

«Tonaufnahmen» im Kontext des Datenschutzes

asim - Fortbildungsveranstaltung
2. Dezember 2021

Bruno Baeriswyl
Dr.iur., unabhängiger Datenschutzexperte, www.privacy-expert.ch

Überblick

Ausgangslage

Datenschutzrechtliche Einordnung

Bedeutung für die Umsetzung

Fragen und Diskussion

Ausgangslage

Art. 44 ATSG

Art. 7k – 7l ATSV

→ Referat Y. Bollag vom 10. November 2021

Rahmenbedingungen (1)

«Bearbeiten von Personendaten»

- durch Bundesorgane und Private
 - Datenschutzgesetz des Bundes (DSG)

- durch kantonale Organe
 - Datenschutzgesetze der Kantone (IDG / kDSG)

Rahmenbedingungen (2)

Sozialversicherungsbereich (IV)

- Bundesamt für Sozialversicherung: DSG
- IV Stellen: IDG / kDSG (BGer 1C 125/2015 v. 17. Juli 2015)

- GutachterIn
 - Institution (z.B. USB): IDG BS
 - Privat: DSG, aber Auflage durch IV Stelle (Datenbearbeitung durch Dritte): IDG / kDSG

Rahmenbedingungen (3)

Fazit:

Erstellung von Gutachten im Bereich IV

- Kantonales Datenschutzrecht
= allgemeines Datenschutzrecht (Rahmenbedingungen)

- Art. 44 Abs. 6 ATSG, Art. 7k – 7l ATSV
= besonderes Datenschutzrecht (bereichsspezifisch)

Umsetzung

«Tonaufnahmen»

- besonders (schützenswerte) Personendaten
- Teil des Gutachtens

- hohe Anforderungen an
 - Einwilligung der betroffenen Person (wo notwendig)
 - Technische und organisatorische Massnahmen zum Schutz der Daten

Einwilligung (1)

Art. 44 Abs. 6 ATSG

- Tonaufnahmen, sofern die versicherte Person nichts anderes bestimmt
 - Gesetzliche Grundlage
 - Opt-out Möglichkeit nur für versicherte Person

→ Tonaufnahme ist abhängig vom Willen der betroffenen Person («Urteilsfähigkeit»)

→ bes. schützenswerte Personendaten (Opt-in)

Einwilligung (2)

Versicherte Person:

- Gegenüber Durchführungsorgan
- Verzichtserklärung (Opt-out) vor der Begutachtung
- Vernichtung (Opt-out) bis 10 Tage nach Interview
- Widerruf des Verzichts (Opt-in) bis vor dem Interview (auch mündlich; Kreisschreiben 3121)

→ Verzichtformular (schriftlich)

«Eine Verzichtserklärung kann nicht gegenüber dem Sachverständigen abgegeben werden» (Kreisschreiben, 3119)

Einwilligung (3)

Aber: Allgemeines Datenschutzrecht

- eine Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden
- ATSV kann daran nichts ändern (VO)
- Formerfordernis auf Stufe VO?

Einwilligung (4)

Praxis:

- GutachterIn hat den Willen der betroffenen Person zu respektieren
- GutachterIn hat die Willenserklärung zu dokumentieren
- GutachterIn hat die Willenserklärung dem Durchführungsorgan zu übermitteln

→ eine Aufnahme gegen den Willen der betroffenen Person ist widerrechtlich

Einwilligung (4) (Fragen)

Praxis:

- GutachterIn hat den Willen der betroffenen Person zu respektieren
- GutachterIn hat die Willenserklärung zu dokumentieren
- GutachterIn hat die Willenserklärung dem Durchführungsorgan zu übermitteln

→ eine Aufnahme gegen den Willen der betroffenen Person ist widerrechtlich

Was passiert, wenn ein Explorand mitten in der Aufzeichnung wünscht, dass die Tonbandaufnahme beendet wird? Muss er dann ein bestimmtes Formular unterschreiben, nur mündliche Aussage auf Tonband ausreichend? Was ist mit dem bereits aufgezeichneten Material? Hat der Explorand das Recht auf Vernichtung des aufgezeichneten Materials?

Darf die vP selbst mit ihrem Handy zeitgleich die Aufnahme machen?

Was mache ich, wenn der Dolmetscher sich weigert aufgenommen zu werden? Muss der Dolmetscher namentlich genannt sein?

Dokumentation

Die Tonaufnahme ist Teil des Gutachtens

- GutachterIn/Institution hat die Tonaufnahmen gleich zu behandeln wie das schriftliche Gutachten
- Aufbewahrung (10/20 Jahre: kant. Gesundheitsgesetze)
- Archivierung / Löschung: kant. Recht / ev. Privatrecht

Sicherheit (1)

Tonaufnahmen:

- Technisch korrekt
- Übermittlung in gesicherter elektronischer Form
- Art. 7k ATSV

Allgemeines Datenschutzrecht

- angemessene technische und organisatorische Massnahmen
- Z.B. Vertraulichkeit, Integrität etc.

Sicherheit (1) (Fragen)

Tonaufnahmen:

- Technisch korrekt
- Übermittlung in gesicherter elektronischer Form
- Art. 7k ATSV

Wie ist das Vorgehen bei technischen Problemen: 1. Tonbandgerät defekt, geht nicht an, kein Ersatz verfügbar? 2. Tonband läuft, nimmt aber keinen Ton auf oder Aufnahmequalität ist so schlecht, dass man nichts versteht?

Allgemeines Datenschutzrecht

- angemessene technische und organisatorische Massnahmen
- Z.B. Vertraulichkeit, **Integrität** etc.

Wie soll die praktische Verwendung von Tonaufzeichnung bei Einwänden ablaufen? Am Tonaufnahmezeitpunkt 30 min 10 sec beklagt die vP mündlich eine schwergradige Beeinträchtigung im Antrieb. Der Gutachter beschreibt in seinem schriftlichen Befund (Seite 35 des Gutachtens) in fehlerhafter(?) Weise nur eine leichtgradige Beeinträchtigung.» [weil er sich dabei auf den Gesamtaspekt, den Tagesablauf und weitere Ausführungen zum Tonaufnahmezeitpunkt 90min 15 sec bezieht; dies aber auf Seite 35 nicht ausführt.]. Wie kann eine Aufblähung der Gutachten und eine zeitaufwendige Ausweitung wechselseitiger fruchtloser Formalismen vermieden werden?"

→ Bestreitung der Überprüfbarkeit des Gutachtens: Durchführungsorgan und versicherte Person einigen sich über das weitere Vorgehen (Art. 7k Abs. 8 AVIV)

→ Allgemeines Datenschutzrecht: Integrität

Sicherheit (2)

IV-Tonaufnahmen-Lösung (App)

Kopie für GutachterIn möglich? (→ Aufbewahrungspflicht)

Technische und organisatorische Massnahmen:

- Allgemeines Datenschutzrecht
 - Verantwortung Durchführungsorgan (kDSG) / BSV (DSG) ?
 - Verantwortung GutachterIn betr. Smartphone?

Sicherheit (2) (Fragen)

IV-Tonaufnahmen-Lösung (App)

Kopie für GutachterIn möglich? (→ Aufbewahrungspflicht)

Technische und organisatorische Massnahmen:

- Allgemeines Datenschutzrecht
 - Verantwortung Durchführungsorgan (kDSG) / BSV (DSG) ?
 - Verantwortung GutachterIn betr. Smartphone?

Was können wir unseren Mitgliedern (SIM) empfehlen, sollte sich abzeichnen, dass bis zum 1.1.2022 die Fragen in Bezug auf die datenschutzkonforme Aufnahme und Übermittlung der Audioaufnahmen nicht abschliessend geklärt sind. Kann das BSV garantieren, dass diese bis dahin geklärt sein werden? zB. Vorschlag App-Lösung mit Aufnahme private Smartphones?

→ [Disclaimer?](#)

Verwendung Tonaufnahmen (1)

Tonaufnahmen sind Teil der Akten des Versicherungsträgers
(Art. 44 Abs 6 ATSG)

Verwendung (Art. 71 ATSV)

- Verwaltungsverfahren
- Einspracheverfahren
- Revision und Wiedererwägung
- Rechtspflegeverfahren
- Vorbescheidverfahren

Verwendung Tonaufnahmen (2)

Wer?

- versicherte Person

(*Zustellung* der Tonaufnahme bei Entdeckung technischer Mängel und in Frage stellen der Verwertbarkeit des Gutachtens; Kreisschreiben 3126)

- Versicherungsträger
- Entscheidbehörden

«Die Tonaufnahme darf nur auf Veranlassung der vP im Streitfall angehört werden» (Kreisschreiben, 3128)

«Wenn die vP die Tonaufnahme anhören möchte, informiert die IV-Stelle den bzw. die Sachverständige» (Kreisschreiben, 3128)

Verwendung Tonaufnahmen (3)

Zweck?

- Tonaufnahme als Protokollierung (SR / NR)
- Beurteilung des Einzelfalls (Kocher)
- Transparenz und Qualität des Gesprächs (SR)

Kommission für Qualitätssicherung

- im Rahmen ihrer Aufgaben (über den Einzelfall hinaus?)
- zusammen mit Gutachten der Kommission zur Verfügung zu stellen (Kreisschreiben, 3129)

Verwendung Tonaufnahmen (3) (Fragen)

Zweck?

- Tonaufnahme als Protokollierung (SR / NR)
- Beurteilung des Einzelfalls (Kocher)
- Transparenz und Qualität des Gesprächs (SR)

Dürfen die Tonaufnahmen durch die IV-Stellen im Rahmen der Indikatorenprüfung (z. B. Suche nach Inkonsistenzen in den Aussagen der Exploranden in den einzelnen Teilgutachten, Beurteilung der gleichmässigen Einschränkung in allen Lebensbereichen) genutzt werden?

- Aussagen des Gutachtens überprüfen können (durch versicherte Person (Kocher))
- Kein Kontrollinstrument der IV-Stelle über Gutachten, anders in Beschwerdeverfahren (Kocher)

Kommission für Qualitätssicherung

- im Rahmen ihrer Aufgaben (über den Einzelfall hinaus?)
- zusammen mit Gutachten der Kommission zur Verfügung zu stellen (Kreisschreiben, 3129)

Bruno Baeriswyl

www.privacy-expert.ch

Verwendung Tonaufnahmen (4)

Allgemeines Datenschutzrecht

- Auskunftsrecht:
 - Jede Person kann jederzeit Auskunft darüber verlangen, welche Daten über sie bearbeitet werden (Anspruch auf Kopie)
 - Überwiegende private oder öffentliche Interessen schränken Auskunft ein

Im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren und nach Abschluss des hängigen Verfahrens

Bruno Baeriswyl

www.privacy-expert.ch

Verwendung Tonaufnahmen (5)

Die Verwendung der Tonaufnahmen durch eine versicherte Person hat sich an das DSGVO zu halten:

- keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung
- widerrechtliche Verwendung ev. auch strafrechtlich relevant

Verwendung Tonaufnahmen (5) (Fragen)

Die Verwendung der Tonaufnahmen durch eine versicherte Person hat sich an das DSGVO zu halten:

- keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung
- widerrechtliche Verwendung ev. auch strafrechtlich relevant

Wie kann sichergestellt werden, dass die Tonaufnahmen nicht durch die Exploranden in den sozialen Medien veröffentlicht werden? Welche Urheberrechte haben in diesem Zusammenhang die Sachverständigen an der Tonaufnahme?

Die Aufnahmedatei geht an die IV und wird dort archiviert. Exploranden können diese abhören. Wer garantiert mir, dass keine Aufzeichnungen durch die Exploranden erstellt werden und somit meine Stimme nach aussen getragen wird? Wo ist der Datenschutz bzw. Persönlichkeitsschutz für den Gutachter?

Wie kann ich mich als Gutachter wehren, wenn ein Explorand die Tonaufnahme später einsieht bzw. anhört, davon dann einen eigenen Mitschnitt macht, meine Fragen aus dem Zusammenhang nimmt, so arrangiert, dass ein falsches Bild von mir entsteht und diese zusammengeschnittene Tonaufnahme dann veröffentlicht? Ev. bis hin zu Rufmord? Die Gefahr kann in Einzelfällen z.B. aufgrund der Persönlichkeitsstruktur eines Exploranden gegeben sein.

Aufbewahrung / Löschung

Vernichtung der Tonaufnahmen nach Abschluss des rechtskräftigen Verfahrens

- durch Versicherungsträger
- mit Einverständnis der betroffenen Person

(Art. 71 Abs. 3 ATSV)

«Dürfen» <> «Müssen»?

→ Allgemeines Datenschutzrecht

- Aufbewahrung solange wie geeignet und erforderlich
- Nicht vom Willen einer betroffenen Person abhängig

Offene Fragen

Art und Weise des Zugriffs auf Tonaufnahmen in den Akten?

- Kopien, Protokollierung der Zugriffe,...

Cloud-Lösung mit Zugriffscodes? (Verwaltung)

- Dauer des Zugriffs, Zugriff durch GutachterIn

Festlegung von Aufbewahrungsfristen (allg. Datenschutzrecht)

- Verhältnismässigkeit

Anforderungen an Smartphone (App)

- Technische Voraussetzungen, Verschlüsselung (Schlüsselmanagement), Backup, etc.

Bruno Baeriswyl
Dr.iur., unabhängiger Datenschutzexperte

info@privacy-expert.ch

+41 79 286 17 78

www.privacy-expert.ch