Personendaten für sich oder andere verwendet oder anderen bekannt gibt, wird mit Busse bestraft.» Vgl. dazu PK-IDG/BS-Husi, § 51 N 6 ff.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
			Vorbehalten bleiben weitergehende gesetzlich verankerte Schweigepflichten (beispielsweise Berufsgeheimnisse).
9	<b>Subcontracting</b>	<p>Der Datenschutzbeauftragte empfiehlt mit Nachdruck, das Subcontracting (die Weiterübertragung des Datenbearbeitens oder von Teilen davon durch die Auftragnehmerin an weitere Dritte [«Unter-Auftragnehmerin»]) auszu-schliessen.</p> <p>Soll ausnahmsweise ein Subcontracting zulässig sein, so muss festgehalten werden:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- unter welchen Voraussetzungen dies zulässig sein soll,</li> <li>- für welche Bearbeitungen dies zulässig sein soll,</li> <li>- nach welchen Kriterien die Unter-Auftragnehmerin ausgewählt werden soll,</li> <li>- dass sämtliche Pflichten der Erst-Auftragsnehmerin von der Unter-Auftragnehmerin rechtsgültig zu übernehmen sind und</li> <li>- dass die Erst-Auftragnehmerin dem auftraggebenden öffentlichen Organ gegenüber für alle Handlungen und Unterlassungen der Unter-Auftragnehmerin uneingeschränkt haftet.</li> </ul>	<p>Der Auftragnehmerin ist es untersagt, die Erfüllung der ihr übertragenen Bearbeitung von Informationen ganz oder teilweise an Dritte weiterzuübertragen (Subcontracting).</p> <p><i>Alternative:</i></p> <p>Die Auftragnehmerin darf Dritte zur Erfüllung ihres Auftrages nur beiziehen, wenn das auftraggebende öffentliche Organ schriftlich zugestimmt hat. Die Zustimmung wird erteilt, wenn:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- (Umschreibung der Voraussetzungen, z.B. bezüglich der Bearbeitung, der Auswahl der Unter-Auftragnehmerin usw.).</li> </ul> <p>Die Unter-Auftragnehmerin muss sämtliche Pflichten aus dem Vertragsverhältnis rechtsgültig übernehmen.</p> <p>Die Erst-Auftragnehmerin haftet dem auftraggebenden öffentlichen Organ gegenüber für alle Handlungen und Unterlassungen der Unter-Auftragnehmerin uneingeschränkt .</p>
10	<b>Informationssicherheit</b>	<p>Ebenso wie das öffentliche Organ ist auch die Auftragnehmerin verpflichtet, die bearbeiteten Informationen durch angemessene organisatorische und technische Massnahmen zu schützen (§ 7 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 8 Abs. 1 IDG).</p> <p>Folgende Schutzziele sind daher zu berücksichtigen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Vertraulichkeit</li> <li>- Integrität</li> <li>- Verfügbarkeit</li> <li>- Zurechenbarkeit</li> <li>- Nachvollziehbarkeit.</li> </ul> <p>Je nach der Art der Informationen bzw. Bearbeitungen und dem Schutzbedarf der anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen sind weitere Regelungen notwendig (Anforderungen z.B. bezüglich zu beachtenden Standards, zu verwendenden Framework oder vorzuweisenden Zertifizie-</p>	<p>Die Pflicht, Informationen durch angemessene organisatorische und technische Massnahmen zu schützen (§ 8 IDG), wird bezüglich der anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten Informationen auf die Auftragnehmerin übertragen.</p> <p>Das öffentliche Organ hat die Auftragnehmerin über den Schutzbedarf der zu bearbeitenden Informationen zu orientieren.</p> <p>Die Auftragnehmerin hat die notwendigen organisatorischen und technischen Massnahmen zu treffen, um die Informationen des öffentlichen Organs insbesondere von ihren und denjenigen anderer Auftraggeber zu trennen und sie vor unberechtigtem Zugriff, vor unberechtigter Bearbeitung und vor Verlust zu schützen.</p> <p>Die Auftragnehmerin hat gegenüber dem auftraggebenden öffentlichen Organ auf Verlangen die getroffenen Massnahmen und das Restrisiko auszuweisen.</p>

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		<p>rungen, an die Protokollierung der Zugriffe, an ein vorzulegendes Datenschutz- und Informationssicherheitskonzept, die durchzuführende Risikoanalyse, bezüglich der Messgrössen zur Verifizierung der Effektivität der getroffenen Massnahmen); sie können auch als Anhänge dem Vertrag beigelegt werden.</p>	<p>Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> über besondere Vorkommnisse (Datenverlust, Hackerangriff, unrechtmässige Zugriffe) umgehend zu informieren. <i>(weitere Anforderungen je nach Art der Informationen bzw. Bearbeitungen)</i></p>
11	<p><b>Umgang mit Informationszugangsgesuchen</b></p>	<p>Das Informations- und Datenschutzgesetz sieht vor, dass jede Person Anspruch auf Zugang zu den bei einem öffentlichen Organ vorhandenen Informationen hat («Öffentlichkeitsprinzip»)<sup>22</sup>. Es muss geregelt werden, wer die Ansprüche der von den Datenbearbeitungen betroffenen Personen erfüllen soll: das öffentliche Organ oder die Auftragnehmerin. In Anbetracht dessen, dass öffentliche Organe mit der Prüfung derartiger Gesuche und den damit allenfalls verbundenen rechtlichen Überlegungen besser vertraut sein dürften als die jeweiligen Auftragnehmerinnen, empfiehlt der Datenschutzbeauftragte die Behandlung der Gesuche <i>durch das öffentliche Organ</i> und nicht durch die Auftragnehmerin. Diese Regelung muss auf jeden Fall gewählt werden, wenn der Entscheid über die Zugangsgewährung bzw. Einschränkung in die Form einer Verfügung gekleidet wird (oder – auf Verlangen der gesuchstellenden Person – gekleidet werden muss).</p>	<p>Die Auftragnehmerin hat allfällig an sie gerichtete Informationszugangsgesuche nach § 25 IDG an das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> weiterzuleiten und diesem sämtliche für die Beantwortung des Gesuchs erforderlichen Angaben zu liefern.</p>
12	<p><b>Umgang mit Gesuchen um Zugang zu den eigenen Personendaten</b></p>	<p>Das Informations- und Datenschutzgesetz statuiert den Anspruch einer jeden Person zu wissen, ob bei einem öffentlichen Organ Personendaten über sie vorhanden sind, und gegebenenfalls auf Zugang zu diesen eigenen Personendaten<sup>23</sup>. Es muss geklärt werden, wer die Ansprüche der von den Datenbearbeitungen betroffenen Personen erfüllen soll: Das öffentliche Organ oder die Auftragnehmerin. In Anbetracht dessen, dass öffentliche Organe mit der Prüfung derartiger Gesuche und den damit allenfalls verbundenen rechtlichen Überlegungen besser vertraut sein dürften als die jeweiligen Auftragnehmerinnen, empfiehlt der Datenschutzbeauftragte die Behandlung der Gesuche <i>durch das öffentliche Organ</i> und nicht durch die Auftragnehmerin. Diese Regelung muss auf jeden Fall gewählt werden, wenn der Entscheid über die</p>	<p>Die Auftragnehmerin hat allfällig an sie gerichtete Gesuche um Zugang zu den eigenen Personendaten nach § 26 IDG an das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> weiterzuleiten und diesem sämtliche für die Beantwortung des Gesuchs erforderlichen Angaben zu liefern.</p>

<sup>22</sup> § 25 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 25 N 1 ff., insb. 7 ff.

<sup>23</sup> § 26 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 26 N 1 ff., insb. 10 ff.



Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		Zugangsgewährung bzw. Einschränkung in die Form einer Verfügung gekleidet wird (oder – auf Verlangen der gesuchstellenden Person – gekleidet werden muss).	
13	<b>Kontroll- und Weisungsrechte</b>	<p>Das auftraggebende öffentliche Organ muss das Recht haben, die Auftragsbefreiung durch die Auftragnehmerin jederzeit zu kontrollieren. Ausserdem sollte die Auftragnehmerin der Transparenz halber darüber informiert werden, dass sie bezüglich der Erfüllung dieses Vertrages der Aufsicht durch die oder den Datenschutzbeauftragten des Kantons Basel-Stadt untersteht – obschon dies gesetzlich vorgesehen und damit nicht verhandelbar ist<sup>24</sup>.</p> <p>Das auftraggebende öffentliche Organ und die oder der Datenschutzbeauftragte können die Unterlassung oder die Änderung einer als rechts- oder vertragswidrig erkannten Bearbeitung anordnen.</p>	<p>Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> hat das Recht, die Datenbearbeitungen jederzeit selber zu kontrollieren oder auf eigene Kosten durch Dritte kontrollieren zu lassen.</p> <p>Die Auftragnehmerin nimmt zur Kenntnis, dass die oder der Datenschutzbeauftragte des Kantons Basel-Stadt von Gesetzes wegen das Recht hat, bei ihr schriftlich oder mündlich Auskunft über Datenbearbeitungen einzuholen, Einsicht in alle Unterlagen zu nehmen, Besichtigungen durchzuführen und sich Bearbeitungen vorführen zu lassen. Die oder der Datenschutzbeauftragte kann die Kontrolltätigkeit auch durch Dritte vornehmen lassen.</p> <p>Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> und die oder der Datenschutzbeauftragte können gegenüber der Auftraggeberin und ihren Mitarbeitenden die Unterlassung oder die Änderung einer als rechts- oder vertragswidrig erkannten Bearbeitung anordnen.</p>
14	<b>Wahrung von Geschäftsgeheimnissen der Auftragnehmerin</b>	Das auftraggebende öffentliche Organ hat Geschäftsgeheimnisse der Auftragnehmerin zu wahren. Diese Verpflichtung soll im Vertrag ausdrücklich festgehalten werden.	Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> verpflichtet sich, die Geschäftsgeheimnisse der Auftragnehmerin zu wahren.
15	<b>Sanktionen</b>	Zur Stärkung der Vertragsbestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass die Auftragnehmerin die Daten nur so bearbeitet, wie es das auftraggebende öffentliche Organ tun dürfte <sup>25</sup> , ist für den Fall der Verletzung dieser Bestimmungen eine Konventionalstrafe zu vereinbaren <sup>26</sup> . Sie soll eine abhaltende und nicht bloss symbolische Wirkung entfalten und muss deshalb eine gewisse Höhe haben. Es ist denkbar, sie an das Vertragsvolumen zu binden (z.B. «10% des Jahresauftragsvolumens, aber nicht unter CHF■■■■■■■■■■»). <sup>26</sup>	<p>Bei schwerwiegender Verletzung einer Bestimmung des Vertrages schuldet die Auftragnehmerin dem <b>auftraggebenden öffentlichen Organ</b> eine Konventionalstrafe in der Höhe von ■■■■, sofern sie nicht beweist, dass sie kein Verschulden trifft.</p> <p>Vorbehalten bleibt der Ersatz des durch die Vertragsverletzung entstandenen Schadens.</p> <p>Bei schwerwiegender Verletzung steht dem <b>auftraggebenden öffentlichen Organ</b> das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung</p>

<sup>24</sup> § 45 Abs. 1 IDG; vgl. dazu PK-IDG/BS-SCHILLING, § 45 N 4 ff.

<sup>25</sup> § 7 Abs. 1 lit. b IDG.

<sup>26</sup> Vgl. dazu PK-IDG/BS-RUDIN, § 7 N 52.

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		<p>Es ist festzuhalten, dass die Bezahlung der Konventionalstrafe nicht von der Verpflichtung zur Geheimhaltung befreit und dass die Forderung nach Schadenersatz und die strafrechtliche Sanktionierung vorbehalten bleiben. Schliesslich ist die Auftragnehmerin in Kenntnis zu setzen, dass bei Zuwiderhandlungen gegen die Verpflichtungserklärung § 51 Abs. 1 IDG zur Anwendung gelangen kann.</p>	<p>zu. Der daraus entstehende Schaden ist ihm zu vergüten. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit nicht von den Geheimhaltungspflichten. Die Auftragnehmerin nimmt zur Kenntnis, dass bei Zuwiderhandlungen gegen diese Verpflichtungserklärung § 51 Abs. 1 IDG zur Anwendung gelangen kann: «Wer als beauftragte Drittperson gemäss § 7 ohne ausdrückliche Ermächtigung des auftraggebenden öffentlichen Organs vorsätzlich oder fahrlässig Personendaten für sich oder andere verwendet oder anderen bekannt gibt, wird mit Busse bestraft». Vorbehalten bleiben weitere strafrechtliche Sanktionen.</p>
16	<b>Unternehmenssitz der Auftragnehmerin</b>	<p>Falls die Auftragnehmerin ihren Sitz nicht in der Schweiz hat, wird eine Durchsetzung eines Gerichtsurteils, auch wenn es gestützt auf schweizerisches Recht am Gerichtsstand Basel erfochten worden ist, aufwändig bis fast unmöglich. Nur schon die Notwendigkeit, ausländische Rechtsvertreter mit der Wahrung der Interessen des auftraggebenden öffentlichen Organs zu betrauen (und allenfalls noch in einer anderen Sprache als deutsch), erschwert die Wahrnehmung der beim öffentlichen Organ verbliebenen Verantwortung erheblich. Deshalb empfiehlt es sich, Auftragnehmerinnen auszuwählen, die den Unternehmenssitz (oder mindestens eine Niederlassung) in der Schweiz haben.</p> <p>Liegt der Unternehmenssitz in einem Staat, welcher der Europarats-Konvention 108 beigetreten ist<sup>27</sup>, darf davon ausgegangen werden, dass ein angemessenes Datenschutzniveau gesetzlich festgelegt ist. Bei Staaten, die der Konvention nicht beigetreten sind, muss das auftraggebende Organ mit zusätzlichen Massnahmen dafür sorgen, dass der Datenschutz gewährleistet ist. Das ist sehr aufwändig und es besteht die Gefahr, dass der Schutz lückenhaft bleibt, Deshalb ist dringend davon abzuraten, Dritte aus solchen Staaten mit der Bearbeitung von Personendaten zu beauftragen.</p> <p>Bei WTO-Ausschreibungen ist dieses Auswahlkriterium allenfalls unzulässig.</p>	
17	<b>Serverstandort</b>	Werden Informationen physisch auf Infrastruktur im Ausland bearbeitet,	Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, die Informationen aus-

<sup>27</sup> Die Liste der beigetretenen Staaten findet sich unter <[http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p\\_auth=4n6PjLAz](http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=4n6PjLAz)> (Kurz-URL: <[bit.ly/1WzNJOpx](http://bit.ly/1WzNJOpx)>) (letztmals kontrolliert am 20.03.2016).

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		<p>kann nicht ausgeschlossen werden, dass staatliche und nichtstaatliche Organisationen ohne rechtsstaatliche Sicherungen, wie sie in der Schweiz vorausgesetzt sind, auf die Informationen zugreifen können. Aus diesem Grund erscheint dem Datenschutzbeauftragten das Risiko z.B. bei Cloud-Lösungen, bei denen nicht garantiert ist, dass die Bearbeitungen in der Schweiz (bei besonderen Personendaten oder Informationen, die besonderen Geheimhaltungsbestimmungen unterstehen) oder mindestens in einem der Europarats-Konvention 108 beigetretenen Staat (bei ausschliesslich «gewöhnlichen» Personendaten) erfolgen, nicht tragbar.</p> <p>Der Datenschutzbeauftragte empfiehlt, Personendaten nur auf Servern in der Schweiz bearbeiten zu lassen. Eine andere Lösung ist akzeptabel, wenn z.B. die Daten wirksam verschlüsselt werden (und das Schlüsselmanagement beim öffentlichen Organ liegt und sichergestellt ist, dass der Cloud-Anbieter den Schlüssel nicht kennt). Inwiefern bei Sachdaten andere (öffentliche oder private) Interessen zur gleichen Auflage führen, muss das öffentliche Organ klären.</p>	<p>schliesslich auf Servern zu bearbeiten, die ihren Standort in der Schweiz haben.</p> <p><i>Alternative bei einem Auftrag zur Bearbeitung von ausschliesslich «gewöhnlichen» Personendaten (nicht besondere Personendaten i.S.v. § 3 Abs. 4 IDG):</i></p> <p>Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, die Informationen ausschliesslich auf Servern zu bearbeiten, die ihren Standort in der Schweiz oder in einem Staat haben, welcher der Europarats-Konvention 108 beigetreten ist.</p>
18	<b>Ordentliche Beendigung des Vertragsverhältnisses</b>	<p>Zwischen den Vertragsparteien ist die Vertragsdauer festzulegen, insbesondere auch, wie ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossenes Vertragsverhältnis ordentlich beendet werden kann.</p> <p>Für diesen Fall muss vertraglich festgehalten werden, was mit den Daten, welche die Auftragnehmerin vom öffentlichen Organ zur Aufgabenerfüllung erhalten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeitet (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhoben) hat, nach Beendigung des Auftrages geschehen soll.</p> <p>Die Folgen der ordentlichen (wie auch der vorzeitigen) Vertragsauflösung sind detailliert zu regeln (→ Ziff. 20).</p>	...
19	<b>Vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses</b>	<p>Nicht nur im Falle einer Vertragsverletzung durch die Auftragnehmerin, sondern auch bei anderen Vorkommnissen wie einer Geschäftsübernahme, einem Konkurs oder einer Geschäftsaufgabe muss geregelt sein, ob das Vertragsverhältnis vorzeitig beendet werden kann, und wenn ja, unter welchen Bedingungen.</p> <p>Auch für diesen Fall muss vertraglich festgehalten werden, was mit den Daten, welche die Auftragnehmerin vom öffentlichen Organ zur Aufgabenerfüllung erhalten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeitet (z.B. im</p>	<p>Bei wiederholter schwerwiegender Verletzung steht der verletzten Partei das Recht zur sofortigen Vertragsauflösung zu.</p> <p>Das gleiche Recht steht dem <u>auftraggebenden öffentlichen Organ</u> zu im Falle der Übernahme des Geschäfts der Auftragnehmerin durch einen Dritten oder im Falle des Konkurses oder der Geschäftsaufgabe der Auftragnehmerin.</p>

Nr.	Marginalie / Titel	Erläuterung	Mögliche Formulierung
		<p>Auftrag des öffentlichen Organs erst erhoben) hat, nach Beendigung des Auftrages geschehen soll.</p> <p>Die Folgen der vorzeitigen (wie auch der ordentlichen) Vertragsauflösung sind detailliert zu regeln (→ Ziff. 20).</p>	
20	<b>Folgen der Vertragsauflösung</b>	<p>Für den Fall der (ordentlichen oder vorzeitigen) Vertragsauflösung ist festzulegen, was bei der Beendigung mit den anvertrauten und/oder im Rahmen des Auftrages bearbeiteten (z.B. im Auftrag des öffentlichen Organs erst erhobenen) Informationen geschehen soll. Grundsätzlich sind die Informationen einerseits dem auftraggebenden öffentlichen Organ unentgeltlich und in einem im Vertrag festzulegenden Format zu übertragen und andererseits bei der Auftragnehmerin zu vernichten.</p> <p>Im Detail sind verschiedene Lösungen denkbar: Zu regeln ist, ob die Informationen bei der Auftragnehmerin unmittelbar bei Vertragsbeendigung, nach der Aushändigung an das auftraggebende öffentliche Organ, nach einer bestimmten Zeit (z.B. nach einem Monat, damit die ausgehändigten Informationen in der Zwischenzeit geprüft werden können) ohne Weiteres oder nach einem bestimmten Ereignis (z.B. nach der Abnahme des Resultats der Bearbeitung durch das öffentliche Organ) zu vernichten sind.</p> <p>Die passende Lösung ist je nach Datenbearbeitungszweck zu entwickeln.</p>	<p>Ungeachtet des Grundes der Vertragsauflösung verpflichtet sich die Auftragnehmerin, die für das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> bearbeiteten Informationen umgehend und unentgeltlich im Format ■■■ zu übertragen. Die Erfüllung dieser Pflicht kann von der Auftragnehmerin selbst dann nicht aufgeschoben werden, wenn zwischen den Parteien Auseinandersetzungen bestehen sollten.</p> <p>Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die im Rahmen des Vertragsverhältnisses bearbeiteten Informationen unentgeltlich zu vernichten (+ <i>Festsetzung der Frist oder Bedingung</i>). Das <b>auftraggebende öffentliche Organ</b> kann die Erfüllung dieser Pflicht selbst überprüfen oder durch einen Dritten überprüfen lassen.</p>
21	<b>Anwendbares Recht</b>	<p>Das auftraggebende öffentliche Organ muss sicherstellen, dass auf das Vertragsverhältnis schweizerisches Recht anwendbar ist.</p>	<p>Auf dieses Vertragsverhältnis ist schweizerisches Recht anwendbar.</p>
22	<b>Gerichtsstand</b>	<p>Das auftraggebende öffentliche Organ muss sicherstellen, dass für Streitigkeiten aus diesem Vertrag als Gerichtsstand Basel gilt (darauf achten, dass die Worte «Gerichtsstand Basel» fett ausgezeichnet sind).</p>	<p>Für Streitigkeiten aus diesem Vertrag gilt als <b>Gerichtsstand Basel</b>.</p>

**Bitte**

Rückmeldungen über Erfahrungen mit diesem Leitfaden und Verbesserungsvorschläge erbitten wir an:

[datschutz@dsb.bs.ch](mailto:datschutz@dsb.bs.ch)

Datenschutzbeauftragter des Kantons Basel-Stadt  
 Henric Petri-Strasse 15, Postfach 205, 4010 Basel  
 T +41 61 201 16 40