

Peter Bußjäger, Ulrich Nachbaur,
Jakob Wührer (Hg.)

nap
new academic press

Aktuelle Fragen des Archivrechts

135. Schriftenreihe

Institut für Föderalismus



Peter Bußjäger / Ulrich Nachbaur /
Jakob Wührer (Hg.)

Aktuelle Fragen des Archivrechts

Institut für Föderalismus – Schriftenreihe
Band 135

herausgegeben vom
Institut für Föderalismus, Innsbruck

Wissenschaftliche Leitung:
Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger, Institut für Öffentliches Recht,
Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck

Aktuelle Fragen des Archivrechts

herausgegeben von

Peter Bußjäger / Ulrich Nachbaur / Jakob Wührer



new academic press

Zitiervorschlag: *Autor*, [Titel], in: Bußjäger/Nachbaur/Wührer (Hg),
Aktuelle Fragen des Archivrechts (2022) [Seite]

Bibliographische Information der deutschen Bibliothek

Die deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der
Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch
Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des
Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert,
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2022 by new academic press, Wien, Hamburg
www.newacademicpress.at

ISBN: 978-3-7003-2241-2

Satz: Dipl.-HTL-Ing. Franz König, BEd, Wien
Druck: Donau Forum Druck GesmbH, Wien

Vorwort

Das Archivrecht ist ein wenig bearbeitetes und in der Öffentlichkeit höchstens dann wahrgenommenes Rechtsgebiet, wenn digitale oder schriftliche Unterlagen, aus welchen Gründen auch immer, der Vernichtung zugeführt werden. Dann wird die Frage gestellt, ob nicht überhaupt jegliche staatliche Information, von der Aktennotiz bis hin zur Chatnachricht, aufbewahrt werden muss.

Abseits solcher auf Unkenntnis des Zwecks der Archivierung beruhender Diskussionen wirft das Archivrecht zahlreiche interessante Rechtsfragen auf. In einem modernen Verständnis ist Archivrecht nicht nur Teil des Organisationsrechts, sondern gehört auch zum Informationsrecht, weil es für die Transparenz und Zugänglichkeit staatlicher Dokumente sorgt. Nicht zuletzt ist das Archivrecht aber auch von erheblicher föderalistischer Bedeutung, weil es eng mit der Staatsqualität der Länder verwoben ist.

Das Institut für Föderalismus hat daher am 22. September 2021 in Kooperation mit dem Oberösterreichischen und Vorarlberger Landesarchiv an der Universität Innsbruck einen Workshop zu aktuellen archivrechtlichen Fragestellungen abgehalten. Die dabei gehaltenen Referate werden im vorliegenden Band um die Abhandlung von *Beat Gnädinger* ergänzt, der an der Tagung verhindert war.

Die vorliegenden Beiträge beleuchten diverse Aspekte des Archivrechts sowohl unter verfassungsrechtlichen wie einfachgesetzlichen Vorgaben. Im Mittelpunkt steht dabei die Bedeutung des Archivrechts in der Informationsgesellschaft und die Abwägung der verschiedenen betroffenen Interessen.

Die Herausgeber danken allen Autorinnen und Autoren für die Ausarbeitung Ihre Beiträge, die diesem Handbuch zugrunde liegen. Ein besonderer Dank gilt Herrn *Mathias Eller* vom Institut für Föderalismus für die technische Betreuung und Mithilfe in der redaktionellen Phase sowie Herrn *Felix Nowack* und Herrn *Franz König* von der Donau Forum Druck GmbH für den Satz und die Drucklegung des vorliegenden Bandes.

Innsbruck, im Juli 2022

Peter Bußjäger
Ulrich Nachbaur
Jakob Wührer

Inhalt

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Teil 1: Einleitung	1
<i>Ulrich Nachbaur/Jakob Wührer</i>	
Archivrecht in der Informationsgesellschaft – Versuch einer Orientierung	3
Teil 2: Theorie und Praxis – archivrechtliche Problemstellungen in Österreich und der Schweiz	21
<i>Peter Bußjäger/Julia Oberdanner</i>	
Kompetenzrechtliche Abgrenzung von Bundes- und Landesarchivrecht und materienspezifische Einflüsse	23
<i>Ulrich Nachbaur</i>	
Österreichs Bundesarchivrecht: Reformbedarf aus Ländersicht	59
<i>Jakob Wührer</i>	
Information – Unterlage – Archivgut. Legaldefinitionen des „archivischen Substrats“ im Lichte des Archivierungsprozesses und der Digitalisierung	85
<i>Elke Wirthumer</i>	
Archivierung von (insbesondere personenbezogenen Daten in) Informationssystemen im Falle der Beteiligung mehrerer Akteure des öffentlichen Bereichs	117
<i>Beat Gnädinger</i>	
Das Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Zürich und dessen Auswirkungen auf die Arbeit des Staatsarchivars	167
Verzeichnis der Autorinnen, Autoren sowie der Herausgeber	179

Teil 1:
Einleitung

Archivrecht in der Informationsgesellschaft

Versuch einer Orientierung

Wir erleben seit gut zwanzig Jahren eine enorme Dynamisierung im Archivwesen, einen Kulturwandel, der von Digitalisierung und Verrechtlichung geprägt ist, beflügelt durch die europäische Integration. Daraus schloss *Martine de Boisdeffre*, Direktrice des Archives de France, anlässlich der 50-Jahr-Feier des deutschen Bundesarchivs 2002:

„Der Archivar muss zum Juristen werden oder sich wenigstens mit einem solchen verbünden. Die Archivwissenschaft muss eine juristische Färbung erhalten.“¹

Diesem Ziel sollten auch die ersten Österreichischen Archivrechtsgespräche dienen. Der juristische Diskurs setzt voraus, dass sich die österreichische Rechtswissenschaft und Rechtspraxis wieder stärker für ein spannendes Thema interessiert, das einmal ihre Domäne gewesen war und auch im Zusammenhang mit den Diskussionen über eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ mit verhaltensbezogener Steuerungsperspektive wieder an Aktualität gewonnen hat:² Archive als unverzichtbare „Informationsträger“ einer Informationsgesellschaft, die „in dem auf öffentliche Kommunikation angelegten und angewiesenen Gemeinwesen ständig an Bedeutung [gewinnen]“,³ als „Wissensspeicher“ Teil des administrativen Wissensmanagements sind,⁴ als „Informationsassistenten“ oder „Informationsserviceeinrichtungen“.⁵

Auch für die Autorinnen und Autoren dieses Tagungsbandes ist das Archivrecht selbstverständlich Teil des Informationsverwaltungsrechts.

Die zunehmende Bedeutung, die Archiven in der *deutschen* Rechtswissenschaft im Hinblick auf ihre Aufgaben der Informationsvorsorge

1 *Boisdeffre*, Grußwort, in: Mitteilungen aus dem Bundesarchiv 2002/2, 23.

2 *Hecker*, Vom Arkanum zur Transparenz, *Archivalische Zeitschrift* 2021, 71 (85).

3 *Schoch*, Modernisierung des Archivrechts in Deutschland, *Die Verwaltung* 2006, 463 (463).

4 *Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht (2014) 157 ff.

5 *Collin*, Archive und Register, in: Schuppert/Voßkuhle (Hg), *Governance von und durch Wissen* (2008) 75 (75).

und Informationsversorgung beigemessen wird, verdeutlichte allein schon ein Professorenentwurf (2007) für ein neues Bundesarchivgesetz.⁶ Dagegen ist in Österreich *Peter Bußjäger*, seit 2001 Direktor des Instituts für Föderalismus in Innsbruck, seit 2014 Professor für Staatsrecht, Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht an der Universität Innsbruck, bisher einer von sehr wenigen, die sich schon seit geraumer Zeit mit dieser Materie wissenschaftlich auseinandersetzen.⁷ Bezeichnenderweise geht seine Beschäftigung mit dem Archivrecht auf den „Abwehrkampf“ der Länder gegen den Ministerialentwurf für ein Bundesarchivgesetzes 1999 zurück,⁸ den *Peter Bußjäger* als zuständiger Legist im Amt der Vorarlberger Landesregierung begleitet hat. Es war daher naheliegend und bedurfte keiner Überzeugungsarbeit, *Peter Bußjäger* für die Idee „Österreichische Archivrechtsgespräche“ zu gewinnen.

Die Archivrechtsgespräche wurden vom Institut für Föderalismus, das von den Ländern Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg getragen wird, in Kooperation mit dem Oberösterreichischen Landesarchiv und dem Vorarlberger Landesarchiv veranstaltet. Zielgruppen waren Juristinnen und Juristen, die sich mit Archivrecht oder damit verknüpften Rechtsmaterien befassen oder sich für diesen Themenbereich interessieren sowie Archivarinnen und Archivare, die sich mit archivrechtlichen Fragen auch grundsätzlich beschäftigen. Geplant für 2020 musste die Tagung aufgrund der Corona-Pandemie verschoben werden. Kurzenschlossen konnte sie am 22. September 2021 während einer „Öffnungsphase“ in einem Hörsaal der Universität Innsbruck durchgeführt werden.

Michael Mayrhofer, Johannes Kepler Universität Linz, hätte zum Thema *Rechtssicherheit gewährleisten – bei der und durch die Archivierung digitaler Unterlagen (digitaler Verwaltungsakten)* referieren sollen, musste jedoch kurzfristig absagen, da er an diesem Tag als Mitglied des Verfassungsgerichtshofs angelobt wurde. *Jakob Wührer* sprang ein und moderierte eine Kurzdiskussion zu dieser Problemstellung.

6 *Schoch/Kloepfer/Garstka*, Archivgesetz (ArchG-ProfE) (2007).

7 *Bußjäger*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Archivrechts, ZfV 2005, 325; *ders.*, Archiv und Verfassung, *Scrinium* 60 (2006), 77; *ders.*, Archivwesen, Geheimhaltungs- und Informationsansprüche, Montfort 2006, 179. Zum Organisationsrecht der Landesarchive Oberösterreichs und Salzburgs *ders.*, Das Amt der Landesregierung und seine Stellung gegenüber „nachgeordneten Dienststellen“, ZfV 2018, 158 (165).

8 Vgl. *Nachbaur*, Österreichs Bundesarchivrecht: lästige Fragen und Reformbedarf aus Ländersicht (2021) 16 ff.

Leider war für *Beat Gnädiger*, Staatsarchiv Zürich, der Ersatztermin zu kurzfristig anberaumt. Seinen interessanten Beitrag über *Das Öffentlichkeitsprinzip Zürich und dessen Auswirkungen auf die Arbeit des Staatsarchivs* hatte er vorbildlich bereits geliefert und dürfen wir hier abdrucken.

Der Archivar war lange Zeit Jurist

Am Beginn des öffentlichen Archivwesens stand der Rechtsgüterschutz, bis hin zu einem tatsächlichen oder behaupteten strategischen Informations- und Wissensvorsprung, der in politischen oder rechtlichen Auseinandersetzungen taktisch ins Treffen geführt werden sollte. Ein Archiv versprach Recht oder beanspruchte Deutungshoheit.

Das griechische *archaeion* bezeichnete zunächst nur das Haus der *archontes*, höherer Angehörige des Magistrats, denen man die Autorität zuerkannte, das Gesetz auszulegen, weshalb bei ihnen auch offizielle Dokumente zu sicheren Verwahrung hinterlegt wurden, verbunden mit dem Recht und der Kompetenz, sie zu interpretieren.⁹ Einen öffentlichen Ort, der durch seine Zugänglichkeit erst die Praxis der Demokratie ermöglicht habe.¹⁰ Eine Herleitung des Begriffs *Archiv* vom lateinischen *arca* (Kasten, Kiste, Truhe, Zelle)¹¹ führte uns im Gegenteil zum *arcanum*, zum Geheimnis, zum Staatsgeheimnis, *arcanum imperii*,¹² zum Staatsarchiv als absolutistischem Herrschaftsinstrument, zu verschlossenen rechtlichen Rüstkammern, zum Beispiel zum 1749 in Wien errichteten „Geheimen Hausarchiv“. Nicht von ungefähr wurde der staatliche Archivdienst in Österreich noch bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts von Juristen dominiert, bis die Juristen-Archivare von Historiker-Archivaren abgelöst wurden.¹³ Juristisch ausgebildete Archivare sollten zu einer exotischen Randerscheinung werden, ob-

9 *Derrida*, *Dem Archiv verschrieben* (1997) 11; *Ebeling*, *Das Gesetz des Archivs*, in: *ders./Günzel* (Hg.), *Archivologie* (2009), 61 (61 ff); *Kamecke*, *Das Revolutionsarchiv von 1789 und das Problem der Geschichtsschreibung*, in: *Weitin/Wolf* (Hg.), *Gewalt der Archive* (2012) 141 (144 f).

10 *Ebeling*, *Gesetz* 79.

11 *Vismann*, *Arché, Archiv, Gesetzesherrschaft*, in: *Ebeling/Günzel* (Hg.), *Archivologie* (2009) 89 (100 f).

12 *Pauser*, *Zwischen Arcanum Imperii und Transparenz*, in: *Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal* (Hg.), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018) 33.

13 *Zur Entwicklung des Anforderungsprofils Hochedlinger*, *Österreichische Archivgeschichte* (2013) 336 ff.

wohl in Österreich bis zur grundlegenden Reform von 1978 das Rechtsstudium erheblich rechtshistorisch geprägt blieb.¹⁴

Ius archivi – das historische Archivrecht

„Archiv ist nichts anders, als ein gewisser Ort, da die Instrumenta publica und andere wichtige und geheimen Sachen, die der Staat und Jura des Fürsten und seines Landes anbetreffen, verwahrt werden,“ erfahren wir aus Zedlers Universal-Lexicon (1732).¹⁵

Dieser frühneuzeitlichen Verengung des Archivbegriffs liegt ein Konstrukt Rechtsgelehrter zugrunde, die aus einer spätantiken Rechtsfigur zugunsten der Reichsstände ein *ius archivi* ableiteten, ein aus der Landeshoheit erfließendes Vorrecht (Regal), Archive zu errichten (*aktives Archivrecht*), wobei für Schriftstücke, die aus so einem „Staatsarchiv“ (*archivum publicum*) vorgelegt wurden, ohne weiteres eine Beweiskraft in Anspruch genommen und zugebilligt werden sollte (*passives Archivrecht*). Und Reichsstände konnten weitere Körper-

14 *Olechowski*, Zweihundert Jahre österreichisches Rechtsstudium, in: Jabloner et al (Hg), Vom praktischen Wert der Methode – FS Mayer (2011) 457.
Einschneidend waren das Bundesgesetz über das Studium der Rechtswissenschaften (BGBl 140/1978) und die Rechtswissenschaftliche Studienordnung (BGBl 148/1979). Wohl nicht nur an der Universität Innsbruck konnte im Wintersemester 1980/81 letztmals nach der alten Studienordnung (Staatsprüfungen, Rigorosen) inskribiert werden. Anstellungserfordernisse für Bundesbeamte des Höheren Archivdienstes waren 1927 die Vollendung der philosophischen [Doktorat] oder der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien [Staatsprüfungen] und die Staatsprüfung des österreichischen Instituts für Geschichtsforschung (Verordnung der Bundesregierung betreffend die Festsetzung für die Erlangung von Dienstposten der allgemeinen Verwaltung [BGBl 87/1927], Anlage 1). Aufgrund der Novellierung der Dienstzweigeverordnung für die Beamten der allgemeinen Verwaltung 1970 (BGBl 243/1970, Ablage 1) war schließlich Anstellungserfordernis für den Höheren Archivdienst der Abschluss der philosophischen Studien [Doktorat oder Lehramtsprüfung], der theologischen Studien [entsprechend Studien- und Prüfungsvorschriften], der rechtswissenschaftlichen Studien [Staatsprüfungen], der staatswissenschaftlichen Studien [Doktorat] oder der sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Studien [Diplom, Lehramtsprüfung] und die Staatsprüfung des österreichischen Instituts für Geschichtsforschung. De facto dürfte die Zulassung zum Institutskurs zur Verengung auf die Geschichtswissenschaft beigetragen haben. Mit 1.1.1978 fielen die speziellen Ernennungs- und Definitivstellungserfordernisse für den Höheren Archivdienst weg (BDG 1977, BGBl 329/1977, ersetzt durch BDG 1979, BGBl 333/1979).

15 *Zedler* (Verl), Grosses vollständiges Universal-Lexicon Aller Wissenschaften und Künste [...] 2 (1732) 1241.

schaften entsprechend privilegieren, zum Beispiel ein Landesfürst seine Landstände.¹⁶

Der Begriff „Archivrecht“ wurde bis weit ins 19. Jahrhundert hinein mit diesem *ius archivi* gleichgesetzt.¹⁷

„Solange Archive dem *ius archivi* entsprechend primär beweisrechtliche Funktion der Rechts- und Herrschaftssicherung hatten, war das ‚Archivgeheimnis‘, die strenge Kontrolle des Archivzugangs zur Sicherung gegen Fälschungen eine essentielle Bedingung der Rechtssicherheit.“¹⁸ Durch die Einrichtung öffentlicher und öffentlich zugänglicher Bücher und Register zur Dokumentation und Nachweis von Rechten (Grundbuch, Bergbuch, Wasserbuch, Personenstandsbücher, Handelsregister usw.) verlor dieses Geheimhaltungsprinzip seinen Rechtsgrund,¹⁹ das öffentliche Archiv an rechtlicher Exklusivität und juristischem Interesse.

16 Merzbacher, *Ius Archivi*, Archivalische Zeitschrift 1979, 135; Pitz, Beiträge zur Geschichte des *Ius Archivi*, Der Archivar 1963, 279; Schäfer, Authentizität, in: ders./Bickhoff (Hg), Archivierung elektronischer Unterlagen (1999) 163 (169 ff); Freedman, The Origin and Evolution of the *ius archivi* concept in Early Modern Central Europe, Archivalische Zeitschrift 2021, 15; Fritsch, Tractatus de jure archivi et cancelariae (1664); Zedler, Universal-Lexicon 1241 f; Spangenberg, Die Lehre von dem Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden, 2 (1827), 40 ff.

17 Vgl. zB Spangenberg, Lehre 40 ff; Kohler, Die staatsrechtlichen Verhältnisse des mittelbar gewordenen, vormals reichsständischen Adels (1844) 61 ff, 88 f; Schlichtegroll, Abhandlungen über Archivrecht und Archivwesen, Zeitschrift für die Archive Deutschlands, 1/3 (1847), 205; Müller, Archivrecht (*ius archivi*), in: Rotteck/Welcker (Hg), Das Staats-Lexikon,³ 1 (1856) 669; Wagener (Hg), Staats- und Gesellschafts-Lexikon, 2 (1859) 504; Zingerle, Archiv, in: Staatslexikon, 1 (1887) 426; Stengel (Hg), Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1 (1890) 62.

18 Manegold, Archivrecht (2002) 24.

19 Manegold, Archivrecht 25.

Was dieses historische *passive Archivrecht* betrifft, wurde in Österreich, im Unterschied zu anderen Territorien des Alten Reichs,²⁰ die Beweiskraft „*brieflicher Urkunden*“ schon durch die Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 nicht an den Aufbewahrungsort, sondern ausschließlich an Institutionen und Regeln der Ausfertigung geknüpft.²¹ Das Konzept des *passiven Archivrechts*, die Rolle eines öffentlichen Archivs als *trusted custodian*, erfährt jedoch heute in den Diskussionen über die digitale Archivierung genuin digitaler Dokumente eine Renaissance.²²

Ein *aktives Archivrecht* im Sinn des historischen *ius archivi* normieren auch moderne Archivgesetze. In Österreich berechtigen sie neben den Gebietskörperschaften regelmäßig auch sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts sowie von Gebietskörperschaften beherrschte Unternehmungen zur Führung von Archiven, die dadurch zum Beispiel auch die Archivprivilegien der Datenschutzgrundverordnung in Anspruch nehmen können. Vorrangig und bedeutender ist heute jedoch die Normierung einer Archiv- und Archivierungspflicht. Und diese mo-

20 Vgl zB zu Bayern Kap 11 § 2 Codex Juris Bavarici Judiciarii De Anno M.DCC.LIII (1803); *Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codex juris Bavarici judiciarii, worinn derselbe sowohl mit den gemeinen, als den ehemaligen statutarischen Gerichts-Ordnungen und Rechten genau verglichen ist⁹ (1813) 373 f; *Seuffert*, Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung 3 (1842), 124 f; *Schlichtegroll*, Abhandlungen; auch noch *Gönner*, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, 1 (1815) 171 f; *ders*, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, 2/2 (1816) 434 ff; stark abgeschwächt mit richterlicher Beweiswürdigung Art 367, 374 Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des Königreiches Bayern (1869); *Anonym*, Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern vom 29. April 1869 mit erläuternden Anmerkungen [...] (1870) 330 f zu Art 374. Hannover hielt in seiner 1852 in Kraft getretenen Prozessordnung (§ 341) an der Beweisfähigkeit archivarischer und alter Urkunden fest (*Schlüter*, Commentar zur allgemeinen bürgerlichen Prozeß-Ordnung für das Königreich Hannover 1 [1858] 477 ff). Laut *Schäfer*, Authentizität 171, verschwand das *ius archivi* spätestens mit Inkrafttreten der Zivilprozessordnung des Deutschen Reichs am 01.10.1879 aus dem deutschen Recht (RGBl 1877, 6, Beweis durch Urkunden §§ 380 ff).

21 §§ 111 ff AGO (JGS 14). Entsprechend auch §§ 179 ff Westgalizische Gerichtsordnung (JGS 326), die als aktualisierte Version der AGO 1814 ua auch für Tirol und Vorarlberg in Kraft gesetzt wurde. Vgl *Wessely*, Handbuch der westgalizischen Gerichtsordnung vom 19. Dezember 1796 1 (1834) 1 ff und 208 ff. Laut Hofdekret der obersten Justizstelle 7.10.1793 war auch allen Instrumenten, die von eigens berechtigten Beamten über Urkunden ordentlich ausgestellt wurden, die sich in Archiven, Registraturen oder sonstigen öffentlichen Ämtern befanden, der volle Glaube beizumessen (*Wessely*, Handbuch 212). Mit 1.1.1898 trat die Zivilprozessordnung in Kraft (RGBl 113/1895, Beweiskraft der Urkunden §§ 292 ff). Zur Entstehungsgeschichte der AGO und zum Urkundenbeweis *Loscheider*, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 (1978), jeweils ohne Hinweise auf ein *ius archivi*; ebenso *Huger*, Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde, Diss Universität Wien (2018) 22 ff.

22 Vgl *Schäfer*, Authentizität: Elektronische Signaturen oder Ius Archivi? in: Hering/Schäfer (Hg), Digitales Verwalten – Digitales Archivieren (2004) 13 (26 ff).

dernen öffentlichen Archive haben auch jeder Person zugänglich zu sein.

Sicherungspflicht und Informationszugangsfreiheit – das moderne Archivrecht

1789 beschloss die revolutionäre französische Nationalversammlung, ein Nationalarchiv zu errichten – im Ergebnis der Beginn des modernen Archivwesens.²³ 1794 regelte die Nationalversammlung dessen Organisation mit Gesetz:²⁴ Zuständigkeiten zur Archivierung, Bewertung des amtlichen Schriftguts durch „*triage*“: Sicherung rechtlich relevanter und allenfalls sonstiger, historisch interessanter Dokumente, Vernichtung der nutzlosen Papiere,²⁵ sowie Regelung des Zugangs zum Archivgut. Eine erste Statuierung von Archivrecht in modernem Sinn.

Dass damit „*gewißermaßen die archivalischen Menschenrechte*“ proklamiert worden seien,²⁶ trifft freilich nicht zu. Berechtigt wurden nur französische Bürger, im Unterschied zum Beispiel zu den heutigen österreichischen Archivgesetzen, die jeder Person einen Rechtsanspruch garantieren. Ein Menschenrecht auf Archivzugang kann allenfalls aus der durch die Europäische Menschenrechtskonvention (Art 10 Abs 1) garantierten Informationszugangsfreiheit abgeleitet werden, „*Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht*

23 Kamecke, *Revolutionsarchiv* 141; *Manegold*, *Archivrecht* 25 ff.

24 Art 37, Loi du 7 messidor an II [25.6.1794] concernant l'organisation des archives établies auprès de la représentation nationale (Bulletin des lois de la République Française 58/1794).

25 Vgl. *Bordier*, *Les Archives de la France* (1855) 6: „1° celle des papiers utiles, destinée à entrer dans les sections domaniale et judiciaire des Archives de la république ; 2° celle des papiers sans aucun intérêt pour les propriétés de l'État et des particuliers, ou purement féodaux, destinée à la destruction ; 3° celle «des chartes et manuscrits appartenant à l'histoire, aux sciences et aux arts, ou pouvant servir à l'instruction,» qui devaient être «réunis et déposés, savoir: à Paris à la Bibliothèque nationale, et dans les départements à celle de chaque district.»“ Abgesehen von einem wörtlichen Zitat (Art 12) zitierte *Bordiere* hier nicht, wie *Kamecke*, *Revolutionsarchiv* 153 Anm 34, angibt, Art 15 bis 28 Loi l'organisation.

26 Viel zitiert der Straßburger Universitätsprofessor und Archivar *Wilhelm Wiegand* in einer Diskussion auf dem 7. deutschen Archivtag 1907 in Karlsruhe, *Korrespondenzblatt des Gesamtvereins der Deutschen Geschichts- und Alterthumsvereine* 55 (1907) 10+11, 423 (425).

auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben“.²⁷ Gründungsaufgabe des französischen Nationalarchivs war es, die Republik zu dokumentieren und das schriftliche Erbe des Feudalismus abzuwickeln. Was nur historisch oder kulturell von Interesse erschien, sollte laut Gesetz an Bibliotheken (sic!) abgegeben werden.²⁸ So bezog sich denn der Rechtsanspruch jedes Bürgers auf Zugang zum Archivgut und auf Abschriften im Kern zunächst auf gerichtliche und administrative Dokumente.²⁹ Und doch markierte er im Ergebnis ein Stück weit einen „Paradigmenwechsel der Archivfunktion“,³⁰ vom reinen staatspolitischen Geschäftszweck hin (auch) zu einer historiographischen Quelldokumentation, eine „elementare Transformation von einem im Arkanbereich europäischer Machtpolitik zu einer schrittweise geöffneten, auch zu Forschungszwecken zugänglichen Institution“,³¹ die sich nach und nach im 19. Jahrhundert vollzog und schließlich auch das breite Publikum anzog. Eine Überflutung der Lesesäle mit dem „Heer der Familienforscher“ rührte zu Beginn des 20. Jahrhunderts bisweilen am Selbstverständnis von Archivaren, die sich in ihrer „behördlichen Funktion“ nicht mehr gewürdigt oder beachtet fühlten.³²

Durch die fortschreitende Reduzierung der Schutz- und damit auch Anbietungsfristen für nicht personenbezogenes Archivgut erfahren die Archive als Informationsspeicher der Verwaltung eine zunehmende Aktualisierung, spielt der Zugang zum Recht und zu gespeichertem Verwaltungswissen wieder eine ungleich stärkere Rolle, verbunden mit einer demokratischen Kontrollfunktion, die Nachvollziehbarkeit staatlichen und staatsnahen Handels zu gewährleisten, wie das nach Schweizer Vorbildern ausdrücklich in die Zweckbestimmungen der Archivgesetze Vorarlbergs (2016) und Tirols (2017) einfloss. Dieser Prozess ist keineswegs abgeschlossen. In Österreich wird er durch mangelnde Fortschritte in der Informationsfreiheitsgesetzgebung gehemmt. Sollte

27 Art 11 EMRK (BGBl 210/1958 idF BGBl II 68/2021). Bußjäger, Archivwesen 182 f: „Man wird das Grundrecht im Sinne eines Verbotes einer willkürlichen Vorenthaltung auch des Zuganges zu Informationen interpretieren müssen. Auch wenn der Staat nicht aktiv bestimmte Informationen bereithalten muss, so muss er doch Einsicht in die Archive der allgemeinen Verwaltung gewähren müssen, sofern nicht einer der in Art. 10 Abs. 2 EMRK angeführten Gründe vorliegt. Dieses Ergebnis ist gerade in Anbetracht der Bedeutung, die dem Archiv als Quelle zur Identität einer staatlichen Entität zukommt, zu begründen.“

28 Art 32 Loi l'organisation.

29 Art 12, 14, 15, 25, 31 Loi l'organisation.

30 Kamecke, Revolutionsarchiv 146.

31 Steglich, Zeitort Archiv (2020) 185 f.

32 Lippert, Archivausstellungen, Archivalische Zeitschrift 1918, 110 (111), der Ausstellungen propagierte, um weitesten Kreisen Kenntnis und Verständnis für die Archive zu vermitteln.

das 2020 in Begutachtung versandte Informationsfreiheitspaket Gesetz werden, müssen die Archivgesetze betreffend die Zugangsfreiheit Spezialgesetze bleiben,³³ wie das in der Schweiz und in Deutschland der Fall ist. Dann wird sich auch in Österreich die Frage stellen, ob für sachbezogenes Archivgut überhaupt noch Schutzfristen aufrechterhalten werden müssen, sollen und können. Das wird auch wesentlich davon abhängen, ob und inwieweit bereits für den vorarchivischen Bereich ein Rechtsanspruch auf Zugang zu Dokumenten gewährleistet werden wird.

Beat Gnädinger: Das Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Zürich und dessen Auswirkungen auf die Arbeit des Staatsarchivs

Zunächst einmal verdeutlicht der Beitrag des Zürcher Staatsarchivars *Beat Gnädinger* am Beispiel des Informationsrechts unausgesprochen, was Bundesstaatlichkeit bedeuten kann und in der Schweiz selbstverständlich bedeutet: In der Schweiz liegt es in der Zuständigkeit der Kantone, für ihren Bereich den Umgang der öffentlichen Organe mit Informationen und Daten sowie die Archivierung gesetzlich zu regeln.³⁴ Das ermöglicht eine sachgerechte, stimmige Gesetzgebung. (So haben die Kantone Aargau und Wallis die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen in einem Gesetz zusammengefasst.)³⁵

In Zürich garantiert die Kantonsverfassung seit 2006 jeder Person ein Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Umgesetzt wurde dieser Wechsel vom Geheimhaltungs- zum Transparenzprinzip mit einem Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG), mit dem beide Bereiche bewusst verzahnt wurden, und unter anderem auch das Archivgesetz entsprechend angepasst wurde.³⁶ Die Regelungen traten mit 1. Oktober 2008 in Kraft. Die neuen Zugangsregeln im Archivgesetz waren zunächst einfach gehalten: Die Einsichtnahme in die Archivbe-

33 Vgl. *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 120 ff; Jahresbericht des Vorarlberger Landesarchivs 2021 (2022) 60 f.

34 In Österreich waren die Gesetzgebungskompetenzen der Länder auf analoge Dateisysteme beschränkt gewesen, seit 2020 ist der Datenschutz zur Gänze in Bundeskompetenz. Die Informationsfreiheit soll unter Mitwirkung der Länder einheitlich mit einem Bundesgesetz ausgeführt werden. Damit verbleibt ihnen nur die Archivierung.

35 Die schweizerische Gesetzgebung von Bund und Kantonen kann über www.lexfind.ch abgerufen werden.

36 § 44 lit f Gesetz über die Information und den Datenschutz IDG (LS 170.4) vom 12. Februar 2007.

stände richtet sich nach den Bestimmungen des IDG. Informationen, die nach dem Gesetz über die Information und den Datenschutz zugänglich sind, bleiben es auch nach ihrer Archivierung. Für archivierte Akten, die Personendaten verstorbener Personen enthalten, gilt eine Schutzfrist von 30 Jahren seit dem Tod der Betroffenen und, falls der Tod ungewiss ist, 100 Jahre seit ihrer Geburt.³⁷

Seit 2014 sind weit differenziertere Zugangsregeln in Kraft.³⁸ Sie berücksichtigen eine Novellierung des Patientinnen- und Patientengesetzes, die notwendig war, um die Anbietungspflicht der öffentlichen Spitäler klarzustellen und eindeutig zu normieren, womit die Archivierung als Grund für die Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis gesetzlich verankert wurde, verbunden mit einer sehr langen Schutzfrist: Um aus Gründen der Heredität auch die folgende Generation zu schützen, sind Patientenakten erst 120 Jahre nach Aktenschließung frei zugänglich, was demnach auch 120 Jahre nach dem Tod bedeuten kann. Problematisch aus Archivsicht ist, dass in offener Schutzfrist nicht das Archiv, sondern die Zugangsbehörde über den Zugang entscheidet. *Beat Gnädinger* erkennt darin dennoch ein Modell, durch eine spezielle, gesetzliche Anbietungspflicht auch andere Geheimnisträger von Berufsgeheimnissen zu entbinden, was am einfachsten durch Ergänzung des entsprechenden Straftatbestandes im Strafgesetzbuch (Art 321) möglich wäre.

Beim archivrechtlichen Revisionsbedarf spricht der Autor zudem einen Punkt an, mit dem im Archivgesetz nicht nur die Informationszugangsfreiheit, sondern hinsichtlich übernommener, genuin digitaler Daten auch eine Informationstransparenz verankert werden sollte: Eine Verpflichtung, digitale Daten, die keinen Einschränkungen mehr unterliegen, auch online zur Verfügung zu stellen, womit die im Zuge der französischen Revolution eingeleitete Entwicklung „eine logische und wertvolle Fortsetzung im digitalen Zeitalter“ nähme und die Archive schnell zu den „Hauptspeicherorten von Open Government Data“ würden.

Alle diese Fragen betreffen auch Österreich, allerdings aufgrund seiner wenig ausgeprägten Bundesstaatlichkeit und der Vernachlässigung der Sicherung des Archivgutes der Bundesdienststellen in den Ländern in weit komplizierterer Form.

37 § 10 f Archivgesetz (LS 170.61) vom 24. September 1995 (Stand 1.10.2008).

38 §§ 10 bis 11c Archivgesetz (LS 170.61) vom 24. September 1995 (Stand 15.1.2014).

Peter Bußjäger/Julia Oberdanner: Kompetenzrechtliche Abgrenzung von Bundes- und Landesarchivrecht und materienspezifische Einflüsse

Peter Bußjäger und Julia Oberdanner, beide Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck, nehmen zunächst eine logisch nachvollziehbare kompetenzrechtliche Abgrenzung und Einordnung des Archivrechts vor, die ein Stück weit erst im Zusammenhang mit der Entstehung des Bundesarchivgesetzes ausgebildet wurde und behauptet werden musste.

Der Grundsatz, dass Archivrecht Teil der Organisationskompetenz des Bundes (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG) bzw der Länder (Art 15 Abs 1 B-VG) ist, dass für die Kompetenzfrage ausschließlich die *organisatorische* Zuordnung der Dienststelle, bei der Archivgut angefallen ist, ausschlaggebend ist, dürfte mittlerweile anerkannt sein. An die Grenzen stößt die einfache Gesetzgebung aber bei den Bildungsdirektionen, die 2019 als „gemeinsame Behörde[n] des Bundes und des Landes“ (Art 113 Abs 3 B-VG) eingerichtet wurden. Auch mit der Betrachtung als hybride Behörden lässt sich das Problem archivrechtlich nicht vollständig lösen.³⁹ Essentiell, wenn auch speziell vom Bundesministerium für Justiz konsequent missachtet, ist die Feststellung, dass die Aufbewahrung von Schriftgut des Bundes, das Landesarchive übernehmen, in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, und allfällige Auflagen des Bundesarchivgesetzes einer privatrechtlichen Übereinkunft bedürfen.

In einem umfangreichen Kapitel behandeln *Peter Bußjäger und Julia Oberdanner* materienspezifische Einflüsse und Sonderbestimmungen im Archivrecht. Sie unternehmen einen Versuch einer Systematisierung archivrechtlicher Regelungen, wobei ihr Hinweis sehr wichtig ist, dass

³⁹ Da es sich bei den Bildungsdirektionen organisatorisch weder um „Bundesdienststellen“ noch um „Landesdienststellen“ handelt, werden sie vom Bundesarchivgesetz genauso wenig direkt erfasst sein (§§ 2 Z 4 lit a, 3 Abs 1 B-AG) wie von den Landesarchivgesetzen. Am ehesten kompatibel ist das Vorarlberger Archivgesetz (LGBl 1/2016 idF LGBl 4/2022): Archivgut Dritter, das mit der Übernahme ins Eigentum des Landes übergeht, wie zB Archivgut, das von Dienststellen des Bundes vom Landesarchiv übernommen wird, gilt als „Archivgut der Landesregierung sowie sonstiger Verwaltungsbehörden und Dienststellen des Landes“ (ErlRV 85/2015 Blg 30. VLT zu §§ 3 Abs 1 lit c Z 4). Dh, das Vorarlberger Landesarchiv kann auf dieser Grundlage auch Archivgut übernehmen, das bei der Bundesdirektion in Bundesvollziehung und in gemeinsamer Verwaltung anfällt. Bemerkenswert: In der Geschäftseinteilung des Amtes der Vorarlberger Landesregierung war bis zur Integration einiger weniger nachgeordneter Dienststellen als „Fachdienststellen“ in das Amt der Landesregierung 2019 ua auch die Bildungsdirektion ausdrücklich als nachgeordnete Behörde der Abteilung Elementarpädagogik, Schule und Gesellschaft (IIa) ausgewiesen (ABl 49/2018). Die Länder werden das Eigentum bzw Miteigentum an Akten für sich in Anspruch nehmen können, soweit sie den Sachaufwand der Bildungsdirektion tragen bzw mittragen.

zwischen „vorarchivischen“ Dokumentations- und Aufbewahrungsregelungen in Materiengesetzen und archivgesetzlichen Regelungen zu unterscheiden ist. Ein wichtiger, in der Archivpraxis umstrittener Punkt ist dabei insbesondere die Frage, ob und inwieweit sich zB aus in Materiengesetzen geregelten Dokumentationspflichten archivrechtliche Konsequenzen ergeben und ob bei Regelungskonflikten materienspezifische Vorschriften als *lex specialis* zu qualifizieren sind, wovon *Peter Bußjäger* und *Julia Oberdanner* eher ausgehen. In der archivischen Praxis wirken sich solche Regelungskonflikte auf die Frage der Anbietungspflicht und der Zugangsregelung aus.

Wie schwerwiegend diese Auswirkungen sind, zeigen die Autoren anhand des Gesundheitswesens und der Justiz detailliert auf – hier sei in gebotener Kürze exemplarisch die Problematik der Krankengeschichten angeführt: Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten entstehen in der archivischen Praxis schon daraus, ob Krankengeschichten gemäß Krankenanstaltengesetzen der Länder nun verpflichtend zu vernichten sind oder nicht.⁴⁰ Das betrifft, wie aufgezeigt wird, besonders die Spannungsverhältnisse zu den ärztlichen Verschwiegenheitspflichten und zu den Persönlichkeitsrechten.⁴¹ Was das Spannungsfeld mit dem Datenschutz betrifft, wird es jedenfalls bei elektronisch geführten Krankengeschichten relevant sein.⁴² *Peter Bußjäger* und *Julia Oberdanner* folgen der Ansicht, dass das Zugangsinteresse bei archivierten Krankengeschichten in aller Regel nur ein wissenschaftliches sein kann und deshalb eine Pseudonomysierung nicht benötigter personenbezogener Daten in Krankenakten vorgenommen werden sollte, werfen aber gleichzeitig die Frage nach der Umsetzbarkeit dieser Maßnahme auf. Abgesehen davon sehen die Archivgesetze als einschlägige Schutzmaßnahmen zeitliche Zugangsbeschränkungen vor, wobei man durchaus über eine Verlängerung nach dem Zürcher Beispiel nachdenken sollte, um auf diese Weise allenfalls auch Persönlichkeitsrechte noch lebender Verwandter zu schützen, wobei die Zugangsbeschränkungen, wie bei personenbezogenem Archivgut üblich, zeitlich an den Tod, alternativ an die Geburt, und nicht an den Abschluss der Krankengeschichten anknüpfen sollten. Die Ausführungen und Analysen verdeutlichen jeden-

40 Was zB Vorarlberg betrifft, muss man nicht der Meinung sein, dass das Spitalsgesetz eindeutig eine Vernichtung vorschreibt (Vgl. *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 48 Anm 174.)

41 Diesbezüglich könnten vielleicht auch die legistischen Maßnahmen und Überlegungen im Kanton Zürich Anregung sein.

42 Bei Papierakten wird es sich nach der Rechtsprechung wohl um keine Dateisysteme handeln.

falls, dass zum Teil ein Abstimmungs- oder Harmonisierungsbedarf zwischen den Materiengesetzen und den Archivgesetzen besteht.⁴³

Ulrich Nachbaur: Österreichs Bundesarchivrecht: Reformbedarf aus Ländersicht

Vorarlbergs Landesarchivar *Ulrich Nachbaur* fokussiert in seinem Beitrag auf eine – im Vergleich zu Deutschland und Österreich – Eigenheit des österreichischen Archivrechts: den weitreichenden Überschneidungsbereichen zwischen dem Bundes- und den Länderarchivwesen. Notwendigerweise erklärt Nachbaur diese komplexe Rechtslage, die im Bundesarchivgesetz ihren Ausgang nimmt, mittels einer rechtsgeschichtlichen Analyse.

Für die Sicherung des Archivguts der Dienststellen des Bundes in den Ländern ist die Bundesregierung zuständig, die ihrer Verantwortung seit der Verländerung der Landesregierungsarchive 1925 nicht mehr nachkommt, sondern „gnadenhalber“ Landesarchiven überlässt, die dafür auch in Kauf nehmen, von der Bundesregierung gegängelt zu werden – so die Kritik *Nachbaur*s an der österreichischen Rechtslage und Praxis: Bei einer Übernahme von Archivgut von Bundesdienststellen ins Eigentum eines Landes muss dieses gemäß § 3 Abs 6 Bundesarchivgesetz (B-AG) einer Übertragung ohne Anspruch auf Kostenersatz zustimmen, für dieses Archivgut die Wahrung der im Bundesarchivgesetz normierten Zugangs- und Auskunftsregeln sicherstellen und eine durch das Bundesarchivgesetz vorgegebene Benutzungsordnung festlegen. Dabei seien die Archivgesetze der Länder mit dem Bundesarchivgesetz nicht kompatibel. Sie gewährten bei höheren Schutzstandards für Persönlichkeitsrechte mehr Zugangsfreiheit, nicht zuletzt einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zugang. Hinzu kommt noch eine Durchführungsverordnung des Bundesministers für Justiz (Archiv-Verordnung), die, in wesentlichen Passagen wohl gesetzwidrig, von Justizbehörden über-

43 Der Beitrag *Rothmann/Kastelitz/Rothmund-Burgwall*, Archive als „öffentliches Gedächtnis“ personenbezogener Patientendaten? Über das Verhältnis von Verschwiegenheitspflichten, postmortalem Persönlichkeitsschutz und öffentlichen Interessen, in: Jähnel (Hg), *Jahrbuch Datenschutzrecht 2021 (2022)* 197 ff, der weitere, differenzierte Aspekte in diese Problematik mit einbringt, sich jedenfalls für einen klaren Anwendungsvorrang der Archivgesetze ausspricht aber mit zunehmender Digitalisierung des Gegenstands der Archivierung eine Evaluierung der bestehenden archivgesetzlichen Kompensationsmechanismen hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes anregt, konnte im Beitrag von *Bußjäger/Oberdanner* keine Berücksichtigung mehr finden.

nommenes Archivgut de facto von einer Benützung nach Archivrecht völlig ausnimmt.

Zur Bereinigung der unbefriedigenden Situation macht *Nachbaur* abgestuft folgende Vorschläge:

Unter der Prämisse, dass der Bund seine Verantwortung selbst wahrnehmen soll, schlägt er eine Dezentralisierung des Österreichischen Staatsarchivs mit Länderabteilungen nach dem Beispiel des Bundesdenkmalamts vor (Lösung 1); oder wenigstens den Kreis der Bundesdienststellen, die nach § 3 Abs 3 B-AG selbst Archive führen können, um Dienststellen in den Ländern zu erweitern und auf diese Weise zum Beispiel Bundesjustizarchive einzurichten (Lösung 2).

Sofern Länder zur Übernahme von Archivgut aus Bundesdienststellen bereit sind, dann nach deren Regeln und gegen eine Kostenbeteiligung des Bundes. Die einfachste und beste Lösung: Die Übertragung des Eigentums wird an die schlichte Voraussetzung und Auflage geknüpft, dass der Zugang zum Archivgut und der Schutz der Rechte betroffener Personen landesgesetzlich geregelt ist (Lösung 3a). Als kompliziertere, mit Unsicherheiten behaftete und weniger flexible Variante nach deutschem Vorbild: Ein Land stellt durch Landesgesetz die Zugangs- und Persönlichkeitsrechte nach dem Maßstab des Bundesarchivgesetzes sicher; mit einer Klarstellung, dass auch ein Mehr an Zugangsfreiheit und Persönlichkeitsschutz eingeräumt werden kann.

Elke Wirthumer: Archivierung von (insbesondere personenbezogenen Daten in) Informationssystemen im Falle der Beteiligung mehrerer Akteure des öffentlichen Bereichs

Elke Wirthumer, Expertin für Informationsrecht in der Abteilung Präsidium des Amtes der Oö. Landesregierung, beschäftigt sich in ihrem Beitrag mit einer archivrechtlichen Problemstellung im Lichte der Digitalisierung: Der Archivierung von Daten aus Informationssystemen, die unter Beteiligung mehrerer Akteure des öffentlichen Bereichs betrieben/genutzt werden. Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist die der öffentlich-rechtlichen Archivierung zugrundeliegende Kompetenzverteilung, die von einer organisatorischen Betrachtungsweise geprägt ist: Verarbeitete Unterlagen fallen grundsätzlich bei den zuständigen Akteuren an und „gehören“ ihnen. Die archivrechtliche Zuständigkeit ist grundsätzlich „funktionsblind“ und hängt auch nicht von den eingesetzten Technologien ab („technologieneutral“), denn weder die Aufzeichnungsform noch das Bearbeitungsinstrument haben Einfluss auf die An-

wendbarkeit der Landes-Archivgesetze. Daher sind beispielsweise die Unterlagen der mittelbaren Bundesverwaltung dem Land zuzurechnen und damit dem jeweiligen Landesarchiv und nicht dem Staatsarchiv anzubieten. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn Unterlagen mit einem vom Bund zur Verfügung gestellten Informationssystem verarbeitet werden.

Betreffend der Informationsverarbeitung in Informationssystemen gilt es aber – werden personenbezogene Daten verarbeitet –, die datenschutzrechtliche Rollenverteilung der involvierten Akteure zu beobachten: Die Rechte und Pflichten der verschiedenen Rollen wirken sich auf die archivrechtlichen Anbieterswege aus. Grundsätzlich werden die angefallenen Unterlagen (Informationen, Daten[-sätze]) vom jeweiligen zivilrechtlichen Auftraggeber bzw datenschutzrechtlichen Verantwortlichen seinem zuständigen Archiv zur Übernahme angeboten. Damit würde aber der Grundsatz, dass die Archivierung „funktionsblind“ wäre, hier um eine Facette erweitert werden. Für eine kompetenzkonforme Archivierung wäre aber die korrekte Festlegung der Zuständigkeiten bzw datenschutzrechtlichen Rollen der beteiligten Akteure maßgeblich (Auftraggeber/Verantwortlicher, Auftragnehmer/Auftragsverarbeiter), die bei einschlägigen Sachverhalten nicht immer gegeben zu sein scheint.

Die Autorin analysiert dahingehend gesetzliche Regelungen, wonach den Bundesminister(ie)n zwar „nur“ die datenschutzrechtliche Rolle des Auftragsverarbeiters zugeschrieben ist, gleichzeitig aber (von Gesetzes wegen) die Archivierung im Staatsarchiv erfolgen soll. Gerade im Hinblick auf zentrale, bundesweite Register bzw Informationssysteme sollten die datenschutzrechtlichen Rollenverteilungen noch einmal kritisch hinterfragt werden. Wesentlich ist auch die Analyse der Informationsströme und Verarbeitungsergebnisse (trennbare versus untrennbare, mandantenübergreifende Datensätze).

Konsequent mahnt *Wirthumer* ein, dass bei der Initialisierung einer einschlägigen Verarbeitung nicht nur die datenschutzrechtlichen Rollen klargestellt werden müssten; daneben sollten im Sinne der Transparenz und auch der Rechtssicherheit in den Materienbestimmungen bzw Vereinbarungen/Verträgen die Archivstränge der beteiligten Akteure festgehalten werden. Darüber hinaus seien diese Kooperationen bzw deren technische Umsetzung aus archivrechtlicher Perspektive auf den archivgesetzlich vorgegebenen Archivierungsprozess abzustimmen.

Jakob Wührer: Information – Unterlage – Archivgut: Legaldefinitionen des „archivischen Substrats“ im Lichte des Archivierungsprozesses und der Digitalisierung

Auch der Beitrag von *Jakob Wührer*, Oö. Landearchiv, greift aus archivarischer Perspektive eine Problemstellung auf, die mit der fortschreitenden Digitalisierung des archivischen Umfeldes an Relevanz gewinnt: Den Weg der vor allem genuin digital aufgezeichneten Information von ihrer Entstehung bis zur möglichen Archivierung. Dabei zentral ist der archivgesetzlich legaldefinierte Unterlagenbegriff als Vorstufe des Archivgutbegriffs. Nur Information, die Unterlage ist, kann auch Archivgut werden.

Da der archivgesetzliche Unterlagenbegriff sehr weit gefasst ist, wird analysiert, inwieweit er vor allem vor dem Hintergrund der Digitalisierung des Verwaltungshandelns geeignet ist, die digitale Informationsflut, mit der die Archive konfrontiert werden, im Vorfeld und für die Einleitung in den Archivierungsprozess zu strukturieren. Gesucht werden Konzepte, welche die Archive in ihrer Kernaufgabe, der archivischen Überlieferungsbildung, nicht einschränken, sondern ihnen die notwendige Kontrolle über die Auslegung des Unterlagenbegriffs verschaffen. Einige einschlägige, in einzelnen österreichischen Archivgesetzen vorhandene Regelungen werden dahingehend auf ihre Tauglichkeit hin untersucht.

Um die Problemlagen besser sichtbar zu machen, wird der zentrale Begriff der Information analysiert, indem zwischen Information, Informationsmanifestation und Informationsträger unterschieden wird. Rückt im Digitalen der Informationsträger auch für den Archivierungsprozess in den Hintergrund, spielt die Informationsmanifestation eine umso wichtigere Rolle. Herausforderungen im Umgang mit „ewigen Datenbanken“, dem Anfallszeitpunkt von genuin digitalen Unterlagen und ihren vielfältigen Verarbeitungskontexten können so erkannt und davon ausgehende Lösungsstrategien entwickelt werden. *Wührer* schlägt vor, weitergehende Kompetenzen für die zuständigen Archiven im Rahmen des Prozessschrittes des Erfassens archivgesetzlich zu verankern und so der Feststellung der Archivwürdigkeit die Feststellung der Archivrelevanz vorzuschalten. Jegliche archivgesetzliche Regelungen, die in den vorarchivischen Bereich ausstrahlen, seien jedoch sorgsam auf innerorganisatorische Regelungskompetenzen abzustimmen.

Durch die Brille des Archivrechts auf etablierte Rechtsgebiete wie das Datenschutzrecht, das E-Government-Recht, auch auf kompetenzrechtliche und selbst zivilrechtliche Fragestellungen einen Blick zu werfen, lässt komplexe Rechtsprobleme zu Tage treten. Juristinnen und Juristen sind hier gefragt, Lösungen aufzuzeigen. Doch juristische Problemanalyse und Fortentwicklung des österreichischen Archivrechts können nicht ohne Empathie gegenüber dem Archivwesen, seinem Anliegen, seiner Aufgabe und seiner Funktion geschehen. Nur so unterliegt das Archivwesen mit seinen Bedürfnissen nicht scheinbar gegenläufigen Dynamiken – beispielsweise des Datenschutzrechts, sondern kann im größeren Ganzen des Informationsrechts den ihm gebührenden Platz einnehmen und ausfüllen. Genau an diesem Punkt ist das eingangs eingemahnte Bündnis zwischen Archivaren und Juristen eine Notwendigkeit, scheint doch die Welt der Archive wenig zugänglich zu sein. Es liegt eben auch an den Archivaren, ihre Probleme in der Rechtsanwendung sachgerecht zu formulieren. Das Format der Österreichischen Archivrechtsgespräche – dessen Ergebnis der vorliegende Sammelband ist – wollte in diesem Sinn keine Bestandsaufnahme des österreichischen Archivrechts bieten, sondern Diskussionsbedarf aufzeigen und einen Diskussionsprozess anstoßen, um letztendlich Rechtsanwendung und Rechtssetzung im Bereich des Archivrechts in Österreich voranzubringen.

Teil 2:

**Theorie und Praxis – archivrechtliche Problemstellungen
in Österreich und der Schweiz**

Kompetenzrechtliche Abgrenzung von Bundes- und Landesarchivrecht und materienspezifische Einflüsse

I. Einleitung

Die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landesarchivrecht ist nicht einfach, sie prägte bereits die Entstehung des B-AG¹, dessen Begutachtungsentwurf den Anwendungsbereich des Gesetzes auch auf die Akten der Landesbehörden in der mittelbaren Bundesverwaltung ausdehnen wollte.² Die Regierungsvorlage hat auf eine derartige, eindeutig verfassungswidrige Regelung verzichtet.³ Mit der Schaffung der Bildungsdirektionen als gemeinsamer Bundes- und Landesbehörde wurde dagegen ein neues Problemfeld eröffnet.

Abgrenzungsfragen stellen sich aber auch im Hinblick auf das Verhältnis des Archivrechts zu den Materiengesetzen, die im Anschluss näher behandelt werden. Zunächst erfolgt unter II. ein grundsätzlicher kompetenzrechtlicher Aufriss, bevor auf materienspezifische Einflüsse (III.) eingegangen wird. Unter IV. erfolgt eine Zusammenfassung.

II. Kompetenzrechtliche Einordnung des Archivrechts

A) Archivrecht als Teil der Organisationskompetenz

Die Frage der Archivierung von herkömmlichen wie digitalen Unterlagen, die bei Behörden und sonstigen Dienststellen der Verwaltung des Bundes und der Länder (einschließlich der Gemeindeverwaltungen) anfallen, sowie die Einrichtung von eigenen Dienststellen, deren Aufgabe

1 Bundesarchivgesetz, BGBl I 162/1999 idF BGBl I 32/2018.

2 § 2 Z 5 ME Bundesarchivgesetz, 336/ME 20. GP, 2. Siehe dazu auch *Institut für Föderalismus* (Hg), 24. Bericht über den Föderalismus in Österreich (1999) (2000) 41 ff.

3 Siehe die Definition des Begriffs „Archivgut des Bundes“ in § 2 Z 4 B-AG und die Klarstellung in den ErlRV 1897 BlgNR 20. GP, 12, dass die „Länder“ bzw ihre Dienststellen nicht erfasst sind.

Archivierung ist, fällt unter die Organisationshoheit des Bundes (Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG) bzw der Länder (Art 15 Abs 1 B-VG).⁴

Entscheidend für die Kompetenzfrage ist ausschließlich die organisatorische Zuordnung der Dienststelle, bei welcher das Archivgut angefallen ist, ob es sich um Archivgut in der Vollziehung von Bundes- oder Landesangelegenheiten handelt.⁵ Demnach fällt die Zuständigkeit zur Regelung der Archivierung von Archivgut im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung oder der Bezirksverwaltungsbehörden im Rahmen der Sicherheitsverwaltung (Art 78a Abs 1 B-VG) in die Gesetzgebungskompetenz der Länder.⁶

Schwieriger zu beurteilen ist die Zuständigkeit für die Archivierung von Unterlagen, die in den Bildungsdirektionen anfallen. Diese sind nämlich keine Bundes- oder Landesbehörden, sondern hybride Behörden.⁷ Das Ergebnis wäre demnach, dass die Regelung der Archivierung des Schriftguts der Bildungsdirektionen, soweit sie Bundesrecht vollziehen, in die Zuständigkeit des Bundes, im Übrigen in die Zuständigkeit der Länder fällt. Dies gilt etwa besonders dann, wenn die Bildungsdirektionen ihnen gem Art 113 Abs 4 B-VG übertragene Aufgaben der Landesvollziehung⁸ besorgen. Insbesondere im Bereich des inneren Dienstes werden jedoch auch Dokumente erstellt, die kaum befriedigend einem der beiden Vollzugsstränge zugeordnet werden können. Das Provenienzprinzip als archivarischer Grundsatz, der freilich normativ nicht verankert ist, würde für eine Zuständigkeit der Landesarchive sprechen.

Des Weiteren fällt auch die Verwahrung jeglichen sonstigen Schriftguts, das sich in den Archiven des Bundes bzw der Länder befindet, in die Zuständigkeit des Bundes bzw der Länder. Letzteres ist vor allem deshalb von Relevanz, weil die Länder gem § 3 Abs 6 und § 5 Abs 6 B-AG auch Schriftgut von Bundesdienststellen (zB von den Bildungs-

4 Dazu näher *Bußjäger*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Archivrechts, ZfV 2005, 325 (328).

5 *Bußjäger*, ZfV 2005, 328.

6 *Bußjäger*, ZfV 2005, 328.

7 Dazu näher *Bußjäger*, Verfassungs- und organisationsrechtliche Fragen des Bildungsreformgesetzes im Überblick, in: ders/Schramek (Hg), Die Neuorganisation der Bildungsverwaltung in Österreich (2018) 1 (5); *Hofstätter*, Die Neuordnung der Vollziehung des Bildungswesens – verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, in: *Bußjäger/Schramek* (Hg), Die Neuorganisation der Bildungsverwaltung in Österreich (2018) 17 (21); *Steiner*, Organisationsfragen der Bildungsdirektionen aus Sicht der Länder, in: *Bußjäger/Schramek* (Hg), Die Neuorganisation der Bildungsverwaltung in Österreich (2018) 39 (40).

8 Siehe dazu *Steiner*, Organisationsfragen 50.

direktionen soweit sie Bundesrecht vollziehen bzw den Gerichten in den Ländern) übertragen erhalten können.⁹ Soweit die Länder das Schriftgut des Bundes übernehmen, fällt dessen Aufbewahrung fortan in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Allerdings stellen die bundesrechtlichen Vorschriften darauf ab, dass sich die „Länder“¹⁰ bzw das jeweilige Landesarchiv¹¹ verpflichten, einzelne Bestimmungen des B-AG¹² einzuhalten. Diese Verpflichtung ist in jedem Fall eine privatrechtliche Übereinkunft zwischen den Ländern und dem Bund. Die Formulierung des Art I § 3 Abs 3 Archiv-Verordnung bezieht sich auf die Einhaltung der Bestimmungen des B-AG schlechthin und reicht wohl über die – reichlich unbestimmte – gesetzliche Grundlage hinaus.¹³

B) Archivrecht als materienspezifische Kompetenz

Das Archivrecht ist nicht nur eine Frage der Organisationshoheit eines staatlichen Rechtsträgers, sondern berührt auch diverse Verwaltungsmaterien, weil eben nicht nur Unterlagen staatlicher Einrichtungen archiviert werden, sondern auch Dokumente, die von Privaten angelegt und aufbewahrt werden.

In Betracht kommen etwa das Gesundheitswesen mit seinen Dokumentationspflichten der im Gesundheitswesen tätigen Personen,¹⁴ das Bildungswesen, aber auch das Finanzmarktrecht oder das Produktrecht.

Derartige Dokumentationspflichten beziehen sich häufig auf das Handeln von Privaten. Berührungspunkte mit dem Archivrecht ergeben sich, wenn eine davon erfasste juristische Person von einem staatlichen Rechtsträger beherrscht wird, wie dies bei Krankenanstalten und öffent-

9 Siehe dazu Art I § 3 Abs 3 Archiv-Verordnung (BGBl II 164/2002). Nicht ganz klar ist, ob dabei eine Eigentumsübertragung stattfindet (zumindest bei der Übertragung von Gerichtsakten; so ausdrücklich *Pauser*, Zwischen Arcanum Imperii und Transparenz. Archivrechtliche Rahmenbedingungen der zeithistorischen Forschung, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018) 33 (59)); einen Eigentumsübergang hier sogar ausdrücklich verneinend *Schögl-Ernst*, *Archiv und Recht: Österreichische Archivgesetzgebung und der Zugang zum Archivgut*, *Atlanti. Review for modern archival theory and practice* 20 [2010], 93 [100]).

10 § 3 Abs 6 Z 2 B-AG.

11 Art I § 3 Abs 3 Archiv-Verordnung.

12 Demnach muss die Wahrung der Rechte gem §§ 7 und 9 B-AG sichergestellt und für die Nutzung dieses Archivgutes eine Benutzungsordnung entsprechend § 10 leg cit festgelegt sein.

13 Vgl dazu noch näher Kapitel III.C.4.

14 Dazu näher unter Kapitel III.B.

lichen Unternehmen der Fall sein kann. Solche Fälle sind grundsätzlich nach dem Kumulationsprinzip, wonach auf einen Lebenssachverhalt verschiedene Verwaltungsvorschriften unter jeweils unterschiedlichen Gesichtspunkten Anwendung finden können, zu lösen.

Treten Regelungskonflikte auf, werden materienspezifische Vorschriften wohl als *lex specialis* zu qualifizieren sein.¹⁵ Das bedeutet, dass grundsätzlich die zuletzt genannten Bestimmungen zu beachten wären, es sei denn, andere Interpretationsmethoden würden zwingend ein anderes Ergebnis nahelegen. Auch das bundesstaatliche Berücksichtigungsprinzip wäre als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wenn sich etwa durch eine archivrechtliche Anordnung eine Unterwanderung der Materienkompetenz der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft ergeben würde.¹⁶

C) Weitere berührte Bundeskompetenzen

Das Archivrecht wird darüber hinaus durch die Bundeskompetenz Denkmalschutz (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG) tangiert. Archivalien können, müssen aber nicht, gleichzeitig auch Denkmale sein.¹⁷ Unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Archivalien als Denkmale können auch Regelungen getroffen werden, die der Erhaltung von Archivalien als Gegenstände von besonderer historischer, künstlerischer oder kultureller Bedeutung dienen.¹⁸ Allerdings können Vorschriften über den Zugang zum Archivgut der Länder und Gemeinden wie auch zu jenem von Privaten mangels eines denkmalschutzrechtlichen Ansatzpunktes nicht auf diese Kompetenz gestützt werden.¹⁹

Relevant ist außerdem die Bundeskompetenz zur Regelung der „allgemeinen Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten“ (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG). Die Datenschutzkompetenz ermöglicht dem Bundesgesetzgeber die Regelung des Datenschutzes nun auch hinsichtlich händisch geführter Daten, die in den Archiven noch immer

15 Dies ist dann der Fall, wenn eine Norm alle Merkmale der anderen und darüber hinaus mindestens ein zusätzliches Merkmal enthält (Reimer, Juristische Methodenlehre² [2020] 107 f.).

16 Dazu etwa Gamper, Kompetenzgerichtsbarkeit und Kompetenzinterpretation in Österreich, in: dies et al (Hg), Föderale Kompetenzverteilung in Europa (2016) 575 (597).

17 Bußjäger, ZfV 2005, 330 f.

18 Bußjäger, ZfV 2005, 331.

19 So auch die ErIRV 1897 BlgNR 20. GP, 10.

dominieren. Die Datenschutzkompetenz greift allerdings insoweit nicht in das Archivrecht ein, als die Festlegung von Schutzfristen eine archivrechtliche Maßnahme ist und nicht unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes zu regeln ist. Dies ergibt sich aus den Materialien der B-VG-Novelle BGBl I 14/2019, mit welcher die neue Datenschutzkompetenz des Bundes begründet wurde. Demnach sollen spezifische datenschutzrechtliche Regelungen des Bundes und der Länder als Annexe weiterbestehen, andererseits ergibt das Versteinerungsmaterial der neuen Bundeskompetenz keine Hinweise auf Regelungsaspekte des Archivrechts.²⁰ Zum Spannungsverhältnis archivrechtlicher zu datenschutzrechtlichen Vorschriften siehe auch die Ausführungen unter III.B.6.

Die Kompetenz „wissenschaftlicher und fachtechnischer Archiv- und Bibliotheksdienst“ (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG) ermächtigt den Bundesgesetzgeber lediglich zur Erlassung von Vorschriften betreffend die Ausbildung für die im Archiv- und Bibliotheksdienst Beschäftigten.²¹ Die „Angelegenheiten der künstlerischen und wissenschaftlichen Sammlungen und Einrichtungen des Bundes“ (Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG) beziehen sich, wie bereits aus dem Wortlaut hervorgeht, auf Einrichtungen des Bundes, wie zB Museen und dergleichen.²²

III. Materienspezifische Einflüsse und Sonderbestimmungen im Archivrecht

A) Versuch einer Systematisierung archivrechtlicher Regelungen

In zahlreichen Materiengesetzen finden sich Dokumentationspflichten, die anordnen, dass über bestimmte Vorgänge Daten zu sammeln bzw Aufzeichnungen anzulegen sind.²³ In gewissen Fällen wird sogar noch näher präzisiert, um welche Daten es sich dabei genau handelt.²⁴ Die

20 ErIRV 301 BlgNR 26. GP, 4.

21 Bußjäger, ZfV 2005, 327.

22 Bußjäger, ZfV 2005, 330.

23 Vgl zB § 51 Abs 1 ÄrzteG (Ärztegesetz 1998, BGBl I 169/1998 idF BGBl I 31/2021), § 10 KAKuG (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz, BGBl I/1957 idF BGBl I 136/2020), § 15 Tir KAG (Tiroler Krankenanstaltengesetz, LGBl 5/1958 idF LGBl 51/2020), Gesundheitsdokumentationsverordnung (BGBl II 25/2017), Bildungsdokumentationsgesetz 2020 (BGBl I 20/2021).

24 Besonders detailliert sind dabei etwa die Bestimmungen über die Dokumentationspflichten im medizinischen Bereich. Vgl dazu wiederum § 10 KAKuG, § 15 Tir KAG oder auch die §§ 5 und 9 Bildungsdokumentationsgesetz 2020.

Zuständigkeit zur Erlassung solcher Vorschriften ergibt sich aus den jeweiligen Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung sowie, soweit es sich um Landesrecht handelt, aus der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG.

Mit diesen Vorgaben können gleichzeitig Aufbewahrungspflichten einhergehen, die normieren, dass die entsprechenden Unterlagen für eine gewisse Zeit bei der jeweiligen Stelle selbst zu verwahren sind.²⁵ Vielfach finden sich auch nähere Regelungen zu den genauen Aufbewahrungsmodalitäten bzw der Möglichkeit der Einsichtnahme in die aufbewahrten Unterlagen.²⁶ Je nach Materie sind die Aufbewahrungsfristen, Modalitäten der Aufbewahrung und der Zugang zu den Dokumenten mitunter höchst unterschiedlich ausgestaltet.

Diese Bestimmungen über Dokumentations- und Aufbewahrungsfristen zählen zwar eigentlich nicht zum Archivrecht im engeren Sinn, sondern regeln gewissermaßen den „vorarchivischen“ Bereich, sollen aber auf Grund des engen Zusammenhangs mit den archivrechtlichen Regelungen im Folgenden auch nicht gänzlich außer Acht gelassen werden.

Ist eine Aufbewahrungspflicht angeordnet, wird im Anschluss daran in einigen Fällen auch geregelt, was mit den jeweiligen Dokumenten nach Ablauf der Aufbewahrungspflicht zu geschehen hat.²⁷ Für (potentielles) „Archivgut des Bundes“²⁸, „Archivgut der Länder“²⁹ bzw „Archiv-

25 Vgl zB nur § 10 Abs 1 Z 3 KAKuG, § 51 Abs 3–5 ÄrzteG, §§ 171 ff Geo. (Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz, BGBl 264/1951 idF BGBl II 187/2020) oder § 59 PStG 2013 (Personenstandsgesetz 2013, BGBl I 16/2013 idF BGBl I 104/2018).

26 Vgl zB § 51 Abs 1 ÄrzteG, § 10 KAKuG, §§ 52 (Auskunft) und 59 f (Aufbewahrung der Akten und Bücher) PStG 2013, § 171 Geo., § 6a Wr ArchG (Vorarchivische Verwaltung von Unterlagen; Wiener Archivgesetz, LGBl 55/2000 idF LGBl 42/2018) oder § 4 V-AG (Vorarchivische Dokumentenverwaltung; [Vbg] Archivgesetz, LGBl 1/2016 idF LGBl 37/2018).

27 Vgl zB nur die ausdrückliche Verpflichtung zur Vernichtung gem § 34 Abs 5 K-KAO (Kärntner Krankenanstaltenordnung 1999, LGBl 26/1999 idF LGBl 98/2020), § 21 Abs 2 NÖ KAG (NÖ Krankenanstaltengesetz, LGBl 9440-0 idF LGBl 90/2020), § 35 Abs 8 SKAG (Salzburger Krankenanstaltengesetz 2000, LGBl 24/2000 idF LGBl 112/2020), § 16a MeldeG (Meldegesetz 1991, BGBl 9/1992 idF BGBl I 54/2021), § 56b StbG (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, BGBl 311/1985 idF BGBl I 54/2021) oder die Pflicht zur Ausscheidung von Akten und Geschäftsbehelfen aus den Aktenlagern der Gerichte gem §§ 174 f Geo.

28 Vgl zu diesem Begriff die Legaldefinition in § 2 Z 4 B-AG.

29 Siehe dazu die Legaldefinition in den einzelnen Landesarchivgesetzen, zB § 3 Z 5 NÖ AG (NÖ Archivgesetz, LGBl 5400-0 idF LGBl 23/2018), § 2 Z 1 OÖ-AG (Oö. Archivgesetz, LGBl 83/2003 idF LGBl 55/2018), § 2 Z 1 S-AG (Salzburger Archivgesetz, LGBl 53/2008 idF LGBl 82/2018) oder § 3 Abs 2 TAG (Tiroler Archivgesetz, LGBl 128/2017).

gut von öffentlichem Interesse“³⁰ besteht für die entsprechenden Stellen bzw Personen,³¹ bei denen das Archivgut angefallen ist und die kein eigenes Archiv betreiben, eine Verpflichtung zur Anbietung der entsprechenden Unterlagen an das Österreichische Staatsarchiv bzw die jeweiligen Landes- oder Gemeindearchive.³² Der genaue Zeitpunkt der Anbietung wird im B-AG bzw in den Archivgesetzen der Länder unterschiedlich geregelt, häufig wird die Anbietungspflicht wirksam, sobald Unterlagen nicht mehr zur Aufgabenerfüllung benötigt werden bzw spätestens 30 Jahre nach der letzten inhaltlichen Bearbeitung.³³

30 Siehe zu diesem Begriff zB die Legaldefinitionen in § 2 Z 2 OÖ-AG, § 2 Z 2 S-AG oder § 3 Abs 1 und 4 TAG.

31 Es handelt sich hierbei regelmäßig um die entsprechenden Bundes- und Landesdienststellen; bestimmte öffentliche Organe (Landtag, Landesrechnungshof); juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Bundes bzw Landes unterstehen; Unternehmungen, an denen das Land mit einem bestimmten Mindestkapital beteiligt ist oder die sonst durch finanzielle, wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen beherrscht werden; Stiftungen und Fonds, bei denen der Bund bzw das jeweilige Land mindestens 50 % des Vermögens bereitgestellt haben oder wenn diese von Organen des Bundes bzw Landes verwaltet werden; oder Personen, Personengesellschaften und juristische Personen, die Landesvermögen treuhänderisch verwalten (vgl die genauen Auflistungen in § 2 Z 4 B-AG, § 5 Abs 1 K-LAG [Kärntner Landesarchivgesetz, LGBl 40/1997 idF LGBl 71/2018], § 3 Z 5 NÖ AG, § 2 Z 1 und 2 OÖ-AG, § 2 Z 1 und 2 S-AG, § 2 Z 3 StAG [Steiermärkisches Archivgesetz, LGBl 59/2013 idF LGBl 63/2018], § 2 Abs 2 TAG, § 3 Abs 1 lit c und e V-AG sowie § 3 Z 5 Wr ArchG). Zu denken ist ebenfalls daran, dass „Archivgut von öffentlichem Interesse“ nicht nur bei den eben genannten Stellen, sondern auch bei Privatpersonen anfallen kann, die in diesen Fällen in den Anwendungsbereich der jeweiligen Landesarchivgesetze fallen (vgl zB ausdrücklich § 5 Abs 2 K-LAG, § 2 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 NÖ AG, § 1 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 OÖ-AG, § 1 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 S-AG, § 1 Abs 1 iVm Abs 2 Z 3 StAG, § 1 Abs 1 iVm Abs 2 lit c TAG).

32 Vgl § 5 B-AG, § 7 K-LAG, § 6 NÖ AG, § 3 f OÖ-AG, § 3 S-AG, § 5 StAG, § 5 TAG, § 6 V-AG, § 6 Wr ArchG.

33 § 5 Abs 1 (wenn die Unterlagen nicht mehr zur Aufgabenerfüllung benötigt werden) und 2 (spätestens 30 Jahre nach der letzten inhaltlichen Bearbeitung) B-AG, § 7 K-LAG (nach Ablauf der gesetzlich oder sonst festgelegten Aufbewahrungsfristen, wenn die Unterlagen nicht mehr benötigt werden), § 6 Abs 1 NÖ AG (spätestens 30 Jahre nach der letzten inhaltlichen Bearbeitung, wenn die Unterlagen zur Erfüllung der laufenden Aufgaben nicht mehr benötigt werden), § 3 Abs 1 OÖ-AG (Behörden und Dienststellen des Landes bzw Bundesbehörden und -einrichtungen haben alle Unterlagen, die sie nicht mehr ständig benötigen, nach Ablauf der organisationsgesetzlich festgelegten Frist oder spätestens nach 30 Jahren anzubieten), § 3 Abs 1 S-AG (ähnlich der Regelung in OÖ), § 5 Abs 1 und 2 StAG (wenn sie zur Aufgabenerfüllung nicht mehr benötigt werden, nach Ablauf einer organisationsrechtlich festgelegten Frist oder spätestens nach 30 Jahren), §§ 5 Abs 1, 6 Abs 2 und 7 Abs 2 TAG (jeweils für Archivgut des Landes, der Gemeinden oder Archivgut von öffentlichem Interesse; gleiche Regelung wie nach dem StAG), § 6 Abs 1 (für Archivgut des Landes; wenn Dokumente nicht mehr ständig zur Aufgabenerfüllung benötigt werden, spätestens nach 20 Jahren), § 7 Abs 1 (für Archivgut der Gemeinde; gleiche Regelung wie bei Archivgut des Landes) und § 8 Abs 2 (sonstiges Archivgut von öffentlichem Interesse bevor es anderweitig abgegeben wird) V-AG, § 6 Abs 1 Wr ArchG (wenn die Unterlagen nicht mehr ständig benötigt werden, jedoch spätestens 30 Jahre nach der letzten Bearbeitung); vgl diesbezüglich zB auch die Sondervorschriften iZm Gerichtsakten in Art I § 3 Archiv-Verordnung.

§ 5 Abs 1 B-AG bzw die einzelnen Archivgesetze der Länder ordnen an, dass die Anbietungsverpflichtung grundsätzlich alle Unterlagen, die bei der jeweiligen Stelle anfallen, umfasst,³⁴ wobei es auch Ausnahmetatbestände, etwa in der Archiv-Verordnung des Bundes oder im Bereich von Unterlagen, die in politischen Büros anfallen, gibt.

Werden den Archiven des Bundes bzw der Länder Unterlagen angeboten, hat in der Regel die jeweilige archivierungspflichtige Stelle zu entscheiden, ob die angebotenen Unterlagen als „archivwürdig“ zu qualifizieren sind oder nicht.³⁵ Bestimmungen darüber, welche Unterlagen als „archivwürdig“ gelten bzw wie eine Bewertung der Archivwürdigkeit vorzunehmen ist, sind in den einzelnen Archivrechtsvorschriften des Bundes und der Länder mehr oder weniger detailliert zu finden.³⁶ So enthalten beispielsweise die einzelnen Archivgesetze der Länder eine Legaldefinition des Begriffes der „Archivwürdigkeit“.³⁷ In der Bundesarchivgutverordnung³⁸ bzw der Verordnung über nicht archivwürdiges Schriftgut des Bundes³⁹ werden in der Anlage bestimmte Arten von Schriftgütern genannt, die jedenfalls als archivwürdig bzw nicht archivwürdig gelten. Auch zahlreiche andere Materiengesetze enthalten Vorschriften, beispielsweise über besonders lange Aufbewahrungsfristen oder spezielle Arten der Aufbewahrung, die (zumindest mittelbar) einen Einfluss auf die Bewertungsentscheidung durch das jeweilige Archiv haben.⁴⁰ Wenn Unterlagen als „archivwürdig“ qualifiziert werden, sind sie dem jeweiligen Archiv zu übergeben und von diesem aufzubewahren.

Werden Unterlagen in einem Archiv aufbewahrt, muss selbstverständlich auch der Zugang zu diesem Archivgut bzw dessen Nutzung

34 Vgl beispielsweise nur § 6 Abs 1 NÖ AG, § 3 Abs 1 S-AG, § 5 Abs 1 StAG, § 6 Abs 1 Wr ArchG.

35 Vgl zur archivischen Bewertung ausführlich *Wührer, Die Auswahl des Essentiellen. Archivrechtliche Grundlagen für die archivische Bewertung in Österreichischen Archivgesetzen*, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018) 83 (94 ff).

36 *Wührer*, Auswahl 94 ff.

37 Vgl nur § 3 lit c K-LAG, § 3 Z 8 NÖ AG, § 2 Z 4 OÖ-AG, § 2 Z 4 S-AG, § 2 Z 8 StAG, § 3 Abs 8 TAG, § 3 Abs 1 lit b V-AG (zum Begriff des Archivgutes) sowie § 3 Z 3 Wr ArchG. Im Wesentlichen sind Unterlagen dann archivwürdig, wenn sie auf Grund ihrer rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedeutung für Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung, berechnete Belange der Bürger, wissenschaftliche Forschung sowie für das Verständnis von Geschichte und Gegenwart von bleibendem Wert sind oder auf Grund von Rechtsvorschriften dauernd aufzubewahren sind.

38 BGBl II 367/2002 idF BGBl II 305/2017.

39 BGBl II 366/2002.

40 *Wührer*, Auswahl 104 f.

geregelt werden. Die diesbezüglichen Vorschriften im B-AG bzw den einzelnen Archivgesetzen der Länder weisen zwar gewisse Ähnlichkeiten auf, unterscheiden sich jedoch im Detail sehr wohl auch voneinander. In der Regel können von Archiven übernommene Unterlagen nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer Schutzfrist genutzt werden, wobei hier wieder spezielle Regelungen bei Unterlagen, die personenbezogene Daten enthalten, zur Anwendung gelangen.⁴¹ Eine Nutzung vor Ablauf der Schutzfrist ist bei Vorliegen gewisser Umstände (va bei Forschungsinteressen) vorgesehen.⁴² Die Nutzung von Archivgut kann allerdings auch nach Ablauf der Schutzfrist versagt werden.⁴³ Nähere Regelungen über die Nutzung von Archivgut in den einzelnen Bundes- bzw Landesarchiven sind in den jeweiligen Archiv- und Benutzungsordnungen zu finden.⁴⁴

Im Folgenden werden im „vorarchivischen“ Bereich angesiedelte Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten sowie archivrechtliche Regelungen in ausgewählten Bereichen näher beleuchtet, wobei vor allem auf materienspezifische Besonderheiten näher eingegangen wird.

B) Gesundheitswesen

1. Dokumentationspflichten

§ 51 ÄrzteG, § 10 KAKuG sowie die Krankenanstaltengesetze der Länder legen verschiedene Dokumentationspflichten für den Bereich des Gesundheitswesens fest.⁴⁵ So verpflichtet etwa § 51 Abs 1 ÄrzteG jeden

41 §§ 8 f B-AG, §§ 10 ff K-LAG, §§ 12 f NÖ AG, §§ 5 f OÖ-AG, §§ 4 f S-AG, §§ 12 f StAG, §§ 9 f TAG, §§ 10 f V-AG, §§ 9 f Wr ArchG.

42 § 9 Abs 2 iVm § 8 Abs 4 und 5 B-AG, § 12 Abs 1, 3 und 4 K-LAG, § 12 Abs 1 und 3 sowie § 13 Abs 4 und 5 NÖ AG, § 5 Abs 1 und 3 sowie § 6 Abs 3 und 4 OÖ-AG, § 4 Abs 1 und 3 sowie § 5 Abs 1, 3 und 4 S-AG, § 12 Abs 1 und 4 sowie § 13 Abs 2 und 3 StAG, § 9 Abs 1, 3 und 6 sowie § 10 Abs 5 TAG, § 10 Abs 3 sowie § 11 Abs 1 und 4 V-AG, § 9 Abs 2 sowie § 10 Abs 2, 3 und 6 Wr ArchG.

43 § 8 Abs 2 sowie § 9 Abs 3 und 4 B-AG, § 13 K-LAG, § 13 Abs 6 NÖ AG, § 6 Abs 2 und 5 OÖ-AG, § 5 Abs 2 und 5 S-AG, § 14 StAG, § 10 Abs 3 TAG, § 11 Abs 2 V-AG, § 9 Abs 3 Wr ArchG.

44 Siehe dazu zB die K-ArchivBO (Kärntner Landesarchiv-Benützungsordnung, LGBl 94/1997 idF LGBl 119/1997); die NÖ-ArchivVO (Archivordnung für das NÖ Landesarchiv, LGBl 37/2017); die S-ArchivBO ([Sbg] Landesarchiv-Benutzerordnung, LGBl 53/2009 idF LGBl 27/2019); die StABO (Steiermärkische Landesarchiv-Benützungsordnung, LGBl 75/2018); die T-ArchivBuKO ([Tir] Landesarchiv-Benützungs- und Kostenersatzverordnung 2019, LGBl 59/2019); sowie das V-ArchivSt (Statut des Vorarlberger Landesarchivs, LGBl 23/2016).

45 Vgl dazu auch Hübelerbauer, Durchbrechung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht durch Archivrecht?, ZfG 2018, 147 (insbesondere 158 ff).

Arzt, Aufzeichnungen über jede zur Beratung oder Behandlung übernommene Person zu führen. Diese Aufzeichnungen haben insbesondere Angaben über den Zustand der Person bei Übernahme der Beratung oder Behandlung, die Vorgeschichte einer Erkrankung, die Diagnose, den Krankheitsverlauf sowie über Art und Umfang der beratenden, diagnostischen oder therapeutischen Leistungen einschließlich der verabreichten Medikamente zu enthalten.⁴⁶ Auch § 10 Abs 1 KAKuG normiert eine Verpflichtung zur Anlegung von Vermerken über die Aufnahme und Entlassung von Patienten (Z 1) sowie zur Führung von Krankengeschichten, in welche verschiedene, im Gesetz genau aufgezählte Informationen aufgenommen werden müssen (Z 2).⁴⁷ Die Krankenanstaltengesetze der Länder konkretisieren diese Dokumentationspflichten nach § 10 Abs 1 KAKuG noch näher.⁴⁸

2. Aufbewahrungspflichten

Dokumentationen gem § 51 Abs 1 ÄrzteG sind mindestens 10 Jahre lang aufzubewahren (§ 51 Abs 3 ÄrzteG). Im Falle der Übergabe der Ordination bzw des Todes des Arztes legen § 51 Abs 4 und 5 *leg cit* spezielle Regelungen zur Übergabe bzw Aufbewahrung der Dokumentationen fest.⁴⁹ Im Bereich der Krankenanstalten statuiert § 10 Abs 1 Z 3 KAKuG für Krankengeschichten eine Aufbewahrungspflicht von 30 Jahren. Für bestimmte Bestandteile von Krankengeschichten, wie etwa Röntgenbilder, deren Beweiskraft nicht 30 Jahre lang gegeben ist, kann durch Landesgesetz eine kürzere Aufbewahrungsfrist (die jedoch mindestens 10 Jahre betragen muss) festgelegt werden.⁵⁰ Während für Dokumentationen gem § 51 ÄrzteG eine Pflicht zur unwiederbringlichen Löschung bzw Vernichtung nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist besteht,⁵¹ enthalten die Krankenanstaltengesetze der Länder jeweils unterschiedliche Regelungen darüber, was mit den auf Grundlage

46 Vgl zur Dokumentationspflicht nach § 51 ÄrzteG näher *Hübelbauer*, ZfG 2018, 158 f.

47 Zur Dokumentationspflicht gem § 10 KAKuG auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 159.

48 § 16 Bgld KAG 2000 (Burgenländisches Krankenanstaltengesetz 2000, LGBl 52/2000 idF LGBl 83/2020), § 24 K-KAO, § 21 NÖ KAG, § 21 Oö. KAG 1997 (Oö. Krankenanstaltengesetz 1997, LGBl 132/1997 idF LGBl 35/2020), § 35 SKAG, § 36 StKAG (Stmk. Krankenanstaltengesetz 2012, LGBl 111/2012 idF LGBl 35/2020), § 15 Tir KAG, Art I § 48 Vbg Spitalgesetz (LGBl 54/2005 idF LGBl 91/2020), § 17 Wr Krankenanstaltengesetz 1987 (LGBl 23/1987 idF LGBl 17/2021).

49 Auf die Aufbewahrungspflichten gem § 51 ÄrzteG hinweisend auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 159.

50 Darauf ebenfalls hinweisend *Hübelbauer*, ZfG 2018, 159 f.

51 *Kotschy*, § 51 ÄrzteG, in: Emberger/Wallner (Hg), Ärztegesetz mit Kommentar² (2008) FN 11; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 159.

dieser Gesetze erstellten Krankengeschichten nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist zu geschehen hat.⁵² In Kärnten, Niederösterreich, Salzburg, der Steiermark und Vorarlberg sind Krankengeschichten, die auf Grundlage der jeweiligen Krankenanstaltengesetze erstellt wurden, verpflichtend zu vernichten.⁵³ Im Burgenland, in Oberösterreich und Wien können die Krankengeschichten vernichtet werden.⁵⁴ In Tirol sind im TKAG keine Regelungen darüber enthalten, was mit Krankengeschichten nach Ende der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist zu geschehen hat.

3. *Anbietung und Übergabe an die Archive des Bundes bzw der Länder*

Im ÄrzteG bzw in den Krankenanstaltengesetzen der Länder sind in weiterer Folge auch keine Regelungen über eine weiterführende Archivierung nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist durch allfällige Anbietung bzw Übergabe der ärztlichen Dokumentationen bzw Krankengeschichten an das jeweilige Landesarchiv bzw die Aufbewahrung in einem eigenen Archiv enthalten, teilweise wird – wie soeben ausgeführt – sogar ausdrücklich die Vernichtung der Dokumentationen angeordnet.⁵⁵ Eine solche weitergehende Archivierungsverpflichtung lässt sich jedoch unmittelbar aus den jeweiligen Archivgesetzen der Länder ableiten. Die Rechtsträger öffentlicher Krankenanstalten fallen regelmäßig in den Anwendungsbereich der Landesarchivgesetze.⁵⁶ Zudem handelt es sich bei Patientenakten in der Regel wohl auch um „Archivgut“ bzw „archivwürdige Unterlagen“ iSd jeweiligen Archivgesetze, da sie für wissenschaftliche Forschungszwecke von bleibendem Wert sind.⁵⁷ In Kärnten, Niederösterreich, der Steiermark, Tirol und Wien müssen Patientenakten nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungspflicht, wenn sie zur Aufgabenbesorgung nicht mehr benötigt werden, dem Landesarchiv

52 Vgl dazu wiederum Hübelbauer, ZfG 2018, 159 f.

53 § 34 Abs 5 K-KAO, § 21 Abs 2 NÖ KAG, § 35 Abs 8 SKAG (jedenfalls bei Krankengeschichten, die nach Fristablauf auszuscheiden sind), § 36 Abs 7 Z 3 StKAG (wenn nach Fristablauf eine weitere Aufbewahrung nicht notwendig ist), Art I § 48 Abs 7 Vbg Spitalgesetz (jedenfalls für Krankenakten, die nach Fristablauf auszuscheiden sind).

54 § 16 Abs 10 Bgld KAG 2000, § 21 Abs 5 Oö. KAG 1997, § 17 Abs 3 und 3a Wr Krankenanstaltengesetz 1987.

55 Darauf ausdrücklich hinweisend auch Hübelbauer, ZfG 2018, 160.

56 Zu dieser Bewertung gelangt auch Hübelbauer, ZfG 2018, 148 ff, der dies ausführlich für jedes einzelne Bundesland analysiert.

57 So auch Hübelbauer, ZfG 2018, 148.

zur Übernahme angeboten werden.⁵⁸ In der Steiermark und Tirol besteht diese Anbietungspflicht nur, sofern kein eigenes Archiv geführt wird.⁵⁹ Auch im Wr ArchG ist vorgesehen, dass der Rechtsträger der Krankenanstalt die Patientenakten selbst archivieren kann, wenn ihm dies durch Bescheid des Magistrats gestattet wird.⁶⁰ § 8 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 lit e Z 2 V-AG statuiert eine Pflicht zur Anbietung von Archivgut zur Übernahme an das Landesarchiv nur, bevor dieses anderweitig veräußert wird, ansonsten kann die Anbietung aber freiwillig erfolgen.⁶¹ In Oberösterreich und Salzburg haben die jeweiligen Rechtsträger der Krankenanstalten ihre nicht mehr ständig benötigten Unterlagen selbst zu archivieren.⁶² In Oberösterreich kann dabei das Archivgut dem Landesarchiv als Depositum übergeben werden, wenn das Landesarchiv zur Übernahme bereit ist (§ 4 Abs 1 Z 2 OÖ-AG). In Salzburg kann das Archivgut dem Landesarchiv, sofern dieses zustimmt, übereignet oder gegen Entgelt zur dauerhaften Aufbewahrung überlassen werden (§ 3 Abs 2 S-AG).

4. Nutzung von Archivgut

Solange sich die Patientenakten beim jeweiligen Arzt bzw der Krankenanstalt befinden, darf nur der Patient selbst Einsicht in die jeweilige Krankenakte nehmen. Er kann sich hierbei allerdings auch vertreten lassen. Angehörige bzw Erben eines Verstorbenen dürfen in dessen Krankenakte nur dann Einsicht nehmen, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen entspricht bzw ein berechtigtes Interesse vorliegt, das das Geheimhaltungsinteresse des Verstorbenen überwiegt.⁶³

Was die Nutzung von Patientenakten, die in den jeweiligen Landesarchiven verwahrt werden, betrifft, richtet sich diese grundsätzlich nach den Landesarchivgesetzen und Benützungsordnungen der einzelnen Landesarchive. Im Zusammenhang mit der Nutzung von Archiv-

58 Vgl § 6 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 lit b K-LAG, § 6 Abs 1 und 2 iVm § 9 NÖ AG, § 5 Abs 2 und 4 iVm § 5 Abs 1 und § 2 Z 3 lit d StAG, § 7 Abs 1 und 3 iVm § 3 Abs 4 lit b TAG, § 5 Abs 1 iVm § 3 Z 5 lit e Wr ArchG; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 148 (hinsichtlich Kärnten), 149 (hinsichtlich Niederösterreich), 150 (hinsichtlich der Steiermark und Tirol), 151 (hinsichtlich Wien) und 152 (zusammengefasste Auflistung).

59 § 5 Abs 2 StAG und § 7 Abs 1 TAG; vgl auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 150 und 152.

60 § 5 Abs 4 Wr ArchG; darauf hinweisend auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 151 f.

61 Vgl dazu auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 151 f.

62 § 4 Abs 1 iVm § 2 Z 2 lit b OÖ-AG, § 3 Abs 2 iVm § 2 Z 2 lit b S-AG. *Hübelbauer*, ZfG 2018, 149 f und 152.

63 *Hübelbauer*, ZfG 2018, 158 f mwN; *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² (2018) 163 ff mwN.

gut sehen die Landesarchivgesetze regelmäßig Schutzfristen für deren Nutzung vor. Archivgut ist regelmäßig erst nach Ablauf der jeweiligen Schutzfrist zugänglich bzw nutzbar.⁶⁴ Bei Archivgut, das besondere Kategorien personenbezogener Daten enthält, wie dies beispielsweise bei den Patientenakten der Fall ist (Gesundheitsdaten), sehen die Archivgesetze eine verlängerte Schutzfrist vor, die entweder mit dem Tod einer Person (§ 12 Abs 3 NÖ AG, § 5 Abs 3 OÖ-AG, § 4 Abs 3 S-AG, § 12 Abs 4 StAG, § 9 Abs 3 TAG, § 10 Abs 2 Wr ArchG) oder 10 Jahre nach dem Tod der Person (§ 10 Abs 2 K-LAG) endet.⁶⁵ Gem § 5 Abs 3 der Archivverordnung für das Vorarlberger Landesarchiv endet die Schutzfrist bei personenbezogenen Daten mit dem 1. Jänner des auf den Tod der jeweiligen Person folgenden Jahres. Ausnahmen, in denen eine Einsichtnahme bereits vor Ablauf der Schutzfrist zulässig ist, bestehen vielfach lediglich im Falle der Einwilligung der betroffenen Person,⁶⁶ oder wenn die Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken benötigt werden bzw bei Vorliegen besonders berücksichtigungswürdiger persönlicher Interessen, wenn dadurch keine gesetzlichen Vorschriften verletzt werden und der Nutzung keine überwiegenden schutzwürdigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.⁶⁷ Auch nach Ablauf der Schutzfristen kann die Nutzung von Archivgut eingeschränkt bzw versagt werden, etwa in jenen Fällen, in denen ihr gesetzlich geschützte Rechte Dritter, datenschutzrechtliche oder überwiegende schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.⁶⁸

64 § 12 K-LAG, § 13 Abs 1 NÖ AG, § 6 Abs 1 OÖ-AG, § 5 Abs 1 S-AG, § 13 Abs 1 StAG, § 10 Abs 1 TAG, § 11 Abs 2 V-AG, § 9 Abs 1 Wr ArchG.

65 Demgegenüber sind verlängerte Schutzfristen für Unterlagen, die lediglich personenbezogene Daten enthalten – außer auf Bundesebene (§ 8 Abs 3 und 5 iVm § 5 Abs 3 B-AG) und in Niederösterreich (§ 12 Abs 2 NÖ AG) – nirgends vorgesehen.

66 § 12 Abs 3 K-LAG, § 12 Abs 3 NÖ AG, § 5 Abs 3 OÖ-AG, § 4 Abs 3 S-AG, § 12 Abs 4 StAG, § 9 Abs 3 TAG, § 9 Abs 1 Wr ArchG.

67 Die konkrete Ausgestaltung der Bestimmungen in den einzelnen Landesarchivgesetzen ist im Detail wiederum leicht unterschiedlich. Vgl § 12 Abs 3 K-LAG, § 13 Abs 4 NÖ AG, § 6 Abs 3 OÖ-AG, § 5 Abs 3 S-AG, § 13 Abs 3 StAG, § 10 Abs 5 TAG, § 3 Z 3 Archivordnung des Vbg Landesarchivs (Erlass der Vorarlberger Landesregierung über eine Archivordnung für das Vorarlberger Landesarchiv vom 17.06.2020, IIb-IIb-VLA-21.00-287, Vorarlberger Erlasssammlung 04/0069) bzw § 11 Abs 4 V-AG, § 10 Abs 3 Wr ArchG.

68 Vgl zB § 13 K-LAG, § 13 Abs 6 NÖ AG, § 6 Abs 5 OÖ-AG, § 5 Abs 5 S-AG, § 14 StAG, § 10 Abs 3 TAG, § 11 Abs 2 V-AG. § 9 Abs 3 Wr ArchG enthält zwar auch Tatbestände, auf Grund derer eine Untersagung bzw Einschränkung der Nutzung möglich ist, allerdings beziehen sich diese Tatbestände nicht auf Rechte Dritter bzw gesetzliche Vorschriften.

5. Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Gesundheitswesen zu den ärztlichen Verschwiegenheitspflichten

Personen, die in Gesundheitsberufen beschäftigt sind, unterliegen verschiedensten Verschwiegenheitspflichten, die möglicherweise mit den Anbietungs- bzw. Übergabepflichten an die Landesarchive sowie der Nutzung in den Archiven in Konflikt geraten könnten.

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die ärztliche Verschwiegenheitspflicht gem § 51 Abs 1 ÄrzteG hinzuweisen, die nur bei Vorliegen bestimmter, in § 54 Abs 2 ÄrzteG genau aufgezählter Gründe, wie gesetzlich vorgesehenen Anzeige- und Meldepflichten (Z 1), bei Erforderlichkeit der Mitteilung an Sozialversicherungsträger und Krankenfürsorgeanstalten oder sonstige Kostenträger, damit diese die ihnen übertragenen Aufgaben wahrnehmen können (Z 2), bei Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht (Z 3) oder im Falle unbedingter Erforderlichkeit zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege (Z 4 lit a und b), durchbrochen werden darf.⁶⁹ § 9 KAKuG sowie die Krankenanstaltengesetze der Länder normieren für Personen, die bei Trägern von Krankenanstalten bzw in Krankenanstalten beschäftigt sind, sowie für Mitglieder bestimmter Kommissionen ebenfalls eine Verschwiegenheitspflicht, von der nur in den im Gesetz genannten Ausnahmefällen abgewichen werden darf.⁷⁰ Die Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 1 KAKuG gilt allerdings nur subsidiär, sofern die jeweiligen Personen nicht ohnehin schon Kraft anderer gesetzlicher oder dienstrechtlicher Vorschriften einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen.⁷¹

Die Archivierungspflichten nach den Landesarchivgesetzen stehen grundsätzlich in Widerspruch zur ärztlichen Verschwiegenheitspflicht sowie zu den teilweise in den Krankenanstaltengesetzen der Länder ausdrücklich vorgesehenen Vernichtungspflichten.⁷²

69 Ausführlich dazu wiederum *Hübelbauer*, ZfG 2018, 156 ff.

70 Darauf hinweisend auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 158.

71 Vgl zB nur § 6 GuKG (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, BGBl I 108/1997 idF BGBl I 48/2021) oder § 13 MABG (Medizinische Assistenzberufe-Gesetz, BGBl I 89/2012 idF BGBl I 105/2019); *Hübelbauer*, ZfG 2018, 158 mwN; *Wallner*, Handbuch 171 f.

72 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 160; vgl auch *Priegl*, Die ärztliche Schweigepflicht nach dem Tod des Patienten, RdM 1995, 6 mwN; *Wallner*, Berufsrecht der Ärzte, in: Resch/Wallner (Hg), Handbuch Medizinrecht³ (2020) 777 (871), der eine Anbietung und Überlassung nur bei Anonymisierung bzw Pseudonymisierung personenbezogener Daten für zulässig erachtet.

Auch die Möglichkeit der Nutzung personenbezogener Daten durch einen unbeschränkt großen Personenkreis widerspricht den ärztlichen Verschwiegenheitspflichten gem § 54 Abs 1 ÄrzteG und den Verschwiegenheitspflichten nach § 9 KAKuG bzw den speziellen berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten.⁷³

Dieser Widerspruch könnte in der Praxis dadurch aufgelöst oder zumindest entschärft werden, in dem Daten in Krankenakten, die Rückschlüsse auf die konkrete Person zulassen und die für archivische Zwecke bzw wissenschaftliche Forschungszwecke nicht benötigt werden, anonymisiert bzw pseudonymisiert werden. Grundsätzlich besteht für Archive – soweit der Gegenstand einer Übernahme in den Anwendungsbereich der DSGVO⁷⁴ fällt – auch der Datenminimierungsgrundsatz in einem Ausmaß, der die Archive verpflichtet, die Möglichkeit einer Anonymisierung bzw Pseudonymisierung von Daten zu überprüfen. Es ist allerdings auch legitim, aus Gründen der Integritätswahrung in Bezug auf die Information keine Anonymisierungs- bzw Pseudonymisierungsschritte zu setzen. Im „vorarchivischen“ Bereich hat der Träger, bei welchem die Unterlagen angefallen sind, zu prüfen, ob solche Schritte notwendig sind, um Unterlagen genügend lange im eigenen Verfügungsbereich belassen zu können. Wenn derartige Maßnahmen im Zuge der Anbietung gesetzt werden, dann erfolgt dies in der Praxis nur in Abstimmung mit dem Archiv.⁷⁵

6. Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Gesundheitswesen zum Datenschutz

Im Rahmen der Archivierung und Nutzung von Krankenakten in Landesarchiven sind auch datenschutzrechtliche Vorschriften zu beachten.⁷⁶ Insbesondere ist hier auf die gesetzlichen Vorgaben der DSGVO, die für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personen-

⁷³ Vgl dazu bereits die Nachweise in FN 72.

⁷⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABI L 2016/119, 1.

⁷⁵ Für den Hinweis auf diesen Umstand sei an dieser Stelle *Jakob Wührer* herzlich gedankt.

⁷⁶ Vgl dazu wiederum ausführlich *Hübelbauer*, ZfG 2018, 152 ff; *Rothmann/Kastelitz/Rothmund-Burgwall*, Archive als „öffentliches Gedächtnis“ personenbezogener Patientendaten? Über das Verhältnis von Verschwiegenheitspflichten, postmortalem Persönlichkeitsschutz und öffentlichen Interessen, in: *Jähnel* (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2021 (2022) 197 ff.

bezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art 2 Abs 1 DSGVO), zur Anwendung gelangt, sowie des DSG⁷⁷ hinzuweisen.

Krankenakten beinhalten Gesundheitsdaten, die gem Art 9 DSGVO zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten zählen und für die daher besondere Vorschriften zu beachten sind.⁷⁸ Grundsätzlich ist eine Verarbeitung, Offenlegung, Übermittlung oder Weitergabe dieser Daten untersagt. Art 9 Abs 2 lit j DSGVO sieht jedoch (ua) Ausnahmen von diesem Verbot für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gem Art 89 Abs 1 DSGVO vor, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage vorliegt und ein angemessenes Verhältnis zwischen dem verfolgten Ziel und dem Datenschutzinteresse besteht, der Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz gewahrt bleibt sowie angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person getroffen werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 89 DSGVO hinzuweisen, wonach durch technische und organisatorische Maßnahmen sichergestellt werden muss, dass insbesondere der Grundsatz der Datenminimierung – etwa durch Pseudonymisierung – gewährleistet wird.⁷⁹

Krankenakten können darüber hinaus – gerade iZm sexuellem Missbrauch, Vergewaltigung oder Körperverletzung – auch strafrechtsbezogene Daten iSd Art 10 DSGVO enthalten.⁸⁰ Eine Verarbeitung solcher Daten wäre nach § 4 Abs 3 Z 1 DSG, der die Vorgaben des Art 10 DSGVO näher konkretisiert, nur zulässig, wenn eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen besteht. Die meisten Landesarchivgesetze enthalten mittlerweile zwar ausdrückliche Er-

77 Datenschutzgesetz, BGBl I 165/1999 idF BGBl I 14/2019.

78 Vgl dazu allgemein Kallab/Wozniak, Datenschutzrechtliche Neuerungen und deren Auswirkungen im Gesundheitsbereich, ZfG 2018, 54; Hübelbauer, ZfG 2018, 152 ff.

79 Vgl dazu auch Löffler, Art 89 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm. Praxiskommentar zum Datenschutzrecht. DSGVO und DSG (2018); Buchner/Tinnefeld, Art. 89 DS-GVO, in: Kühling/Buchner (Hg), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar³ (2020) 1392 ff; Hübelbauer, ZfG 2018, 153 ff.

80 Vgl § 54 Abs 4–6 ÄrzteG. Darauf hinweisend auch Hübelbauer, ZfG 2018, 154 f.

mächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten,⁸¹ allerdings ohne explizit auf personenbezogene Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen hinzuweisen. In Oberösterreich⁸² und der Steiermark⁸³ wurde dieser Punkt bei der Novellierung der Archivgesetze auf Grund der DSGVO diskutiert. Dabei wurde auf einen ausdrücklichen Hinweis auf besondere Kategorien personenbezogener Daten sowie personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten verzichtet, da der Gesetzgeber ausweislich der ErlRV⁸⁴ davon ausgeht, dass der Begriff der „personenbezogene[n] Daten“ ein Überbegriff ist und auch besondere Kategorien personenbezogener Daten und personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten ebenso wie personenbezogene Daten für Zwecke der Sicherheitspolizei einschließlich des polizeilichen Staatsschutzes, des militärischen Eigenschutzes, der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, der Strafvollstreckung und des Maßnahmenvollzugs umfasst“. Auch wenn strafrechtsbezogene Daten iSd Art 10 DSGVO zweifellos unter den Begriff der „personenbezogenen Daten“ fallen,⁸⁵ ist ein wenig fraglich, ob derartige allgemeine Ermächtigungen zu deren Verarbeitung, wie sie in den einzelnen Landesarchivgesetzen zu finden sind, ausreichend sind, um den Anforderungen des § 4 Abs 3 Z 1 DSG zu genügen. In der Lehre⁸⁶ wird darauf hingewiesen, dass § 4 Abs 3 Z 1 DSG eine einschlägige, ausdrückliche Ermächtigung oder Verpflichtung für die Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich straf-

81 § 7 Abs 1 iVm § 8 Abs 3 K-LAG; § 5 Abs 1 Z 2 NÖ AG, § 3 Abs 4 Z 1 OÖ-AG, § 3 Abs 1 S-AG, § 3 Abs 3 StAG und § 5 Z 5 Wr ArchG. Keine vergleichbaren ausdrücklichen Ermächtigungen sind hingegen im TAG und im V-AG enthalten. Solche könnten sich allenfalls implizit aus § 5 Abs 4 TAG bzw § 6 Abs 3 lit a V-AG ergeben, wonach die zur Anbietung bzw Übergabe verpflichteten Stellen dem Landesarchiv auch Unterlagen, die personenbezogene Daten, welche datenschutzrechtlichen Regelungen unterliegen, anzubieten bzw zu übergeben haben.

82 ErlRV 707/2018 BlgLT 28. GP, 6.

83 ErlRV 2498/1 BlgLT 17. GP, 4.

84 ErlRV 707/2018 BlgLT 28. GP, 6 (Oberösterreich); ErlRV 2498/1 BlgLT 17. GP, 4 (Steiermark).

85 Hödl, Art 4 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm. Praxiskommentar zum Datenschutzrecht. DSGVO und DSG (2019) Rz 6 ff (insbesondere Rz 21); Bergauer, Art 4 Z 1 DSGVO, in: Jähnel (Hg), Kommentar zur Datenschutz-Grundverordnung (2021) Rz 10; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien vom 4. 4. 2017 zur Datenschutz-Folgenabschätzung (WP246 Rev.01) 11.

86 Vgl dazu etwa auch Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl, Art 10 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm. Praxiskommentar zum Datenschutzrecht. DSGVO und DSG (2020) Rz 25 f; Jähnel, Art 10 DSGVO, in: ders (Hg), Kommentar zur Datenschutz-Grundverordnung (2021) Rz 17 ff; Kunnert, § 4 DSG, in: Bresich et al (Hg), DSG. Datenschutzgesetz Kommentar (2018) Rz 16; Rigerl, Die Verarbeitung strafrechtsbezogener Daten durch Private, in: Jähnel (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2020 (2021) 175 (200).

bare Handlungen oder Unterlassungen verlangt. Derartige Ermächtigungen bzw Verpflichtungen sind beispielsweise in § 40 B-KJHG⁸⁷, im StRegG⁸⁸ oder in den §§ 194a–e FinStrG⁸⁹ zu finden.⁹⁰ Eine auf Grund von Generalklauseln iZm anderen Rechtsvorschriften erfolgende Verarbeitung genügt den Anforderungen des § 4 Abs 3 Z 1 DSG nicht.⁹¹ Qualifiziert man die in einzelnen Landesarchivgesetzen zu findenden, allgemeinen Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten nicht als „ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung“ iSd § 4 Abs 3 Z 1 DSG, so wäre die Verarbeitung strafrechtsbezogener Daten durch Landesarchive unzulässig.⁹²

Die Landesarchivgesetze verpflichten die entsprechenden Rechtsträger zur authentischen Anbietung⁹³ von Unterlagen und erscheinen daher aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich.⁹⁴ Gerade bei Krankengeschichten, die für Archiv- und Forschungszwecke aufbewahrt werden, wird regelmäßig kein Interesse daran bestehen, den Namen oder die genaue Wohnadresse eines Patienten zu kennen. Die Forschung wird in der Regel an der konkreten Krankheit, dem Verlauf bzw der Behandlung interessiert sein. Diesbezüglich spielen allerdings natürlich gewisse personenbezogene Daten wie Alter oder Geschlecht einer Person durchaus eine Rolle. Um dem Grundsatz der Datenminimierung Rechnung zu tragen bzw ein angemessenes Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem Datenschutzinteresse sicherzustellen, sollte daher grundsätzlich eine Pseudonymisierung nicht benötigter personenbezogener Daten in Krankenakten vorgenommen werden.⁹⁵ Es darf in diesem Zusammenhang natürlich nicht verkannt werden, dass es im Zeitpunkt der Anbietung bzw Übernahme von Unterlagen für einen Archivar wohl mitunter schwer zu beurteilen sein wird, ob gewisse per-

87 Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013, BGBl I 69/2013 idF BGBl I 105/2019.

88 Strafregistergesetz 1968, BGBl 277/1968 idF BGBl I 105/2019.

89 Finanzstrafgesetz, BGBl 129/1958 idF BGBl I 94/2021.

90 Vgl dazu auch die Nachweise in FN 86 jeweils mit weiteren Beispielen.

91 *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*, Art 10 Rz 26; *Rigerl*, Verarbeitung 200.

92 So etwa *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155.

93 § 6 Abs 3 NÖ AG, § 3 Abs 3 OÖ-AG, § 3 Abs 1 S-AG, § 5 Abs 5 StAG, § 5 Abs 4 TAG, § 6 Abs 4 V-AG. Vgl demgegenüber aber § 7 Abs 1 zweiter Satz K-LAG, der die Übergabe von Schriftgut, das personenbezogene Daten enthält, „unter Einhaltung der erforderlichen Datensicherheitsmaßnahmen“ verlangt. § 6 Abs 2 Wr ArchG statuiert zwar auch eine Verpflichtung zur authentischen Anbietung der Unterlagen, allerdings dürfte sich für Unterlagen, die personenbezogene Daten enthalten, eine Einschränkung aus § 6 Abs 7 leg cit ergeben.

94 *Hübelbauer*, ZfG 2018, 154 f.

95 So auch *Hübelbauer*, ZfG 2018, 153 ff und 160.

sonenbezogenen Daten zukünftig nicht doch noch für bestimmte Verwendungszwecke benötigt werden könnten.⁹⁶

Was allenfalls in Patientenakten enthaltene strafrechtsbezogene Daten anbelangt, so kommt es – wie soeben ausgeführt – darauf an, ob die in zahlreichen Landesarchivgesetzen enthaltenen, allgemeinen Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten den Anforderungen des § 4 Abs 3 Z 1 DSG entsprechen. Andernfalls wären Landesarchive nicht zur Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen ermächtigt.⁹⁷

7. Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Gesundheitswesen zu den Persönlichkeitsrechten

Die Archivierung von Patientenakten steht zweifelsfrei auch in einem Spannungsverhältnis zu den Persönlichkeitsrechten eines Menschen.⁹⁸ Durch das Persönlichkeitsrecht, das ua in § 16 ABGB verankert wird, wird die Persönlichkeit einer natürlichen Person in ihrer Gesamtheit geschützt.⁹⁹ Das Persönlichkeitsrecht umfasst dabei ua das Recht auf Geheimnisschutz, das Recht auf Schutz der Ehre und des Rufes sowie das Recht auf Achtung der Privat- und Geheimsphäre und des Familienlebens.¹⁰⁰ Auch das Recht auf Datenschutz kann zu den Persönlichkeitsrechten gezählt werden.¹⁰¹ Obwohl Persönlichkeitsrechte grundsätzlich unvererblich sind, erkennt der OGH an, dass sie dennoch in einem gewissen Umfang nach dem Tod einer Person weiter bestehen können und auch von den Erben (mittels Unterlassungsanspruch) geltend ge-

96 In vielen anderen Bereichen wird diesbezüglich ein großer Aufwand betrieben, um besondere Kategorien personenbezogener Daten gegenwärtig der Forschung und Wirtschaft zugänglich zu machen und den Personenbezug soweit wie möglich mithilfe von technischen Platzhaltern (Kennziffern) aufrecht zu erhalten, sodass Datensätze verknüpfbar sind. Einige Datenschützer halten derartige Kennziffern für nicht ausreichend, um eine echte Pseudonymisierung zu gewährleisten. Gleichzeitig wird aber auch zu bedenken sein, dass es im Bereich der Archivierung immer um „ältere“ Informationen geht, die erst wirklich zugänglich werden, wenn die vormaligen Betroffenen verstorben sind.

97 Diese Ansicht vertritt etwa ausdrücklich *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155.

98 *Wallner*, Berufsrecht 871; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155 f und 160; *Rothmann/Kastelitz/Rothmund-Burgwall*, Archive 197 ff.

99 OGH 27.02.1990, 10 ObS 40/90; Vgl dazu zB *Aicher*, § 16 ABGB, in: *Rummel/Lukas* (Hg), ABGB⁴ (Stand 1.7.2015, rdb.at) Rz 16 ff; *Schauer*, § 16 ABGB, in: *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON^{1.02} (Stand 1.3.2017, rdb.at) Rz 10 ff; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155 f.

100 Vgl zB nur OGH 16.12.2008, 11 Os 144/07x; 22.12.2016, 6 Ob 209/16b; *Aicher*, § 16 Rz 20 ff; *Schauer*, § 16 Rz 11 ff; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155 f.

101 *Schauer*, § 16 Rz 11; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155.

macht werden können.¹⁰² In diesem Zusammenhang ist nunmehr auch der durch BGBl I 148/2020 neu eingefügte § 17a ABGB zu beachten, der zwar normiert, dass Persönlichkeitsrechte im Kern nicht übertragbar sind (Abs 1 leg cit), gleichzeitig aber auch anordnet, dass Persönlichkeitsrechte einer Person nach ihrem Tod in ihrem Andenken fortwirken (Abs 3 leg cit). Verletzungen des Andenkens können von Verwandten des Verstorbenen je nach Verwandtschaftsgrad über eine gewisse Zeitspanne hinweg geltend gemacht werden. Diese Bestimmung ermächtigt allerdings auch ausdrücklich zu Eingriffen für Archivzwecke sowie für wissenschaftliche und für künstlerische Zwecke, wenn diese im öffentlichen Interesse liegen. Wird eine Krankengeschichte durch ein Landesarchiv öffentlich zugänglich gemacht, kann ein zahlenmäßig nicht beschränkter Personenkreis in sensible, höchstpersönliche Daten einer Person, die Rückschlüsse auf deren Leben ermöglichen, Einsicht nehmen. Dadurch könnten nicht nur postmortale Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen, sondern auch (unmittelbar) Persönlichkeitsrechte lebender Verwandter verletzt werden.¹⁰³

Im Zusammenhang mit der Nutzung von Archivgut sehen die Landesarchivgesetze daher regelmäßig Schutzfristen für die Nutzung desselben vor. Archivgut ist regelmäßig erst nach Ablauf der jeweiligen Schutzfrist zugänglich bzw nutzbar.¹⁰⁴ Bei Archivgut, das personenbezogene Daten enthält, gelten besondere Schutzfristen.¹⁰⁵ Ausnahmsweise kann in Archivgut auch schon vor Ablauf der Schutzfristen Einsicht genommen werden bzw kann die Nutzung selbst nach Ablauf der Schutzfristen untersagt werden.¹⁰⁶ Durch diese Bestimmungen soll ebenfalls der Schutz der Persönlichkeitsrechte (und damit auch des Rechts auf Datenschutz) bei der Nutzung dieser Daten sichergestellt

102 OGH 23.05.1984, 1 Ob 550/84; 29.08.2002, 6 Ob 283/01p; 13.07.2010, 4 Ob 112/10i; 22.12.2016, 6 Ob 209/16b; Aicher, § 16 Rz 51 ff mwN; Schauer, § 16 Rz 26 mwN; Rest, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – ein Überblick, MR 2012, 113; Hübelbauer, ZfG 2018, 155 f; Prietl, RdM 1995, 6 ff.

103 OGH 22.12.2016, 6 Ob 209/16b (iZm § 78 UrhG); Hübelbauer, ZfG 2018, 155 f und 160; Meissel, § 16 ABGB, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar³ (2014) Rz 191.

104 § 12 K-LAG, § 13 Abs 1 NÖ AG, § 6 Abs 1 OÖ-AG, § 5 Abs 1 S-AG, § 13 Abs 1 StAG, § 10 Abs 1 TAG, § 11 Abs 2 V-AG, § 9 Abs 1 Wr ArchG. Vgl dazu schon Kapitel III.B.4.

105 Vgl dazu näher die Ausführungen in Kapitel III.B.4.

106 Vgl dazu wiederum ausführlich oben Kapitel III.B.4.

werden.¹⁰⁷ Gerade im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Persönlichkeitsrechten muss daher das konkrete Informationsinteresse mit den Auswirkungen, die eine Veröffentlichung auf Betroffene haben kann, sowie der Sensibilität der Daten und bei Verstorbenen gegebenenfalls mit dem Zeitraum, der seit dem Tod vergangen ist, immer im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden.¹⁰⁸ Um Persönlichkeitsrechte der Betroffenen bzw unmittelbarer Angehöriger zu wahren, wäre auch hier wieder an eine Pseudonymisierung von nicht für wissenschaftliche bzw archivische Nutzung benötigten personenbezogenen Daten zu denken. An dieser Stelle ist erneut auf die bereits in Kapitel III.B.5. iZm Patientenakten erwähnte grundsätzliche Pflicht der Archive zur Beachtung des Datenminimierungsgrundsatzes betreffend Unterlagen, die Gegenstand einer Übernahme sind, und in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen, hinzuweisen.

C) Justiz

1. Dokumentationspflichten

Im Bereich der Justiz bestehen zahlreiche und bisweilen äußerst kasuistische Verpflichtungen zur Dokumentation von Unterlagen.

Regelungen zur Dokumentation im Wege von Registern und sonstigen Geschäftsbehelfen sowie Gerichtsakten sind etwa in den §§ 80 und 81 GOG¹⁰⁹ zu finden.

§ 80 Abs 1 GOG ordnet beispielsweise die Führung von Registern und sonstigen Geschäftsbehelfen an, „um einen Überblick über die Gesamtheit der angefallenen Sachen, deren Auffindbarkeit und den Stand der einzelnen Angelegenheiten zu bieten, die für die Erledigung der einzelnen Rechtssache nötige Übersicht zu erhalten und zugleich die unentbehrlichen Anhaltspunkte für die Überwachung des gesamten Geschäftsganges und der Vollziehung der einzelnen gerichtlichen Verfügungen und Aufträge zu sichern“. Gem Abs 2 leg cit dürfen nur jene

¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint etwa § 14 NÖ AG problematisch. Diese Norm sieht eine spezielle Schutzfrist für die Veröffentlichung personenbezogener Daten vor. Diese Schutzfrist gilt jedoch nicht für die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten bei Personen des öffentlichen Lebens (§ 14 Abs 1 Z 1 leg cit) sowie wenn auf Grund der Stellung der Person ein die schutzwürdigen Rechte des Betroffenen überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt (§ 14 Abs 1 Z 2 leg cit). Vgl dazu auch Hübelsbauer, ZfG 2018, 154 f.

¹⁰⁸ Prietl, RdM 1995, 6 ff mwN; Hübelsbauer, ZfG 2018, 156 und 160.

¹⁰⁹ Gerichtsorganisationsgesetz, RGBI 217/1896 idF BGBl I 135/2020.

Daten in die Register und Geschäftsbehelfe eingetragen werden, die zur Zweckerreichung erforderlich sind. In Abs 3 leg cit wird schließlich normiert, dass genaue Regelungen über die Register und Geschäftsbehelfe, wie beispielsweise darüber, welche Register und Geschäftsbehelfe zu führen sind, welche Gattungen von Angelegenheiten darin einzutragen sind, welche Organe sie zu führen haben und wie lange sie aufzubewahren oder verfügbar zu halten sind, durch Verordnung des Bundesministers für Justiz festzulegen sind. Form und Einrichtung der Register und Geschäftsbehelfe sowie der genaue Vorgang der Eintragung sind im Einzelnen mittels Erlässen näher zu determinieren.

§ 81 GOG befasst sich mit den „Gerichtsacten“. Auch diese Bestimmung überlässt die nähere Ausgestaltung darüber, wie mit den bei Gericht einlangenden Schriften zu verfahren ist – sofern gesetzlich nichts anderes angeordnet ist – dem Bundesminister für Justiz, der die entsprechenden Regelungen durch Verordnung zu treffen hat. In dieser Verordnung ist auch die Führung von Eingangsbüchern zu normieren, wobei in Grundbuchssachen jedenfalls alle an das Gericht gelangenden Eingaben und Schriften zu verzeichnen sind. Zur Aktenbildung führen § 81 Abs 2 und 3 leg cit aus, dass alle dieselbe Rechtssache betreffenden Unterlagen „in einem Actenhefte (Actenbund) zu sammeln und unter einer und derselben gemeinsamen Bezeichnung zu vereinigen [sind] (Acten)“ (Abs 2). Die Bildung von Akten in Grundbuchssachen ist dabei durch Verordnung zu regeln (Abs 3).

Die sehr detaillierte und bisweilen recht kasuistische nähere Ausgestaltung der Registerführung und Aktenbildung erfolgt primär im V. Hauptstück der Geo., das in 14 Kapitel unterteilt ist. Aber auch in anderen Hauptstücken sind vereinzelt Vorschriften zu finden, die davon abweichende oder ergänzende Regelungen vorsehen.¹¹⁰

Im 1. Kapitel des V. Hauptstücks der Geo. werden zunächst allgemeine Vorschriften über Register und sonstige Geschäftsbehelfe getroffen (§§ 359–370 leg cit). In diesen Bestimmungen wird genauestens angeordnet, wer die Register zu führen hat (§ 359 Geo.), wie die Eintragung in das Register vorzunehmen ist (§§ 359–363 Geo.) oder welche Register jeweils bei den Bezirksgerichten (§ 364 Geo.), Gerichtshöfen I. Instanz (§ 365 Geo.) und Oberlandesgerichten (§ 366 Geo.) einzurichten sind. Ferner werden noch allgemeine Regelungen über das Abstreichen von erledigten Sachen getroffen, wobei besondere Vorschriften, die allen-

¹¹⁰ Vgl etwa nur § 214 (Gebühren- und Kostenakt), § 331 (Bücher und Verzeichnisse der Verwahrungsabteilung) oder §§ 571 ff (nähere Vorschriften über Eintragungen ins Grundbuch) Geo.

falls für die einzelnen Register und Geschäftsbehelfe gelten, unberührt bleiben (§ 367 Geo.). Für „überjährige Rechtsachen“, also Rechtssachen, die in bestimmten Registern eingetragen und am Ende eines Jahres noch nicht erledigt sind, enthält § 368 Geo. nähere Anordnungen. Die Prüfung und Aufbewahrung der Register und sonstigen Geschäftsbehelfe wird in den §§ 369 und 370 leg cit normiert.

Allgemeine Vorschriften über Akten sind in den §§ 371–384 Geo. zu finden. Auch diese sind wiederum sehr detailliert ausgestaltet: So wird etwa in § 371 Abs 3 Geo. angeordnet, dass Akten von außen mit Aktenzeichen, jedes Geschäftstück rechts oben mit Geschäftszahl bzw Grundbuchsstücke, die zu anderen Akten gehören, neben der Geschäftszahl mit Tagebuchzahl zu kennzeichnen sind. In den folgenden Bestimmungen (§§ 372–377 Geo.) sind ausführliche Regelungen über die genaue Bildung von Aktenzeichen und Geschäftszahlen zu finden. § 375 Geo. ordnet die Aktenbildung nach der Zeitfolge des Einlangens oder der Errichtung der Geschäftsstücke an, § 376 leg cit statuiert die Ausnahmen von dieser Regelung. In § 378 Abs 1 Geo. wird sogar die Nummerierung von Aktenblättern einer näheren Regelung unterzogen: So ist auf Blättern von Akten, die aus mindestens zwei Bögen bestehen, in der rechten oberen Ecke der Vorderseite von der Geschäftsabteilung die Seitenzahl anzubringen, wobei als Seitenzahlen nur ungerade Zahlen zu verwenden sind; die geraden Zahlen bezeichnen die Rückseite, werden aber nicht angeschrieben. Hinsichtlich der Bildung von Aktenbänden wird festgelegt, dass ein Band aus jeweils etwa 500 Seiten zu bestehen hat und jeder Band mit Seite 1 beginnt. Diese Bestimmung enthält auch nähere Regelungen darüber, welche Aktenstücke zu nummerieren sind und welche nicht (§ 378 Abs 1 letzter Satz und Abs 3 leg cit). § 382 Geo. normiert schließlich ausführlich, welche Angaben genau auf der äußeren Seite des Aktes (Aktenrücken, Aktendeckel oder Aktenumschlag) anzubringen sind. Aus archivrechtlicher Sicht von besonderem Interesse ist an dieser Stelle § 382 Abs 2 Z 6 leg cit, der anordnet, dass bei einem Akt, der „wegen seines Inhaltes oder wegen der beteiligten Personen von geschichtlicher oder kultureller Bedeutung für die Erforschung und das Verständnis der Geschichte und Gegenwart in politischer, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Hinsicht sowie bezüglich Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung und den Schutz allgemeiner oder besonderer bürgerlicher Rechte ist, auf Anordnung des Richters der Vermerk ‚Von historischer Bedeutung, nicht vernichten!‘“ außen anzubringen ist. Für Akten, die einen solchen Ver-

merk tragen, gelten in weiterer Folge besondere Aufbewahrungs- und Nutzungsregelungen.¹¹¹

In den folgenden Kapiteln des V. Hauptstücks der Geo. (2.–13. Kapitel) finden sich spezielle Dokumentationspflichten für die einzelnen Verfahrensarten bei Gericht, die beispielsweise die Einrichtung besonderer Register für die jeweilige Verfahrensart vorsehen,¹¹² die Eintragungen in die jeweiligen Register¹¹³ sowie das Abstreichen aus diesen Registern¹¹⁴ regeln oder die von den allgemeinen Vorschriften der Aktenbildung abweichende Sonderregelungen¹¹⁵ enthalten.

111 Vgl dazu noch die Ausführungen in den Kapiteln III.C.2. und 4.

112 Vgl zB § 385 (Streitregister), § 393 (E-Register in Exekutionssachen), § 254 EO (Exekutionsordnung, RGBI 79/1896 idF BGBl I 148/2020) iVm § 403 Geo. (Pfändungsregister), § 410 (A-Register in Abhandlungssachen), § 413 (L-Register in Angelegenheiten nach der Entmündigungsordnung), § 417 (P-Register in Pflückschaftsangelegenheiten), § 425 (T-Register in Aufgebotssachen), § 427 (Beglaubigungsregister), § 432 (Rechtshilferegister in zivilgerichtlichen Rechtshilfesachen), § 437 (S-Register in Konkurs- und Ausgleichssachen), § 450 (Tagebuch für Grundbuchsstücke), § 468 (Rechtsmittelregister), § 472 (Nc-Register für allgemeine bürgerliche Rechtssachen), § 477 (Rev-Register für Sachen der Revisoren), § 478 (Gv-Register der Grundverkehrskommissionen), § 479 (Msch-Register der Mietkommissionen), § 480 (Psch-Register der Pachtämter), § 481 (U-Register für bei Bezirksgerichten eingebrachte Strafanträge, Hs-Register für Rechtshilfesachen in Strafsachen bei Bezirksgerichten, Ns-Register für sonstige Angelegenheiten in Strafsachen bei Bezirksgerichten), § 482 (HR-Register für Ermittlungsverfahren in Strafsachen bei Landesgerichten, Hv-Register über eingebrachte Strafanträge bzw Anklagen in Strafsachen bei Landesgerichten, Hs-Register für Rechtshilfesachen in Strafsachen bei Landesgerichten, Ns-Register für sonstige Angelegenheiten in Strafsachen bei Landesgerichten), § 502 (Bl-Register für Rechtsmittel in Strafsachen bei Gerichtshöfen I. Instanz als Berufungsgerichten, Bs-Register bei Rechtsmitteln in Strafsachen bei Oberlandesgerichten), § 509 (Jv-Register für Justizverwaltungssachen), § 522 (Pers-Register für Personalakten).

113 Beispielsweise § 386 (Eintragungen ins Streitregister), § 393 Abs 2–4 (Eintragungen ins E-Register), §§ 404 ff (Eintragungen ins Pfändungsregister), § 410 (Eintragungen ins A-Register), § 421 (Eintragungen ins P-Register), § 425 Abs 2 und 3 (Eintragungen ins T-Register), § 434 (Eintragungen ins Hc-Register), § 438 (Eintragungen ins S-Register), § 452 (Eintragungen ins Tagebuch in Grundbuchsachen), § 469 (Eintragungen ins R-Register), §§ 473 ff (Eintragungen ins Nc-Register), § 489 (Gemeinsame Bestimmungen über die Eintragungen ins Hv- und U-Register), §§ 509 ff (Eintragungen ins Jv-Register).

114 ZB § 391 (Abstreichen aus dem Streitregister), § 397 (Abstreichen aus dem E-Register), § 421 Abs 3 (Abstreichen aus dem P-Register), § 455 (Abstreichen aus dem Tagebuch in Grundbuchsachen), § 490 (Gemeinsame Bestimmungen über das Abstreichen im U- und Hv-Register).

115 Vgl nur § 398 (Aktenbildung in Exekutionssachen), § 415 (Aktenbildung in Anhaltungssachen), § 435 (Aktenbildung in bürgerlichen Rechtshilfesachen), § 439 (Aktenbildung in Konkurs- und Ausgleichssachen), §§ 440–445 (Sondervorschriften für Akten in Handels- und Genossenschaftsregistersachen [nunmehr Firmenbuchsachen]), §§ 446 f (Sondervorschriften für Akten in Schiffsregistersachen), §§ 470 f (Aktenbezeichnung und Aktenbildung bei Rechtsmittelangelegenheiten in bürgerlichen Rechtssachen), § 507 (Bildung und Bezeichnung von Strafakten), § 507a (Handakt im Vermittlungsverfahren), §§ 512–515 (Sondervorschriften für Akten in Justizverwaltungssachen), §§ 520 f (Sondervorschriften für Personalakten).

Im 14. Kapitel des V. Hauptstücks der Geo. sind schließlich noch nähere Regelungen zu den einzelnen Geschäftsbehelfen, wie etwa den Namenverzeichnissen (§ 523 f Geo.), Karteien (§ 525 Geo.), oder Geschäftskalendern (§ 527 Geo.), die in allen Geschäftsabteilungen verwendet werden, zu finden. Dieses Kapitel beinhaltet besonders detaillierte Vorschriften über den Fristenvormerk und seine Verwendung (§ 529–535 Geo.).

Zur Führung der einzelnen Register bzw Akten stehen vielfach Formblätter zur Verfügung, die von den Gerichten zu verwenden sind.¹¹⁶

2. Aufbewahrungspflichten bei den ordentlichen Gerichten

Regelungen zu Aufbewahrungs- bzw Archivierungspflichten bei Gericht sind sowohl im GOG als auch in der Geo. zu finden.

In § 91b GOG wird zunächst die Einrichtung des Beglaubigungsarchivs der Justiz sowie der Urkundensammlungen des Grundbuchs und des Firmenbuchs angeordnet. § 91c leg cit ermächtigt zur Einrichtung von Urkundenarchiven von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Mit der Führung dieser Archive¹¹⁷ ist der Bundesminister für Justiz betraut (§ 91d leg cit).

Die Aufbewahrung der Akten bei den Gerichten wird in weiterer Folge im 8. und 9. Kapitel des II. Hauptstücks („Geschäftsgang bei Gericht“) der Geo. näher geregelt. Die in diesen Kapiteln enthaltenen Bestimmungen sind zum Teil wieder äußerst kasuistisch ausgestaltet.

Im 8. Kapitel („Aufbewahrung der Akten“) sind in den §§ 167–169 Geo. zunächst Regelungen zur Aufbewahrung von in Bearbeitung stehenden Akten, wichtigen Urkunden und Urkunden als Aktenbeilagen zu finden. So sind etwa in Bearbeitung stehende Akten in der Geschäftsabteilung grundsätzlich in offenen, in Fächer geteilten Schränken (mit Ausnahme von vertraulichen Akten, die versperret zu verwahren sind) und getrennt nach Geschäftsgattung zu verwahren (§ 167 Abs 1 Geo.).

116 Vgl zB nur § 168 Abs 2 (Geo. Formblatt Nr 47 für das Urkundenverzeichnis), § 364 (diverse Geo. Formblätter für die Register bei den Bezirksgerichten), § 365 (diverse Geo. Formblätter für Register bei den Gerichtshöfen I. Instanz), § 379 (Geo. Formblatt Nr 76 für Beilagen und Beratungsblätter, die einem Akt angeschlossen werden sollen) oder § 385 (verschiedene Geo. Formblätter für Streitregister bei Bezirksgerichten und Gerichtshöfen I. Instanz).

117 An den soeben genannten Beispielen zeigt sich, dass der Begriff des „Archivs“ als solcher nicht fixiert ist. Aus archivarischer Sicht handelt es sich bei den soeben erwähnten „Archiven“ nämlich im Grunde um Urkundenregistraturen und nicht um „Archive“ im eigentlichen Sinne.

Innerhalb einer Geschäftsgattung sind dabei nach den Erfordernissen des Geschäftsgangs verschiedene Gruppen zu bilden (§ 167 Abs 1 letzter Satz Geo.). Außerhalb dieser Schränke dürfen nur die aktuell benötigten Akten liegen (vgl § 167 Abs 5 leg cit). Ähnlich detailliert ist die Vorschrift zur Aufbewahrung wichtiger Urkunden in § 168 Geo., wo zunächst aufgelistet wird, welche Urkunden als „wichtig“ iSd Bestimmung gelten und anschließend angeordnet wird, dass solche Urkunden für alle Abteilungen von dem mit der Beaufsichtigung des Aktenlagers beauftragten oder einem anderen vom Gerichtsvorsteher bestimmten Bediensteten in einem versperrten Kasten feuersicher zu verwahren sind. Die Urkunden sind in ein eigenes Urkundenverzeichnis einzutragen, dessen Führung wiederum in § 168 Abs 2–4 leg cit näher geregelt wird. Akten in Verfahren, die rechtskräftig beendet oder zum Stillstand gekommen und im jeweiligen Register abgestrichen sind, können bei Bedarf noch bis zu zwei Jahre im Amtszimmer der Geschäftsabteilung verbleiben (sogenannte „Handlager“), sind spätestens dann aber an das Aktenlager abzugeben (§ 171 Abs 1 und 2 Geo.). Ausnahmen bestehen für Akten des Firmenbuchs und des Schiffsregisters, reine Grundbuchsakten sowie Akten der Justizverwaltung, die grundsätzlich dauerhaft von der Geschäftsabteilung verwahrt werden, sofern der Gerichtsvorsteher nichts Anderes verfügt (§ 171 Abs 4 leg cit). Im Aktenlager werden die abzugebenden Akten der Gerichtsabteilungen gemeinschaftlich verwahrt. § 171 Abs 3 und 5 leg cit enthalten diesbezüglich nähere Vorschriften über die Organisation des Aktenlagers (Aufbewahrung geordnet nach Geschäftsgattungen und Gerichtsabteilungen sowie Aktenzahl; Aufschriften an den einzelnen Gestellen und Fächern über die darin verwahrten Akten und Geschäftsbehalte). Aus archivrechtlicher Sicht besonders interessant ist hier § 171 Abs 5 leg cit, der anordnet, dass Akten, auf denen der Vermerk „Von historischer Bedeutung, nicht vernichten!“ gem § 382 Abs 2 Z 6 Geo. angebracht ist, „gesondert aufzubewahren [sind] (Archive)“. Akten mit diesem Vermerk, sowie Akten, die dauernd verwahrt werden müssen, „sind besonders zu verzeichnen (Archivalien)“ (§ 172 Abs 2 leg cit). Der genaue Vorgang der Abgabe an das Aktenlager bzw die Ausfolgung von Akten aus dem Aktenlager werden schließlich noch in § 172 leg cit näher geregelt.

Die Aufbewahrungsfristen von Akten sind im 9. Kapitel („Aufbewahrung von Akten“) des II. Hauptstücks der Geo. enthalten. § 173 Geo. zählt jene Akten und Bücher auf, die dauernd aufzubewahren sind. Darunter fallen etwa ua Akten von besonderer historischer Bedeutung (Z 1), Grundbücher und sonstige öffentliche Bücher mit allen dazugehörigen Urkunden (Z 4), das Handels-, Genossenschafts- und Schiffs-

register (Z 5),¹¹⁸ besonders wichtige Urkunden gem § 168 Geo. mit Urkunden- und Namenverzeichnissen (Z 7), bestimmte Aktenteile aus Streitakten (Z 8), aus Akten über Abhandlungen (Z 9) sowie sonstigen außerstreitigen Akten (Z 10) oder die (gesamten) Akten der Geschworenen- und Schwurgerichte sowie der Volksgerichte (Z 14). In § 174 Geo. werden schließlich jene Akten bzw Aktenteile genannt, die nur für eine bestimmte Zeit (3,¹¹⁹ 10,¹²⁰ 15,¹²¹ 30¹²² oder 50¹²³ Jahre) hindurch aufzubewahren und anschließend auszuschneiden sind. Der Fristenlauf beginnt dabei grundsätzlich mit 1. Jänner nach Ablauf jenes Jahres, in dessen Verlauf die letzte Verfügung in der Angelegenheit ergangen ist (§ 174 Abs 2 erster Satz leg cit). Sondervorschriften bestehen für Akten in Strafverfahren und Justizverwaltungssachen (§ 174 Abs 2 dritter und vierter Satz leg cit). Für die einzelnen Geschäftsbehelfe gelten wiederum eigene Aufbewahrungsfristen (§ 175 Geo.), nach deren Ablauf sie auszuschneiden sind. Werden bestimmte Akten oder Aktenteile, die gem § 173 Geo. dauernd aufzubewahren sind, an das jeweilige Landesarchiv abgegeben, sind die dazugehörigen Jahrgänge der Register mit zu übergeben (Abs 3 letzter Satz leg cit).¹²⁴ Der Gerichtsvorsteher wird in § 177 Abs 1 Geo. ermächtigt, bei Vorliegen besonderer Gründe die gesetzlich vorgesehenen Aufbewahrungsfristen zu verlängern oder zu verkürzen. Sofern Akten oder Bücher wegen Platzmangels vorzeitig ausgeschieden

118 Statt des Handels- und Genossenschaftsregisters nunmehr das Firmenbuch.

119 § 174 Abs 1 Z 3 (Kündigungsakten, die nicht ins Streitregister übertragen wurden) und Z 7 (Zustellausweise, die abgesondert verwahrt werden).

120 § 174 Abs 1 Z 5 (Akten des Konkurs- und Ausgleichsverfahrens mit längeren Aufbewahrungsfristen für bestimmte Aktenstücke), Z 6 (Akten des Firmenanfallsregisters, die zu keiner Eintragung in das Firmenbuch geführt haben, sowie im Nc-Register eingetragene Schiffsregisterakten, die zu keiner Eintragung in das Schiffsregister geführt haben), Z 7 (abgesondert verwahrte Zustellausweise in Grundbuchssachen), Z 9 (Akten der Rechtsmittelgerichte in Zivil- und Strafsachen) sowie Z 10 (Akten der Miet- und Grundverkehrskommissionen).

121 § 174 Abs 1 Z 2 (Akten des Mahnverfahrens und Exekutionsakten) und Z 6 (Akten des Firmenbuchs und des Schiffsregisters sowie Handblätter).

122 § 174 Abs 1 Z 1 (Akten des streitigen Verfahrens), Z 4 (Akten des außerstreitigen Verfahrens; Akten, die reine Grundbuchsstücke sind, und Nc-Akten [mit Ausnahme der in Z 6 genannten]), Z 5 (Aktenstücke in Konkurs- und Ausgleichsverfahren, aus denen sich der Abschluss, der Inhalt und die Bestätigung des Ausgleichs oder Zwangsausgleichs ergeben, sowie die Anmelungsverzeichnisse und die dazugehörigen Protokolle), Z 8 (Akten der Gerichte I. Instanz über das Strafverfahren einschließlich der Ns-Akten) und Z 12 (Akten von Justizverwaltungssachen).

123 § 174 Abs 1 Z 8 (Akten der Gerichte I. Instanz über das Strafverfahren, wenn eine Verurteilung wegen eines Verbrechens erfolgte).

124 § 175 Abs 3 letzter Satz Geo. verweist hier ausdrücklich auf die Abgabe von Akten an die jeweiligen Landesarchive auf Grundlage von § 173 Abs 2 leg cit. § 173 Abs 2 leg cit wurde allerdings im Zuge der Erlassung der Archiv-Verordnung durch BGBl II 64/2002 aufgehoben (vgl dazu Kapitel III.C.3. sowie FN 125 und 126).

werden sollen, ist zusätzlich noch die Genehmigung des Präsidenten des jeweiligen Oberlandesgerichtes einzuholen (§ 177 Abs 2 leg cit).

3. Anbietung und Übergabe an die Archive des Bundes bzw der Länder

Da die ordentlichen Gerichte Bundesdienststellen sind, handelt es sich bei dem von ihnen in Wahrnehmung ihrer Aufgaben anfallenden Archivgut einerseits um „Archivgut des Bundes“, das in den Anwendungsbereich des B-AG fällt (§ 1 iVm § 2 Z 4 lit a B-AG). Gerichtliches Schriftgut kann aber andererseits auch „Archivgut der Länder“ iSd Landesarchivgesetze sein, wenn archivwürdige Unterlagen von regionaler Bedeutung bei Bundesdienststellen im jeweiligen Bundesland entstanden sind, dem Landesarchiv übereignet und von diesem übernommen werden.¹²⁵ In solchen Fällen ist der Anwendungsbereich der Landesarchivgesetze eröffnet. Für die Aussonderung, Anbietung und Skartierung von gerichtlichem Schriftgut ist in § 5 Abs 6 B-AG eine von der allgemeinen Anbietungspflicht abweichende Sonderregelung zu finden: Nach dieser Bestimmung hat der Bundesminister für Justiz eine Verordnung zu erlassen, in welcher nähere Vorschriften über die Aussonderung, Anbietung und Skartierung von Schriftgut aus gerichtlichen Verfahren zu normieren sind. In dieser Verordnung ist auch festzulegen, welches Schriftgut zunächst dem Österreichischen Staatsarchiv anzubieten ist. Die Anbietungsfrist für derartiges Schriftgut bzw Schriftgut, das beim VfGH, VwGH oder OGH anfällt, beträgt 50 Jahre (§ 5 Abs 6 letzter Satz leg cit). Gestützt auf diese Bestimmung wurde die Archiv-Verordnung erlassen, in welcher die Aussonderung (Art I § 2), Anbietung (Art I § 3) und Skartierung (Art I § 4) von Akten und Aktenteilen aus gerichtlichen Verfahren geregelt wird.¹²⁶ Die Archiv-Verordnung nimmt dabei an mehreren Stellen auf die Geo. Bezug.

¹²⁵ Vgl dazu § 5 Abs 1 lit c K-LAG, § 3 Z 5 lit c NÖ AG, § 2 Z 1 lit b OÖ-AG, § 2 Z 1 lit b S-AG, § 2 Z 3 lit h StAG, § 3 Abs 2 lit d TAG, § 5 Z 2 Wr ArchG. Das V-AG enthält keine den anderen Landesarchivgesetzen diesbezüglich vergleichbaren Bestimmungen, allerdings ist in den ErlRV 85/2015 BlgLT 30. GP, 4, der Hinweis zu finden, dass „Archivgut Dritter, das mit der Übernahme ins Eigentum des Landes übergeht, wie z.B. Archivgut, das von Dienststellen des Bundes (vgl. § 3 Abs. 6 und § 5 Abs. 9 des Bundesarchivgesetzes) vom Landesarchiv übernommen wird, [...] unter die Z. 2. [des § 3 Abs 1 leg cit fällt]“.

¹²⁶ Vor Erlassung der Archiv-Verordnung im Jahr 2002 war lediglich in § 173 Abs 2 Geo. eine Regelung über die Übergabe von bestimmten, dauernd aufzubewahrenden Akten und Aktenteilen an das jeweilige Landesarchiv auf dessen Verlangen enthalten. Diese Bestimmung wurde mit dem Inkrafttreten der Archiv-Verordnung durch Art II BGBl II 64/2002 aufgehoben.

Art I § 3 Archiv-Verordnung statuiert grundsätzlich eine Anbietungspflicht für alle gerichtlichen Akten und Aktenteile, die nach § 173 Geo. dauerhaft aufzubewahren sind. Je nach Bedeutung der Akten sind diese entweder zunächst dem Österreichischen Staatsarchiv (und erst subsidiär den Landesarchiven) oder unmittelbar den Landesarchiven anzubieten. Akten, die wegen ihres Inhalts oder wegen der beteiligten Personen von geschichtlicher oder kultureller Bedeutung für die Erforschung und das Verständnis der Geschichte und Gegenwart in politischer, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Hinsicht sowie bezüglich Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung und den Schutz allgemeiner oder besonderer bürgerlicher Rechte sind (Art I § 3 Abs 1 Z 1 Archiv-VO), und deren Bedeutung gem Z 1 über ein einzelnes Bundesland hinausreicht (Art I § 3 Abs 1 Z 2 leg cit) sind dabei nach Ablauf von 50 Jahren zunächst dem Österreichischen Staatsarchiv anzubieten.¹²⁷ Das Österreichische Staatsarchiv hat im Falle der Anbietung gerichtlicher Akten gem Art I § 3 Abs 1 Archiv-Verordnung zunächst zu bewerten, ob diese als archivwürdig gelten.¹²⁸ Ist dies der Fall, so müssen sie vom Österreichischen Staatsarchiv übernommen werden (Art I § 3 Abs 2 leg cit). Werden sie als nicht archivwürdig qualifiziert, sind sie dem jeweiligen Landesarchiv anzubieten (Art I § 3 Abs 3 leg cit).

Alle übrigen Akten und Aktenteile von Gerichten, deren Bedeutung gem Art I § 3 Abs 1 Z 1 leg cit entweder nicht über ein einzelnes Bundesland hinausreicht oder die zwar dauernd aufzubewahren sind, aber nicht unter Art I § 3 Abs 1 leg cit fallen, sowie Grundbücher, die durch Neuanlegung außer Kraft gesetzt wurden, müssen nach Ablauf von 50 Jahren unmittelbar dem betreffenden Landesarchiv zur Übergabe angeboten werden (Art I § 3 Abs 3 erster Satz leg cit). Werden diese Unterlagen vom jeweiligen Landesarchiv als „archivwürdig“ qualifiziert, sind sie vom Gericht dem Landesarchiv zu übergeben, sofern sich dieses schriftlich verpflichtet¹²⁹, das Archivgut dauernd aufzubewahren und die Rechte auf Auskunft und Nutzung der Akten entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zu wahren (Art I § 3 Abs 3 erster Satz leg cit).¹³⁰ Die jeweiligen Landesarchive können verlangen, dass ihnen

127 Die Benachteiligung der Landesarchive durch die von den Gerichten vorweggenommene Bewertung, ob Unterlagen historisch-kulturelle Bedeutung, die über ein Bundesland hinausreicht, zukommt, kritisierend *Wührer*, Auswahl 105 f.

128 Zum Einfluss dieser materiengesetzlichen Regelungen auf die Bewertungsentcheidung der Archive vgl *Wührer*, Auswahl 104 ff.

129 Mit dieser schriftlichen Verpflichtung dürfte wohl ein Vertrag zwischen dem Bund und dem jeweiligen Land zustande kommen.

130 Zahlreiche Rechtsfragen iZm der Übergabe, wie etwa hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse, bleiben jedoch unklar. Vgl *Pauser*, *Arcanum Imperii* 59.

auch Akten und Aktenteile, die nicht gem § 173 Geo. dauerhaft aufzubewahren sind und aus den Aktenlagern der Gerichte auszusondern wären, nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist des § 174 Geo. angeboten und übergeben werden müssen (Art I § 3 Abs 3 vorletzter Satz leg cit). Eine Anbietungspflicht von Seiten der Gerichte besteht für solche Akten und Aktenteile aber nicht. Werden nicht dauerhaft aufzubewahrende Akten und Aktenteile aus den Aktenlagern der Gerichte ausgesondert und nicht von den Archiven übernommen oder nicht mehr als Archivgut gewertet, sind sie gem Art I § 4 Archiv-Verordnung zu skartieren.

4. Nutzung von Archivgut

Solange Akten noch bei den Gerichten verwahrt werden, gelangen die Regelungen zur Akteneinsicht und Aktenabschrift gem § 170 Geo. zur Anwendung. Diese Bestimmung verweist hinsichtlich der Einsichtsrechte auf die jeweiligen Verfahrensgesetze bzw andere Sondervorschriften.¹³¹ Ist einer Person entsprechend den verfahrensrechtlichen Vorschriften Akteneinsicht zu gewähren, hat dies durch den Leiter der Geschäftsstelle bzw des Aktenlagers zu erfolgen (§ 170 Abs 1 leg cit), wobei die Einsicht nur unter Aufsicht eines Gerichtsbediensteten (§ 170 Abs 2 leg cit) möglich ist und Akten von den Parteien und ihren Vertretern nicht mitgenommen werden dürfen.

Was die Nutzung von Akten, die im Österreichischen Staatsarchiv bzw in den jeweiligen Landesarchiven verwahrt werden, anbelangt, richtet sich diese grundsätzlich nach dem B-AG und der Benützungsordnung des Österreichischen Staatsarchivs bzw nach den Landesarchivgesetzen und Benützungsordnungen der einzelnen Landesarchive. Archivgut, das in Archiven des Bundes aufbewahrt wird, und personenbezogene Daten enthält, wie dies bei Akten aus gerichtlichen Verfahren regelmäßig der Fall ist, darf dabei von jeder Person zu amtlichen, wissenschaftlichen oder publizistischen Zwecken sowie zur Wahrnehmung berechtigter persönlicher Interessen nach Ablauf einer 50-jährigen Schutzfrist eingesehen werden (§ 9 Abs 1 iVm § 8 Abs 3 B-AG). Die Schutzfrist kann bei personenbezogenem Archivgut verkürzt werden, wenn die betroffene Person ausdrücklich ihre Einwilligung erteilt hat bzw sonst im Einzelfall, wenn die Nutzung für die Durchführung eines bestimmten Forschungs-

¹³¹ Vgl zB § 77 StPO (BGBl 631/1975 idF BGBl I 148/2020). Zur Verwendung von Strafakten in der zeitgeschichtlichen Forschung vgl auch Polaschek, Probleme zur Verwendung von Strafakten in der zeitgeschichtlichen Forschung. Ein Diskussionsbeitrag, Mitteilungen des Steiermärkischen Landesarchivs 1995, 225; darauf hinweisend Schöggel-Ernst, *Atlanti. Review for modern archival theory and practice* 20 (2010), 100.

vorhabens einer Person mit einschlägigen Fachkenntnissen und Forschungserfahrungen erforderlich ist und schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen dadurch nicht beeinträchtigt werden (§ 8 Abs 5 Z 1 B-AG) oder die öffentlichen Interessen an der Durchführung des Forschungsvorhabens gegenüber den schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person überwiegen (§ 8 Abs 5 Z 2 leg cit). In letzterem Fall kann die Schutzfrist aber nur um maximal 30 Jahre verkürzt werden. Die Nutzung des Archivguts ist in diesen Fällen vorzeitiger Freigabe auf wissenschaftliche Zwecke bzw jene Zwecke, für die die Einwilligung erteilt worden ist, beschränkt (§ 9 Abs 3 B-AG). Demgegenüber kann die Nutzung von Archivgut allerdings auch nach Ablauf der Schutzfrist eingeschränkt bzw untersagt werden, wenn bestimmte Gründe vorliegen (§ 9 Abs 3 und 4 B-AG). Im Gegensatz zu den Landesarchivgesetzen ist im B-AG jedoch kein spezieller Einschränkungs- bzw Versagungsgrund der Nutzung in Fällen, in denen ihr gesetzlich geschützte Rechte Dritter, datenschutzrechtliche oder überwiegende schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen, vorgesehen.¹³²

Art I § 3 Abs 3 letzter Satz Archiv-Verordnung enthält allerdings eine erhebliche Einschränkung der Nutzungsmöglichkeit von Akten und Aktenteilen.¹³³ Nach dieser Bestimmung sind Akten und Aktenteile, die keinen Vermerk gem § 382 Abs 2 Z 6 Geo. („Von historischer Bedeutung, nicht vernichten!“) tragen, von der Nutzung nach § 9 B-AG ausgeschlossen.¹³⁴ Es erscheint aber fraglich, ob diese Nutzungsanordnung überhaupt gesetzeskonform ist.¹³⁵ § 5 Abs 6 B-AG, auf den die Erlassung der Archiv-Verordnung gestützt ist, enthält lediglich eine Ermächtigung zur Regelung der Aussonderung, Anbietung und Skartierung von Akten und Aktenteilen aus gerichtlichen Verfahren, nicht aber zur Erlassung von Nutzungsvorschriften. Art I § 3 Abs 3 letzter Satz Archiv-Verordnung dürfte daher gesetzwidrig sein.¹³⁶

132 Vgl dazu schon oben Kapitel III.B.4. sowie die Nachweise in FN 68.

133 Darauf hinweisend auch *Pauser*, *Arcanum Imperii* 52 f und 59. Die Praktikabilität dieser Bestimmung stark bezweifelnd *Schöggli-Ernst*, *Atlanti. Review for modern archival theory and practice* 20 (2010), 99 f.

134 Eine Benützung solcher wäre nur durch Verfahrensparteien oder Dritte, die ein rechtliches Interesse glaubhaft machen können, nach gerichtlicher Entscheidung darüber möglich (vgl *Schöggli-Ernst*, *Atlanti. Review for modern archival theory and practice* 20 [2010], 99 f).

135 So auch *Pauser*, *Arcanum Imperii* 52 f und 59.

136 Darauf hinweisend wiederum *Pauser*, *Arcanum Imperii* 52 f und 59.

5. Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Bereich der Justiz zum Datenschutz

Gerichtliche Verfahrensakte enthalten, wie Patientenakten, regelmäßig personenbezogene Daten iSd Art 4 Z 1 DSGVO. Die Verarbeitung solcher Daten unterliegt speziellen Grundsätzen (Art 5 Abs 1 DSGVO), wie den Grundsätzen der Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz (lit a), Zweckbindung (lit b), Datenminimierung (lit c), Richtigkeit (lit d), Speicherbegrenzung (lit e) sowie Integrität und Vertraulichkeit (lit f). Verantwortliche unterliegen Rechenschaftspflichten (Art 5 Abs 2 leg cit). Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist dabei nur zulässig, wenn sie rechtmäßig erfolgt, dh mindestens eine Bedingung gem Art 6 DSGVO erfüllt ist. Im Zusammenhang mit Gerichtsakten sind hier va Art 6 Abs 1 lit c und e DSGVO einschlägig, die die Verarbeitung erlauben, wenn diese zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt (lit c) oder wenn sie für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt (lit e). Das B-AG bzw die Landesarchivgesetze enthalten zudem mittlerweile sogar ausdrückliche Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten.¹³⁷ Die Verarbeitung solcher Daten ist daher unter Einhaltung der Grundsätze gem Art 5 Abs 1 DSGVO zulässig.

In gewissen Fällen können gerichtliche Unterlagen auch besondere Kategorien personenbezogener Daten iSd Art 9 DSGVO enthalten. Darunter fallen Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder weltanschauliche Überzeugung oder Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgeht, sowie genetische und biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben bzw zur sexuellen Orientierung.¹³⁸ Grundsätzlich ist eine Verarbeitung, Offenlegung, Übermittlung oder Weitergabe dieser Daten untersagt. Art 9 Abs 2 lit j DSGVO sieht jedoch (ua) Ausnahmen von diesem Verbot für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gem Art 89 Abs 1 DSGVO vor, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage dafür vorliegt

¹³⁷ § 7 Abs 1 iVm § 8 Abs 3 K-LAG, § 5 Abs 1 Z 2 NÖ AG, § 3 Abs 4 Z 1 OÖ-AG, § 3 Abs 1 S-AG, § 3 Abs 3 StAG und § 5 Z 5 Wr ArchG. Keine vergleichbaren ausdrücklichen Ermächtigungen sind hingegen im TAG und im V-AG enthalten. Solche könnten sich allenfalls implizit aus § 5 Abs 4 TAG bzw § 6 Abs 3 lit a V-AG ergeben, wonach die zur Anbietung bzw Übergabe verpflichteten Stellen dem Landesarchiv auch Unterlagen, die personenbezogene Daten, welche datenschutzrechtlichen Regelungen unterliegen, anzubieten bzw zu übergeben haben.

¹³⁸ Art 9 Abs 1 DSGVO.

und ein angemessenes Verhältnis zwischen dem verfolgten Ziel und dem Datenschutzinteresse besteht, der Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz gewahrt bleibt sowie angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Person getroffen werden. An dieser Stelle ist erneut auf Art 89 DSGVO hinzuweisen, der die Verarbeitung von Daten zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, wissenschaftlichen oder historischen Zwecken zwar verschiedentlich privilegiert, dafür aber auch die Einhaltung spezieller Garantien, wie etwa des Grundsatzes der Datenminimierung, etwa durch Pseudonymisierung, verlangt.

Für die Verarbeitung strafrechtsbezogener Daten enthält Art 10 DSGVO spezielle Vorschriften. Eine Verarbeitung solcher Daten wäre nach nationaler Rechtslage gem § 4 Abs 3 DSG nur zulässig, wenn eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen besteht (Z 1 leg cit) oder sich die Zulässigkeit der Verarbeitung dieser Daten aus gesetzlichen Sorgfaltspflichten ergibt oder die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO erforderlich ist, und die Art und Weise, in der die Datenverarbeitung vorgenommen wird, die Wahrung der Interessen der betroffenen Person nach der DSGVO und dem DSG gewährleistet (Z 2 leg cit). Wie bereits in Kapitel III.B.6. ausgeführt, enthalten das B-AG sowie die meisten Landesarchivgesetze mittlerweile zwar ausdrückliche Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten,¹³⁹ allerdings beziehen sich diese Bestimmungen auf personenbezogene Daten im Allgemeinen und lassen personenbezogene Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen unerwähnt. Es ist im Ergebnis daher fraglich, ob derartige allgemeine Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen den Anforderungen des § 4 Abs 3 Z 1 DSG, der das Bestehen einer „ausdrückliche[n] gesetzliche[n] Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verarbeitung solcher Daten“ verlangt, genügen.¹⁴⁰

§ 5 Abs 5 B-AG sowie die Landesarchivgesetze verpflichten die entsprechenden Rechtsträger zur authentischen Anbietung¹⁴¹ von Unter-

139 Vgl dazu FN 137.

140 Vgl dazu schon Kapitel III.B.6.

141 Vgl dazu bereits die Nachweise in FN 93.

lagen und erscheinen daher aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich. Bei Gerichtsakten, die für Archiv- und Forschungszwecke aufbewahrt werden, wird regelmäßig wohl kein Interesse daran bestehen, den Namen oder die genaue Wohnadresse einer Partei zu kennen. Die Forschung wird in den meisten Fällen am Sachverhalt bzw der rechtlichen Bewertung des Sachverhalts durch das Gericht interessiert sein. Mitunter können gewisse personenbezogene Daten im Sachverhalt allerdings auch rechtliche Relevanz besitzen. Es darf in diesem Zusammenhang freilich erneut nicht verkannt werden, dass es im Zeitpunkt der Anbietung bzw Übernahme von Unterlagen für einen Archivar wohl mitunter schwer zu beurteilen sein wird, ob gewisse personenbezogene Daten zukünftig nicht doch noch für bestimmte Verwendungszwecke benötigt werden könnten.¹⁴² Wie schon iZm Patientenakten ausgeführt, sollte dennoch soweit als möglich grundsätzlich eine Pseudonymisierung nicht benötigter personenbezogener Daten in gerichtlichen Akten vorgenommen werden, um dem Grundsatz der Datenminimierung Rechnung zu tragen bzw ein angemessenes Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und dem Datenschutzinteresse sicherzustellen. Gerade auch die Schutzfristen bzw Möglichkeiten der Einschränkung und Versagung der Nutzung von Archivgut, das personenbezogene Daten enthält, sind aus datenschutzrechtlicher Sicht positiv zu bewerten.

Was allenfalls in Gerichtsakten enthaltene strafrechtsbezogene Daten anbelangt, so kommt es darauf an, ob die in zahlreichen Landesarchivgesetzen enthaltenen, allgemeinen Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten den Anforderungen des § 4 Abs 3 Z 1 DSGVO entsprechen. Andernfalls wären Landesarchive nicht zur Verarbeitung personenbezogener Daten über gerichtlich oder verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen ermächtigt.¹⁴³

Zur Nutzung von Archivgut iZm Datenschutz sei an dieser Stelle auf die sogleich folgenden Ausführungen zum Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Bereich der Justiz zu den Persönlichkeitsrechten verwiesen.¹⁴⁴

142 Vgl dazu schon Kapitel III.B.6. sowie FN 96.

143 Vgl dazu schon Kapitel III.B.6.

144 Siehe dazu sogleich Kapitel III.C.6.

6. Spannungsverhältnis der archivrechtlichen Vorschriften im Bereich der Justiz zu den Persönlichkeitsrechten

Die Archivierung von Gerichtsakten steht – wie jene der Patientenakten – wiederum in einem Spannungsverhältnis zu den Persönlichkeitsrechten eines Menschen.¹⁴⁵ Wenn gerichtliche Unterlagen durch ein Bundes- oder Landesarchiv öffentlich zugänglich gemacht werden, kann ein zahlenmäßig nicht beschränkter Personenkreis in mitunter sensible, höchstpersönliche Daten einer Person, die Rückschlüsse auf deren Leben ermöglichen, Einsicht nehmen. Zu denken ist hier wieder insbesondere an Unterlagen aus strafgerichtlichen Verfahren. Dadurch könnten auch noch nach dem Tod einer Person nicht nur postmortale Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen, sondern auch (unmittelbar) Persönlichkeitsrechte lebender Verwandter verletzt werden.¹⁴⁶

IZm der Nutzung von Archivgut sehen das B-AG und die Landesarchivgesetze daher regelmäßig Schutzfristen für dessen Nutzung vor. Archivgut ist regelmäßig erst nach Ablauf der jeweiligen Schutzfrist zugänglich bzw. nutzbar.¹⁴⁷ Für Archivgut, das personenbezogene Daten enthält, gelten besondere Schutzfristen.¹⁴⁸ Ausnahmsweise kann in Archivgut auch schon vor Ablauf der Schutzfristen Einsicht genommen werden bzw. kann die Nutzung selbst nach Ablauf der Schutzfristen untersagt werden.¹⁴⁹ Diese Nutzungsregelungen dienen ebenfalls dazu, den Schutz der Persönlichkeitsrechte (und damit auch des Rechts auf Datenschutz) bei der Nutzung der personenbezogenen Daten zu gewährleisten.¹⁵⁰ Gerade im Hinblick auf eine mögliche Verletzung von Persönlichkeitsrechten muss daher das konkrete Informationsinteresse mit den Auswirkungen, die eine Veröffentlichung auf Betroffene haben kann, sowie mit der Sensibilität der Daten und bei Verstorbenen gegebenenfalls mit dem Zeitraum, der seit dem Tod vergangen ist, immer im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden.¹⁵¹ Um Persönlichkeits-

145 Zum Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte vgl. bereits Kapitel III.B.7.

146 OGH 22.12.2016, 6 Ob 209/16b (iZm § 78 UrhG); *Hübelbauer*, ZfG 2018, 155 f. und 160 (speziell iZm Patientenakten); *Meissel*, § 16 Rz 191.

147 § 8 B-AG, § 12 K-LAG, § 13 Abs 1 NÖ AG, § 6 Abs 1 OÖ-AG, § 5 Abs 1 S-AG, § 13 Abs 1 StAG, § 10 Abs 1 TAG, § 11 Abs 2 V-AG, § 9 Abs 1 Wr ArchG. Vgl. dazu bereits Kapitel III.B.4. und C.4.

148 Vgl. dazu näher die Ausführungen unter Kapitel III.B.4. und C.4.

149 Vgl. dazu wiederum ausführlich oben Kapitel III.B.4. und C.4.

150 Vgl. dazu auch FN 107.

151 *Priettl*, RdM 1995, 6 ff. mwN; *Hübelbauer*, ZfG 2018, 156 und 160 (iZm Patientenakten). Auf die Interessenabwägung iZm der Einsicht in Strafakten hinweisend *Polaschek*, Mitteilungen des Steiermärkischen Landesarchivs 1995, 225 ff.; vgl. dazu auch *Schöggel-Ernst*, *Atlanti. Review for modern archival theory and practice* 20 (2010), 100.

rechte der Betroffenen bzw unmittelbarer Angehöriger zu wahren, wäre auch hier wieder an eine Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten, die nicht für die wissenschaftliche bzw archivische Nutzung benötigt werden, zu denken.

IV. Zusammenfassung

Die gemachten Ausführungen haben gezeigt, dass zu den archivrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder in den untersuchten Bereichen Gesundheitswesen und Justiz eine Vielzahl von materienspezifischen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten hinzutreten. Das Verhältnis dieser Vorschriften zueinander ist nicht immer völlig klar. Probleme treten insbesondere iZm Aspekten des Datenschutzes auf der einen Seite und der Zugänglichkeit der Aktenstücke im Interesse der Forschung auf der anderen Seite auf. Unterschiedliche Regelungen zwischen Bundes- und Landesarchivrecht werden im Übrigen dann problematisch, wenn die Landesarchive ursprüngliches Archivgut des Bundes übernehmen und dabei bundesrechtliche Vorschriften einhalten sollen. Insgesamt stellt sich auch die Pseudonymisierung von Daten als wichtiges Thema des Archivrechts dar, wenngleich nicht verkannt wird, dass es aus praktischer Sicht im Zeitpunkt der Übernahme des Archivguts mitunter schwierig zu beurteilen sein wird, welche Daten zukünftig für bestimmte Verwendungszwecke benötigt werden könnten.

Österreichs Bundesarchivrecht: Reformbedarf aus Ländersicht

Ein geflügeltes Wort besagt: In Wien werden Gesetze gemacht, in Salzburg gelesen, in Vorarlberg vollzogen. Das kann auch ein Fluch sein. Einem schlichten und streitbaren Landesarchivar sei es vergönnt, die Dinge mehr rechtshistorisch und rechtspolitisch zu betrachten, als Paragraphen nur positivistisch zu sezieren.¹

I. Archivrecht als Teilbereich des Informationsrechts

Die österreichische Archiv- und Archivrechtstradition ist stark von der Idee des Kulturgüterschutzes geprägt,² vom Landesarchiv als „Gedächtnis des Landes“, vom Staatsarchiv als „Gedächtnis der Republik und ihrer Vorgänger“. Das ist eine berührende, aber irreführende Metapher. Ein Archiv *denkt* nicht. Ein Archiv *speichert* nur.³ Es speichert auch keine kulturellen Erinnerungen, sondern nur wertvolle *Informationen*. Archivrecht sollte deshalb weniger in Kategorien des Denkmalschutzes als der Informationsfreiheit gedacht werden, als Teilbereich des Informationsrechts.

Dass das Österreichische Staatsarchiv seit 2000 zugleich Denkmalschutzbehörde ist und die Begriffe „Archivalien“ und „Schriftgut“ im *Denkmalschutzgesetz* definiert wurden,⁴ trägt zur Verzerrung der Einordnung und Selbstwahrnehmung bei.

1 Dieser Beitrag entspricht weitgehend dem Vortrag, den ich am 22.9.2021 bei den Österreichischen Archivrechtsgesprächen in Innsbruck gehalten habe. Er ist zugleich ein Auszug aus einer umfangreichen Arbeit, die ich im Anschluss an die Tagung vorab veröffentlicht habe: *Nachbaur, Österreichs Bundesarchivrecht: lästige Fragen und Reformbedarf aus Ländersicht* (2021), auch online abrufbar unter <<https://zenodo.org/record/5557116>> (10.12.2021). Dort finden sich ausführlich Quellen- und Literaturbelege.

2 Vgl. *Nachbaur, Bundesarchivrecht* 13, 19 ff, 67 f, 73 ff.

3 Diese Einsicht verdanke ich *Beat Gnädinger*, Staatsarchiv Zürich.

4 DMSG, BGBl 533/1923 idF BGBl I 92/2013, § 25 (idF Novelle BGBl I 170/1999).

Das 2015 verabschiedete Vorarlberger Archivgesetz basiert auf der später gescheiterten Regierungsvorlage für eine B-VG-Änderung in Richtung Informationsfreiheit.⁵ Öffentlichkeitsprinzip statt Amtsverschwiegenheit. An erster Stelle hat die Sicherung von Archivgut in Vorarlberg ausdrücklich der „*Nachvollziehbarkeit staatlichen und staatsnahen Handels*“ zu dienen.⁶ Archive als niederschwellige Informationsspeicher eines demokratischen Rechtsstaates, die Informationszugangsfreiheit gewährleisten sollen.

II. Prämissen

Das sind die zwei Prämissen, von denen ich ausgehe:

1. Archivrecht soll die Sicherung wesentlicher Informationen gewährleisten und jeder Person einen niederschweligen Zugang zu diesen Informationen.
2. Die Sicherung von Archivgut der Bundesdienststellen in den Ländern ist eine Aufgabe des Bundes. Wenn sich Länder zur Sicherung bereiterklären, dann zu ihren Konditionen.

III. Die Länder zahlen, der Bund schafft an?

Das Thema Bundesarchivrecht und Landesarchive ist stark von Verwaltungstradition und Archivmentalität geprägt und ohne sie kaum verständlich. Um es überspitzt zu sagen: Unsere Landesarchive haben sich in einer Weise einer herrschaftlichen Bundesbürokratie ergeben, die selbst für einen „Bundesstaat light“ wie Österreich absurd ist.

Die Landesarchivdirektorenkonferenz diskutiert stundenlang über inakzeptable rechtliche Vorgaben des Bundes für die Sicherung von Archivgut, die gar nicht Aufgabe der Länder wäre.

Wir sind ein Stück weit in einer Archivtradition eingesponnen und gefangen, die in Bittsteller- und Befehlsempfängerparagraphen gegossen wurde und uns den Blick auf unsere Handlungsoptionen ver-

5 RV 395 BlgNR 25. GP. Vgl. *Nachbaur*, Das Vorarlberger Archivgesetz und archivische Informationsfreiheit am Bodensee 2019, in: Schmidgall (Red.), Informationsfreiheit. Digitale Ressourcen. Geoinformation (2019) 9 (20 ff); *Wiederin*, Was hätte die Informationsfreiheit gebracht?, *Scrinium* 72 (2018), 9.

6 § 2 V-AG (Archivgesetz, LGBl 1/2016 idF LGBl 37/2018).

stellt. Mehr bundesstaatliches Selbstbewusstsein wäre kein Schaden. Der Bund ist weit abhängiger von uns als wir von ihm.

Die im archivrechtlichen Diskurs vielbemühte Wissenschaftsfreiheit greift zu kurz. Das Zugangsinteresse hat nur zu einem geringen Teil mit Forschung zu tun. Archive dienen nicht zuletzt dem langfristigen Rechtsgüterschutz.

A) *Ausmaß und Grund des Dilemmas*

Gelegentlich werde ich in der Schweiz gefragt, was die Länder das Bundesarchivgesetz überhaupt kümmert. Meine Standardantwort: „Weil in Österreich im Unterschied zu Deutschland oder der Schweiz die Bundesstaatlichkeit nur schwach ausgeprägt ist,“ erklärt in diesem Fall nur das *Ausmaß*, nicht den *Grund* des Dilemmas.

Ja, große Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die in der Schweiz oder in Deutschland weitgehend in die Zuständigkeit der Kantone oder Länder fallen – Polizei, Justiz, Finanz, Unterricht, aber auch Denkmalschutz und andere mehr –, werden in Österreich in unmittelbarer Bundesverwaltung geführt. Das bedeutet: Für die Archivierung der Landespolizeidirektion Niederösterreich, des Bezirksgerichts Lienz oder des Finanzamts Salzburg-Land ist der *Bund* zuständig. – Wäre der Bund zuständig. Im *Wäre* liegt das Dilemma begründet. Und in der Verwaltungstradition.⁷

Im alten Österreich war die Landesverwaltung zweigeteilt: Auf der einen Seite die *staatliche* Landesverwaltung geführt von k.k. Landesregierungen, die in größeren Verwaltungsbezirken als k.k. Statthaltereien bezeichnet wurden, auf der anderen Seite die *autonome* Landesverwaltung der Landtage und deren Landesausschüsse. Entsprechend bestanden nebeneinander k.k. Statthalterei- oder Landesregierungsarchive und autonome Landesarchive. Die k.k. Statthalterei- oder Landesregierungsarchive entwickelten sich zu Zentralarchiven der *staatlichen* Landesverwaltung einschließlich der Justiz.

Mit den Landesregierungen wurden am 1. Oktober 1925 auch die Landesregierungsarchive verländert,⁸ ohne dass der Bund auf regionaler Ebene für seine weiterhin zahllosen Dienststellen Ersatz geschaffen hätte.

⁷ Nachbaur, Bundesarchivrecht 64 ff.

⁸ § 8 Abs 1 Übergangsgesetz 1920, BGBl 368/1925.

Faktisch haben sich die veränderten Landesregierungsarchive weiterhin auch Bundesdienststellen angenommen und wurden zum Teil erst im Wege der Reichsgauarchive mit den kleineren Landesarchiven fusioniert. Die meisten Landesarchive sehen sich heute noch mehr oder weniger in der Funktion der ehemaligen Landesregierungsarchive und werden auch so wahrgenommen: mit dem Auftrag, ein regionales Zentralarchiv zu sein. – „Wer, wenn nicht wir? Wenn sich doch der Bund um seine Dienststellen nicht kümmert ...“, hört man oft verständniserschütternd.

Um die Größenordnungen zu verdeutlichen: Trotz umfangreicher Ausgliederungen verblieben allein im kleinen, peripheren Vorarlberg rund 100 Bundesdienststellen bei gut 20 Landesdienststellen.⁹

B) Ministerialentwurf Bundesarchivgesetz: „Enteignung“ der Länder und Gemeinden

Als das Bundeskanzleramt im Jänner 1999 den Entwurf für ein „Bundesgesetz über die Sicherung, Aufbewahrung und Nutzung von Archivgut (Bundesarchivgesetz)“ in Begutachtung versandte,¹⁰ war die Empörung in den Ländern groß. Der Entwurf sah vor, auch Archivgut, das bei „Landes- und Gemeindedienststellen in Bundesvollziehung“ anfällt (§ 2 Z 5 lit c: in mittelbarer Bundesverwaltung oder Auftragsverwaltung bzw im übertragenen Wirkungsbereich) zu „Archivgut des Bundes“ und damit als „unveräußerliches Eigentum des Bundes“ zu erklären (§ 4 Abs 2), das dem Österreichischen Staatsarchiv zur Übernahme anzubieten gewesen wäre; einschließlich jenes der Rechtsvorgänger, auch bereits in Landes- und Gemeindearchiven gesichertes Archivgut (§ 21 Abs 1 Z 2), theoretisch zurück bis ins Mittelalter.

Wozu das Ganze? Erläutert wurde dieser Vorstoß nicht. An den Strukturen sollte sich nichts ändern, aber an den Bedingungen.

Der Entwurf (§ 6 Abs 4) sah großmütig eine Ermächtigung für den Bundeskanzler vor, Archivgut dem Archiv des jeweiligen Landes „leihweise“ zu übertragen, „soweit das Archivgut für den Bund von geringer Bedeutung ist“ und das Land dieser Übertragung ohne Anspruch auf Kostenersatz zustimmt und die Wahrung bestimmter Rechte ge-

⁹ Nachbaur, Bundesarchivrecht 136 f.

¹⁰ ME 336/ME NR 20. GP, abrufbar unter <www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/ME/ME_00336/index.shtml> (20.09.2021). Zum Folgenden Nachbaur, Bundesarchivrecht 16 ff.

mäß Bundesarchivgesetz sichergestellt und eine entsprechende Benutzungsordnung festgelegt ist.¹¹

In der Rückschau wird der Zweck deutlich: Das Bundesarchivgesetz war Anlassgesetzgebung. Im Dezember 1998 war eine Historikerkommission der Republik Österreich damit beauftragt worden, den Komplex Vermögensentzug während der NS-Zeit zu erforschen. Aus diesem Umfeld wurde verbreitet, in den Landesarchiven würden systematisch einschlägige Akten vernichtet.¹² Einmal abgesehen von der Fragwürdigkeit dieser pauschalen Anschuldigungen. Eigentlich hätte doch hinterfragt werden müssen, weshalb *Landesarchive* für die Zeitgeschichte relevantes Archivgut von *Bundesdienststellen* sichern? Weshalb der Bund seiner Verantwortung nicht selbst nachkommt?

Durch einfaches Bundesgesetz konnte der Zugang zum Archivgut in Landes- und Gemeindearchiven nicht geregelt werden. Versucht wurde es offenbar über die privatrechtliche Hintertür: Bereits gesichertes und künftiges Archivgut wird zu Bundeseigentum erklärt und damit in der Verfügungsgewalt des Bundeskanzlers unter das Nutzungsregime des Bundesarchivgesetzes gezwungen.

Niederösterreich und Vorarlberg lösten den neuen Konsultationsmechanismus aus. Der Vorstoß wurde abgewendet.

IV. Maßgebende Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes

Unter Zeitdruck wurde in den letzten Zügen einer SPÖ/ÖVP-Regierungskoalition ein „unrundes“ Bundesarchivgesetz (B-AG) verabschiedet,¹³ das am 1. Jänner 2000 in Kraft trat und bis heute Rätsel aufgibt. Das Bundesarchivgesetz gilt für wohl rund 300 „*Archive des Bundes*“.¹⁴ Ob die davon wissen, ist eine andere Frage.

11 Diese Bestimmung in ME 336/ME NR 20. GP bezog sich neben Dienststellen des Bundes auf juristische Personen öffentlichen Rechts, die durch Bundesgesetz eingerichtet sind (§ 2 Z 5 lit c) und nicht auf Landes- und Gemeindedienststellen in Bundesvollziehung (§ 2 Z 5 lit b). Wahrscheinlich ein Redaktionsfehler. Unklar bleibt damit, ob den Landesarchiven auch bei Gemeinden angefallenes Archivgut leihweise hätte überlassen werden sollen.

12 Vgl Kurier 30.03.1999, 4, Der Standard 11.09.1998, 7.

13 Bundesarchivgesetz (Bundesgesetz über die Sicherung, Aufbewahrung und Nutzung von Archivgut des Bundes, BGBl I 162/1999 idF BGBl I 32/2018).

14 *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 30 ff; *Wührer*, Die Auswahl des Essentiellen, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018) 83 (89 ff).

In der Notariatsordnung wurde 2008 abwegiges und zum Teil obskures Sonderarchivrecht normiert (Notariatsarchive, Urkunden von Notaren),¹⁵ das die Landesarchive beträfe, hier aber mangels Bedeutung außer Betracht bleibt.

Ich beschränke mich auf das Bundesarchivgesetz samt Durchführungsverordnungen und hier auf das Wesentliche aus Ländersicht.

Die Archivgesetzgebung setzte 1997 mit Kärnten ein. Inzwischen traten für alle Länder Archivgesetze in Kraft: Wien 2000, Oberösterreich 2003, Salzburg 2008, Niederösterreich 2012, Steiermark 2013, Vorarlberg 2016, Tirol 2017, Burgenland 2020.¹⁶

A) Nur privatrechtlicher Anspruch auf Zugang

Das Bundesarchivgesetz (§ 9 Abs 1) berechtigt zwar jedermann, freigegebenes Archivgut zu nutzen. Ein Rechtsmittel, diesen Rechtsanspruch durchzusetzen, enthält das Gesetz aber nicht.

Denn das Bundeskanzleramt sah das öffentliche Archivwesen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, die Durchsetzung des Rechts könne daher nur im – aufwändigen und kostspieligen – Zivilrechtsweg erfolgen.¹⁷ Obwohl schon damals das Kärntner Landesarchivgesetz oder die Auskunfts(pflicht)gesetze selbstverständlich einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gewährleisteten, also im Bedarfsfall eine Erledigung mit Bescheid.

¹⁵ *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 104 ff.

¹⁶ K-LAG (Kärntner Landesarchivgesetz, LGBl 40/1997 idF LGBl 71/2018), WrArchG (Wiener Archivgesetz, LGBl 55/2000 idF LGBl 42/2018), OÖ-AG (Oö Archivgesetz, LGBl 83/2003 idF LGBl 55/2018), S-AG (Salzburger Archivgesetz, LGBl 53/2008 idF LGBl 82/2018), NÖ AG (NÖ Archivgesetz, LGBl. 5400-0 idF LGBl 23/2018), StAG (Steiermärkisches Archivgesetz, LGBl 59/2013 idF LGBl 63/2018), V-AG (Archivgesetz, LGBl 1/2016 idF LGBl 37/2018), TAG (Tiroler Archivgesetz, LGBl 128/2017), BgldArchivG (Burgenländisches Archivgesetz, LGBl 89/2020). Vgl *Pauser*, Zwischen Arcanum Imperii und Transparenz, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht*, Wien (2018), 33.

¹⁷ ErIRV 1897 BlgNR 20. GP zu § 9 Abs 1. Vgl *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 35 ff.

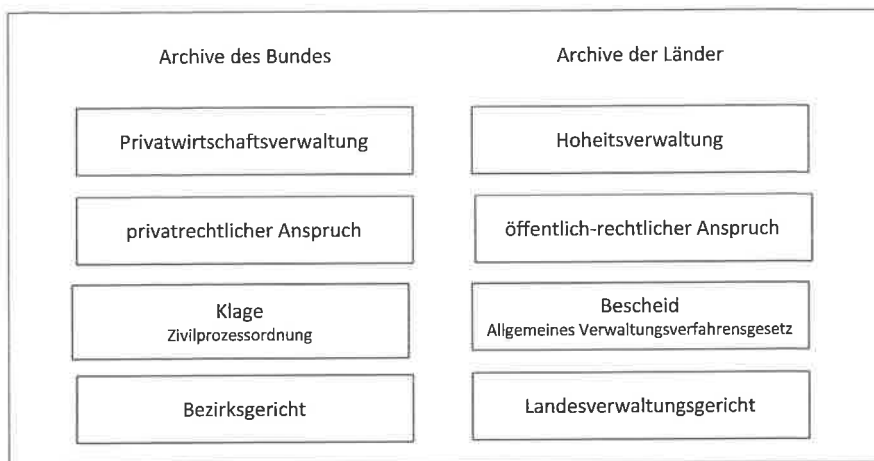


Abbildung 1: Rechtsanspruch auf Zugang zum Archivgut
(eigene Darstellung)

B) Nur zweckgebundener Anspruch auf Zugang

Das Recht auf Zugang gilt nur „zu amtlichen, wissenschaftlichen oder publizistischen Zwecken sowie zur Wahrnehmung berechtigter persönlicher Belange“ (§ 9 Abs 1 B-AG).¹⁸ Erläutert wird diese Einschränkung nicht. Mit dem Prinzip der Informationszugangsfreiheit ist sie nicht zu vereinbaren. Und Aufgabe öffentlicher Archive wäre es ja, das Öffentlichkeitsprinzip zu realisieren, wenn auch mit einer zeitlichen Verzögerung.¹⁹ Weshalb soll ein Mensch, ein Staatsbürger, eine Landesbürgerin begründen müssen, warum er oder sie Zugang zu freigegebenen Dokumenten in einem öffentlichen Archiv begehrt?

Sämtliche Archivgesetze der Länder garantieren einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zugang. Abgesehen von Kärnten und Niederösterreich haben alle Landtage einen zweckfreien Anspruch normiert.

¹⁸ Vgl. *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 37 ff; *Pauser*, Arcanum 44 f.

¹⁹ *Zwicker*, Archivrecht 2006 – andante ma non troppo (Volltext), in: *Coutaz et al* (Hg), *Archivpraxis in der Schweiz* (2007), 164 (185).

C) Legerer Schutz von Persönlichkeitsrechten

Den Schutz von Persönlichkeitsrechten regelte der Bundesgesetzgeber letztlich vergleichsweise sehr leger,²⁰ was auch der Kritik aus der zeit-historischen Zunft geschuldet gewesen sein mag, dass eine Schutzfrist für personenbezogenes Archivgut über die allgemeinen 30 Jahre hinaus die Forschung behindere oder verunmögliche.

Ohne ins Detail zu gehen: Die Schutzfrist nach dem Bundesarchiv-gesetz (§ 8) beträgt maximal 50 Jahre, und auch das nur in seltenen Aus-nahmefällen. In der Regel ist Archivgut, sofern es nicht ohnehin schon vor der Übergabe frei zugänglich war, 30 Jahre nach der inhaltlich letz-ten Bearbeitung zur Nutzung freizugeben. Und das gilt grundsätzlich auch für personenbezogenes Archivgut. Denn der verlängerten, perso-nenbezogenen Schutzfrist von 50 Jahren unterliegt nur Archivgut, auf das vor der Übergabe die Betroffenenrechte der Datenschutzgesetze anzuwenden waren. Das betrifft analoges Archivgut nur im Promille-bereich, denn Papierakten sind keine Dateisysteme im Sinn der Daten-schutzgesetze.²¹

Einen gewissen oder ungewissen Schutz bietet die Auflage (§ 11 Abs 1 B-AG), dass „personenbezogene Daten“ in „Werken“ grundsätz-lich erst zehn Jahre nach dem Tod oder 110 Jahre nach der Geburt ver-öffentlicht werden dürfen.²²

Die Rechtsprechung gab sich mit diesem Schutzniveau bisher zu-frieden.²³

Bei einer Übernahme von Archivgut des Bundes durch ein Landes-archiv muss die Veröffentlichungsbeschränkung nicht sichergestellt sein.

20 Der Ministerialentwurf hatte noch eine personenbezogene Schutzfrist über den Tod der betroffenen Person hinaus vorgesehen. Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 40 ff.

21 *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 46 ff.

22 *Pauser*, Arcanum 53 f; *Berg*, Die Anwendung der Österreichischen Archivgesetze in der Praxis, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht, Wien (2018) 67 (71 f). Vgl kritisch *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 54 ff.

23 Vgl *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 49 f, 54.

V. Übertragung von Archivgut und „Altpapier“ von Bundesdienststellen an Landesarchive

Mit Vertrag können durch Bundesgesetz eingerichtete Kammern ihr Archivgut auch Landesarchiven zur Archivierung übertragen (§ 3 Abs 3 B-AG). Vor allem aber sieht das Bundesarchivgesetz die Möglichkeit vor, Landesarchiven Archivgut von Dienststellen des Bundes in den Ländern zu übertragen. Die Regelungen durch Gesetz und Verordnungen sind sehr kompliziert. Vier Fälle sind zu unterscheiden, zwei davon betreffen das Verfahrensschriftgut ordentlicher Gerichte.²⁴

A) Fall 1: § 3 Abs 6 B-AG – Archivgut allgemein

Zentral und Anknüpfungspunkt für andere Rechtsvorschriften ist § 3 Abs 6 B-AG:

„Der Bundeskanzler ist im Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesminister ermächtigt, Archivgut, das bei Dienststellen des Bundes in den Ländern anfällt, dem Archiv des jeweiligen Landes ins Eigentum zu übertragen,

- 1. soweit das Archivgut überwiegend von regionaler Bedeutung ist und*
- 2. das Land dieser Übertragung ohne Anspruch auf Kostenersatz zustimmt und die Wahrung der Rechte gemäß §§ 7 und 9 sichergestellt und für die Nutzung dieses Archivgutes eine Benutzungsordnung entsprechend § 10 festgelegt ist.“*

Aus der Leihe im Ministerialentwurf wurde eine Eigentumsübertragung.

§ 7 normiert ein spezielles, sehr eingeschränktes Recht auf Auskunft und Gegendarstellung.

§ 9 regelt die Nutzung des Archivguts, das gemäß § 8 freigegeben ist. Da § 8 die Schutzfristen enthält, wird er mit zu berücksichtigen sein.

Gestützt auf diese gesetzliche Ermächtigung hat der Bundeskanzler 2002 in einer Bundesarchivgutverordnung (§ 6 Abs 1) im Einvernehmen mit allen Bundesministern das Österreichische Staatsarchiv ermächtigt,

„bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 6 des Bundesarchivgesetzes Archivgut dem jeweiligen Landesarchiv unentgeltlich zu

24 Einschließlich Kammern und Notariate *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 109 ff.

übertragen, anstatt es in den eigenen Bestand zu übernehmen, wenn die kostenfreie Nutzung dieses Archivgutes für den Bund sichergestellt ist.“²⁵

Es stellt sich die Frage, ob das Bundesarchivgesetz den Bundeskanzler tatsächlich ermächtigt, seine Übereignungsbefugnis an das Österreichische Staatsarchiv zu delegieren, auch wenn das praktisch sein mag.

Und von einer Voraussetzung, dass eine kostenfreie Nutzung dieses Archivguts für den Bund sichergestellt sein muss, ist im Gesetz nicht die Rede.

Wichtig erscheint mir: Wenn das Staatsarchiv im Zuge des Anbietungsverfahrens zur Bewertung gelangt, dass es sich bei Schriftgut um „Archivgut“ handelt, ist es verpflichtet, dieses Archivgut in seinen Bestand zu übernehmen (§ 6 Abs 2 B-AG). Und zwar auch dann, wenn es nach seiner Bewertung überwiegend oder ausschließlich nur von „regionaler“ Bedeutung ist, sofern sich das örtlich zuständige Landesarchiv nicht bereiterklärt, es zu übernehmen. Es ginge nicht an, Schriftgut gewissermaßen nur unter Vorbehalt einer Übernahme durch das Landesarchiv als „Archivgut“ zu bewerten.

B) Fall 2: § 5 Abs 9 B-AG – „Altpapier“ allgemein

Schriftgut, das bei Bundesdienststellen in den Ländern angefallen ist, ist vor einer Skartierung (Vernichtung) „dem zuständigen Landesarchiv zur Übernahme anzubieten [...]“ (§ 5 Abs 9 B-AG).

Die Bundesregierung ist ermächtigt (§ 5 Abs 4 B-AG), durch Verordnung festzulegen, welchen Arten von Schriftgut die Eigenschaft eines Archivgutes offenkundig nicht zukommt oder zukommen wird. 2000 wurde davon Gebrauch gemacht.²⁶ Hinsichtlich Schriftgut, das „grundsätzlich“ mit der Entstehung als Archivgut gilt, im Rahmen der Bundesarchivgutverordnung (§ 2 Abs 1); wobei sich in diesem Punkt die Frage der Gesetzmäßigkeit stellt. Denn dazu ermächtigt ist die Bundesregierung als Kollegialorgan (§ 20 Z 5 B-AG) und nicht der Bundeskanzler im Einvernehmen mit den Fachministern – der sich auch gar nicht auf § 5 Abs 4 B-AG stützte.

25 BArchivgut-VO (Bundesarchivgutverordnung, BGBl II 367/2002 idF BGBl II 305/2017).

26 Skartierungsverordnung, BGBl II 366/2002; § 2 Abs 1 BArchivgut-VO.

C) Fall 3: § 3 Abs 3 Archiv-VO – Archivgut von gerichtlichen Verfahren

In Justizquellen stoßen wir nicht zufällig immer wieder auf den Begriff „ausgelagert“.²⁷ Die Justizbehörden, allen voran das Bundesministerium, betrachten die Landesarchive als Registraturen, in die Gerichte Akten nur auslagern, über die sie weiterhin allein verfügen wollen. (Und so manchem Pontius Pilatus-Archivar ist das gar nicht unangenehm.)

Der Gesetzgeber kam der Justiz insoweit entgegen, als zwar nicht die Schutzfrist, aber die Anbietungsfrist von 30 auf 50 Jahre verlängert und der Bundesminister für Justiz beauftragt wurde, mit Verordnung „die näheren Vorschriften über die Aussonderung, die Anbietung sowie die Skartierung zu erlassen“ – jeweils beschränkt auf „Schriftgut von gerichtlichen Verfahren“ (§ 5 Abs 6 B-AG).

Das war bereits seit langem mit Verordnung in der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz geregelt, in der bestimmt wurde und in geänderter Form immer noch wird,²⁸ welches Schriftgut dauernd aufzubewahren und welches zu skartieren ist.

dritte Instanz	Oberster Gerichtshof
zweite Instanz	Oberlandesgerichte
erste oder zweite Instanz	Landesgerichte, Handelsgerichte
erste Instanz	Bezirksgerichte

Abbildung 2: Gerichte und Gerichtshöfe der ordentlichen Gerichtsbarkeit (eigene Darstellung). Quelle: §§ 1 bis 4 JN (Jurisdiktionsnorm, BGBl 110/1895 idF BGBl I 148/2020).

27 Zum Sonderfall Schriftgut gerichtlicher Verfahren *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 76 ff.

28 §§ 173 bis 177 Geo (Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz, BGBl 264/1951 idF BGBl II 187/2020).

Unklar ist, auf welche gesetzliche Grundlage der Bundesminister sich dafür nach Inkrafttreten des Bundesarchivgesetzes stützt? Ob die dauernde Aufbewahrung bei Gericht nicht einer gesetzlichen Regelung bedürfte?²⁹ Gemäß Bundesarchivgesetz hat der Justizminister nur die „näheren“ Vorschriften zu den allgemeinen zu erlassen. Und das Bundesarchivgesetz (§ 20 Z 5) behält entsprechende Verordnungen an sich der Bundesregierung als Kollegialorgan vor. Wobei als Besonderheit dazu kommt, dass Schriftgut, das gemäß Geo dauernd aufzubewahren ist, für den Fall, dass das Landesarchiv der Justiz diese Last nicht abnimmt, nicht vom Staatsarchiv zu übernehmen, sondern von den Gerichten selbst dauernd aufbewahrt werden kann und muss.

Bis 1999 hatten die Landesarchive gemäß Geo einen Anspruch auf Übergabe bestimmter Akten, Register und Bücher, die einzig an die Auflage der dauernden Aufbewahrung geknüpft war, und an die Bedingung, dass den Gerichten aus der Übergabe der Akten und Bücher keine Kosten erwachsen dürfen.³⁰

Mit 20. April 2002 trat auf der Grundlage des Bundesarchivgesetzes eine Archiv-Verordnung in Kraft. In einem wurde auch die Geo entsprechend geändert.³¹

§ 3 Abs 1 der Archiv-Ordnung bestimmt: Gemäß Geo dauernd aufzubewahrende „Akten,

1. *die wegen ihres Inhaltes oder wegen der beteiligten Personen von geschichtlicher oder kultureller Bedeutung für die Erforschung und das Verständnis der Geschichte und Gegenwart in politischer, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Hinsicht sowie bezüglich Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltung und den Schutz allgemeiner oder besonderer bürgerlicher Rechte sind und*

29 Für den OGH wurde mit § 18 OGH-Gesetz (BGBl 328/1968) bestimmt, dass sämtliche Akten und die sie erschließenden Geschäftsbehelfe (Register, Namensverzeichnisse) dauernd aufzubewahren sind. Das Schriftgut der Verfahren vor dem VfGH und dem VwGH gilt gemäß Bundesarchivgutverordnung (Anlage zu § 2 Abs 1 Z 9) mit der Entstehung als Archivgut; wobei diese Rechtsgrundlage freilich ebenfalls fraglich ist, weil dies nicht von der Bundesregierung als Kollegialorgan verordnet wurde.

30 Geo 1951 (BGBl 264/1951), § 173 Abs 1 und 2 und § 175 Abs 3 [A-, P-, T- und Streitregister], § 176 Abs 3 [nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen für Akten gemäß § 174], hinsichtlich § 173 Abs 1 Z 13 und 14 und § 175 Abs 3 idF BGBl II 69/1999, Art I Z 2 lit a und Z 4.

31 Archiv-VO und Änderung Geo (BGBl II 164/2002); unveröffentlichter und undatierter Entwurf für eine Verordnung des Bundesministers Verordnung des Bundesministers für Justiz über die näheren Vorschriften über die Aussonderung, die Anbietetung sowie die Skartierung von Schriftgut von gerichtlichen Verfahren (Archiv-Verordnung) sowie über die Änderung der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo), nicht datiert, mit Erläuterungen. *Nachbaur, Bundesarchivrecht* 82 ff.

2. *deren Bedeutung gemäß Z 1 über ein einzelnes Bundesland hinausreicht, sind nach Ablauf von 50 Jahren dem Österreichischen Staatsarchiv anzubieten.*“

Ob Akten eine entsprechende Bedeutung gemäß Ziffer 1 zukommt, entscheidet gemäß Geo ausschließlich der verfahrensleitende Richter.

Ob die Bedeutung von Akten über ein Bundesland hinausreicht, entscheidet ein Gerichtsorgan bei der Aussonderung.

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, sind dauernd aufzubewahrende Akten dem Landesarchiv anzubieten und zu übergeben (§ 3 Abs 3 Archiv-VO),

„sofern sich das Landesarchiv schriftlich verpflichtet, diese dauernd aufzubewahren und die Rechte auf Auskunft sowie Nutzung der Akten und Aktenteile entsprechend den Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes unter Berücksichtigung vorrangiger verfahrensrechtlicher Schutzvorschriften – insbesondere für Inkognitoadoptionen und zur Wahrung des Abstimmungsgeheimnisses – sicherzustellen. [...]“

Diese Bedingungen sind, soweit sie den Zugang über die Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes hinaus einschränken, wohl als gesetzwidrig zu betrachten, jedenfalls aber der abschließende Satz:³²

„Akten und Aktenteile, die nicht den Vermerk gemäß § 382 Abs. 2 Z 6 Geo. aufweisen, sind von der Nutzung nach § 9 Bundesarchivgesetz ausgeschlossen.“

Das bedeutet, dass Akten, für die der Richter nicht mit Beschluss einen Vermerk *„Von historischer Bedeutung, nicht vernichten!“* angeordnet hat, auch nach der Übernahme in ein Archiv dauernd vom allgemeinen Zugang ausgeschlossen sein sollen; und auch bei diesen noch vorrangig verfahrensrechtliche Schutzvorschriften zu beachten wären.

Abgesehen davon, dass der Bundesminister für Justiz nicht dazu ermächtigt ist, den Zugang zu Archivgut zu regeln, mutet es doch grotesk an, dass ein Beschluss des verfahrensleitenden Richters darüber entscheiden soll, ob ein Akt in 50 Jahren einmal jedermann zugänglich sein soll oder nicht. De facto wäre kein Archivgut gerichtlicher Verfahren überhaupt je allgemein zugänglich, denn der richterliche „Bedeutungsvermerk“ (§ 382 Abs 2 Z 6 Geo) ist weitestgehend totes Recht.

32 In diesem Sinn bereits Pauser, Arcanum 53.

Die Entscheidung über den Zugang zu Akten ohne richterlichen „Bedeutungsvermerk“ soll den Justizbehörden auf der Grundlage der Verfahrensvorschriften vorbehalten bleiben.

Für eine Übernahme durch das Staatsarchiv wurden diese Auflagen nicht normiert, würden demnach die allgemeinen Nutzungsbestimmungen des Bundesarchivgesetzes zur Anwendung kommen. Doch schon in allgemeiner Ermangelung des richterlichen „Bedeutungsvermerks“ muss und darf dem Staatsarchiv faktisch nie Schriftgut gerichtlicher Verfahren der ersten und zweiten Instanz angeboten werden.

Grundbücher	dauernd		LA	Übernahme	LA		
				lehnt ab	Gericht		
Schriftgut gerichtlicher Verfahren	dauernd	Bedeutungsvermerk und überregional	ÖStA	Übernahme	ÖStA		
				lehnt ab: kann	LA	Übernahme	LA
		nicht überregional	LA	Übernahme	LA		
				lehnt ab	Gericht		
	nicht dauernd		LA	Übernahme	LA		
				lehnt ab	Skartierung		
sonstiges Schriftgut	dauernd		ÖStA	Übernahme	ÖStA		
				lehnt ab: kann	LA	Übernahme	LA
			ÖStA	Übernahme	ÖStA		
				lehnt ab	LA	Übernahme	LA
	nicht dauernd		ÖStA			lehnt ab	Skartierung

Abbildung 3: Anbietung und Schicksal des Schriftguts der Gerichte I. und II. Instanz (vereinfachtes Schema); ÖStA = Österreichisches Staatsarchiv, LA = Landesarchiv. Nicht berücksichtigt sind die Skartierungsverordnung und die Bundesarchivgutverordnung (Anlage zu § 2) der Bundesregierung. Quellen: Archiv-VO, Geo.

Im Dezember 2019 glaubte das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz die Landesarchive auch noch darauf hinweisen zu sollen, dass die Zugangsbeschränkungen der Archiv-Verordnung auf sämtliches Archivgut gerichtlicher Verfahren anzuwenden seien, das sich in den Landesarchiven befinde. Selbst wenn sich

ein „Gerichtsakt“ in einem Archiv befinde, aber keinen Vermerk nach § 382 Abs 2 Z 6 Geo trage, sei über die Akteneinsicht vom ehemals aktensführenden Gericht bzw für wissenschaftliche Zwecke ausnahmsweise von den Behörden der monokratischen Justizverwaltung nach den einschlägigen Verfahrensbestimmungen zu entscheiden.³³ Das ist nicht der Fall. Die Archiv-Verordnung regelt nur die Bedingungen der Übernahme ab ihrer Kundmachung am 20. April 2002.

Was dauernd aufzubewahrende Akten und Bücher betrifft, macht es bei Befolgung der Archiv-Verordnung hinsichtlich der Zugangsbestimmungen keinen Unterschied, ob sie bei Gericht lagern oder im Landesarchiv gesichert sind. Die Lagerungsbedingungen bei Gericht entsprechen allerdings häufig nicht archivischen Standards, womit das Bundesministerium für Justiz den Ansprüchen des Rechtsgüterschutzes nur nachlässig gerecht wird.

D) Fall 4: § 4 Abs 3 Archiv-VO – „Altpapier“ von gerichtlichen Verfahren

Neu ist zudem, dass Akten und Aktenteile, die durch die Geo an sich zur Entsorgung bestimmt sind, entgegen den Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes, dem Landesarchiv nur noch auf Verlangen anzubieten sind und sich das Landesarchiv auch noch verpflichten soll, dieses vom Bundesminister als wertloses Altpapier qualifizierte Schriftgut dauernd aufzubewahren.

VI. Offene Fragen der Eigentumsübertragung

Wir dürfen vom Grundsatz ausgehen, dass dem Land Archivgut und „Altpapier“ von Bundesdienststellen ins *Eigentum* zu übertragen ist.³⁴ Das machen die Archivgesetze der Länder indirekt auch zur Bedingung, sehen wir vielleicht von Tirol und jedenfalls von Wien ab, das bei Schriftgut gerichtlicher Verfahren (§ 5 Abs 6 B-AG) nur von einer „Verwahrung“ ausgeht (§ 5 Abs 1 Z 2 WrArchG), was den Justizbehörden ent-

33 VLA: VLA-19-52: Erlass BMVRDJ 16.12.2019, BMVRDJ-Pr13110/0114-III 1/2019. Am 19.12.2019, BMVRDJ-Pr13110/0120-III 1/2019, folgte eine Mitteilung, dass das Bundesministerium beabsichtige, den Gerichten und Staatsanwaltschaften generelle Leitlinien für die Bewilligung von Akten Einsichten zu wissenschaftlichen Zwecken zur Verfügung zu stellen (VLA: VLA-19-52).

34 Zur Frage der Eigentumsübertragung *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 111 ff.

gegenkommen mag, aber unverständlich und im Bundesarchivgesetz nicht vorgesehen ist.

Dass Eigentum übertragen werden soll, ist die eine Sache, wie die andere.

Wenn der Bundeskanzler ermächtigt ist, einem Landesarchiv – besser: einem Land –,³⁵ Archivgut ins Eigentum zu übertragen, werden wir wohl eine Übertragung im Wege einer privatrechtlichen Vereinbarung unterstellen können oder müssen. Delegiert hat er diese Ermächtigung an das Österreichische Staatsarchiv – allerdings nur soweit es sich nach dessen Bewertung um Archivgut handelt. Ausgenommen ist das gesamte Schriftgut gerichtlicher Verfahren. Dessen Eigentums-transfer ist ebenso wenig ausdrücklich geregelt wie jener des zu vernichtenden Schriftguts allgemein. Schriftgut gerichtlicher Verfahren und „Altpapier“ generell ist von der jeweiligen Bundesdienststelle direkt dem Landesarchiv zur Übernahme anzubieten und nicht im Umweg über das Staatsarchiv.

A) Archivgesetze der Länder stellen Wahrung der Rechte gemäß Bundesarchivgesetz nicht ausdrücklich sicher

Zurück zu den Voraussetzungen für eine Übertragung von „Archivgut“, das bei Dienststellen des Bundes in den Ländern anfällt, in das Eigentum eines Landes nach § 3 Abs 6 B-AG:

- „1. soweit das Archivgut überwiegend von regionaler Bedeutung ist und
2. das Land dieser Übertragung ohne Anspruch auf Kostenersatz zustimmt und die Wahrung der Rechte gemäß §§ 7 und 9 sichergestellt und für die Nutzung dieses Archivgutes eine Benutzungsordnung entsprechend § 10 festgelegt ist.“

In der Ziffer 2 stecken die Probleme. Es blieb unklar, in welcher Rechtsform die Länder die Wahrung der Rechte gemäß §§ 7 und 9 [einschließlich § 8] B-AG sicherstellen sollen und können.

Ein Blick nach Bonn hätte eine klarere Lösung aufgezeigt. Als der deutsche Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats 1988 ein Bundesarchivgesetz verabschiedete, verfügte mit Baden-Württemberg erst ein

35 Nur das Kärntner Landesarchiv ist als Anstalt öffentlichen Rechts organisiert. Die übrigen Landesarchive sind Landesdienststellen ohne Rechtspersönlichkeit. Vgl. Nachbaur, Bundesarchivrecht 112.

Land über ein Archivgesetz. Dennoch wurde – durchaus zugunsten der Länder – bestimmt, dass einem Landesarchiv Unterlagen von Bundesbehörden nur zu übergeben sind, wenn die Wahrung schutzwürdiger Belange Dritter im Sinne des Bundesarchivgesetzes „durch Landesgesetz“ sichergestellt ist.³⁶

In Österreich wurden die Archivgesetze der Länder ebenfalls größtenteils erst nach Inkrafttreten des Bundesarchivgesetzes verabschiedet.

Doch im Unterschied zu Deutschland ist in keinem Landesgesetz bestimmt, dass auf Archivgut, das das Landesarchiv ab 2000 von Bundesdienststellen übernommen hat oder übernehmen wird, die §§ 7 und 9 des Bundesarchivgesetzes Anwendung finden sollen.

In keines der Landesgesetze wurden die Regeln über Schutzfristen, Zugang, Auskunft und Gegendarstellung des Bundesarchivgesetzes eins zu eins übernommen. Die Regelungen weichen zum Teil sehr erheblich davon ab.

B) Nur im Innenverhältnis beschränkte Ermächtigung und Verpflichtung des Bundeskanzlers?

Gehen wir davon aus, dass die Übergabe und Übernahme ins Eigentum nach § 3 Abs 6 B-AG privatrechtlich vereinbart wird oder zu vereinbaren ist: Wie sind die „Voraussetzungen“ in Z 2 zu verstehen, dass „die Wahrung der Rechte gemäß §§ 7 und 9 sichergestellt und für die Nutzung dieses Archivgutes eine Benutzungsordnung entsprechend § 10 festgelegt ist“?

Auffällig ist zunächst, dass das Land laut Gesetzestext einer Übertragung ohne Anspruch auf Kostenersatz „zustimmt“, also zustimmen muss. Dagegen muss die Wahrung der Rechte nur „sichergestellt“, eine Benutzungsordnung nur „festgelegt“ sein. Man kann das so verstehen, dass in Z 2, wie in Z 1 („überwiegend von regionaler Bedeutung“), nur der Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung abgesteckt ist. Dass der Bundeskanzler nur dann Archivgut in das Eigentum des Landes übertragen darf, soweit nach seinem Dafürhalten diese Voraussetzungen er-

³⁶ § 2 Abs 3 BArchG 1988 (Bundesarchivgesetz, BGBl I 1988 62). Heute § 7 BArchG 2017. (Bundesarchivgesetz, BGBl 2017 410 idF BGBl I 2021 750). Zu Deutschland vgl *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 136 ff, mit entsprechenden Literatur- und Quellenhinweisen.

füllt *sind*, dass er das Land aber nicht vertraglich verpflichten muss, dies auf Dauer zu gewährleisten.

Die auf den Bundeskanzler im Innenverhältnis beschränkte Ermächtigung und Verpflichtung wäre die einfachste Lösung. In der Gesamtschau wird aber wohl eher davon auszugehen sein, dass das Land verpflichtet werden soll, die Wahrung von Rechten dauerhaft sicherzustellen.

C) Auflagen, nicht Bedingungen

Sofern der Bundeskanzler das Land verpflichten will, soll oder muss, ist zu überlegen, welche Rechtsqualität die genannten *Voraussetzungen* privatrechtlich haben.

Es würde sich wohl um keine Bedingungen, sondern um *Auflagen* (§§ 709, 710 ABGB) handeln,³⁷ um einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft hinzugefügte Nebenbestimmungen, durch die das Land als Zuwendungsempfänger (Auflageverpflichteter) zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, auf dessen Einhaltung der Bund (Auflageberechtigter) als *ultima ratio* klagen oder das Land die Zuwendung durch eine schuldhafte Nichterfüllung wieder verwirken könnte. Es wäre eine Auflage im öffentlichen Interesse, um das Archivgut jedermann (Auflagebegünstigter) zugänglich zu machen. Für das „Modell Auflage“ spricht in unserem Fall auch, dass das Gesetz (§ 699 ABGB) bei Bedingungen die „genaue Erfüllung“ verlangt, während ein Auflageverpflichteter die Auflage nur „möglichst genau“ erfüllen muss (§ 709 ABGB).³⁸

Eine Verpflichtung durch eine Übertragungsvereinbarung ist nur mit den Archivgesetzen der Steiermark und des Burgenlandes ausdrücklich, wenn auch nicht ganz einwandfrei, in Einklang zu bringen.³⁹

D) Mögliche Komplikationen in der Vollzugspraxis

Nicht ein Archivgesetz eines Landes ist hinsichtlich der Zugangsregeln mit dem Bundesarchivgesetz kompatibel. Jene des Bundesarchivgesetzes in der Praxis zu befolgen würde jedenfalls zu einer Schlechter-

³⁷ ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 946/1811 idF BGBl I 86/2021).

³⁸ Vgl. Umlauf/Huf, §§ 709, 710, 699 ABGB, in: Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hg), Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar³, §§ 647–755, Erbrecht (2021).

³⁹ Nachbaur, Bundesarchivrecht 119 f.

stellung der Benutzer im Rechtsschutz führen und zu einer Minderung der Persönlichkeitsrechte Betroffener.

Daraus ergeben sich auch Fragen der archivischen Rechtspraxis. Gehen wir davon aus, das Steiermärkische Landesarchiv hat von einer Bundesdienststelle Archivgut übernommen und sich in einer Übernahmevereinbarung mit dem Staatsarchiv verpflichtet, die Rechte gemäß §§ 7 und 9 B-AG sicherzustellen. Eine Person begehrt Zugang zu einem personenbezogenen Akt, der nach dem Bundesarchivgesetz bereits zugänglich wäre, aber nach dem Steiermärkischen Archivgesetz noch nicht. Das Landesarchiv verweigert den Zugang. Hat die Person nur einen privatrechtlichen oder einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zugang? Kann oder muss die Landesregierung den Antrag mit Bescheid abweisen oder zurückweisen? Oder kann oder muss das Landesarchiv oder die Landesregierung die Person formlos auf den Zivilrechtsweg verweisen? – Oder gelten einfach, wie in Deutschland, die Regeln des Steiermärkischen Archivgesetzes?

Darin läge meines Erachtens jedenfalls bei einer Novellierung oder Neufassung des Bundesarchivgesetzes die Lösung, soweit Länder weiterhin bereit sein sollten, dem Bund die Archivierung abzunehmen. Aber wieso soll der Bund aus seiner Verantwortung entlassen werden?

VII. Der Bund nimmt seine Verantwortung wahr

A) Lösung 1: Dezentralisierung des Österreichischen Staatsarchivs

Grundsätzlich ist nach dem Bundesarchivgesetz das Österreichische Staatsarchiv für die Sicherung zuständig. Es spricht wenig dagegen, das Staatsarchiv zu dezentralisieren, von einem Archiv der Zentralstellen zu einem Archiv aller Dienststellen der unmittelbaren Bundesverwaltung auszubauen und so dem gesetzlichen Auftrag gerecht zu werden.

Vorbild könnte die Organisationsstruktur des Bundesdenkmalamts mit seinen für jedes Bundesland eingerichteten allgemeinen Abteilungen (Landeskonservatoraten) sein.⁴⁰

Jede Länderabteilung wäre zuständig für die Sicherung und Zugänglichkeit des Archivguts der Dienststellen des Bundes, die im betreffenden Land ihren Sitz haben. Beispiele für dezentralisierte Archivorga-

⁴⁰ §§ 6–11 Statut des Bundesdenkmalamtes (BDA-Statut 2021) abrufbar unter <<https://bda.gv.at/rechtliche-grundlagen/statut-des-bundesdenkmalamtes/>> (26.08.2021).

nisationen gibt es in Deutschland mehrere (Bundesarchiv, Staatliche Archive Bayerns, Landesarchiv Baden-Württemberg).

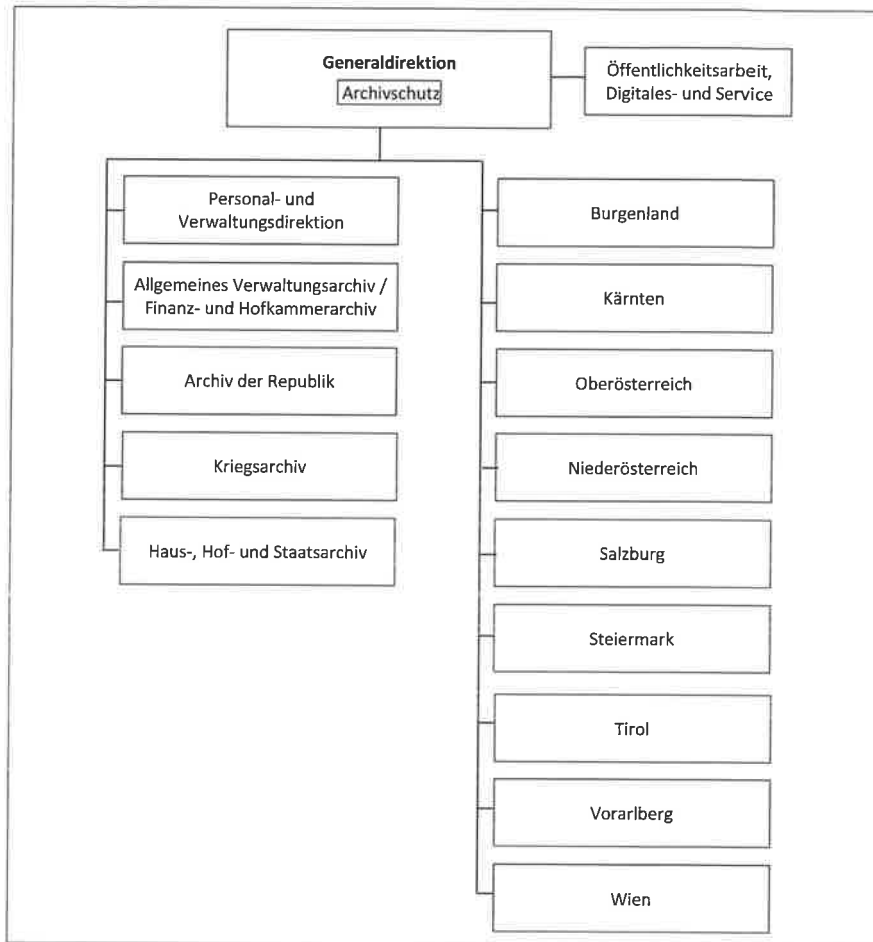


Abbildung 4: Organigramm des Österreichischen Staatsarchivs, erweitert um Länderabteilungen (eigene Darstellung).

B) Lösung 2: Regionale Archive der Justiz und weiterer Dienststellen des Bundes in den Ländern

Keine bessere, aber eine andere Lösung wäre, den Kreis der Bundesdienststellen, die nach § 3 Abs 2 B-AG selbst Archive führen können, um

Dienststellen in den Ländern zu erweitern und auf diese Weise in jedem Land zum Beispiel Bundesjustizarchive einzurichten.

VIII. Sofern Länder zur Übernahme bereits sind: nach deren Regeln

A) Lösung 3: Übernahme durch Landesarchive gegen Kostenbeteiligung des Bundes

Wenn der Bund einem Land unentgeltlich Archivgut übereignet, ist das nicht kostenlos. Finanziell ist es ein Danaergeschenk. Es geht nicht um Peanuts, sondern jährlich um Millionen Euro für Lagerung, Erhaltung, Zugang und Personal.⁴¹

Wieso sollen die Länder zu 100 Prozent die Kosten tragen, wenn sie zu 100 Prozent Bundesaufgaben übernehmen? – Eine Frage, die zum Beispiel die Landesfinanzreferenten im Rahmen des Finanzausgleichs stellen könnten.

Sollten Länder bereit sein, weiterhin Archivgut von Bundesdienststellen zu übernehmen, dürfen sie einwandfreie und eindeutige Rechtsvorschriften verlangen.

B) Legistische Verwesentlichung, Vereinfachung, Flexibilisierung

Wenn ich bei der schweizerischen Rechtssetzungslehre eine Anleihe nehmen darf, bedeutet geltendes Recht zu verbessern und zukunftsorientiert zu gestalten, es „zu verwesentlichen, zu vereinfachen und zu flexibilisieren.“⁴² Überflüssige, komplizierte, bürokratische und wenig flexible Regelungen sollten möglichst beseitigt werden. Beschränkung auf das Wesentliche bedeutet Konzentration auf das Notwendige. Möglichst einfach, möglichst praktikabel.

Einfacher als durch eine Novellierung wäre eine Verbesserung des Bundesarchivrechts insgesamt durch ein neues Bundesarchivgesetz aus einem Guss zu erreichen, wie das 2017 in Deutschland der Fall war.

Ausgangs- und Anknüpfungspunkt könnte das Informationsfreiheitspaket sein, sofern es der Bundesregierung diesmal gelingen soll-

⁴¹ Nachbaur, Bundesarchivrecht 126, 130 f.

⁴² Müller, Hinweise zu Methode und Verfahren der Rechtsbereinigung und Rechtsverbesserung, LeGes 2007/3, 417 (419).

te, eine trag- und mehrheitsfähige Regierungsvorlage einzubringen. Im Begutachtungsverfahren zum Ministerialentwurf 2021 haben die Länder gefordert, dass das Verhältnis der Informationsfreiheit zu verwandten Rechtsbereichen über den Zugang zu behördlichen Informationen, unter anderem zum Archivrecht, gesetzlich klar geregelt werden muss.⁴³ Was den Zugang zu Archivgut betrifft, sollen die Archivgesetze Spezialgesetze bleiben.

Der Reformbedarf ist erheblich. Hier nur zur Frage, wie im Bundesarchivgesetz eine allfällige Übernahme und Eigentumsübertragung von Archivgut von Bundesdienststellen durch Landesarchive geregelt werden könnte.

Unabhängig davon und vorrangig dürfen wir von der Bundesministerin für Justiz erwarten, dass sie eine neue gesetzeskonforme Archivverordnung erlässt. Der Bundeskanzler könnte überprüfen, ob seine Bundesarchivgutverordnung in allen Punkten gesetzmäßig ist.

1. Lösung 3a: Voraussetzung landesgesetzliche Regelung – Bestvariante

Wenn wir den Grundsätzen einer Verwesentlichung, Vereinfachung und Flexibilisierung folgen, böte sich als effektive Verbesserung an, im Bundesarchivgesetz eine Übertragung von Archivgut in das Eigentum eines Landes an die schlichte Voraussetzung und Auflage zu knüpfen, dass der Zugang zum Archivgut und der Schutz der Rechte betroffener Personen landesgesetzlich geregelt ist. Das wäre eine Konzentration auf das Notwendige und würde den Vollzug vereinfachen, wäre flexibel, nicht auf den gesetzlichen Status quo zum Zeitpunkt der Übernahme fixiert.

Jedes Gesetz eines Landes, das der Bundesverfassung entspricht, wird vom Bund grundsätzlich zu akzeptieren sein und akzeptiert werden können. Der Bundesregierung steht das Recht zu, beim VfGH die

43 95/ME NR 27. GP, abrufbar unter <www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00095/index.shtml> (20.09.2021); Gemeinsame Länderstellungnahme (75/SN-95/ME). Vgl. zudem mit Bezug zur Archivgesetzgebung Stellungnahmen von Kärnten (55/SN-95/ME), Salzburg (65/SN-95/ME), Burgenland (68/SN-95/ME), Vorarlberg (69/SN-95/ME), Tirol (74/SN-95/ME), Wien (138/SN-95/ME), Steiermark (149/SN-95/ME), Niederösterreich (187/SN-95/ME). Eine Empfehlung der Expertenkonferenz der Landesarchivdirektorinnen und Landesarchivdirektoren betreffend die Zuständigkeit zur gesetzlichen Regelung des Zugangs zum Archivgut wurde dem Bundeskanzleramt und dem ÖStA mit Schreiben vom 28.4.2021 als Gemeinsame Länderstellungnahme vorgetragen (VLA: VLA-49.00-2/2019-24).

Prüfung eines Landesgesetzes zu beantragen, wenn sie von einer Verfassungswidrigkeit ausgeht (Art 140 Abs 1 Z 3 B-VG).⁴⁴

2. *Lösung 3b: Voraussetzung landesgesetzliche Regelung sinngemäß im Rahmen des Bundesarchivgesetzes – Unsicherheitsvariante*

Als kompliziertere und mit Unsicherheiten behaftete, weniger flexible Variante käme das deutsche Modell (§ 7 BArchG 2017) in Frage.⁴⁵ Ein Land stellt *durch Landesgesetz* die Zugangs- und Persönlichkeitsrechte nach dem Maßstab des Bundesarchivgesetzes sicher, allenfalls auch eines Rechts auf Auskunft und Gegendarstellung.

Das könnte in Anlehnung an Deutschland dahingehend erläutert werden, dass die Zugangs- und Betroffenenrechte inhaltlich im Rahmen der Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes gewährleistet sein müssen. Darüber hinaus erschiene mir eine Klarstellung wichtig, dass durch Landesgesetz auch ein Mehr an Zugangsfreiheit und ein Mehr an Persönlichkeitsschutz eingeräumt werden kann. Das heißt, durch das Bundesarchivgesetz würden im Ergebnis normative Mindeststandards vorgegeben, die von den Ländern materiell nicht bedeutend unterschritten werden dürfen. Orientiert an der jetzigen Regelung hieße das zum Beispiel:

- Es muss mindestens privatrechtlich ein Recht auf Zugang zum Archivgut eingeräumt werden, selbstverständlich kann aber weitergehend auch ein öffentlich-rechtlicher Anspruch garantiert werden.
- Das Recht auf Zugang muss jedenfalls zu den im Bundesarchivgesetz normierten Zwecken gewährleistet sein, selbstverständlich kann es aber darüberhinausgehend auch völlig zweckfrei normiert werden.
- Die allgemeine Schutzfrist darf maximal 30 Jahre betragen, kann aber auch darunterliegen oder gänzlich wegfallen.

Kein Archivgesetz eines Landes unterschreitet aktuell die Standards des Bundesarchivgesetzes bedeutend – sehen wir von Kärnten mit seiner Schutzfrist von 40 Jahren ab. Im Übrigen wird das Bundesarchivgesetz von den Archivgesetzen der Länder in mehreren der angeführten Punkte zum Vorteil der Interessierten und Betroffenen übertroffen.

⁴⁴ B-VG (Bundesverfassungsgesetz, BGBl 1/1930 idF BGBl I 107/2021).

⁴⁵ Vgl ua Mütze, § 7, in: Partsch (Hg), Bundesarchivgesetz² (2021) Rz 12; zur Entstehung und Auslegung Nachbaur, Bundesarchivrecht 138 ff.

Auch bei dieser Variante B wäre klar- und sichergestellt, dass es keiner Regelung der Zugangs- und Persönlichkeitsrechte durch Vereinbarung bedarf, dass ausschließlich und einheitlich die Regeln des Archivgesetzes des Landes zur Anwendung kommen.

Gegenüber Variante A bliebe aber, wie in Deutschland, die Unsicherheit, ob und inwieweit bei einer Änderung des Bundesarchivgesetzes eine Harmonisierung der Archivgesetze der Länder erfolgen *muss*. Das würde im Ergebnis auf eine De-Facto-Grundsatzgesetzgebung des Bundes hinauslaufen.

Im Vergleich ist zudem ein privatrechtlich wesentlicher Unterschied zu bedenken: Erinnern wir uns – im österreichischen Ministerialentwurf, auf dem die Regelungen beruhen, war nur eine Leihe vorgesehen. Ähnliches ist in Deutschland tatsächlich der Fall.

In Deutschland wird der Zugang zu Archivgut des *Bundes* geregelt, das an ein Landesarchiv unter Eigentumsvorbehalt abgegeben wurde.⁴⁶

In Österreich geht es dagegen um Archivgut des *Landes*, das von Bundesdienststellen ins Eigentum übernommen wurde, und zwar zu den jeweils zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung geltenden Regeln. Eine unentgeltliche Eigentumsübertragung unter Auflagen, bei denen der Voreigentümer einseitig nachträglich und rückwirkend die Auflagen ändern kann, wäre privatrechtlich wohl kaum zu argumentieren. – Versucht hat es das Justizministerium wie erwähnt bereits mit seinem Erlass von 2019.

Nur zur Orientierung: In Deutschland ist der ganze Fragenbereich schon mangels Masse ein Orchideenthema.⁴⁷

3. *Bundесdienststellen bieten vorrangig und direkt dem Landesarchiv an*

Zur Vereinfachung und Entbürokratisierung könnte beitragen, wenn sämtliches Schriftgut, das nach Beurteilung der produzierenden Bundesdienststelle überwiegend von regionaler Bedeutung ist, vorrangig direkt dem Landesarchiv angeboten werden könnte oder anzubieten wäre, wie das bei den Gerichten I. und II. Instanz bereits der Fall ist. Lehnt das Landesarchiv ab oder lässt es inaktiv eine bestimmte Frist verstreichen, wäre Schriftgut dem Staatsarchiv zur Übernahme anzubieten,

46 Ua Mütze, § 7 Rz 11; ausführlich *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 137 f.

47 Vgl. *Nachbaur*, Bundesarchivrecht 137.

sofern es nicht gemäß Rechtsvorschriften (Skartierungsverordnung, Geo) zu vernichten ist.

4. *Eigentumsübertragung als Folge rechtmäßiger Übergabe und Übernahme (Modell § 3 Abs 3 B-AG)*

Was die Frage der Übereignung betrifft, bietet § 3 Abs 3 B-AG bereits ein Modell: Durch Bundesgesetz eingerichtete Kammern können ihr Archivgut auch dem Österreichischen Staatsarchiv zur Archivierung übergeben. „In diesem Fall geht das Archivgut in das Eigentum des Bundes über.“ – Das könnte und sollte auch für den Fall einer rechtmäßigen Übergabe und Übernahme von Archivgut einer Bundesdienststelle an ein Landesarchiv entsprechend klar geregelt werden.

5. *Ohne Kostenverzicht*

Abgesehen davon, dass sich der Bund an den Kosten beteiligen soll, ergäbe die Bedingung eines Kostenverzichts ohnehin nur bei einer Übergabe in Verwahrung einen Sinn (§§ 966, 967 ABGB: Lohn, Aufwand), nicht bei einer Übertragung ins Eigentum.

6. *Ohne entsprechende Benutzungsordnung*

Wieso einem Land oder Landesarchiv die Festlegung einer Benutzungsordnung entsprechend § 10 B-AG auferlegt werden musste, erschließt sich nicht. Diese Auflage ist mit den Archivgesetzen der Länder im Übrigen schon insofern nicht kompatibel, als die Benutzungsordnungen nach § 10 B-AG privatrechtlich als Allgemeine Geschäftsbedingungen konzipiert sind.⁴⁸

IX. Wieso zehn Archivgesetze?

Spätestens an dieser Stelle wird die Frage gestellt: „Warum braucht es überhaupt zehn Archivgesetze, warum nicht eine einheitliche Regelung durch den Bund?“

Nicht nur, weil das Archivrecht den Kern der Organisationshoheit der Länder berührt. Nicht nur, weil regional sachgerechte Archivgesetze

48 Vgl Pauser, Arcanum 50 f.

einem vereinheitlichten vorzuziehen sind. Sondern auch, weil die Archivgesetzgebung ein gutes Beispiel dafür ist, wie die Rechtssetzung im Austausch und Wettbewerb der Ideen weiterentwickelt werden kann.

Wenn wir das 1999 verabschiedete Bundesarchivgesetz als Benchmark nehmen, wurde es durch die folgende Landesgesetzgebung im Interesse der Informationsfreiheit, der Persönlichkeitsrechte, des demokratischen Rechtsstaats zu einem guten Teil übertroffen.

In Deutschland hat sich der Bundesgesetzgeber bei der Reform des Bundesarchivrechts durchaus auch innovative Entwicklungen der Länder zum Vorbild genommen.

Wenn geltendes Archivrecht zu verbessern bedeutet, es zu vereinfachen, zu vereinfachen und zu flexibilisieren, könnte es zum Beispiel auch einmal interessant sein, ein Gesetz, das in Vorarlberg gemacht wird, in Salzburg zu lesen und in Wien ein Stück weit nachzuvollziehen.

Information – Unterlage – Archivgut

Legaldefinitionen des „archivischen Substrats“ im Lichte des Archivierungsprozesses und der Digitalisierung

„Druckerfestplatte“ wurde von Vorarlbergs Landesarchivar Dr. *Ulrich Nachbaur* zum archivischen „Unwort“ des Jahres 2019 gekürt.² Ibiza-Skandal, Misstrauensvotum, die Schredder-Affäre rundum besagte Druckerfestplatten – *Nachbaur*s Fazit: „Auf einmal wurde gesetzeskonforme Archivierung zum Thema. Doch die Diskussion wurde abwegig geführt“.³ Diesem Befund, dem ich Überraschung als auch Enttäuschung entnehmen möchte, ist beizupflichten. Überrascht darf man als Archivar grundsätzlich sein, wenn Archivierung Thema der Tagesberichterstattung ist – aber enttäuscht ist man über das sichtbar werdende Unverständnis: Die weiten Kreise, die der Ibiza-Skandal zog – der parlamentarische „Untersuchungsausschuss betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss)“⁴ ist hier nur ein Beispiel –, ließen nicht nur rund um besagte Druckerfestplatten, sondern in Bezug auf weitere Sachverhalte Fragen und Probleme zur gesetzeskonformen Archivierung hervortreten: Sind

1 Für die Bereitschaft, den Inhalt des gegenständlichen Beitrags zu diskutieren und meine Gedankengänge kritisch zu hinterfragen, danke ich *Maria Benauer*, BA MSc (Institut für Österreichische Geschichtsforschung, Universität Wien), Dr. *Ulrich Nachbaur* (Vorarlberger Landesarchiv, Bregenz), Dr. *Martin Schlemmer* (Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, Duisburg) und Mag. *Elke Wirthumer* (Amt der Oö. Landesregierung, Linz) von Herzen. Die folgenden Ausführungen geben aber jedenfalls meine eigene Anschauung und damit nicht zwingend jene meines Dienstgebers wieder.

2 *Nachbaur*, Druckerfestplatte. Archivisches Unwort des Jahres 2019, in: Jahresbericht des Vorarlberger Landesarchivs 2019 (2020) 7, abrufbar unter <<https://vorarlberg.at/documents/302033/472931/Jahresbericht+des+Vorarlberger+Landesarchivs+2019.pdf>> (8.12.2021).

3 *Nachbaur*, Druckerfestplatte 7.

4 Untersuchungsausschuss betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss, 1/US 27. GP), abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/A-USA/A-USA_00002_00906/index.shtml> (8.12.2021).

auf Handys gespeicherte Chats,⁵ SMS,⁶ Kalenderdaten sowie E-Mails⁷ von Regierungsmitgliedern dem Staatsarchiv zu übergeben? Die Antworten auf diese Fragen fielen uneinheitlich aus. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes wurden nicht nur von der Politik jeweils zur Untermauerung des eigenen Standpunkts ausgelegt,⁸ selbst die Antworten von Verantwortlichen aus Archiven widersprachen sich bzw wirkten oft eher wie Mutmaßungen.⁹ Das Bundesarchivgesetz – mehr Orakel als ein Gesetzestext, der in Bezug auf die diskutierten Sachverhalte zur Anwendung gebracht wird?

-
- 5 Klenk, Wieso wir das Recht haben, die Schmid-Chats zu lesen, in: Falter 43 (2021) 7: „Chats von Spitzenbeamten und Regierungsmitgliedern sind, anders als gesprochene Worte, immer noch so etwas wie amtliche Schriftstücke. Und Schriftstücke von höchsten Staatsorganen müssten eigentlich dem Staatsarchiv ausgefolgt werden.“
- 6 „Kurz muss laut Staatsarchiv keine SMS liefern“ (25.6.2020), abrufbar unter <<https://orf.at/stories/3171066/>> (9.12.2021).
- 7 „Ring um Kurz-Mails für ‚Ibiza‘-Ausschuss“ (22.4.2021), abrufbar unter <<https://orf.at/stories/3210184/>> (9.12.2021).
- 8 Sehr gut nachvollziehbar anhand Communiqué des Untersuchungsausschusses betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss, 1/US 27.GP). Veröffentlichung des wörtlichen Protokolls über die öffentliche Befragung der Auskunftsperson Sebastian Kurz in der 7. Sitzung vom 24. Juni 2020, 50/KOMM 27. GP (16.7.2020), abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/KOMM/KOMM_00050/fname_813077.pdf> (9.12.2021).
- 9 Vgl. Nachbaur, Druckerfestplatte 7 f; Berichterstattung, die diesen Eindruck entstehen lässt: „Kurz muss laut Staatsarchiv keine SMS liefern“ (25.6.2020), abrufbar unter <<https://orf.at/stories/3171066/>> (9.12.2021); Völker/Schmid, „Wenn der Kanzler den Schredder anwirft“, in: der Standard (22.7.2019), abrufbar unter <<https://www.derstandard.at/story/2000106563906/bierlein-laesst-heimliches-schreddern-durch-kurz-mitarbeiter-pruefen>> (10.12.2021).

Vorweg: Das Fazit *Nachbaur*s zu den Druckerfestplatten¹⁰ ist richtig. Einer archivgesetzlichen Anbietungspflicht gegenüber einem öffentlichen Archiv – in gegenständlichem Fall dem Österreichischen Staatsarchiv – unterlagen diese nicht. Aber in Anbetracht der geschilderten politischen und medialen Diskussion und Darstellung kann auch festgestellt werden: „Außenstehenden“ fällt es schwer, die Vorgänge einzuordnen und selbst Insider haben Mühe, klärende Akzente zu setzen.

Einfache Antworten können auch in diesem Beitrag nicht gegeben werden, jedoch wird das Ziel verfolgt, aus archivarischer Sicht die dahingehend relevanten, archivrechtlichen Problemlagen und Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen: Vor archivgesetzlichem Hintergrund erörtert werden die „vorarchivischen“ Voraussetzungen der Archivierung. Der Fokus liegt dabei auf den Unterlagen, die Gegenstand des archivgesetzlich eingerichteten, öffentlich-rechtlichen Archivierungsprozesses werden können, somit auf dem Objekt der Archivierung von Beginn von dessen Lebenszyklus bis zum Zeitpunkt der Übernahme in die Verfügungsgewalt des Archivs.¹¹ Es geht daher auch um die Frage der Rolle der Archivierung in der frühen Phase dieses Lebenszyklus. Die schnell fortschreitende Digitalisierung des vorarchivischen Bereichs, im Kontext des öffentlichen Archivwesens also vor allem der Verwaltung bzw. des Verwaltungshandelns, muss dabei besonders berücksichtigt werden, hat sie doch das Eigenschaftsspektrum des Gegenstands der

10 Da ohnehin im gegenständlichen Beitrag nur als willkommener Mustersachverhalt von Bedeutung, wird davon ausgegangen, dass es sich bei den vieldiskutierten Druckerfestplatten auch wirklich um solche handelte – anderes anzunehmen, ist für Außenstehende gar nicht möglich. Zweifel daran wurden im Ibiza-Untersuchungsausschuss seitens der Opposition angemeldet. Vgl. Bericht des Untersuchungsausschusses betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkisch-blauen Bundesregierung [Ibiza-Untersuchungsausschuss], 1040 BlgNR 27. GP, 742 (17.9.2021), abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_01040/imfname_997220.pdf> (8.12.2021) und beispielsweise „Ibiza. Gekaufte Politik. Politischer Fraktionsbericht der sozialdemokratischen Parlamentsfraktion gem. 51 Abs. 3 Z 2 VO-UA zum Berichtsentwurf des Verfahrensrichters im Untersuchungsausschuss zur mutmaßlichen Käuflichkeit der türkisch-blauen Bundesregierung [Ibiza-Untersuchungsausschuss]“, 1040 BlgNR 27. GP, 44 f., abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_01040/imfname_997222.pdf> (8.12.2021). Eine einschlägige Anfragenbeantwortung des Bundeskanzleramtes in direkter Reaktion auf die „Schredder-Affäre“ geht davon aus, dass es ausschließlich um Druckerfestplatten aus Multifunktionsgeräten geht: Anfragebeantwortung durch die Bundeskanzlerin Dr. Brigitte Bierlein zu der schriftlichen Anfrage (4016/J) der Abgeordneten Dr. Stephanie Krisper, Kolleginnen und Kollegen an die Bundeskanzlerin betreffend „Schredder-Gate“ im BKA (BKA-353.110/0082-III/2019), 3795/AB vom 26.8.2019 zu 4016/J 26. GP, abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/AB/AB_03795/imfname_764452.pdf> (8.12.2021).

11 Zum Lebenszykluskonzept im Records Management siehe *Toebak*, Records Management (2007) 62 f.; Grundlage: ISO 15489-1:2016(E), Information and documentation – Records management (2016) 16 ff.; siehe zur ISO 15489 *Weber*, Records Management nach ISO 15489. Einführung und Anleitung (2018) 33 ff.

Archivierung maßgeblich erweitert.¹² Hier ist zu bedenken, inwieweit die fortschreitende Digitalisierung etablierte, gesetzlich gefasste Konzepte herausfordert.¹³

I. Archivierung und ihr Gegenstand

Mittlerweile sind in Österreich zehn Archivgesetze in Geltung, jenes des Bundes und neun Archivgesetze der österreichischen Bundesländer. Der sachliche Geltungsbereich dieser Gesetze wird regelmäßig zu Beginn dieser Rechtsnormen ausgewiesen.¹⁴ In fünf von zehn dieser Gesetze werden an dieser Stelle vom Gesetzgeber jeweils zwei Begriffe verwendet: „Archivierung“ (bzw. „Archivieren“) und „Archivgut“. Sehr knapp präzisiert der Gesetzgeber Niederösterreichs in § 2 Abs 1 NÖ AG in diesem Sinn: „Dieses Gesetz regelt die Archivierung und Nutzung von Archivgut im Land Niederösterreich“.¹⁵ In neun von zehn Gesetzen bleiben die für die Archivgesetze so zentralen Begriffe „Archivierung“

12 Siehe dazu grundsätzlich *Kramski*, Digitale Dokumente im Archiv, in: Lepper/Raulff (Hg), *Handbuch Archiv. Geschichte, Aufgaben, Perspektiven* (2016) 178. *Keller-Marxer*, Blockchains als Herausforderung für das Records Management, in: Knoch-Mund/Reimer/Roth-Lochner (Hg), *Arbeiten aus dem Master of Advanced Studies in Archival, Library and Information Science, 2014–2016* (2018) 268 (275) fasst diese Eigenschaften digitaler Unterlagen kompakt zusammen. Hervorgehoben seien: Beliebig häufige, bit-identische Vervielfältigungsmöglichkeit, Unabhängigkeit von Information und -träger, Auseinanderfallen von Aufzeichnungsform (Speicherung) und Darstellungsform (*rendering*), Fragilität der technischen Integrität, ggf überhaupt Ermangelung einer fixen Darstellungsform (Stichwort Datenbanken).

13 Siehe zu Entwicklung und Reform des deutschen Archivrechts vor dem Hintergrund der Digitalisierung *Berger*, Öffentliche Archive und staatliches Wissen. Die Modernisierung des deutschen Archivrechts (2019) 251 ff; siehe zuletzt aus archivwissenschaftlicher Perspektive *Unger*, Vom Archival zum Archival Information Package. Digitales Archivgut als Herausforderung für die Archivwissenschaft, *AZ* 97 (2021), 129.

14 Den sachlichen Geltungsbereich von Archivgesetzen habe ich an anderer Stelle wie folgt versucht zu umreißen: „a) Die Zuständigkeiten zur Archivierung (Aufgaben und Aufgabenbereiche der Archive inklusive dem Kommunalarchivwesen) und die organisatorischen Rahmenbedingungen, b) der Prozess der Archivierung, c) der Gegenstand der Archivierung und d) der Zugang zu Archivgut (Archivbenutzung)“, aus *Wührer*, Die Auswahl des Essentiellen. Archivrechtliche Grundlagen für die archivistische Bewertung in Österreichischen Archivgesetzen, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018) 83 (85).

15 In den Archivgesetzen Vorarlbergs, Wiens und Tirols wird anstelle der Archivierung von der „Sicherung“ von Archivgut gesprochen (§ 1 Abs 1 TAG; § 1 V-AG; § 1 Abs 1 Wr.ArchG), in Kärnten wird anstelle von „Archivgut“ bei der Ausweisung des Geltungsbereichs sinngemäß von erhaltungswürdigem Schriftgut gesprochen (§ 1 Abs 1 K-LAG).

und „Archivgut“ nicht unbestimmt, sondern werden mittels Legaldefinition präzisiert.¹⁶

Bei der genaueren Analyse der angesprochenen Legaldefinitionen wird deutlich, dass a) beide Begriffe in ursächlicher Beziehung zueinander stehen, b) in den jeweiligen Legaldefinitionen wiederum mit vielen, letztendlich unbestimmten Gesetzesbegriffen operiert wird bzw c) auf weitere legal definierte Begriffe verwiesen wird. Hinsichtlich der „Archivierung“ soll die Legaldefinition aus dem Steiermärkischen Archivgesetz als repräsentatives Exempel¹⁷ herangezogen werden: „Archivierung: das Erfassen, Bewerten, Übernehmen, Ordnen, dauerhafte Verwahren oder Speichern, Erhalten, Restaurieren, Erschließen, Nutzbarmachen und Bereitstellen von Archivgut.“¹⁸ „Die Archivierung“ bzw „das Archivieren“ muss demgemäß als Zusammenspiel aber auch Abfolge von typischen Tätigkeiten begriffen werden. Jede dieser Handlungen ist für sich wiederum auslegungsbedürftig – manche Tätigkeit wird in den Gesetzen näher ausgeführt,¹⁹ manches mag aus dem allgemeinen Sprachgebrauch heraus verständlich sein, etliche Begriffe müssen einer fachspezifischen Begriffsverwendung zugerechnet werden. Für die Zwecke dieses Beitrags ist vorerst nur hervorzuheben, dass Archivierung als Prozess verstanden werden muss (**Archivierungsprozess**);²⁰ und wenn man nun den Blick auf den Bedeutungsgehalt von „Archivgut“ richtet, wird auch klarer, a) welche Folgen der Archivierungsprozess entlang seiner Durchführung hat und b) warum er nicht zuletzt aufgrund dieser Auswirkung in ursächlichen Zusammenhang mit „seinem“ Objekt steht.

Wieder exemplarisch: „Archivgut sind archivwürdige Unterlagen“.²¹ Manche österreichische Archivgesetze haben komplexere Legaldefini-

16 Nur im Archivgesetz Vorarlbergs wird zwar Archivgut, aber „Archivierung“ nicht innerhalb der Begriffsbestimmungen berücksichtigt (vgl § 3 Abs 1 V-AG). Der Begriff selbst wird aber sowohl im Gesetzestext, als auch in den Gesetzesmaterialien verwendet, wo er auch näher erläutert wird (Bericht RV 85/2015 BgLT 30. GP zu § 3 Abs 1 lit b: „Archivierung bedeutet Sicherung/Schutz des Dokumentes durch die archivierungspflichtige Stelle“).

17 Im Vergleich jener neun österreichischen Archivgesetze, die eine einschlägige Legaldefinition aufweisen, fallen Unterschiede auf. Es handelt sich um Nuancen, deren Analyse hinsichtlich Gründe und Folgen lohnenswert wäre, aber für die hier verfolgten Zwecke nicht bedeutend ist.

18 § 2 Z 7 StAG.

19 Einige dieser Begriffe dienen als Kapitel- oder Paragrafenüberschriften und werden in den betreffenden Teilen des jeweiligen Gesetzes zwar dadurch nicht formal definiert, aber doch mit mehr Bedeutung versehen.

20 Vgl Toebak, Records Management 63.

21 § 3 Z 2 Wr.ArchG.

tionen aufzuweisen – im Kern läuft es aber auf diese „knappste“ Definitionsvariante hinaus. Somit ist man mit den nächsten beiden Begriffen konfrontiert, für deren Auslegung man aber in acht von zehn Archivgesetzen auf weitere Legaldefinitionen zurückgreifen kann.²² Die Begriffsbestimmungen betreffend die Archivwürdigkeit sind für die Beurteilung/Feststellung der Archivwürdigkeit von Unterlagen von zentraler Bedeutung und gehören zum Prozessschritt der archivischen Bewertung als zentrale Kompetenz der archivierungspflichtigen Stellen, beispielsweise der Landesarchive und des Österreichischen Staatsarchivs und aller Kommunalarchive, um die öffentlichen Archive der Gebietskörperschaften anzusprechen. Die Zuschreibung der Qualität „archivwürdig“ im Rahmen der archivischen Bewertung ist eine Bedingung, dass Unterlagen als Archivgut anzusehen sind. Auf die archivische Bewertung, die – wollte man die gesamtösterreichische Situation beschreiben – mit diversen Implikationen auf gesetzlicher bzw untergesetzlicher Ebene und anderen Verwerfungen aufwarten kann – ist aber hier nicht im Detail einzugehen.²³

Fokussiert werden soll hier auf den zweiten Bestandteil der Archivgut-Definition, den Unterlagenbegriff. Er stellt nämlich genauso eine Bedingung für den „Qualitätszuwachs“ – Unterlagen werden Archivgut – dar, bestimmt er doch schon vorab, was überhaupt Gegenstand des Archivierungsprozesses und damit überhaupt als archivwürdig qualifiziert werden kann.²⁴

Das Vorarlberger Archivgesetz weist keine separate Legaldefinition von „Archivwürdigkeit“ auf, integriert diese aber ohne abweichende Konsequenzen für den Archivierungsprozess in jene des Archivguts.²⁵ Zudem verwendet der Gesetzgeber in Vorarlberg unter dem Eindruck der Informationsweiterverwendung – dementsprechend eher spät im Vergleich zu anderen österreichischen Archivgesetzen ist das Vorarlberger Archivgesetz verabschiedet worden – anstelle des Begriffs „Unterlage“ den Begriff „Dokument“.²⁶

22 Auf die Archivgesetze Vorarlbergs und des Bundes muss deswegen gesondert eingegangen werden.

23 Siehe im Detail Wührer, Auswahl 83 ff; Becker, Bewertungshoheit – Bewertungskompetenz, in: Becker/Rehm (Hg), Archivrecht für die Praxis. Ein Handbuch (2017) 58.

24 Berger, Archive 272. Vgl Günther, Archive und Verwaltung oder: Über die Grenzen des Archivrechts, in: FS Polley (2014) 195 (206); Becker, Bewertungshoheit 59 ff.

25 § 3 Abs 1 lit b V-AG: „Archivgut: jedes Dokument, das auf Grund seiner rechtlichen, administrativen, politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder kulturellen Bedeutung für eine authentische Überlieferung wichtig ist.“

26 § 3 Abs 1 lit a V-AG; Bericht RV 85/2015 BlgLT 30. GP zu § 3 Abs 1 lit a.

Im Bundesarchivgesetz ist die Situation aufgrund der Verquickung des Bundesarchiv- mit dem Denkmalschutzgesetz etwas komplexer – doch kommt man mittels Gesamtschau auf beide Gesetze letztendlich für den hier verfolgten Zweck zur selben Ausgangssituation: „Archivgut“ sind gemäß § 2 Z 3 iVm Z 1 B-AG unter Denkmalschutz stehende „Archivalien“ im Verständnis nach § 25 Abs 1 DMSG. In § 25 Abs 1 DMSG findet man nun materiell die Umschreibung für „Archivwürdigkeit“ in Kombination mit unter anderem Schriftgut, das in § 25 Abs 2 DMSG legal definiert ist. Aufgrund der Rolle, die Schriftgut im Archivierungsprozess des Bundes zukommt, kann man den Schriftgutbegriff des Bundesarchivgesetzes dem Unterlagenbegriff der anderen Archivgesetze gleichsetzen.²⁷

Im Ergebnis ist man in österreichischen Archivgesetzen mit zehn Legaldefinition für das Objekt der Archivierung **vor** der endgültigen Feststellung der Archivwürdigkeit konfrontiert. Um diese letztendlich vom Ablauf des Archivierungsprozesses abhängige Benennung des Objekts der Archivierung zu verdeutlichen, verwende ich die Begriffsschöpfung des „archivischen Substrats“,²⁸ für die Benennung des unbewerteten archivischen Substrats synonym den Begriff „Unterlage“, der in den österreichischen Archivgesetzen mehrheitlich verwendet wird. Nach Gruppen (und in etwa chronologisch nach Inkrafttreten) können folgende Ausprägungen festgestellt werden:²⁹

Kärnten³⁰

„Unterlagen: **Schrift-, Bild- und Tonschriftgut**, wie Handschriften, Urkunden, Akten und sonstige Schriftstücke, Karten, Pläne, Siegel, Amtsdrukschriften, **Bild-, Film- und Tonmaterial, sonstige Datenträger sowie Dateien** einschließlich der Hilfsmittel für deren Erfassung, Ordnung, Verwaltung, Benützung, Nutzbarmachung und Auswertung.“

27 Die angesprochene Verquickung von Bundesarchivgesetz und Denkmalschutzgesetz wirft darüber hinaus aber einige Fragen auf, die zu behandeln hier aber nicht Gegenstand sein kann.

28 Wührer, Auswahl 85.

29 Hervorhebungen mittels Fettdruck jeweils durch den Autor.

30 § 3 lit b K-LAG.

Bund

§ 2 Z 2 B-AG: „Schriftgut gemäß § 25 Abs. 2 des Denkmalschutzgesetzes, **ausgenommen persönliche Unterlagen wie beispielsweise Aufzeichnungen und Notizen.**“

§ 25 Abs 2 DMSG: „Schriftgut sind **schriftlich geführte oder auf elektronischen Informationsträgern gespeicherte Aufzeichnungen aller Art** wie Schreiben und Urkunden samt den damit in Zusammenhang stehenden Karten, Plänen, Zeichnungen, Siegel, Stempel mit deren Anlagen einschließlich der Programme, Karteien, Ordnungen und Verfahren, um das Schriftgut auswerten zu können.“

Wien³¹

„Unterlagen: Unterlagen sind **alle aufgezeichneten Informationen**, wie Schrift-, Bild- und Tonaufzeichnungen, **unabhängig vom Informationsträger**, sowie alle Hilfsmittel und ergänzenden Daten, die für das Verständnis dieser Informationen, deren Nutzung und Auswertung notwendig sind.“

Oberösterreich,³² **Salzburg,**³³ **Tirol**³⁴

„Unterlagen: [sind] **alle analog oder digital aufgezeichneten Informationen** (Schrift-, Bild- und Tonaufzeichnungen) sowie alle Findmittel.“

Niederösterreich³⁵

„Unterlagen: **Schrift-, Bild-, Film-, Video-, Ton- und maschinenlesbares Datenmaterial sowie Datenträger im weitesten Sinn, unabhängig von der Art der Datenerfassung (analog oder digital)**, inklusive aller Hilfsmittel zur Erfassung, Ordnung, Beschreibung, Verwaltung, Verwahrung und Nutzung sowie des ergänzenden Datenmaterials, das für das Ver-

31 § 3 Z 1 Wr.ArchG.

32 § 2 Abs 1 Z 10 OÖ-AG.

33 § 2 Z 10 S-AG.

34 § 3 Abs 9 TAG.

35 § 3 Z 17 NÖ AG.

ständnis dieser Informationen, deren Nutzung und Auswertung notwendig ist.“

Steiermark³⁶, Burgenland³⁷

„Unterlage: **jede Darstellung eines Inhaltes unabhängig von der Form des Datenträgers** (Schrift-, Bild- und Tonaufzeichnungen) sowie Findmittel.“

Vorarlberg³⁸

„Dokument: **jede Darstellung eines Inhaltes unabhängig von der Form des Datenträgers** (auf Papier oder in elektronischer Form, Ton-, Bild- oder audiovisuelles Material); dazu gehören auch alle Hilfsmittel, die für das Verständnis und den Zugang nötig sind.“

Sind in allen Legaldefinitionen digitale Aufzeichnungsformen (bereits) berücksichtigt, unterscheiden sie sich typologisch vor allem durch mehr oder weniger ins Detail gehende Anführungen von Regelbeispielen, die aber niemals abschließend zu verstehen sind. Auffällig ist, dass der Bund alleine auf Schriftgut abzielt und damit Aufzeichnungen von Ton und Bild sowie audiovisueller Information außer Acht lässt.³⁹ Für die heutige Zeit tauglicher erscheinen jene Legaldefinitionen, die grundsätzlich einmal auf „aufgezeichnete Information“ abstellen und so zunächst sicherstellen, dass jede Art von Information im

36 § 2 Z 4 StAG.

37 § 3 Z 6 Bgld ArchivG.

38 § 3 Abs 1 lit a V-AG.

39 Via Anbietungspflicht wird im Bundesarchivrecht konsequent nur „Schriftgut“ in den Archivierungsprozess eingeleitet (§ 5 Abs 1–3 B-AG). Der Archivalienbegriff gemäß § 25 Abs 1 Denkmalschutzgesetz berücksichtigt „[...] zu dokumentarischen Zwecken oder zur Information der Öffentlichkeit hergestelltes Bild-, Film-, Video- und Tonmaterial [...]“ sehr wohl. In § 5 Abs 8 B-AG ist dann zwar wiederum von der Anbietung von „Archivgut in Form von Bild-, Film-, Video- und Tonmaterial [...]“ die Rede, angeboten wird aber wohlgemerkt bereits Archivgut – wer den Archivgutcharakter hier feststellt, ist nicht geregelt (zur Übernahme anzubieten und damit vom Österreichischen Staatsarchiv zu bewerten ist ausschließlich „Schriftgut“ – vgl §§ 5 Abs 1 und 6 Abs 1–2 B-AG). Gemäß § 3 Abs 4 B-AG kann der Bundeskanzler für die Archivierung von Archivgut, das „[...] in Form von Bild-, Film-, Video- und Tonmaterial angefallen [...] ist“, durch Vertrag geeignete Einrichtungen für die fachgerechte Archivierung heranziehen. Die Zusammenschau verdeutlicht, dass der Bundesgesetzgeber Archivgut dieser Ausprägung nicht dem standardmäßigen Archivierungsprozess unterwerfen wollte, der „bloßem“ Schriftgut vorbehalten ist.

Anwendungsbereich eines Archivgesetzes potentiell überliefert werden kann.⁴⁰

II. Entstehung und Anfall des archivischen Substrats

Archivgesetze legen nun fest, dass definierte, anbieterpflichtige Stellen, um auf den jeweiligen Haupttatbestand zu fokussieren, gegenüber einer archivierungspflichtigen Stelle (Archiv) ihre Unterlagen zur Bewertung anbieten und in weiterer Folge, bei festgestellter Archivwürdigkeit, zur dauernden Aufbewahrung übergeben müssen.⁴¹

Exemplarisch sei die einschlägige Rechtsnorm in § 6 Abs 1 des Vorarlberger Archivgesetzes angeführt: „Die [...] genannten Behörden, Einrichtungen und Personen müssen die Dokumente, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ständig benötigen, nach spätestens 20 Jahren dem Landesarchiv zur Übernahme anbieten. [...]“ Angesichts der zunächst idealerweise „allumfassenden“ Legaldefinition des unbewerteten archivischen Substrats kommt es bei der Ausgestaltung der Anbietung zu einer quantitativen – und auch qualitativen – „Einhegung“ der Information. Anzubieten sind zunächst nämlich – in konkretem Fall – „Dokumente“, die „archivreif“ sind. Die Archivreife⁴² ergibt sich aus der – nun in Zusammenschau der einschlägigen Bestimmungen – kumulativen Verknüpfung folgender Tatbestandselemente:

- Unterlagen werden bei der anbieterpflichtigen Stelle (zur Erfüllung ihrer Aufgaben) **nicht mehr ständig** benötigt, für diese Stelle sozusagen obsolet und entbehrlich („Unterlagen-Obsoleszenz“).
- Eine in Organisationsvorschriften vorgegebene oder (Auffangtatbestand) eine im Archivgesetz vorgegebene Maximalfrist (20/30 Jahre) ist abgelaufen.

Die archivgesetzlichen Regelungen, wann der Zeitpunkt der Archivreife erreicht ist, sehen einen der Verwaltungspraxis geschuldeten Spielraum

40 Vgl mit Analyse und Schlussfolgerung für das deutsche Archivrecht *Berger, Archive* 272 ff.

41 Für Deutschland *Manegold, Archivrecht. Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG (2002)* 192 ff; *Berger, Archive* 188 ff.

42 *Unger, AZ* 97 (2021), 132 f.

vor.⁴³ Dass diese Bestimmungen hinsichtlich ihrer Praxistauglichkeit angreifbar sind, sei hier erwähnt,⁴⁴ kann aber nicht weiter ausgeführt werden.

Soweit zum Prozessschritt der Anbietung; weniger aus der bloßen Lektüre des Gesetzestexts, mehr aus der archivischen Praxis heraus drängt sich jedoch eine Frage auf, die unter dem Eindruck der Digitalisierung noch virulenter wird: Der jeweilige Archivgesetzgeber scheint nämlich davon auszugehen, dass allen Beteiligten am Archivierungsprozess klar ist, dass Unterlagen angefallen sind, zu einem bestimmten Zeitpunkt Archivreife erlangt haben und deshalb anzubieten sind. Die eingangs erwähnten Verwerfungen lassen aber erkennen, dass genau hier ein Schwachpunkt im archivgesetzlich eingerichteten Archivierungsprozess festzustellen ist. Für Deutschland konstatiert *Andreas Berger*, dass die digitale Informationsverarbeitung bei den anbietungspflichtigen Stellen die „Nicht-Anbietung“ fördere.⁴⁵

Zu analysieren ist deshalb in weiterer Folge mit Fokus auf digitale Unterlagen, inwieweit die archivgesetzlichen Legaldefinitionen des unbewerteten archivischen Substrats im Archivierungsprozess operationalisierbar sind. Trotz augenscheinlicher Unterschiede wird man zunächst folgende Essenz aus den Legaldefinitionen festhalten können:

- a) Alle Gesetzgeber sind um Technologieneutralität bemüht – auf den Informationsträger kommt es nicht an und auch nicht auf die Art der Informationsmanifestation (analog oder digital).
- b) Eine Einschränkung auf bestimmte „Unterlagengattungen“ ist nicht intendiert – dahingehende Konkretisierungen sind als demonstrative und nicht taxative Aufzählungen zu werten. Nur die Schriftgutdefinition des Denkmalschutz-/und damit auch Bundesarchivgesetzes zielt alleine auf „schriftliche Aufzeichnungen“ ab, schließt damit beispielsweise Bild- und Tonaufzeichnung aus, und schränkt den Schriftgutbegriff noch weiter ein, indem „[...] persönliche Unterlagen wie beispielsweise Aufzeichnungen und Notizen“ deziert vom Schriftgutbegriff ausgenommen werden.

43 Das für die deutsche Rechtslage gezogene Fazit, dass aus diesen Bestimmungen keine materiell-rechtlichen Ansprüche der öffentlichen Archive zur Anbietung von Unterlagen erwachsen, wird auch für die österreichischen Verhältnisse zutreffen. Vgl *Günther*, *Archive* 204 ff; *Berger*, *Archive* 189 ff.

44 Die Feststellung der Unterlagen-Obsoleszenz (Wann wird etwas nicht mehr ständig benötigt?) sei als Kernproblem angeführt.

45 *Berger*, *Archive* 276.

- c) Auch wenn bei genauerer Betrachtung – aus einem gegenüber dem historischen Gesetzgeber mittlerweile wohl auch dahingehend sensibilisiertem Verständnis – begriffliche Inkonsistenz auszumachen ist, kann man folgende Feststellung versuchen: Notwendigerweise – das ergibt sich aus dem allgemeinen Sprachverständnis – ist das unbewertete archivische Substrat als Unterlage⁴⁶/Dokument/Schriftgut eine ...
1. Information/Inhalt, manifestiert in Form von ...
 2. digitaler/analoger Aufzeichnung/Darstellung von Schrift/Bild/Ton auf ...
 3. „Trägern“, „Material“, jedenfalls etwas permanentem oder zeitweise Körperlichem, was durch die Anfügung von „-gut“ (Schrift-„Gut“) zum Ausdruck kommen mag.

Unter dem Eindruck der Digitalisierung muss man sich vor Augen führen, dass die Legaldefinitionen im Kern dem Schema **Information – Informationsmanifestation**⁴⁷ – **Informationsträger** folgen: Information kann nur archiviert werden, wenn eine kontrollierbare Manifestation der Information als Fixierung derselben vorliegt, denn weder geformte Schall- noch Lichtwellen, momentane Signale wie elektrische Ladungen aller Art etc. lassen sich archivieren, wenn nicht eine archivierbare (archivfähige) Informationsmanifestation vorliegt. „Archivfähig“ meint dabei grundlegend die Möglichkeit, dass die Manifestation dauerhaft mit einem Träger verbunden ist oder zumindest zeitweise aber kontrollierbar⁴⁸ verbunden werden kann.⁴⁹

⁴⁶ „Unterlage“ als etwas „Niedergelegtes“.

⁴⁷ Synonym kann der in der Rechtswissenschaft gebräuchlichere Begriff der „Informationsverkörperung“ verwendet werden, vgl. *Schoch*, § 2 IFG, in: ders. (Hg.), *Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar*² (2016) Rz 25. Geläufig weil notwendig ist der Begriff der Verkörperung auch im Immaterialgüterrecht. Im Urheberrecht spricht man von „Werkverkörperungen“, siehe dazu beispielsweise *Toms*, § 20 UrhG, in: *Kucsko/Handig* (Hg.), *urheber.recht*², Rz 8 (Stand 1.4.2017, rdb.at) und konsequenterweise auch im Recht zum Dateneigentum („Datenverkörperungen“), siehe hierzu *Klammer*, *Dateneigentum. Das Sachenrecht der Daten* (2019) Rz 26 ff.

⁴⁸ Die verlustfreie Übertragbarkeit der Informationsmanifestation auf andere Informationsträger bei digitalen Unterlagen ist ein wesentliches Charakteristikum digitaler Unterlagen. Siehe dazu grundsätzlich *Kramski*, *Dokumente* 179 ff.

⁴⁹ Es geht also weniger um die Beschreibung einer für die Zwecke der Archivierung genau digitaler Unterlagen angestrebten, bestimmten technischen Ausprägung einer Informationsmanifestation. Die Archivfähigkeit darf nicht als Kriterium und Bedingung für die Archivierbarkeit archivwürdiger Unterlagen verstanden werden. Vgl. *Miegel/Schieber/Schmidt*, *Vom richtigen Umgang mit kreativen digitalen Ablagen*, in: *Naumann/Puchta* (Hg.), *Kreative digitale Ablagen und die Archive* (2017) 7 (8); kritisch zum Konzept der Archivfähigkeit als Bewertungskriterium *Unger*, *AZ* 97 (2021), 134 f.

Dem Informationsbegriff an sich ist schwierig beizukommen. Sinnvollerweise muss man Rainer Kuhlen folgen, wenn er selbst eine Aussage von Gernot Wersig, einem weiteren deutschen Informationswissenschaftler, bemüht: „Informationsbegriffe gibt es nahezu so viele, wie es Autoren gibt, die darüber schreiben“.⁵⁰ Somit wird auch hier kein weiterer dahingehender Versuch unternommen, geht es doch darum zu sehen, welche Konsequenzen die gesetzlichen Definitionskonzepte für den Archivierungsprozess haben. Es lohnt jedenfalls, sich zunächst die informationswissenschaftliche Annäherung an den Informationsbegriff vor Augen zu führen: „Information im philosophischen Sinne ist ein in (symbol)sprachlicher Form dargestellter mentaler/begrifflicher Ausdruck mit bestimmter (lebensweltbezogener) inhaltlicher Bedeutung, der mit Trägermedien verbunden zur (raum-zeitlichen) Übermittlung seines Bedeutungsgehaltes zwischen verstehensfähigen (menschlichen) Subjekten bestimmt ist. Information hat damit eine triadische Struktur: Sender/Empfänger-Relation (Interpreten), inhaltliche Bedeutung (Weltbezug), sprachliche/mediale-übermittlungsfähige Gestalt.“ Dieser Informationsbegriff ist ohne Referenz zum Wissensbegriff nicht zu begreifen: „Unter Wissen versteht man im Bewusstsein verfügbare Kenntnisse über Gegenstände, Sachverhalte, Personen, Ereignisse, Methoden, Regeln etc. [...]“, sodass sich Information pragmatischer auch als „Wissen in Aktion“ fassen lässt.⁵¹

Diese von der Informationswissenschaft ausgehende Annäherung an den Begriff der Information hilft im Kontext des archivgesetzlichen Unterlagenbegriffs dabei, den Brückenschlag zwischen Information und deren Aufzeichnung, also Informationsmanifestation, zu bewerkstelligen.⁵² Information ist, wenn sie aufgezeichnet und somit als Unter-

50 Kuhlen, Information – Informationswissenschaft, in: ders/Semar/Strauch (Hg), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation. Handbuch zur Einführung in die Informationswissenschaft und -praxis⁶ (2014) 1 (7).

51 Strauch, Information, in: Kuhlen/Seeger/Strauch (Hg), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation. Band 2: Glossar⁵ (2004) 3 (3 f).

52 Insofern passt diese Begriffsbildung auch sehr gut zum Unterlagenbegriff, der in den österreichischen Archivgesetzen grundgelegt wird. Dass sie zu sehr den Blick auf die Tatsache verstelle, dass Information auch gelagert und gespeichert werden können (Toebak, Records Management 41) kann hier nicht nachvollzogen werden.

lage manifestiert ist, als zweckgebundene Kommunikation fassbar und so auch kontextualisierbar.⁵³

Diese abstrakte Annäherung lädt auch zu einem Vergleich mit Informationsbegriffen ein, welche die Gesetzgebung hervorzubringen vermag: Sowohl der Ansatz in § 2 Abs 1 dtIFG, amtliche Information als „jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Entwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen, gehören nicht dazu“,⁵⁴ als auch die Herangehensweise im Ministerialentwurf für ein österreichisches Informationsfreiheitsgesetz⁵⁵ (§ 2 Abs 1 IFG: „Information im Sinne dieses Bundesgesetzes ist jede amtlichen oder unternehmerischen Zwecken dienende Aufzeichnung im Wirkungsbereich eines Organs, [...] unabhängig von der Form, in der sie vorhanden und verfügbar ist“⁵⁶) verkürzen einerseits unzweckmäßig, verunklären andererseits das ohnehin schillernde Bedeutungsspektrum des Begriffs.⁵⁷

Will der Gesetzgeber „Information“ auf eine bestimmte Ausprägung einer Informationsmanifestation („Aufzeichnung“) beschränken,⁵⁸ dann wäre es zwecks Einheitlichkeitswahrung der österreichischen Gesamtrechtsordnung⁵⁹ stringenter, vorhandene Gesetzesbegriffe – beispielsweise den Unterlagen-/Dokumentenbegriff der Archivgesetze – zu be-

53 Eine konzeptionelle Nähe der „Informationsmanifestation“ zum „Informationsobjekt“ des für die digitale Archivierung maßgeblichen OAIS-Referenzmodells, ISO 14721:2012(E), liegt nahe. Vgl die OAIS-Terminologie in deutscher Übersetzung in Schimpf, Das OAIS-Modell für die Langzeitarchivierung. Anwendung der ISO 14721 in Bibliotheken und Archiven (2014) 49 ff. Die Kompatibilität des hier aus archivrechtlicher Perspektive entwickelten Konzepts mit dem Informationsmodell nach ISO 14721 wurde in Rahmen dieses Beitrags nicht geprüft, sodass von einer begrifflichen Gleichsetzung Abstand genommen wurde. Für diesen wertvollen Hinweis danke ich Maria Benauer, BA MSc (Institut für Österreichische Geschichtsforschung, Universität Wien).

54 Zum Informationsbegriff im dtIFG Schoch, § 2 Rz 6, 10 und 90.

55 Zum Informationsbegriff im angesprochenen Ministerialentwurf Lehne/Weismann, Auf dem Weg zur Informationsfreiheit? Das Recht auf Zugang zu amtlichem Wissen und seine Reform, ÖJZ 76 (2021), 1022 (1025 f).

56 95/ME 27. GP.

57 Kritik zum Informationsbegriff im deutschen Informationsfreiheitsgesetz Schoch, § 2 Rz 6 und 90.

58 In den Erl 95/ME 27. GP, 5 (zu § 2 IFG) wird mit der Formulierung „Aufzeichnung (Dokument, Akt)“ noch dazu eine nächste Verkürzung, nämlich jene des Begriffs der Aufzeichnung angedeutet.

59 Siehe einen ähnlichen Befund betreffend die deutsche Bundesgesetzgebung Schoch, § 2 Rz 10.

mühen, auch wenn diese für sich noch genug Interpretationsspielraum lassen.⁶⁰

Nicht zu den Akten zu nehmende „Entwürfe“ und „Notizen“ dem Informationsbegriff zu entziehen, wiewohl über diese ja genauso gut und berechtigterweise informiert werden kann bzw hier Information vorliegt⁶¹ – diesem Beispiel ist man im österreichischen Gesetzesentwurf, zumindest im Gesetzestext – nicht gefolgt, spricht aber in den Erläuterungen ähnlich unbeholfen von „noch nicht fertige[n] Informationen“ und ebenfalls von „persönliche[n] Aufzeichnungen“ sowie „Vorentwürfe[n]“ – sei es zum ausschließlichen Zweck der persönlichen Verwendung oder in einem Vorstadium und zum ausschließlichen Zweck der internen Entscheidungsfindung –, um anscheinend einen Graubereich zwischen vorhandenem Wissen, über das nicht informiert werden muss, und nicht nötiger Informationsbeschaffung und Wissensbildung (Information müsse „bereits vorhanden und verfügbar sein“) auszu-leuchten.⁶²

Information jedenfalls nach dem Verständnis des hier vorgestellten, dynamischen Informationsbegriffs verlangt nach Aufzeichnung, um als Informationsmanifestation dem archivgesetzlichen Unterlagenbegriff zu unterliegen. Gerade im Fall von genuin digitalen Unterlagen ist es notwendig, den Informations- mit dem Datenbegriff in Verbindung zu setzen. Daten, oder synonym „Messdaten“, sind gemessene Einheiten (Zeicheneinheiten), die nach einem geregelten Zeichensystem dargestellt/gespeichert werden. Daten bedeuten für sich genommen nichts, tragen aber das Potenzial in sich, zu Information zu werden, denn Information kann auch als „Daten im Kontext“⁶³ verstanden werden.⁶⁴ Unbeobachtet halten Daten „als kleinste, noch sinnvolle Einheiten Sachverhalte“ fest, sind an sich aber „objektiv und neutral“.⁶⁵ Auch Daten sind wie Informationen erst mittels Datenverkörperungen wahrnehm-

60 Lehne/Weismann, ÖJZ 76 (2021), 1022 sehen in der Heranziehung des Aufzeichnungsbegriffs in der Legaldefinition den „formellen“ Gehalt der Information, problematisieren dies aber nicht weiter.

61 Schoch, § 2 Rz 6.

62 Erl 95/ME 27. GP, 5 (zu § 2 IFG). Sowohl für Deutschland, Schoch, § 3 IFG, in: ders (Hg), Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar² (2016) Rz 6, als auch in Bezug auf die Regelung im österreichischen Ministerialentwurf, Lehne/Weismann, ÖJZ 76 (2021), 1026, wird darauf hingewiesen, dass gerade über Entscheidungsfindungsprozesse sehr wohl informiert werden kann und hier eine regelungstechnische Schwäche vorliegt.

63 Toebak, Records Management 40.

64 Kuhlen, Information, in: ders/Seeger/Strauch (Hg), Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation. Band 1: Handbuch zur Einführung in die Informationswissenschaft und -praxis⁵ (2004) 3 (12).

65 Toebak, Records Management 41.

bar und auf permanenten oder nicht permanenten Datenträgern eben flüchtig oder dauerhaft enthalten⁶⁶ – gleichzusetzen sind diese Begriffssysteme aber nicht, wiewohl die Grenzziehung aufgrund der ubiquitären Verwendung der Begriffe schwierig ist.⁶⁷

Die Konsequenz der vorgeschlagenen Begriffsverwendung ist, dass „bloße“ Daten mangels Qualifikation als „Unterlage“ aus dem Archivierungsprozess auszuschließen sind. Klimamesswerte und Aufzeichnungen einer Überwachungskamera, „systemverwaltete Daten“⁶⁸, also insgesamt Daten, die durch den Gebrauch von Software bzw softwaregesteuerten Geräten zwar nicht zufällig aber beiläufig erstellt (technische Logs, Anwendungsprotokolle)⁶⁹ oder ohne laufendes menschliches Zutun aggregiert werden – solche Daten können jederzeit überschrieben oder gelöscht werden, ohne dass sie vorab als archivreife Unterlagen in den Archivierungsprozess einzuleiten sind. Werden derartige Daten aber aus Gründen eines Informationsinteresses ausgelesen, beispielsweise weil mithilfe einer Aufzeichnung einer Überwachungskamera ein Diebstahl aufgeklärt oder durch Analyse von Logdaten eine missbräuchliche Programmbedienung festgestellt werden soll, entsteht Information und in der Regel auch eine archivfähige Manifestation, eine Unterlage.

Darüber hinaus enthalten die archivgesetzlichen Legaldefinitionen des unbewerteten archivischen Substrats – jene im Bundesarchivgesetz ausgenommen – regelmäßig keine weiteren Anhaltspunkte, um bestimmte Informationsmanifestationen von vornherein aus dem Archivierungsprozess auszuschließen. Aus archivarischer Perspektive ist dies zunächst zu begrüßen, stünde doch so für die archivische Überlieferungsbildung die größtmögliche Menge an Unterlagen, die auf ihre

66 Klammer, Dateneigentum Rz 20 ff.

67 Vgl auch die Begriffsdefinition innerhalb OAIS-Referenzmodells nach der deutschen Übersetzung in *Schrimpf*, OAIS-Modell 55 und 52: Information ist „[j]ede Art von Wissen, das ausgetauscht werden kann. Während des Austauschs wird es durch Daten repräsentiert. [...]“ und Daten sind „[e]ine in formalisierter Weise rückinterpretierbare Repräsentation von Information, die zur Kommunikation, Interpretation oder Verarbeitung geeignet ist.“

68 Anfragebeantwortung durch die Bundeskanzlerin Dr. *Brigitte Bierlein* zu der schriftlichen Anfrage (4016/J) der Abgeordneten Dr. *Stephanie Krisper*, Kolleginnen und Kollegen an die Bundeskanzlerin betreffend „Schredder-Gate“ im BKA (BKA-353.110/0082-IIM/2019), 3795/AB vom 26.8.2019 zu 4016/J 26. GP, abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/AB/AB_03795/imfname_764452.pdf> (8.12.2021). Festplatten von Multifunktionsgeräten („Druckerfestplatten“) enthalten beispielsweise derartige systemverwaltete Daten. Geläufig sind auch die Bezeichnungen „systemimmanente“ oder „Maschinendaten“.

69 Ich danke Mag. *Elke Wirthumer* (Amt der Oö. Landesregierung, Linz) für wertvolle Einsichten in diese Thematik.

Archivwürdigkeit hin geprüft werden kann, zur Verfügung. Tatsächlich ist diese Situation nicht wünschenswert. Die digitale Informationsverarbeitung begünstigt aufgrund der beliebig oft wiederholbaren Vervielfältigung der Information die intensive Aggregation von Manifestationen. Resultat ist nicht nur eine große Menge an Information, verarbeitet und vorgehalten in einer Vielzahl von Informationssträngen, in denen ähnliche oder gleiche Informationen in verschiedenen Verarbeitungskontexten, die verschiedene Manifestationen bedingen, festgehalten sind: E-Mails werden in E-Mail-Postfächern verwaltet und sind gleichzeitig Teil digitaler Verwaltungsakten, die in Dokumentenmanagementsystemen geführt werden; auch Sachverhalte, die als Datensätze in Fachanwendungen erfasst und verwaltet werden, finden Eingang in digitale Verwaltungsakten; ausgewählte Fotos einer umfangreichen Bild-datenbank werden auf einer Homepage als Pressefotos zur Verfügung gestellt.

In manchen österreichischen Archivgesetzen finden sich Bestimmungen, welche nun für den Archivierungsprozess nur eine **Teilmenge** von Unterlagen, nämlich die **anbietungspflichtigen Unterlagen** beachtlich machen und somit die zu beobachtende Informationsmenge reduzieren: Nur solche Unterlagen sind dann anzubieten, die für die „Erfüllung“/„Wahrnehmung“/„Besorgung“ der „Aufgaben“⁷⁰ nicht mehr benötigt werden, wobei es nun nicht um den Zeitpunkt der Anbietung (Archivreife), sondern um das Tatbestandsmerkmal der „Aufgabenwahrnehmung“ geht. Deutlichere Hinweise kann man alleine noch dem Archivgesetz Vorarlbergs entnehmen, wenn in § 4 Abs 1 V-AG von Dokumenten die Rede ist, welche „[...] die Besorgung ihrer [der anbietungspflichtigen Stellen] Aufgaben betreffen und der Nachvollziehbarkeit ihres Handelns dienen, [...]“. Der Unterlagenbegriff wird demnach vor allem auf verwaltungstypische Unterlagen bezogen, was in den Erläuterungen unter anderem mittels Anführungen von Beispielen verdeutlicht wird.⁷¹ Ausdrücklich muss an dieser aber Stelle darauf hingewiesen werden, dass auch ein auf diese Weise „reduzierter“ Unter-

70 § 2 Z 4 und § 5 Abs 1 B-AG; § 3 Z 4 und § 5 Abs 1 Bgld ArchivG; § 7 Abs 1 K-LAG; § 3 Z 5 und § 6 Abs 1 NÖ AG; § 2 Z 3 und 6, § 5 Abs 1 StAG; § 6 Abs 1 und § 7 Abs 1 V-AG. Die Archivgesetze Oberösterreichs, Salzburgs, Tirols und Wiens enthalten keine analogen Bestimmungen. In diesen Gesetzen ist aber jedenfalls auch vom Unterlagenanfall bei einschlägigen Stellen die Rede. Aus dieser verwaltungstechnischen Formulierung wird auch abgeleitet werden können, dass der aufgabentypische Unterlagenanfall gemeint ist.

71 Bericht RV 85/2015 BgLT 30. GP zu § 4: „Dokumente ohne Zusammenhang mit der Besorgung dieser Aufgaben unterliegen nicht der Aufbewahrungspflicht (z.B. allgemeine Unmutsäußerung eines Bürgers per E-Mail ohne Bezug zu einem bestimmten Verwaltungsverfahren oder zu einem behördlichen Handeln oder Unterlassen).“

lagenbegriff zu keiner Gleichsetzung mit einem formellen Aktenbegriff führt – bestenfalls könnte man von einem weiten, materiellen Aktenbegriff sprechen, der dadurch verwirklicht ist.⁷²

Effekt der Eingrenzung auf Unterlagen im Kontext der Aufgaben erledigung ist, dass Unterlagen mit Informationen **ausschließlich** privater Natur nicht dem Archivierungsprozess unterliegen.⁷³ Wie erwähnt enthält das Bundesarchivgesetz eine konkrete Bestimmung, in der legaldefinitiv bestimmt wird, dass gemäß § 2 Z 2 B-AG „persönliche Unterlagen wie beispielsweise Aufzeichnungen und Notizen“ nicht als Schriftgut (Unterlagen) anzusehen sind. Genauso auslegungsbedürftig wie die Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Aufgabenwahrnehmung ist auch die Bestimmung des Bundesgesetzgebers, die aber deswegen abzulehnen ist, da sie dem allgemeinen Verständnis von Schriftgut zuwiderläuft.

Die Reduktion des Unterlagenbegriffs auf den „aktenmäßigen“ Unterlagenanfall würde auch, trotz traditioneller Fokussierung der öffentlichen Archive auf diese Unterlagengattung,⁷⁴ dem Informationsspektrum, das in der Verwaltung anfällt, nicht (mehr) gerecht werden. Resultat wäre eine sehr einseitige archivische Überlieferungsbildung. Zu denken ist beispielsweise an Aufgabenbereiche, in denen immer eher weniger aktenbasiert, sondern bild- bzw datengestützt (Geodaten, Karten, Pläne, Fotos) gearbeitet wurde. Insofern ist zu beachten, dass untergesetzliche Normen wie Kanzlei- oder Büroordnungen zwar die aktenmäßige Informationsverarbeitung normieren, der Unterlagenbegriff – auch wenn er auf den Kontext der Aufgabenwahrnehmung fokussiert ist – jedoch eben nicht mit Akten (im formellen Sinn) gleichzusetzen ist, sondern ein weiteres Begriffsspektrum abdeckt. Kanzleiordnungen legen zwar fest, welche Informationen zu den Akten genommen werden müssen, doch ergibt sich daraus nicht, dass deswegen nicht veraktete aber anderweitig vorgehaltene oder veraktete Informationen, die noch in einem anderen Informationsstrang derselben Organisation manifestiert sind –

72 Zum Spanungsverhältnis materieller versus formeller Aktenbegriff siehe vor dem Hintergrund des deutschen Informationsfreiheitsgesetzes Schoch, § 2 Rz 26 ff; aus archivwissenschaftlicher Perspektive Unger/Schmalzl, Digitales Verwaltungshandeln nachvollziehbar archivieren oder: Was ist die (E)Akte? Archivar 73 (2020), 371 (374); für Österreich instruktiv die analogen Bestimmungen über Beweismittel im Rahmen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse, dargelegt im Handbuch zum Recht der Untersuchungsausschüsse im Nationalrat (2019), abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/ZUSD/PDF/Handbuch_zum_Recht_der_Untersuchungsausschuesse_im_Nationalrat.pdf> (27.2.2022).

73 „Privat“ ist jedenfalls restriktiv auszulegen; vgl vor dem Hintergrund des deutschen Informationsfreiheitsgesetzes Schoch, § 2 Rz 47 ff.

74 Unger/Schmalzl, Archivar 73 (2020), 374.

beispielsweise E-Mails sowohl in einem E-Mail-Account und als Akten-
teile –, für den Archivierungsprozess überhaupt oder aufgrund der Ver-
aktung unbeachtlich werden.

Für den Ablauf des Archivierungsprozesses ist weiters die tatsäch-
liche Anbietung der anbietungspflichtigen Unterlagen wesentlich. Der
Zeitpunkt der Anbietung ergibt sich aus der Archivreife von Unterlagen,
die regelmäßig dann gegeben ist, wenn Unterlagen „gealtert“ sind.⁷⁵
Dies setzt das Vorliegen eines zeitlichen Bezugspunkts voraus, auf den
Fristsetzungen aufsetzen und/oder zu dem qualitative Kriterien (Unter-
lagen-Obsoleszenz) in Relation gesetzt werden können. Dieser Bezugs-
punkt kann als Zeitpunkt des Unterlagenanfalls⁷⁶ festgemacht werden,
der je nach Unterlagengattung anders zu verorten ist, aber ausdrückt,
dass Manifestationen nach einer Phase der Erstellung und Bearbeitung,
in der sie in einem „Zustand der Veränderlichkeit [...] Informationen
aufnahmen“,⁷⁷ einen Punkt in ihrem Lebenszyklus erreichen, an dem
sie als abgeschlossen/fertiggestellt gelten müssen.

Bei punktuell entstehenden Unterlagen wie eine Digitalfotografie
wird der Zeitpunkt des Anfalls mit dem Entstehungszeitpunkt beinahe
zusammenfallen – ggf ist das Digitalfoto erst nach eine Phase der Nach-
bearbeitung endgültig angefallen. Bei aktenmäßig zusammengestellten
Unterlagen wie klassischen Verwaltungsakten muss der Anfallszeit-
punkt normiert werden – in Archivgesetzen umgesetzt sind zu diesem
Zweck der Zeitpunkt der letzten Aktenbearbeitung,⁷⁸ das Datum des
jüngsten enthaltenen Schriftstücks⁷⁹ oder der Jahresablauf nach der
letzten Aktenbearbeitung.⁸⁰ Fristenregelungen in Organisationsvor-
schriften – gemeint sind Büro-, Kanzlei-, Skartierordnungen und der-
gleichen – wird archivgesetzlich regelmäßig Geltungsvorrang einge-
räumt.⁸¹

75 Zur Archivreife als Bedingung für die Anbietung siehe weiter oben.

76 In den Archivgesetzen wird die Formulierung, dass Unterlagen „anfallen“, häufig
einschlägig verwendet. Siehe beispielsweise § 2 Z 3 StAG an typischer Stelle in einem
Archivgesetz.

77 Keitel, Zwölf Wege ins Archiv. Umriss einer offenen und praktischen Archivwissen-
schaft (2018) 83.

78 § 5 Abs 2 B-AG; § 6 Abs 1 NÖ AG; § 6 Abs 1 Wr.ArchG.

79 § 5 Abs 1 Bgld ArchivG; § 5 Abs 1 StAG.

80 § 6 Abs 1 und § 7 Abs 1 V-AG (auch in Bezug auf Aktenteile). Unspezifisch bleibt der
zeitliche Bezugspunkt für die Fristberechnung in § 3 Abs 1 OÖ-AG; § 3 Abs 1 S-AG;
§ 5 Abs 1 TAG.

81 § 5 Abs 1 Bgld ArchivG; (implizit) § 7 Abs 1 K-LAG; § 3 Abs 1 OÖ-AG; § 3 Abs 1 S-AG;
§ 5 Abs 1 StAG; § 5 Abs 1 TAG.

Die Digitalisierung der Verwaltung hat nicht nur die Aktenführung zur elektronischen Aktenführung gemacht, sondern auch neue Kommunikationsmittel (E-Mail, soziale Medien) und datenbankgestützte⁸² Informationsverarbeitungsinstrumente („Fachanwendungen“)⁸³ zu wichtigen Instrumenten des Verwaltungshandelns werden lassen. Gerade bei datenbankgestützten Fachanwendungen wird deutlich, dass die vorhandenen archivgesetzlichen Regelungen hinsichtlich des Unterlagenanfalls an ihre Grenzen stoßen. Vielen solcher Fachanwendungen ist nämlich inhärent, dass der in ihnen verwaltete Informationsbestand einer ständigen Aktualisierung unterliegt, was mitunter auch einen ständigen Informationsverlust mit sich bringt. Auf diese Weise werden Fachanwendungen über sehr lange Zeit, bis sie letztendlich stillgelegt werden, nicht abgeschlossen (**ewige Datenbanken**)⁸⁴. Im Sinne der Archivgesetze fallen sie solange auch nicht an.⁸⁵ Außer Diskussion muss stehen, dass solche Fachanwendungen, die einer laufenden Aktualisierung unterliegen, sehr wohl als Unterlagen zu gelten haben,⁸⁶ nämlich in zweierlei Ausprägung: Datensätze bzw. -reihen können für sich als Unterlagen gelten⁸⁷ wie auch die gesamte Fachanwendung als Gesamtdatenobjekt als Unterlage begriffen werden muss⁸⁸ – deutlich wird aber, dass es hier, nicht unähnlich der Regelungen zu aktenmäßig verarbeiteten Unterlage, abgestimmter organisatorischer Festlegungen bedarf,⁸⁹ auch, um überhaupt zu bestimmen, welche Unterlage

82 *Kuhlen*, Information 12 streicht hervor, dass der Übergang zwischen Datensammlungen und Informationssystemen (beides technisch als Datenbanken umgesetzt) abhängig vom Verwendungskontext fließend ist.

83 Nach *Toebak*, Records Management 588 lassen sich Fachanwendungen als „Spezialapplikationen für die Durchführung eines einzigen operativen Geschäftsprozesses oder mehrerer verwandter Geschäftsprozesse bzw. Geschäftshandlungen [...]“ verstehen. Siehe dazu auch den Beitrag von Mag. *Elke Wirthumer* in diesem Band.

84 *Stockert/Popp*, Behördenberatung und Anbietung, in: *Becker/Rehm* (Hg), Archivrecht für die Praxis. Ein Handbuch (2017) 43 (50).

85 *Berger*, Archive 278 ff.

86 *Keitel*, Aussonderung und Übergabe, in: *Becker/Rehm* (Hg), Archivrecht für die Praxis. Ein Handbuch (2017) 72 (82 f).

87 Dieser Gedanke scheint auch deshalb naheliegend, da ja auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive einzelne personenbezogene Datensätze getrennt voneinander gesehen werden müssen. Wichtig ist alleine, dass man strukturell abklärt, nach welchem „Ankerpunkt“ ein Datensatz ausgerichtet ist. Ein Meldedatensatz, eine Personenstandsdatensatz ist rund um eine betroffene Person (als Ankerpunkt) gebildet, ein Viehbestandsdatensatz rund um einen landwirtschaftlichen Betrieb etc.

88 Vgl. *Toebak*, Records Management 102.

89 *Keitel*, Aussonderung 82 f; *Unger*, AZ 97 (2021), 133; *Berger*, Archive 278 ff. Ähnlich gelagerten Klärungsbedarf gibt es auch bei der Archivierung von Chatprotokollen, Social-Media-Accounts und digitalen Terminkalendern.

(Datenbankschnitte etc) für die Übergabe formiert werden soll.⁹⁰ Der deutsche Bundesgesetzgeber hat in seinem Archivgesetz eine einschlägige Bestimmung aufgenommen, um dem laufenden Verlust von Aufzeichnungen in Fachanwendungen und daraus resultierenden Lücken in der archivischen Überlieferung vorzubeugen:⁹¹ „[...] Elektronische Unterlagen, die einer laufenden Aktualisierung unterliegen, sind [...] zu bestimmten, einvernehmlich zwischen Bundesarchiv und abgebender Stelle festzulegenden Stichtagen ebenfalls anzubieten. [...]“.⁹²

Als zwischenzeitliches Fazit ist festzuhalten, dass alle bisher vorgebrachten Punkte alleine Entstehung und Anfall des archivischen Substrats behandelt haben – im Archivierungsprozess ist man somit noch gar nicht an jenem Punkt angelangt, an dem Archivarinnen und Archivare Unterlagen auf ihre Archivwürdigkeit hin prüfen, also archivisch bewerten und damit aktiv die archivische Überlieferung gestalten. Ob überhaupt, wann und welche Unterlagen in den Archivierungsprozess eingeleitet werden, hängt somit wesentlich von der Auslegung archivgesetzlicher Bestimmungen ab, wobei ungeklärt bleibt, welchem Akteur die Auslegungskompetenz zukommt. Wer legt fest, was bloßes Datum und nicht Information ist, welche Informationen beispielsweise gemäß § 2 Z 2 B-AG als „persönliche Unterlagen wie beispielsweise Aufzeichnungen und Notizen“ gelten oder nicht im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung angefallen sind? Wer bestimmt, welche Informationsmanifestation konkret für den Archivierungsprozess generell und für den Eintritt der Archivreife im Speziellen beachtlich ist?

III. Das archivische Erfassen

Die Qualität der Archivierung hängt gerade bei genuin digitalen Unterlagen von den Rahmenbedingungen im Vorfeld und zu Beginn des Archivierungsprozesses ab.⁹³ In einem nächsten Schritt soll daher nach archivgesetzliche Regelungen bzw. Regelungspotential genau für jenen Bereich gefragt werden. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auf das „archivische Erfassen“, das am Beginn der Archivierungsprozesses steht, zu richten. Charakterisieren lässt sich dieser Prozessschritt, von

90 Auf die archivwissenschaftlich diskutierte Problematik der archivischen „Kreation“ von Archivgut wird hier nicht weiter eingegangen (vgl. Unger, AZ 97 [2021], 135 ff).

91 Partsch, § 5 BArchG, in: ders. (Hg), Bundesarchivgesetz. Handkommentar² (2021) Rz 35 ff.

92 § 5 Abs 3 dtBArchG.

93 Stockert/Popp, Behördenberatung 43; Berger, Archive 265 ff.

der Archivwissenschaft bisher wenig behandelt, folgendermaßen: „Feststellen und Identifizieren potenziellen Archivguts in einer Verwaltungsstelle durch das Archiv und deshalb erster Schritt der Archivierung.“⁹⁴

Archivgesetzliche Regelungen, die diesem Erfassen zuzuordnen sind, sind spärlich gesät. Liest man im Archivgesetz Oberösterreichs, dass dem Oö. Landesarchiv gemäß § 3 Abs 6 OÖ-AG „[z]ur Beurteilung der Archivwürdigkeit [...] ein vollständiger Einblick in die angebotenen Unterlagen zu gestatten“ ist, wird man dieses Einsichtsrecht in **archivreife Unterlagen** diesem Erfassen zurechnen können.⁹⁵ Normiert ist auf diese Weise die ohnehin unabdingbare Notwendigkeit, dass Archivarinnen und Archivare die archivreifen und der Anbietungspflicht unterliegenden Unterlagen zur Beurteilung der Archivwürdigkeit analysieren können.⁹⁶ Führt man sich vor Augen, dass in etlichen Archivgesetzen für den Fall von Auffassungsunterschieden über die Archivwürdigkeit die Erlassung eines Feststellungsbescheids durch das zuständige Archiv vorgesehen ist,⁹⁷ kann man dieses Einsichtsrecht – vergleichend – als Notwendigkeit zur Ermittlung des relevanten Sachverhalts im Verwaltungsverfahren ansehen. Eine Bestimmung im Wiener Archivgesetz sieht sogar vor, dass bei Zweifeln über die Vollständigkeit der anzubietenden Unterlagen Art und Umfang der zur Einsichtnahme vorzulegenden Unterlagen bescheidmäßig festgelegt werden kann.⁹⁸ Durchsetzen will man mit dieser Regelung, dass die Vollständigkeit der angebotenen Unterlagen geprüft werden kann.⁹⁹ Zu denken wäre hier beispielsweise an die Überprüfung der Vollständigkeit von Akten. Die Gesetzesmaterialien schweigen sich aber darüber aus, was unter der Festlegung der „Unterlagenart“ zu verstehen ist. In Zusammenschau mit der in Archivgesetzen gängigen Verpflichtung, dass archivreife Unterlagen in „authentischer und vollständiger Form“ anzubieten sind,¹⁰⁰ könnte es bei der bescheidmäßigen Festlegung der

94 Menne-Haritz, Schlüsselbegriffe der Archivterminologie (2000) 63.

95 Rechtsnormen gleichen Inhalts finden sich auch in etlichen anderen österreichischen Archivgesetzen: § 3 Abs 5 S-AG; § 6 Abs 2 B-AG; § 5 Abs 1 TAG; § 7 Abs 3 K-LAG; § 7 Abs 1 Wr.ArchG; § 7 Abs 3 NÖ AG; § 6 Abs 1 Bgld ArchivG.

96 Vgl für die deutsche Rechtslage Partsch, § 5 Rz 13; Stockert/Popp, Behördenberatung 46 f.

97 § 3 Abs 6 OÖ-AG; § 3 Abs 5 S-AG; § 6 Abs 2 StAG; § 5 Abs 3 TAG (nur in Bezug auf „Funktionsträger-Unterlagen“ gemäß § 5 Abs 2 TAG); § 6 Abs 1 Bgld ArchivG.

98 § 7 Abs 1 Wr.ArchG; beschränkt auf nur bestimmte anbietungspflichtige Stellen eine analoge Bestimmung auch in § 7 Abs 4 NÖ AG.

99 ErläutRV 20/2000 Bglt 16. GP zu § 7.

100 § 6 Abs 3 NÖ AG; § 6 Abs 2 Wr.ArchG; § 5 Abs 5 StAG; § 5 Abs 5 Bgld ArchivG.

anzubietenden Unterlagen im Archivgesetz Wiens auch darum gehen, die authentische Form derselben festzulegen.

Man muss bei diesen Kompetenzregeln rund um die Einsichtnahme zur Durchführung der Bewertung beachten, dass sie erst zu einem späten Zeitpunkt im Lebenszyklus des archivischen Substrats, nämlich zum Zeitpunkt der eingetretenen Archivreife, schlagend werden. Aus Sicht der Archivierung genuin digitaler Unterlagen ist es aufgrund oben geschilderter Gründe aber wichtig, dass die Rahmenbedingungen für eine mögliche spätere Übernahme ins Archiv schon im Moment der Entstehung des digitalen Substrats feststehen. Auch hierfür lassen sich in österreichischen Archivgesetzen Ansatzpunkte ausmachen.¹⁰¹ Nach dem Vorbild des Archivgesetzes Vorarlbergs finden sich beispielsweise auch in den Archivgesetzen Wiens und des Burgenlands Regelungen für die „vorarchivische“ Verwaltung von Unterlagen.¹⁰² Einerseits werden dadurch die anbietungspflichtigen Stellen verpflichtet, ihre Unterlagen bis zur Anbietung an die archivierungspflichtige Stelle systematisch geordnet und sicher aufzubewahren. Andererseits findet sich in allen drei Gesetzen auch folgendes Gebot: „[B]ei der Beschaffung und beim Betrieb von elektronischen Datenbearbeitungssystemen müssen die Erfordernisse der Archivierung berücksichtigt werden.“¹⁰³ Die Expertise hinsichtlich dieser „Erfordernisse der Archivierung“ wird man bei den Archiven vermuten dürfen – in etlichen Archivgesetzen wird den Landesarchiven einschlägige Beratungstätigkeit auferlegt, in der Regel ohne Durchsetzungskompetenzen.¹⁰⁴

- Das Kärntner Landesarchiv hat „[...] Behörden und Dienststellen des Landes, der Gemeinden sowie sonstige öffentliche Stellen [...] hinsichtlich der Verwaltung und Sicherung ihrer Unterlagen, die von der Anstalt zu einem späteren Zeitpunkt in Verwahrung genommen werden sollen, insbesondere in Fragen der Skartierung, Aufbewahrung und Inventarisierung der Unterlagen, zu beraten.“¹⁰⁵
- Eine Aufgabe des Wiener Stadt- und Landesarchivs ist die „Beratung der anbietenden Stellen bei der Verwaltung und Sicherung ihrer Unterlagen im Hinblick auf die spätere Archivierung, Besichtigung von Registraturen oder Informationsverwaltungsstellen der

101 Zur deutschen Rechtslage und der konkreten archivgesetzlichen Umsetzung *Berger*, *Archive* 275 ff.

102 § 4 Abs 1 V-AG; § 6a Wr.ArchG; § 9 Bgld ArchivG.

103 § 4 Abs 1 V-AG; § 6a Wr.ArchG; § 9 Bgld ArchivG.

104 Zu Bedeutung und Umsetzung im deutschen Archivrecht *Berger*, *Archive* 283 ff; *Stocker/Popp*, *Behördenberatung* 45 f.

105 § 6 Abs 1 K-LAG.

anbietenden Stellen sowie Veranlassung und Durchführung von Maßnahmen über Verwaltung, Aufbewahrung und Ablieferung von Unterlagen.“¹⁰⁶ Hinzutritt im Wiener Archivgesetz an anderer Stelle die Verpflichtung anbieterpflichtiger Stellen, sofern es sich um Dienststellen der Stadt Wien handelt, dass das Wiener Stadt- und Landesarchiv bei der Erstellung eines Organisationskonzepts beizuziehen ist, sofern beabsichtigt wird, ein Datenverarbeitungsvorhaben festzulegen; und generell gilt in Bezug auf „maschinenlesbare“, also auch digitale Unterlagen, dass im Vorfeld der Übernahme vor dessen Anlage zwischen dem Archiv und der zukünftig anbietenden Stelle im Grundsatz Art, Umfang und Form des zu übernehmenden Archivguts festzulegen ist.¹⁰⁷

- Eine Aufgabe des Oberösterreichischen Landesarchivs ist „[d]ie Veranlassung und Durchführung von Maßnahmen zur Verwaltung, Aufbewahrung und Ablieferung der archivwürdigen Unterlagen der [...] angeführten Stellen im Hinblick auf die spätere Archivierung.“¹⁰⁸
- Unter anderem eine Aufgabe des Salzburger Landesarchivs ist die „[...] Veranlassung von Maßnahmen zur Verwaltung, Aufbewahrung und Übergabe der archivwürdigen Unterlagen der [...] angeführten Stellen im Hinblick auf die spätere Archivierung.“¹⁰⁹
- Eine Aufgabe des Niederösterreichischen Landesarchivs ist die „[...] archivfachliche Beratung der Einrichtungen [...] bei der Verwaltung und Sicherung ihrer Unterlagen im Hinblick auf die spätere Archivierung, insbesondere Erstellung neuer Registratursysteme sowie Ergreifung von Maßnahmen betreffend die Verwaltung, Verwahrung und Übergabe von Unterlagen.“¹¹⁰

Solange es bei einer ausschließlich das betroffene Archiv verpflichtenden Aufgabenstellung bleibt, wird man nur von einer eingeschränkten Möglichkeit der archivischen Einflussnahme auf den vorarchivischen Bereich ausgehen dürfen. Die Regelung im Wiener Archivgesetz in Bezug auf Datenverarbeitungsvorhaben schafft für das Wiener Stadt- und Landesarchiv vergleichsweise die beste Ausgangsposition für eine frühe und effektive Einflussnahme auf die Informationsverarbeitung im Sinne der späteren Archivierung.

106 § 5 Z 4 Wr.ArchG.

107 § 7 Abs 2 Wr.ArchG.

108 § 13 Abs 1 Z 6 OÖ-AG.

109 § 7 Abs 2 Z 2 S-AG.

110 § 5 Abs 1 Z 4 NÖ AG.

Eine weitere, in etlichen österreichischen Archivgesetzen vorhandene Regelung muss in diesem Zusammenhang noch erwähnt werden, da sie ebenfalls in den vorarchivischen Bereich ausstrahlt, auch wenn sie direkt mit der Anbietung von digitalen Unterlagen in Zusammenhang steht. Das Vorarlberger Archivgesetz verpflichtet jene Stellen, die gegenüber dem Vorarlberger Landesarchiv anbieterpflichtig sind: „Dokumente auf elektronischen Informationsträgern sind in einer Form zur Übernahme anzubieten, die zum Zeitpunkt des Anbietens den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.“¹¹¹ Diese Vorgabe an sich muss intern zwingend im vorarchivischen Bereich ausgestaltet werden.

Eine im Archivgesetz selbst verankerte Einflussmöglichkeit der archivierungspflichtigen Stelle sieht das Tiroler Archivgesetz vor – soweit keine Organisationsvorschriften einschlägige Regeln enthalten: „Digitale Unterlagen, deren Übergabeformat nicht durch Organisationsvorschriften geregelt ist, sind in einem mit dem Landesarchiv abzustimmenden Format zu übergeben.“¹¹² Eine derart gestaltete Regelung enthalten auch die Archivgesetze Oberösterreichs, Salzburgs, der Steiermark und des Burgenlands.¹¹³ Auch das Kärntner Landesarchiv darf mittels Vereinbarung im Fall der Anbietung „automationsunterstützt verarbeiteter Informationen die Form der Datenübermittlung näher festlegen.“¹¹⁴ Der Bundesgesetzgeber macht auf der Basis von § 5 Abs 4 B-AG in der Bundesarchivgutverordnung einschlägige und sehr konkrete Vorgaben, lässt aber gleichzeitig ein „Ausweichen“ auf den Informationsträger Papier zu, falls den technischen Vorgaben nicht entsprochen werden könne – mittlerweile eine nicht mehr zeitgemäße Bestimmung.¹¹⁵

Aussonderungsschnittstellen bei digitalen Quellsystemen von vornherein vorzusehen und auch auf die Archivierung abgestimmte Informationsmanifestationen festzulegen sowie möglichst bald abzuklären, welche Informationsträger oder Übermittlungswege zur Übertragung bei Archivwürdigkeit von digitalen Unterlagen genutzt werden, ist nicht nur aus Sicht der Archivierung, sondern auch aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit äußerst sinnvoll.¹¹⁶ Eine frühe Verständigung über technische Aspekte der Archivierung verhindert hohe Folge-

111 § 6 Abs 4 V-AG.

112 § 5 Abs 4 TAG.

113 § 3 Abs 5 OÖ-AG; § 3 Abs 1 S-AG; § 5 Abs 5 StAG; § 5 Abs 5 Bgld ArchivG.

114 § 7 Abs 2 lit K-LAG.

115 § 4 Abs 2 und Abs 3 Z 2 BArchivgut-VO.

116 Berger, Archive 275 ff; Keitel, Aussonderung 81 f.

kosten für nachträgliche Anpassungen und macht Diskussionen über die Kostentragung obsolet. Insgesamt können bei vorliegender Archivwürdigkeit technische Gründe einer Archivierung nicht im Wege stehen, genauso, wie mangelnde Lagerflächen die Archivierung analogen Archivguts nicht verhindern darf.¹¹⁷

Alle diese Regelungen, die in den vorarchivischen Bereich ausstrahlen, zielen in Bezug auf digitale Unterlagen vor allem auf eine Verständigung über die Informationsmanifestation **archivwürdiger Unterlagen** zum Zweck der Übernahme ins Archiv ab. Es ist gut und notwendig, dass Archive für die Übergabe digitaler archivwürdiger Unterlagen Übergabeformate vorgeben können, die Berücksichtigung der Erfordernisse der Archivierung in Bezug auf Datenverarbeitungssysteme ist genauso wichtig wie die Einbeziehung des Wiener Stadt- und Landesarchivs bei der Konzeption ebensolcher. Aber auch hier wird anhand der Materialien die Fokussierung auf den Aspekt der Archivwürdigkeit, über die bei digitalen Unterlagen schon vor deren Entstehung entschieden werden soll, deutlich.¹¹⁸ Auch die Möglichkeit, dass das Kärntner Landesarchiv „[...] auf das Anbieten von Unterlagen von offensichtlich geringer Bedeutung verzichten [...]“¹¹⁹ darf, ist zweckmäßig, doch werden dadurch vorgelagerte Problemzonen betreffend die Auslegung des Unterlagenbegriffs (inklusive ggf der Formierung der Unterlagen) und betreffend der von der Informationsmanifestation abhängigen Archivreife nicht adressiert. Angesprochen ist damit eine konzeptionelle Schwäche der österreichischen Archivgesetzgebung: Die Verknüpfung von Information mit ihrer Manifestation als Tatbestandsmerkmale der Archivwürdigkeit. Auf ihre Archivwürdigkeit hin bewertet werden jeweils nämlich schon vorliegende **Unterlagen**, also Informationsmanifestationen. Diese Fokussierung auf die Archivwürdigkeit von Unterlagen verdeckt das Potential, dass in der **getrennten Beobachtung von Information und deren Manifestation** verborgen liegt. Gerade vor dem Hintergrund der Digitalisierung soll deshalb vorgeschlagen werden, die Archivwürdigkeit alleine in Bezug auf die Information, in Bezug auf ihre Manifestation aber die „Archivrelevanz“ zu verhandeln und diese Archivrelevanz zum archivgesetzlich verankerten Gegenstand des archivischen Erfassens zu machen.

117 Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang eine einschlägige Ermächtigung im Bundesarchivgesetz (§ 5 Abs 4 B-AG): „Bei Schriftgut auf elektronischen Datenträgern kann in der Verordnung [der Bundesregierung] geregelt werden, in welchen Fällen aus Gründen der technischen Möglichkeit oder der wirtschaftlichen Vertretbarkeit von der Verpflichtung [der Anbietung] gemäß Abs. 2 oder 3 abgesehen werden darf.“

118 ErläutRV 20/2000 BgLT 16. GP zu § 7.

119 § 7 Abs 2 lit a K-LAG.

IV. Feststellung der Archivrelevanz als Ergebnis des archivischen Erfassens

In dem von *Jacob und Wilhelm Grimm* begründeten und zwischen 1854 und 1961 erschienenen „Deutschen Wörterbuch“ wird der Bedeutungsinhalt des Wortes „Erfassen“ ua folgendermaßen veranschaulicht:

„und möchte gern was auf der erden
und in dem himmel ist erfassen.

„die felsenklippe,
die der strandende vergeblich
ringend zu erfassen strebt.

(Johann Wolfgang v. Goethe)“

(Friedrich Schiller)“

Ob man nun, inspiriert von *Goethe*, den Archivar als hypertrophen „All-Erfasser“ oder mit *Schiller* als Verzweifelten, der im letzten Moment auch nicht nur einer Unterlage habhaft wird, sehen mag: Ein archivgesetzlich verankertes, erweitertes Verständnis des archivischen Erfassens, dass die „Kartierung“ der Informationsverarbeitung bei den anbieterpflichtigen Stellen zum Inhalt und die Feststellung der Archivrelevanz zum Ziel hat, schafft in Bezug auf die Anbieterpflicht Klarheit betreffend Gegenstand und Zeitpunkt des Eintretens.

Mit „Kartierung“ der Informationsverarbeitungen ist im Endeffekt die Kompetenz verbunden, den Unterlagenbegriff verbindlich auszulegen und ggf unter verschiedenen parallel existierenden Informationsmanifestationen jene – auch prospektiv – auszuwählen und zu bestimmen, welche für die Anbietung letztendlich relevant und für die archivische Überlieferungsbildung am besten geeignet ist.¹²⁰

Um dieses Konzept der Archivrelevanz und des Erfassens archivgesetzlich zu verankern, muss das Konzept der Archivwürdigkeit von der Informationsmanifestation gelöst werden. Am Beispiel des Archivgesetzes Österreichs hieße das, die entsprechende Legaldefinition in § 2 Z 4 OÖ-AG nur leicht anzupassen: Die Formulierung „Archivwürdig: Unterlagen, die auf Grund [...]“ müsste folgendermaßen

¹²⁰ Vgl aus technischer Perspektive in Bezug auf Dateisammlungen, sogenannten „kreativen Ablagen“, und begrifflich leicht differierend *Miegel/Schieber/Schmidt*, Umgang 7: „Die archivierungsrelevante Form ist stets die rechtsrelevante, vollständigste Dokumentation des behördlichen Handelns. Sofern eine regelkonforme analoge oder digitale Aktenführung existiert und die Informationen aus der Dateisammlung in diese eingeflossen sind, sind die jeweiligen Akten rechtsrelevant und werden archiviert. Auf die Übernahme der Dateisammlung kann in diesem Fall verzichtet werden. Umgekehrt kommen für eine Archivierung stets nur diejenigen Dateisammlungen in Frage, die nicht oder nicht vollständig in die Aktenführung oder in ein anderes strukturiertes Informationssystem eingeflossen sind.“

abgeändert werden: „Archivwürdig: Informationen, die auf Grund ihrer rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedeutung für Gesetzgebung, Rechtspflege, Verwaltung, wissenschaftliche Forschung sowie für das Verständnis von Geschichte und Gegenwart von bleibendem Wert sind.“ Der Tatbestand der Archivwürdigkeit, der ohnehin vor allem auf die Information selbst, ihren „Inhalt“ abstellt, würde so genau auch darauf reduziert werden. Auch die Archivwissenschaft konzentriert sich bei der Bewertung vor allem auf den Informationsgehalt, weniger auf die Manifestation und gerade in Bezug auf digitale Unterlagen ist zunehmend von „Informationsarchivierung“¹²¹ die Rede. Konzepte, welche auch der Informationsmanifestation Raum geben – einige Ausprägungen des *Schellenberg'schen* Informationswerts¹²² beispielsweise oder das Konzept des intrinsischen Werts¹²³ von Archivgut, müssten von der Bewertung auf Archivwürdigkeit auf jene der Archivrelevanz übertragen werden. Denn natürlich ist auch die Feststellung der Archivrelevanz eine Form der Bewertung, die Trennung der Konzepte, ohne dass in der Praxis prospektive Bewertung und Erfassung getrennte Vorgänge sein müssten, erscheint aber gerade im Fall digitaler Informationsverarbeitung sinnvoll.

Dies lässt sich folgendermaßen veranschaulichen: Im Rahmen der Geschäftserledigung wird bei einer anbieterpflichtigen Stelle Information A verarbeitet und liegt in den vier Manifestationen A1, A2, A3 und A4 vor. Diese vier Manifestationen entstehen aufgrund verschiedener Verarbeitungskontexte (die ihnen auch verschiedene Bedeutung geben) und liegen auch auf verschiedenen Informationsträgern vor: A1 liegt als Attachment eines E-Mails in einem nicht personalisierten Abteilungspostfach vor, A2 als Teil eines digitalen Verwaltungsakts in einem Dokumenten-Management-System, A3 auf der Notebook-Festplatte eines Abteilungsleiters und A4 als Papierausdruck auf dem Schreibtisch seines Mitarbeiters. Die Information an sich ist archivwürdig, doch für die Anbietung relevant – das wurde vorab eben festgestellt – sind nur die Informationsmanifestationen A2 und A3: A2 als Teil eines Akts und

121 Siehe dazu eingebettet in das Thema der digitalen Bestandserhaltung *Puchta*, Signifikante Eigenschaften für eine „unknown community“, *Archivar* 73 (2020), 259 (260).

122 *Schellenberg*, Die Bewertung modernen Verwaltungsschriftguts (1990) 59 ff prüft bei der Feststellung des Informationswerts als Ausprägung des Sekundärwerts auch den Unikatcharakter der Informationsüberlieferung, spricht der konkret vorliegenden Informationsmanifestation, und die Qualität der physischen Erscheinung (Erhaltungszustand, Benützbarkeit, Lesbarkeit und Ordnungszustand); siehe dazu auch *Toebak*, *Records Management* 316.

123 *Menne-Haritz/Brübach*, Der intrinsische Wert von Archiv- und Bibliotheksgut (1997); siehe zur Übertragung des Konzepts auf digitale Unterlagen *Puchta*, *Archivar* 73 (2020), 260 sowie *Unger*, *AZ* 97 (2021), 131 ff.

A3, weil festgelegt wurde, dass „digitale Handakten“ wichtiger Funktionsträger anzubieten sind. Würden nun die Informationsstränge, die zur Anbietetung von A2 und A3 führen, versagen, lässt sich sehr gut verdeutlichen, dass in so einem Fall Manifestation A4 relevant werden könnte – was nicht konsequent erschiene, wenn deren Archivwürdigkeit prospektiv verneint worden wäre.

Solche archivgesetzlich verankerten, archivarischen Kompetenzen, die zwingend in den vorarchivischen Bereich ausstrahlen, müssten mit Organisationsvorschriften abgestimmt werden, um Normenkollisionen zu vermeiden. Es würde nicht darum gehen, dass Archivarinnen und Archivaren gesetzlich dazu berufen werden, die Informationsverarbeitung, klassischer die Schriftgutverwaltung bei den anbietungspflichtigen Stellen zu steuern – in Österreich einfachgesetzlich mit Archivgesetzen ohnehin nicht umsetzbar: Im Bereich der Landesverwaltung beispielsweise ist die Leitung des inneren Dienstes des Amtes der Landesregierung und damit auch die Sorgetragung für einen einheitlichen und geregelten Geschäftsgang in sämtlichen Zweigen der Landesverwaltung auf bundes- bzw landesverfassungsgesetzlicher Basis dem Landesamtsdirektor vorbehalten.¹²⁴ Einschlägige Organisationsvorschriften wie Büroordnungen und dergleichen sind Ausfluss dieser Regelungskompetenz. Andererseits müssen die Inhalte solcher Organisationsvorschriften, die sich auf den Archivierungsprozess auswirken, so ausgestaltet sein, dass sie denselben wiederum nicht unterwandern. Abzustimmende Regelungsbereiche sind:

- a) an der jeweiligen Informationsverarbeitung orientierte Festlegungen zur Ausprägung von Informationsmanifestationen;
- b) auf die jeweilige Informationsverarbeitung und Informationsmanifestation abgestimmte Bestimmungen zum „Anfall“ als zeitlichen Bezugs-/Referenzpunkt für die Archivreife;
- c) auf die jeweilige Informationsverarbeitung und Informationsmanifestation abgestimmte Aufbewahrungsfristen;
- d) auf die jeweilige Informationsmanifestationen abgestimmte Übergabeformate für die Zwecke der Archivierung.

¹²⁴ § 1 Abs 3 B-VG ÄmterLReg sowie am Beispiel Oberösterreichs Art 54 Abs 1 Oö. L-VG und § 7 Abs 1 VO des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 13. Mai 1983 über die Geschäftsordnung des Amtes der Oö. Landesregierung; analog für den Bund Art 77 Abs 1 B-VG iVm § 12 BMG.

Hinsichtlich dieser Bereiche wären Einvernehmens- bzw zumindest Anhörungsrechte des Archivs vorzusehen bzw archivgesetzliche Auffangtatbestände, um Regelungslücken schließen zu können.¹²⁵

Eine so erreichte Abstimmung des vorarchivischen Informationsmanagements¹²⁶ auf den Archivierungsprozess brächte positive Effekte mit sich:

- a) Ein ständiger Überblick über die laufenden Informationsverarbeitungen bei den anbieterpflichtigen Stellen kommt den datenschutzrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Überblickswahrung betreffend einschlägiger Verarbeitungstätigkeiten entgegen („Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten“ gemäß Art 30 DSGVO).
- b) Frühe Abstimmungen hinsichtlich des Lebenszyklus von Unterlagen aus der Perspektive des Archivierungsprozesses gewährleisten jederzeit sowohl die Einhaltung archivgesetzlicher Bestimmungen als auch datenschutzrechtlicher Vorgaben (Grundsatz der Datenminimierung gemäß Art 5 Abs 1 lit c DSGVO und Beachtung der Datensparsamkeit nach Art 25 DSGVO)¹²⁷ und wirken jedenfalls kostenschonend.
- c) Es wird eine optimale Ausgangsbasis für die archivische Überlieferungsbildung und damit auch die archivgesetzliche Zweckerfüllung sichergestellt.

Im Ergebnis sollte somit jederzeit jedem klar sein, was mit im dienstlichen Zusammenhang geschriebenen E-Mails, handschriftlichen No-

¹²⁵ Zur archivrechtlichen Ausgestaltung in Deutschland siehe *Berger*, *Archive* 283 f.

¹²⁶ Ich beziehe mich hier bewusst auf das Informationsmanagement und nicht – was in diesem Kontext vielleicht zu erwarten wäre – auf das Records Management. Ich will damit zum Ausdruck bringen, dass die Einbindung des Archivs weitreichender sein sollte, als dies durch eine Einbindung in ein in der öffentlichen Verwaltung Österreichs meiner Meinung nach ohnehin aus verwaltungskulturellen Gründen als Managementkonzept nicht etabliertes Records Management der Fall sein kann. Zum Informationsmanagement siehe als Überblick *Krcmar*, *Informations- und Wissensmanagement*, in: *Kuhlen/Semar/Strauch* (Hg), *Grundlagen der praktischen Information und Dokumentation. Handbuch zur Einführung in die Informationswissenschaft und -praxis*⁶ (2014) 365 (365 ff); zu den teilweise auch unumgänglichen Überschneidungen von Wissens-, Informations- und Records Management siehe *Toebak*, *Records Management* 50 ff sowie *ders*, *Records Management. Gestaltung und Umsetzung* (2010) 117 ff.

¹²⁷ Vgl in Bezug auf die archivische Bewertung *Wührer*, *Überlieferungsbildung im Schatten oder Windschatten der DSGVO? Die EU-DSGVO als Basis für die archivische Überlieferungsbildung im 21. Jahrhundert*, *Scrinium* 74 (2020), 58 (79 ff); *Rothmann/Kastelitz/Rothmund-Burgwall*, *Archive als „öffentliches Gedächtnis“ personenbezogener Patientendaten? Über das Verhältnis von Verschwiegenheitspflichten, postmortalem Persönlichkeitsschutz und öffentlichen Interessen*, in: *Jahnel* (Hg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2021 (2022)* 198 (219).

tizen, mit jedem lokal auf dem Dienstnotebook gespeicherten Memo, jedem Chatverlauf auf einem Diensttelefon und jedem Inhalt eines offiziellen Social Media Accounts einmal passieren soll. Allen Beteiligten am Archivierungsprozess wäre geholfen: Die Archive können ihrer gesetzlichen Verpflichtung genauso nachkommen wie die anbietungspflichtigen Stellen. Zudem können die Abläufe nach außen transparent dargestellt werden.

V. Zusammenfassung

Sowohl bei analogen aber gerade bei digitalen Unterlagen ist die Archivierung von einem darauf abgestimmten Informationsmanagement im vorarchivischen Bereich abhängig.¹²⁸ Da sich aufgrund der Digitalisierung das bei den anbietungspflichtigen Stellen verarbeitete Informationsspektrum ausgeweitet hat und weiter ausweitet, sollte das archivische Erfassen in Bezug auf das unbewertete archivische Substrat als Tätigkeit im vorarchivischen Bereich zur Schaffung einer optimalen Ausgangsbasis für den Archivierungsprozess gesetzlich weiter ausgestaltet werden (**Feststellung der Archivrelevanz**), sodass die archivische Überlieferungsbildung durch die Digitalisierung nicht unterlaufen wird.

Jede einschlägige Regelung des vorarchivischen Bereichs mit potentieller Auswirkung auf die archivische Überlieferungsbildung muss in Zusammenschau der relevanten Rechtslage der Absicht des Archivgesetzgebers Rechnung tragen und darf diese nicht untergraben. Der für das Archivgesetz Vorarlbergs formulierte Gesetzes-Zweck sei *pars pro toto* angeführt: „Die Sicherung von Archivgut soll die Nachvollziehbarkeit staatlichen und staatsnahen Handelns und eine authentische Überlieferung zur Geschichte von Land und Gemeinden gewährleisten; das kulturelle Erbe des Landes Vorarlberg soll bewahrt werden.“

Bei optimaler innerorganisatorische Abstimmung und Einbettung erscheint der Archivierungsprozess nicht als ein von außen applizierter, sondern in die Verwaltungsabläufe integrierter Prozess. Dies entspricht auch der Rolle der öffentlichen Archive: Sie sind keine Kontroll- oder Ermittlungsbehörden, die anbietungspflichtigen Stellen Unterlagen zur Archivierung „abpressen“, sondern agieren auf der Basis ihrer archivgesetzlichen Kompetenzen und wickeln den Archivierungsprozess letztlich auch für die anbietungspflichtigen Stellen, für den Archivträger ab.

128 Berger, Archive 270 f.

Der Archivierungsprozess klinkt sich dabei in den Lebenszyklus des archivischen Substrats ein, wodurch die Archivierung selbst als Zeigerpflanze zu sehen ist: Gute Archivierung deutet immer auch auf gutes Informationsmanagement im vorarchischen Bereich hin.

Archivierung von (insbesondere personenbezogenen Daten in) Informationssystemen im Falle der Beteiligung mehrerer Akteure des öffentlichen Bereichs

I. Einleitung

Die digitale Transformation der Verwaltung bringt es mit sich, dass zur Aufgabenerfüllung immer mehr elektronische Anwendungen (Informationssysteme²) eingesetzt werden. In diesen Informationssystemen werden umfangreiche Datenverarbeitungen vorgenommen. Neben rein (organisations-)intern verwendeten und betriebenen Informationssystemen werden solche Systeme bei einer Gebietskörperschaft auch für andere Akteure betrieben (beispielsweise auf Basis von Kooperationsvereinbarungen).

Gegenständlich werden insbesondere die archivgesetzlichen Anbietungspflichten im Hinblick auf **gebietskörperschafts- bzw organisationsübergreifend betriebene Informationssysteme („Quellsysteme“)** bzw die darin/damit verarbeiteten Daten(-sätze)/Informationen³ (als „Unterlagen“ iSd Archivgesetze) analysiert. Mit Informationssystemen sind nicht nur „Informationsverbundsysteme“ nach der früheren datenschutzrechtlichen Diktion (§ 4 Z 13 iVm § 50 DSG 2000 idF BGBl I

1 Besonderer Dank gilt Frau Mag. *Antonia Licka*, Präsidialdirektorin des Amtes der Oö Landesregierung und MMag. Dr. *Jakob Wührer* für den wertvollen fachlichen Austausch. Ich verweise jedoch darauf, dass die Ausführungen meine Ansicht und nicht zwingend auch jene meines Dienstgebers widerspiegeln. Personenbezogene Bezeichnungen sind – auch dort, wo dies aus Gründen der leichteren Lesbarkeit und der Kürze nicht ausdrücklich angeführt ist – geschlechtsneutral zu verstehen.

2 Unter Informationssystem ist im Folgenden eine spezielle Art von Software, mit der Daten/Informationen insbesondere aufbereitet, verarbeitet, dargestellt, abgespeichert werden, gemeint. Dies kann durch manuelle und auch automatisierte Dateneingabe erfolgen. Ebenso ist es denkbar, dass ein Informationssystem aus Hard- und Software besteht (zB Sensoren einer Wetterstation).

3 Mit „Daten“ sind „Daten im weiten Sinn“ den Informationswert bzw die Information selbst betreffend gemeint (inhaltliche Ebene) und „nicht die elektronische Verarbeitungs- bzw Darstellungsform der Information“ (Daten im engen Sinn, technische Ebene); vgl *Bergauer*, Das materielle Computerstrafrecht (2015) 61 ff.

132/2015⁴) angesprochen, sondern auch andere Formen der kooperativen Datenverarbeitung – ggf auch von nicht personenbezogenen Daten – im Zusammenspiel verschiedener Akteure, insbesondere wenn die Datenverarbeitung von einem Akteur für andere Akteure betrieben wird. Aus archivrechtlicher Sicht ergeben sich dadurch potentiell unterschiedliche Anbietungspflichten.⁵

Da der überwiegende Teil der Datenverarbeitungen personenbezogen ist, werden insbesondere personenbezogene Verarbeitungsvorgänge betrachtet. Daher erfolgt nicht nur eine Auseinandersetzung mit den Grundzügen der archivrechtlichen Kompetenzverteilung, sondern vor allem mit der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung der beteiligten Akteure (Produzenten im archivrechtlichen Sinn) und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten. Es stellt sich die Frage, wie eine Auftragsverarbeiter-Funktion in der mittelbaren Aufgabenbesorgung⁶ mit dem Grundsatz, dass die Archivierung von einer organisatorischen Betrachtungsweise geprägt ist, vereinbar ist. Demnach bieten die Akteure die bei ihnen angefallenen Informationen/Unterlagen⁷ „ihrem“ Archiv an, unabhängig davon, ob es sich um Angelegenheiten der unmittelbaren oder mittelbaren Verwaltung handelt („funktionsblinde“ Anbietung und Archivierung). Wird diesen Akteuren aber datenschutzrechtlich die Funktion als Auftragsverarbeiter zugeschrieben, wären sie nach Beendigung der Auftragsverarbeitung zur Löschung bzw Rückgabe an den Verantwortlichen verpflichtet. Diese Pflichtenkollision gilt es aufzulösen, wenn man annimmt, dass diese Unterlagen im obigen Sinn eigentlich bei den Landesstellen anfallen. Anhand von praktischen Beispielen wird versucht, teilweise (scheinbar) divergierende archiv- und datenschutzrechtliche Pflichten der Akteure miteinander in Einklang zu bringen, darauf aufbauend werden Lösungsansätze skizziert.

4 Sofern nicht explizit angeführt, bezieht sich der Beitrag auf die Rechtslage im Zeitpunkt des Abschlusses des Manuskripts (20.12.2021) und Fundstellen in den Gesetzblättern der in diesem Beitrag zitierten Gesetze, Verordnungen und sonstigen Rechtsvorschriften werden nicht wiedergegeben; die österreichischen Rechtsnormen sind grundsätzlich im Rechtsinformationssystem über <www.ris.bka.gv.at> in der jeweils aktuellen Fassung abrufbar.

5 Wenn beispielsweise der Bund für die Bezirksverwaltungsbehörden ein Informationsverbundsystem zur Aufgabenbesorgung in mittelbarer Bundesverwaltung zur Verfügung stellt und betreibt, bleibt die Anbietungspflicht der Unterlagen der Bezirksverwaltungsbehörden gegenüber dem zuständigen Landes- bzw (im Fall der Statutarstädte) Gemeindearchiv bestehen.

6 In weiterer Folge liegt der Fokus auf der mittelbaren Verwaltung, welche neben der mittelbaren Bundesverwaltung auch die Auftragsverwaltung in nichthoheitlichen Angelegenheiten sowie den übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden umfasst.

7 Nachfolgenden wird grundsätzlich von Unterlagen gesprochen; siehe dazu im Detail III.A.

II. Produzenten und Grundzüge der archivrechtlichen Kompetenzverteilung

„Produzenten“ sind jene Stellen (bzw. von diesen genutzte Informationssysteme), bei welchen die potentiell archivwürdigen Unterlagen angefallen sind. Die Unterlagen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr (ständig) benötigen, sind entweder einem Archiv anzubieten⁸ oder gegebenenfalls selbst zu archivieren.

Es gibt keine bundesweit einheitliche Archivgesetzgebung. *„Die Frage der Archivierung von Schriftstücken (sowohl in herkömmlicher als auch in digitaler Form), die bei Behörden anfallen, sowie der Einrichtung von Dienststellen zur Archivierung von Schriftstücken wurde zuvor schon als eine Frage der Organisation identifiziert.“*⁹ Im Archivrecht ist demnach von einer **organisatorischen (und nicht funktionellen) Betrachtung der anbieterpflichtigen Stellen** auszugehen. Welche Produzenten welchem Archiv zur Anbietung verpflichtet sind, ergibt sich grundsätzlich aus den jeweiligen archivrechtlichen Bestimmungen.¹⁰

Gemäß Art 10 Abs 1 Z 16 BVG kommt dem Bund die Gesetzgebung und Vollziehung zur *„Einrichtung der Bundesbehörden und sonstigen Bundesämter“* zu. Der Begriff „Einrichtung“ entspricht der Organisationskompetenz, die von der Kompetenz zur Regelung der „Funktionen“ (Aufgaben) der administrativen Organisationseinheiten zu unterscheiden ist.¹¹ Aus Art 10 Abs 1 Z 13 B-VG kann der Bund ebenfalls keine Kompetenz für den Landes- und Gemeindebereich ableiten.¹² In kompetenzrechtlicher Hinsicht kommt der Landesgesetzgebung die Organisationskompetenz für die Landes- und Gemeindeverwaltung zu (Art 15 Abs 1 und 10 und Art 115 Abs 2 B-VG), wobei die Gemeinden

8 Sofern diese Unterlagen nicht schon vorweg aus der Anbietungspflicht entlassen wurden, weil sie prospektiv als nicht archivwürdig bewertet wurden; vgl zB Verordnung der Bundesregierung über nicht archivwürdiges Schriftgut des Bundes.

9 Vgl dazu im Detail Bußjäger, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Archivrechts, ZfV 2005/512, 325.

10 Neben den Archivgesetzen gibt es vereinzelt „fugitive“ Archivierungsbestimmungen in Materiengesetzen. Siehe zB § 8 Abs 3 BGBIG, § 7 Abs 3 Oö Verlautbarungsgesetz 2015 (iVm § 2 Z 1 lit a Oö. Archivgesetz).

11 Vgl VfSlg 8466/1978.

12 Vgl VfSlg 2784/1955 sowie Bußjäger, ZfV 2005/512, 325, der auch die einschlägige Judikatur aufbereitet. In den ErlRV 182 BlgNR 13. GP, 14 zur B-VG-Novelle 1974 wurde zum Kompetenztatbestand *„Angelegenheiten der künstlerischen und wissenschaftlichen Sammlungen und Einrichtungen des Bundes“* festgehalten, dass die Kompetenz des Bundes auf Sammlungen und Einrichtungen des Bundes beschränkt werden soll. Damit wird die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder für ihre eigenen und die Einrichtungen der Gemeinden gewährleistet.

diese Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich besorgen und ihnen die diesbezüglichen innerdienstlichen Regelungen obliegen (Art 118 Abs 3 Z 1 B-VG iVm § 16 Abs 2 Oö Archivgesetz).

Bundesarchivgesetz bzw Landesarchivgesetze können nur diesen Gebietskörperschaften unterstellten bzw in deren Einflussbereich stehenden Einrichtungen (quasi als Selbstbindung) und die durch Gesetz eingerichteten Rechtsträger (Selbstverwaltungskörper) binden. Der Bund regelt demnach ua die Archivierung der Unterlagen von organisatorischen Bundesdienststellen bzw organisatorisch dem Bund zuzurechnenden Einrichtungen.

Archivgut des Landes sind ua alle archivwürdigen Unterlagen der Behörden und Dienststellen des Landes einschließlich der Landesregierung sowie des Landtags einschließlich des Landesrechnungshofs oder deren Rechts- oder Funktionsvorgängern.¹³ Die Aufzählung jener Stellen, deren Unterlagen potentiell Archivgut im Sinn des Gesetzes sind, erfolgt grundsätzlich abschließend. Für vom Land verschiedene Rechtsträger (etwa ausgegliederte Gesellschaften) gelten grundsätzlich andere archivgesetzliche Bestimmungen.¹⁴

Wie einleitend ausgeführt, besteht für die Produzenten der Länder grundsätzlich eine Anbietungspflicht¹⁵ an das jeweilige Landesarchiv und zwar unabhängig davon, ob es sich um angefallene Unterlagen im Bereich der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung bzw Landes- oder mittelbarer Bundesverwaltung bzw Auftragsverwaltung handelt. Die Archivierung ist „funktionsblind“. Unterlagen, die bei bestimmten Stellen im Zusammenhang mit ihrer Aufgabenerfüllung anfallen, „gehören“ der jeweiligen Organisationseinheit, und zwar unabhängig vom Aufgabenbereich – es handelt sich stets um „Landesakten“. ¹⁶ Der Bund kann kompetenzrechtlich – (mittlerweile¹⁷) wohl unbestrittenermaßen – nicht regeln, dass Unterlagen der Organisationseinheiten der Länder oder Gemeinden im Österreichischen Staatsarchiv (dem Archiv des Bundes) zu archivieren sind. Alle Unterlagen der Dienststellen des

13 Vgl § 3 Z 4 Bgld Archivgesetz; § 5 Abs 1 Ktn Archivgesetz; § 3 Z 5 Nö Archivgesetz; § 2 Z 1 lit a Oö und Sbg Archivgesetz; § 2 Z 3 Stmk Archivgesetz; § 3 Abs 2 Tir Archivgesetz; § 3 Abs 1 lit c Vbg Archivgesetz; § 3 Z 5 Wr Archivgesetz.

14 Vgl zB § 2 Z 2 iVm § 4 Oö Archivgesetz; § 3 Abs 4 iVm § 7 Tir Archivgesetz.

15 Für bestimmte archivwürdige Unterlagen besteht eine Übergabepflicht (siehe zB § 5 Abs 4 Oö Archivgesetz).

16 Vgl Bußjäger, ZfV 2005/512, 325: „Das Land ist somit auch für das im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung durch Landes- oder Gemeindebehörden erstellte Schriftgut zuständig.“

17 Vgl hierzu die Stellungnahmen der Länder zum ME 336 22. GP (vgl insb § 2 Z 1 und Z 5 lit b, § 3 Abs 1, § 4 Abs 2, § 7 Abs 1 des ME zum Bundesarchivgesetz).

Landes sind Eigentum des Landes bzw liegen in seiner Datenhoheit/verantwortlichkeit, sodass das Land (bzw seine Organisationseinheiten) auch für die Aufbewahrung und Archivierung zuständig und verantwortlich ist (sind).

Aus den Verweisen in den Archivgesetzen auf Organisationsvorschriften erkennt man, dass die Archivierung und verwaltungsorganisatorische Regelungen des inneren Dienstes (Ablauforganisation) eng miteinander verbunden sind. Diese Normen sind auch für den Archivierungsprozess von großer Bedeutung. Die Regelungen der inneren Organisation und Abläufe der Vollziehung umfassen neben der Aktenführung an sich, auf Grundlage der Archivgesetze auch das Procedere der Archivierung von Unterlagen. Zu den Angelegenheiten des inneren Dienstes und dessen verwaltungsorganisatorischen Regelungen zählen ua also in Organisationsvorschriften (zB „Kanzleiordnungen“) getroffene Regelungen sowohl über die „kanzleimäßige“ Registrierung, Behandlung und Abfertigung der Geschäftsstücke als auch zur vorarchivischen Aufbewahrung sowie Archivreife dieser Unterlagen. „Die Archivierung ist (...) ein Akt der so genannten ‚inneren Organisation‘ der Verwaltung.“¹⁸ Mit anderen Worten bedeutet das, dass der Umgang mit Unterlagen als Registraturgut Teil der inneren Organisation ist, mit der Archivierung werden diese Unterlagen zu Archivgut und unterliegen der Archivkompetenz. In den Archivgesetzen werden insbesondere die Beurteilung der Archivwürdigkeit, die Verwahrung und Benutzung dieser Archivalien geregelt. Diese Regelungsbefugnis kommt auch in der mittelbaren Bundesverwaltung dem Land, genauer gesagt dem Landtag (Archivgesetz für Archivgut) und (für Registraturgut) dem Landeshauptmann als Vorstand des Amtes der Landesregierung bzw unter dessen unmittelbarer Aufsicht dem Landesamtsdirektor, der für den einheitlichen und geregelten Geschäftsgang in sämtlichen Zweigen der Landesverwaltung zu sorgen hat und dem die Leitung des „inneren Dienstes“ obliegt, zu.¹⁹

18 Vgl dazu im Detail Bußjäger, ZfV 2005/512, 325.

19 Art 106 B-VG; Art 8 Abs 5 lit a ÜG 1920; § 1 Abs 3, § 3 Abs 3 Bundesverfassungsgesetz betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien (BVG ÄmterLReg); Art 54 Oö L-VG; § 4 Geschäftsordnung der Oö Landesregierung; § 2 Geschäftsordnung des Amtes der Oö Landesregierung. Gemäß § 8 Abs 5 lit b ÜG 1920 sind dem Landeshauptmann als Vorstand des Amtes der Landesregierung auch die Bezirkshauptmannschaften im Land unterstellt: In organisatorischer Hinsicht, beschränkt auf den inneren Dienst unterstehen die Bezirkshauptmannschaften dem Landeshauptmann als Vorstand des Amtes der Landesregierung bzw dem diesem unterstellten Landesamtsdirektor; Adamovich et al, Österreichisches Staatsrecht, Band IV (2009) Rz 47.046. Damit geht ein Weisungs- und Aufsichtsrecht in organisatorischen bzw innerdienstlichen Angelegenheiten einher.

Gesondert zu betrachten sind **materiell- und verfahrensrechtliche Vorschriften zu Fristen** zur Aktenaufbewahrung²⁰ und Akten- bzw Datenvernichtung bzw -löschung, Akteneinsicht oder Auskunft, die ebenso oder ausschließlich die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände betreffen können.²¹ Materiell- und verfahrensrechtliche Aufbewahrungs- bzw Vernichtungs- bzw Löschfristen betreffen den operativen, inhaltlichen Bereich der Verwaltung. Diese Regelungen können die grundsätzliche Anbietungspflicht an das zuständige Archiv nicht torpedieren (vgl hierzu beispielhaft die Kollisionsnorm des § 3 Abs 4 Oö Archivgesetz).²² Diese Vorschriften sind jedoch bei den innerorganisatorischen Regelungen und bei der Archivierung zu berücksichtigen (zB betreffend Aufbewahrungsdauer bzw Anbietungsfristen und Archivreife, Einschätzung der Archivwürdigkeit).

Die Zuständigkeiten des Materiengesetzgebers und des Organisationsgesetzgebers sind wegen der fließenden Übergänge nicht immer leicht abzugrenzen. Im Zweifel muss danach „zugeordnet“ werden, ob der Bezug der fraglichen Norm zur abstrakten Organisation oder zur konkreten Verwaltungsaufgabe im Vordergrund steht.²³

Für die archivrechtliche Zuständigkeit kommt es – sofern es sich nicht um **eine bloße Verwahrung** von Unterlagen²⁴ handelt – auf die organisatorische Zuordnung der Stelle (zB Behörden und Dienststellen

20 ZB § 77 Abs 4 und 5 Schulunterrichtsgesetz (SchUG), Verordnung der Bundesministerin für Bildung über die Aufbewahrungsfristen von in den Schulen zu führenden Aufzeichnungen, die bis zum Ablauf des 31. August 2016 angefertigt wurden. So haben Schulen (auch öffentliche Pflichtschulen) ihre Aufzeichnungen bis zum Ablauf der Aufbewahrungsfristen grundsätzlich selbst aufzubewahren. Wird eine Schule aufgelassen, sind die Aufzeichnungen von jener Schule zu übernehmen, in deren Schulsprengel der Schulsprengel der aufzulassenden Schule im überwiegenden Ausmaß eingegliedert wird.

21 Vgl Wiesflecker, Der Entwurf für ein steirisches Landesarchivgesetz. Ein Zwischenbericht, Tehnični in vsebinski problemi klasničnega in elektronskega arhiviranja 5 (2006), 44 (47).

22 Siehe III.C.

23 Vgl VfSlg 8466/1978.

24 Vgl ErlRV 1897 BlgNR 10. GP, 13 zu § 5 Bundesarchivgesetz: „(...) jenes Schriftgut, das bei der Bundesdienststelle nur verwahrt wird und auf Grund besonderer Regelungen an die Betroffenen wieder auszuhändigen ist. So sind beispielsweise (...) nach dem Ende des Schuljahres Schularbeiten ein Jahr an der Schule aufzubewahren. Nach Ablauf dieser Frist können die Schularbeiten vernichtet oder dem Schüler auf dessen Verlangen ausgefolgt werden.“

des Landes, Gemeinden, Bundesbehörden und -einrichtungen, weitere Selbstverwaltungskörper) an.²⁵

III. Der „Lebenszyklus“ von Unterlagen aus rechtlicher und organisatorischer Sicht

A) Allgemeines zur Dokumentation des Verwaltungshandelns und zum „Lebenszyklus“ von Unterlagen

Die Dokumentation staatlichen Handelns ist für einen Rechtsstaat unerlässlich.²⁶ Die rechtlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen bestimmen bzw regeln die Dokumentation des Verwaltungshandelns und die internen Geschäftsprozesse. Digitale Akten werden in der (Oö Landes-)Verwaltung grundsätzlich in einem einheitlichen, standardisierten, „fach-unabhängigen“ allgemeinen ELAK-System geführt. Daneben werden auch heterogene Informationssysteme eingesetzt, um bestimmte Verfahren(-sgruppen) oder Aufgabenbereiche einfacher erledigen zu können.

25 Vgl ErlRV 85/2015 BlgVbgLT 30. GP, 4 zum Vbg Archivgesetz zu § 3 Abs 1 lit d Z 1: „Zu den Dienststellen der Gemeinde nach Z 1 zählen Organisationseinheiten, deren Rechtsträger allein die Gemeinde ist (Regiebetriebe, Schulen, Krankenanstalten, Verkehrs- und Energieversorgungsunternehmen, Friedhöfe, Verkehrsämter, Bauhöfe, Gärtnereien, Sporteinrichtungen, Mehrzweckhallen udgl). Von der Gemeinde verschiedene Rechtsträger (ausgegliederte Gesellschaften) sind nicht von dieser Bestimmung, uU aber von § 3 Abs 1 lit e Z 3 erfasst.“

26 Vgl DSK 20.1.2010, K121.553/0003-DSK/2010.

Der Begriff der „**Unterlage**“²⁷ ist umfassend²⁸ und bezieht sich nicht nur auf Aufzeichnungen im engeren Sinn (dazu gehören auch Datensätze als XLM-Dateien mit beschreibenden Metadaten). Unterlagen durchlaufen in der Verwaltung einen „**Lebenszyklus**“.²⁹ Records Management nach ISO 15489³⁰ baut auf einem Lebenszyklusmodell auf, das nachfolgend verkürzt skizziert wird.

„Lebensphase“	Geschäftsprozesse
 Erzeugen Eingang	⇒ Erfassen bzw Erheben
 aktives, laufendes Benutzen	⇒ Be- bzw Verarbeiten ⇒ Weiterverarbeiten ⇒ Abschließen
 seltenes Benutzen	⇒ Speichern bzw Aufbewahren
 Archivieren Vernichten	⇒ Archivieren als Lösungs- surrogat oder Löschen bzw Vernichten

27 Die Diktionen variieren, vgl § 2 Z 10 Oö Archivgesetz, § 3 Abs 9 Tir Archivgesetz, § 2 Z 10 Sbg Archivgesetz; ähnlich auch § 3 Z 6 Bgld Archivgesetz und § 2 Z 4 Stmk Archivgesetz sowie § 3 Z 1 Wr Archivgesetz. Anstelle von „Unterlage“ stellt § 3 Abs 1 lit a Vbg Archivgesetz auf „Dokumente“ ab und unterscheidet sich sprachlich, jedoch nicht inhaltlich etwas von der oö Begriffsbestimmung. § 3 Z 17 Nö Archivgesetz stellt ebenfalls auf „Unterlagen“ ab, definiert diese jedoch detaillierter. § 2 Z 2 Bundesarchivgesetz übernimmt den in § 25 Abs 2 Denkmalschutzgesetz bestimmten Begriff „Schriftgut“. Siehe dazu *Wührer*, Die Auswahl des Essentiellen, in: Eisenberger/Ennöckl/Reiter-Zatloukal (Hg), *Zeitgeschichtsforschung im Spannungsfeld von Archiv-, Datenschutz- und Urheberrecht* (2018), 83 (108 f); *ders*, *Information – Unterlage – Archivgut. Legaldefinitionen des „archivischen Substrats“ im Lichte des Archivierungsprozesses und der Digitalisierung* (in diesem Band) 5 ff.

28 Damit ist jede Darstellung eines Inhaltes gemeint und zwar unabhängig von der Form des Datenträgers, also physisch geführte oder auf elektronischen Informationsträgern gespeicherte Aufzeichnungen aller Art (Schrift, Bild und Tonaufzeichnungen). Zu den Unterlagen zählen auch die „Findmittel“. Findmittel sind analoge und/oder elektronische Hilfsmittel und ergänzende Daten, die für die archivische Erschließung und das Verständnis sowie die Auswertung und Nutzung von Archivgut erforderlich sind. Beispiele für Findmittel sind Verwaltungsmetadaten, Geschäftsbücher, Register, Aktenverzeichnisse, Karteien, Datenbanken, Kataloge, Programme, Indizes oder Ordnungen. Bei Findmitteln handelt es sich selbst um Unterlagen, die Archivgut werden können. Vgl zB § 2 Z 5 Oö, Sbg und Stmk Archivgesetz; ErlRV 1803/1 BlgStLT 16. GP, 4, in ErlRV 375 BlgBldLT 22. GP, 14.

29 Vgl *Warter*, *Datenschutz und Organisation - Praxistipps zu Grundlagen, Organisation und Umsetzung*, in: *Pachinger* (Hg), *Datenschutz – Recht und Praxis* (2019) 365 (390 f).

30 9. Kapitel der ISO 15489: a) creating records; b) capturing records; c) classification and indexing; d) access control; e) storing records; f) use and reuse; g) migration or conversion; h) disposition.

Grundgedanke ist, dass Records bzw Unterlagen verschiedene Stationen in ihrem „Leben“ durchlaufen, wobei die unterschiedlichen Phasen auch durch eine unterschiedliche Nutzungsfrequenz gekennzeichnet sind, welche mit der Zeit idR abnimmt. *„Die grundlegende Idee dahinter ist, dass die meisten einmal erzeugten Aufzeichnungen nicht für immer aufbewahrt werden können oder sollen (...). Sie werden zweckgebunden erzeugt und behalten ihre Wichtigkeit, solange der Aufbewahrungszweck erkennbar ist oder Gültigkeit behält bzw solange gesetzliche oder sonstige regulatorische Vorschriften eine Aufbewahrung erforderlich machen.“*³¹

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist – neben den allgemeinen Grundsätzen wie der Datenminimierung und Speicherbegrenzung – zu beachten, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten (bzw jede „Daten-Lebensphase“) auf einem „Eingriffstatbestand“ beruhen muss. Mit Blick auf eine allfällige künftige Archivierung von Unterlagen sind also verschiedene Rechtsgrundlagen und Zwecke für die Datenverarbeitung in ihrem „Lebenszyklus“ zu unterscheiden. Je nach Stadium bzw Lebensphase sind für die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge unterschiedliche rechtliche und organisatorische Rahmenbedingungen maßgeblich. Neben den Rechtsgrundlagen iSd Art 6 bis 10 DSGVO³² bzw materiellen Rechtsgrundlagen gehören dazu auch **allgemeine Organisationsvorschriften** als innerdienstliche Regelungen für einen einheitlichen Geschäftsgang zur Handhabung von Unterlagen (Ablauforganisation). Mit Hilfe von „Kanzlei- oder Büroordnungen“ wird die „Aktenverwaltung“ vereinheitlicht. Zudem werden Aufbewahrungs- bzw Skartierfristen³³ im operativen System für das Registraturgut festgelegt. Daneben wird mit **allgemeinen archivrechtlichen Bestimmungen** geregelt, was unter „Unterlage“ zu verstehen ist, wer die anbietungspflichtigen und -berechtigten Produzenten sind, wie das Procedere der Anbietung vonstattengeht etc (sofern der Produzent nicht zur „Selbstarchivierung“

31 Vgl Weber, Records Management nach ISO 15489, 33 f.

32 Das 3. Hauptstück des DSG zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L 119 vom 4.5.2016, 89, bleibt gegenständlich außer Betracht.

33 Bei der Festlegung der Aufbewahrungsfristen finden auch (verfahrens- und materien-)gesetzliche Bestimmungen Berücksichtigung (zB Materiengesetze, Nachweis- und Aufbewahrungsfristen, Prüfungs- bzw Kontrollbefugnisse anderer Behörden oder Institutionen); vgl dazu III. B). Vgl Berning/Meyer/Keppeler, Datenschutzkonformes Löschen personenbezogener Daten in betrieblichen Anwendungssystemen – Methodik und Praxisempfehlungen mit Blick auf die EU DS-GVO, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik 2017/4, 623.

berechtigt bzw verpflichtet ist).³⁴ Nach der Übernahme von archivwürdigen Unterlagen wird das „Registraturgut“ zu „Archivgut“ und das übernehmende Archiv wird datenschutzrechtlicher Verantwortlicher und verfolgt damit im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke.

Auf Basis der jeweiligen Rechtsgrundlagen bzw -instrumente, mit welchen auch die Rollenverteilung der beteiligten Akteure mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten festgehalten werden kann (datenschutzrechtliche Verantwortliche bzw zivilrechtliche Auftraggeber und datenschutzrechtliche Auftragsverarbeiter bzw zivilrechtliche Auftragnehmer als „leistungsdefinierende und -erbringende Stellen“), erfolgt dann die konkrete Datenverarbeitung.³⁵

B) Datenschutzrechtliche Aspekte zur Aufbewahrung von Unterlagen

Im Zusammenhang mit der Aufbewahrung von Unterlagen sind aus datenschutzrechtlicher Sicht insbesondere die Grundsätze des Art 5 Abs 1 DSGVO der Zweckbindung (lit b), Datenminimierung (lit c)³⁶ und Speicherbegrenzung (lit e) interessant. Daten dürfen grundsätzlich nur so lange in personenbezogener Form aufbewahrt werden, als dies für die Zweckerreichung erforderlich ist, wobei sich eine längere Aufbewahrungsdauer aus besonderen gesetzlichen Vorschriften ergeben kann (Art 5 Abs 1 lit b und e DSGVO). Bereits bei bzw vor der Datenerhebung bzw -verarbeitung ist zu prüfen bzw festzulegen, ob die Daten sofort wieder gelöscht bzw ob und wie lange sie gespeichert werden

34 So sind zB nach § 3 Abs 1 und Abs 6 Oö Archivgesetz die Daten nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen aus dem operativen System auszusondern und dem Oö Landesarchiv anzubieten (dann ist der Benötigungszeitraum in der Verwaltung abgelaufen und die Archivreife der Unterlagen ist eingetreten).

35 In der Hoheitsverwaltung wird die Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung nach Art 6, 9 und 10 DSGVO regelmäßig eine Rechtsvorschrift sein (Art 18 B-VG; § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK; § 4 Abs 3 DSG); in der Privatwirtschaftsverwaltung kommen als Rechtsgrundlagen insbesondere Vertragsverhältnisse und Einwilligungen in Betracht.

36 Der Datenminimierung wird zB auch dadurch Rechnung getragen, dass vom Oö Landesarchiv nur archivwürdige Unterlagen archiviert und Nicht-Archivwürdiges gelöscht wird. Eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung läuft in der Regel den Zwecken der fortwährenden Dokumentation des staatlichen Handelns zuwider. Auch den Archivzwecken stehen sowohl ein Anonymisieren der Daten als auch eine Weiterverarbeitung in pseudonymisierter Form (als Mittel der Datensicherung iSd Art 32 Abs 1 lit a DSGVO) regelmäßig entgegen. Wenn ein öffentliches Archiv personenbezogene Unterlagen als Archivgut übernimmt, werden das Prinzip der Zweckbindung und das Anonymisierungsgebot durchbrochen, aber nicht verletzt. Vgl Schäfer, Das Recht auf Zugang zu Informationen des öffentlichen Sektors in seinem Verhältnis zur Archivierung analoger und digitaler Aufzeichnungen, in: Wettengel (Hg), Digitale Herausforderungen für Archive (1999) 60 (70).

können. „Die Dauer der Aufbewahrung kann sehr unterschiedlich sein und unterliegt nur in geringen Teilen gesetzlichen Vorschriften.“³⁷

In der **DSGVO** selbst findet sich **keine explizite Regelung zu Speicher- oder Aufbewahrungsfristen**.³⁸ Diese Frage, welche auch die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung betrifft, ist vom Verantwortlichen zu klären. Dabei sind zB auch innerdienstliche Erfordernisse bzw Erfahrungen im Verwaltungsgeschehen zu berücksichtigen (zB Rückbezug auf frühere Entscheidungen zur Gewährleistung eines einheitlichen und kontinuierlichen Verwaltungshandelns; Nachweis von Verantwortlichkeiten; Fortwirken von Verwaltungsmaßnahmen, etwa Nachweis, warum eine Regelung in dieser Form getroffen wurde). Zum Teil bestehen **Nachweis- bzw Aufbewahrungspflichten**, zB Aufbewahrungsfristen in Rechtsvorschriften zum Zweck einer neuerlichen Verfahrensdurchführung oder Aufbewahrungspflichten zu Dokumentationszwecken. Zudem müssen personenbezogene Daten unter anderem auch wegen **Prüfungs- bzw Kontrollbefugnissen anderer Behörden oder Institutionen** aufbewahrt werden (zB Rechnungshof, Landesrechnungshof, Oö Landtag, Volksanwaltschaft, Datenschutzbehörde). So ist es anerkannt, „dass Akten während einer gewissen mehrere Jahre dauernden ‚Skartierfrist‘ jedenfalls aufzubewahren sind, und erst dann darüber entschieden wird, ob sie vernichtet oder infolge Archivwürdigkeit dem (...) [Archiv] zur dauernden Aufbewahrung übergeben werden“.³⁹ Diese Aufbewahrung der Dokumentation über staatliches Handeln zum Zwecke der Nachprüfbarkeit ist als vom „Zweck der Ermittlung“ mitgetragen anzusehen.⁴⁰ Die weitere Aufbewahrung erfolgt im Rahmen der Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, nämlich der Sicherung der Nachvollziehbarkeit des staatlichen Verwaltungshandelns als Grundlage des Rechtsstaats.⁴¹

37 Vgl Weber, Records Management 33 f.

38 Vgl Berg, Die österreichischen Archivgesetze, Tehnični in vsebinski problemi klasničnega in elektronskega arhiviranja 9 (2010), 42: Aufbewahrungsfrist bedeutet in der österreichischen Kanzleiterminologie „Skartierungsfrist“.

39 Zuletzt etwa BVwG 31.8.2017, W214 2152086-1.

40 Vgl DSK 20.1.2010, K121.553/0003-DSK/2010. Die Annahme einer Pflicht zur sofortigen Vernichtung der Verfahrensdokumentation nach Verfahrensbeendigung würde demgegenüber die Gefahr der Förderung von Rechtswillkür und Korruption in sich bergen. Vgl dazu VfGH 16.12.2009, B 298/09; 16.3.2001, B 1117/99 Anlassfall zu 16.3.2001, G 94/00; VwGH 27.10.2014, Ra 2014/04/0032; 18.3.2015, Ra 2015/04/0008; BVwG 31.8.2017, W214 2152086-1.

41 Vgl Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz, Art 5 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 50; Haidinger, Art 17 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 50 f; BVwG 31.8.2017, W214 2152086-1 mwN; VwGH 29.11.2005, 2004/06/0169; DSB 24.9.2014, DSB-D121.891/0002-DSB/2014; DSK 9.6.2006, K121.131/0014-DSK/2006; DSK 24.9.2010, K121.608/00014-DSK/2010.

C) Archivierung als Löschungssurrogat

Von der „**bloßen**“ Aufbewahrung der Unterlagen ist deren **Archivierung** zu unterscheiden. Selbst wenn der ursprüngliche Zweck für die Datenverarbeitung weggefallen ist und auch die Aufbewahrungsfristen bereits abgelaufen sind und die Daten nach den datenschutzrechtlichen Grundsätzen grundsätzlich zu löschen⁴² wären, besteht kein absoluter Löschanpruch betroffener Personen, weil die Weiterverarbeitung für Archivzwecke legitimiert ist. Für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke normiert bereits Art 5 Abs 1 lit b (und e) DSGVO unter Verweis auf die Privilegierungsnorm des Art 89 Abs 1 DSGVO, dass eine Weiterverarbeitung für diese Zwecke (dh auch die Archivierung in den Landesarchiven und im Staatsarchiv) jedenfalls nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken gilt.

Die Überlieferung historisch bedeutsamer Vorgänge an die Nachwelt hat auch gegenüber dem Recht auf Löschung Vorrang.⁴³ Archive sind das Gedächtnis der Gesellschaft.⁴⁴ Sie machen das Verwaltungshandeln im Nachhinein nachvollziehbar und damit allgemein „überprüfbar“. So sieht Art 17 Abs 3 lit d DSGVO⁴⁵ auch konsequent vor, dass eine **Ausnahme vom Recht auf Löschung besteht**, wenn die Verarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO erfolgt, soweit das Recht auf Löschung voraussichtlich die Verwirklichung der Ziele dieser Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt. Die im **öffentlichen Interesse liegende Archi-**

42 Eine Auseinandersetzung mit der Unterscheidung zwischen „logischem“ und „physischem“ Löschen unterbleibt in diesem Beitrag.

43 Vgl zur archivischen Aufgabe der Überlieferungsbildung das Leitbild der Österreichischen Archivarinnen und Archivare des VÖA, <<http://www.voea.at/leitbild.html>> (zuletzt abgerufen am 2.8.2021): „Wir sorgen für die Bewahrung historischer Überlieferungen und bestimmen deren Auswahl und Umfang.“ Im Rahmen der Überlieferungsbildung wird auch die Frage der Archivwürdigkeit (Aufbewahren oder Nicht-Aufbewahren bzw Skartieren von Unterlagen) entschieden, also die Auswahl des historischen Erbes getroffen.

44 Dies hat sich etwa auch bereits bei historischen Forschungsprojekten gezeigt, zB zur Zwangsarbeit in der NS-Zeit, zur Erstellung von Gedenkbüchern für in Konzentrationslager inhaftierte Österreicher, zur Aufarbeitung der Gerichte der Kinder afro-amerikanischer GIs und österreichischer Frauen in der Besatzungszeit. Hier wurden Daten benötigt, die bei den aktenführenden Stellen aus datenschutzrechtlichen Gründen grundsätzlich zu löschen gewesen wären. Die Archivierung als Löschungssurrogat ermöglicht der Verwaltung(skontrolle) und der Wissenschaft und der Bevölkerung, solche Informationen noch Jahrzehnte später aus den Archiven zu erlangen.

45 Die dezidierte Ausnahme vom Löschanrecht zugunsten der Archivzwecke (anders als beim Medienprivileg nach Art 85 DSGVO) wird nicht (nur) der Öffnungsklausel überlassen, sondern bereits beim Löschanrecht selbst als Ausnahme in Art 17 Abs 3 lit d DSGVO angeführt.

vierung ist daher gegenüber dem Prinzip der Speicherbegrenzung und dem Zweckbindungsgrundsatz privilegiert.⁴⁶

Die Öffnungsklausel des Art 89 Abs 3 DSGVO⁴⁷ wurde von Österreich nicht zentral im DSG genutzt (§§ 7 und 8 DSG stützen sich auf Art 6 Abs 2 DSGVO), sondern war aufgrund der **Kompetenzverteilung** bereits in verschiedenen Gesetzen (Bundesarchivgesetz und Archivgesetze der Länder) verankert bzw wurde auch dort genutzt.⁴⁸ So sind nach den archivgesetzlichen Kollisionsnormen (vgl zB § 3 Abs 4 Oö Archivgesetz) auch Unterlagen, die einer Geheimhaltungs-, Vernichtungs- oder Löschpflicht unterliegen, dem Archiv anzubieten, und zwar auch dann, wenn diese nach einer anderen Rechtsvorschrift gelöscht bzw vernichtet werden müssten.

Die Anbietungspflicht an das Archiv geht einer Vernichtungs- bzw Löschpflicht⁴⁹ in Materiengesetzen vor. Damit soll verhindert werden, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen die Anbietungspflicht an die Archive aushöhlen. Der Datenschutz folgt nach dem Annexprinzip der jeweiligen Verwaltungsmaterie, demnach können in den Materiengesetzen Vorschriften zur Löschung bzw Vernichtung normiert sein (welche bei den Aufbewahrungsfristen im operativen System entsprechend zu berücksichtigen sind). Die Anbietungspflicht nach den Archivgesetzen kann damit allerdings nicht „ausgehebelt“ werden; es handelt sich dabei um *leges speciales*, die von einer organisatorischen (nicht funktionellen) Betrachtung der anbietungspflichtigen Stellen geprägt sind.

Das Vernichten bzw Löschen von Unterlagen ist nur nach Verneinen der Archivwürdigkeit durch das zuständige Archiv zulässig. Erst wenn die Anbietung erfolgte und die Unterlagen vom Archiv nicht als archivwürdig übernommen wurden, ist ein „Löschen“ bzw Skartieren zulässig.

46 Vgl *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl*, Art 9 DSGVO, in: Knyrim (Hg), *Der DatKomm* (2020) Rz 58; *Löffler*, Art 89 DSGVO, in: Knyrim (Hg), *Der DatKomm* (2020) Rz 18; *Schäfer*, *Recht* 70.

47 Vgl *Löffler*, Art 89 Rz 3 ff, 10.

48 Vgl *Buchner/Tinnefeld*, Art 89 DSGVO, in: Kühling/Buchner (Hg), *Datenschutz-Grundverordnung*² (2018) Rz 26, 31.

49 Die *Gesetze* gebrauchen die Begriffe „löschen“ (für elektronische Unterlagen) und „vernichten“ (für analoge Unterlagen) teilweise synonym, dh dem steht nicht entgegen, dass das Oö. Archivgesetz nur von „löschen“ spricht.

Im Falle der Archivwürdigkeit⁵⁰ ersetzt die datenschutzkonforme Archivierung das Löschen. Die Archivierung ist also ein **Löschungssurrogat**, dh die Übergabe an das zuständige Archiv kommt dem („eigenen“) Löschen gleich. Damit sind die Unterlagen beim ursprünglich für die Datenverarbeitung Verantwortlichen als „gelöscht“ („skartiert“) anzusehen. Die weitere Aufbewahrung ergibt sich somit aus dem Dokumentations- und Archivierungszweck, insbesondere sollen Aufzeichnungen von bleibendem Wert für das allgemeine öffentliche Interesse erhalten und aufbereitet sowie verbreitet und zugänglich gemacht werden.⁵¹

IV. Informationssysteme

A) Informationssysteme und der archivrechtliche Unterlagenbegriff

Informationssysteme sind **heterogene Systeme**, mit denen Geschäftsprozesse – etwa für ein bestimmtes Verfahren bzw eine bestimmte Verfahrensgruppe bzw generell einen Aufgabenbereich – auf einer eigenen „Plattform“ abgewickelt werden.

Der archivrechtliche Begriff „**Unterlagen**“ ist umfassend.⁵² Auch in **Informationssystemen verarbeitete Daten(-sätze)** bzw die darin verarbeiteten Fach- und/oder Metadaten sowie gegebenenfalls auch das **Informationssystem selbst** sind grundsätzlich unter den Unterlagen-Begriff zu subsumieren und können uU archivwürdige Unterlagen darstellen.

Aus innerorganisatorischen Erwägungen⁵³ werden Informationssysteme regelmäßig mit **Schnittstellen** zum allgemeinen ELAK-System – also einem „führenden“ Informationssystem – ausgestattet (ELAK-Trans),⁵⁴ was auch für die Archivierung⁵⁵ vorteilhaft ist. Doch selbst wenn ggf Schnittstellen zum allgemeinen ELAK-System vorgesehen sind, werden

50 Vgl die Definition in § 2 Z 4 Oö. Archivgesetz: Archivwürdig: Unterlagen, die auf Grund ihrer rechtlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedeutung für Gesetzgebung, Rechtspflege, Verwaltung, wissenschaftliche Forschung sowie für das Verständnis von Geschichte und Gegenwart von bleibendem Wert sind.

51 Vgl ErwGr 158 DSGVO.

52 Siehe III.A.

53 Mit einheitlichen IT- und Organisationsstandards können Synergien besser ausgeschöpft werden.

54 *Bund-Länder-Städte-Gemeinden (BLSC)*, ELAK-Transaktionen Spezifikation 3.0.1 (8.8.2016).

55 Reduktion bzw Vereinheitlichung von Schnittstellen und Aussonderungsformaten.

regelmäßig Daten(-sätze) im Informationssystem verbleiben. Findet also mit der Dokumentation im ELAK kein ausreichender Informations-transfer statt und „verbleibt“ ein archivwürdiger „Informationsrest“ im Informationssystem, der überdies regelmäßig einer laufenden Aktualisierung unterliegt,⁵⁶ sind gemeinsam mit dem Archiv Vorkehrungen für eine Anbietetung und Übernahme dieser Daten(-sätze) in einem vorgegebenen bzw mit dem Archiv vereinbarten Format zu treffen, indem etwa entsprechende Aussonderungsfunktionen bzw -schnittstellen vorgesehen werden.⁵⁷

B) „Lebenszyklus“ von Informationssystemen (und damit verarbeiteten dynamischen Daten)

In Zusammenhang mit dem angesprochenen „Lebenszyklus“ von Unterlagen ist beim Anbieten von (regelmäßig) Fachdaten aus Informationssystemen zu beachten, dass diese – insbesondere dann, wenn es sich um Datenbanken handelt – im archivgesetzlichen Sinn teilweise nicht „(ab-)geschlossen“ werden (bzw anfallen) und damit nie „nicht mehr ständig benötigt“⁵⁸ werden. Sie werden vielmehr fortlaufend geführt.

Zu denken wäre hier etwa an Systeme, mit denen gewisse Informationen bzw Daten(-sätze) – sei es personenbezogen oder nicht – verarbeitet werden, die einer **laufenden Aktualisierung** unterliegen (zB einfache Registerdaten). Das heißt, die Archivreife würde nie eintreten, es sei denn, zB der Betrieb des Informationssystems wird eingestellt (dh eine Datenbank wird außer Betrieb genommen). Mit der laufenden Aktualisierung geht auch ein **Informationsverlust** einher und es könnten Lücken in der Überlieferungsbildung entstehen, wenn im Informations-

56 Siehe dazu sogleich IV.B.

57 Vgl zB § 3 Abs 5 Oö Archivgesetz; § 5 Abs 5 Stmk Archivgesetz; § 3 Abs 5 Sbg Archivgesetz; § 4 Abs 2 Bundesarchivgutverordnung sieht für an das Österreichische Staatsarchiv anzubietendes Schriftgut, das auf elektronischen Datenträgern gespeichert ist, verpflichtend die elektronische Form auf Basis der Schnittstelle EDIAKT (in der jeweils aktuellen Fassung) unter Anwendung der Datenformate XML für Metadaten und PDF für alle Inhaltsdaten vor. Siehe dazu auch *Bund-Länder-Städte-Gemeinden (BLSG)*, XML-Schema EDIDOC 1.0.0 (6.3.2014).

58 Die anbietungspflichtigen Stellen haben die Unterlagen, die sie nicht mehr ständig benötigen, dem jeweiligen Archiv anzubieten; vgl zB § 3 Abs 1 und 2 Oö Archivgesetz; § 3 Abs 1 Sbg Archivgesetz; § 6 Abs 1 Vbg Archivgesetz, § 6 Abs 1 Wr. Archivgesetz, § 5 Abs 1 Bundesarchivgesetz, § 5 Abs 1 Bgld Archivgesetz, § 7 Abs 1 Ktn Archivgesetz, § 5 Abs 1 Stmk Archivgesetz und § 5 Abs 1 Tir. Archivgesetz stellen darauf ab, dass die Unterlagen (zur Erfüllung/ Besorgung ihrer laufenden Aufgaben) nicht mehr benötigt werden. § 9 Abs 1 Nö. Archivgesetz stellt darauf ab, dass die Unterlagen, zur Erreichung der Zwecke, für die sie ermittelt wurden, nicht mehr erforderlich sind. Vgl *Wührer*, Information (in diesem Band) 17.

system keine Historie zu den einzelnen Daten(-sätzen) erstellt wird. Dies ist natürlich nur von Relevanz, sofern es sich um archivwürdige Unterlagen handelt.

Eine Überlieferung des Verwaltungshandelns könnte mit einer grundsätzlichen Anbietungspflicht auch jener Daten(-sätze) in Informationssystemen, die einer dynamischen Veränderung unterliegen, sichergestellt werden. Es sollte aber wohl kaum jedes punktuelle Löschen/Ajourieren von Informationen/Daten eine Anbietung auslösen. Vielmehr könnte festgelegt werden, dass zu bestimmten Zeiträumen eine Abbildung erzeugt wird.⁵⁹ Ein Blick auf § 5 Abs 3 dt Bundesarchivgesetz⁶⁰ zeigt, wie mit diesen „flüchtigen“, dynamischen Informationen/Daten(-sätzen) umgegangen werden kann: „Elektronische Unterlagen, die einer laufenden Aktualisierung unterliegen, sind (...) zu bestimmten, einvernehmlich zwischen Bundesarchiv und abgebender Stelle festzulegenden Stichtagen ebenfalls anzubieten.“ Damit sollen auch jene elektronischen Unterlagen erfasst werden, „die – anders als eine herkömmliche Akte – nicht abgeschlossen werden, sondern einer laufenden Veränderung und Aktualisierung durch die Verwaltung unterliegen oder dauerhaft benötigt werden. Diese Unterlagen befinden sich damit noch im Verwaltungsgebrauch und unterliegen daher nicht der Anbietungspflicht (...)“.⁶¹

C) Datenverarbeitungen verschiedener Akteure mit einem Informationssystem

Die unterschiedlichen Ausprägungen von Informationssystemen reichen von rein (organisations-)intern verwendeten und betriebenen Systemen (iSv Daten-, Dokumenten- bzw Verfahrensmanagementsystemen) über Systeme, die von verschiedenen Organisationen desselben Rechtsträgers gemeinsam befüllt bzw verwendet werden, bis hin zu Systemen, bei welchen Betrieb und Verarbeitung von Organisationen unterschiedlicher Rechtsträger getrennt („mandantenfähig“⁶²)

59 Vgl Hemmie, Masterarbeit – Veränderung des Archivrechts unter den Herausforderungen der digitalen Langzeitarchivierung (2014) 34 f.

60 Gesetz über die Nutzung und Sicherung von Archivgut des Bundes (Bundesarchivgesetz - BArchG) vom 10. März 2017 (BGBl I S. 410), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. April 2021 (BGBl I S. 750) geändert worden ist.

61 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/9633, 56.

62 Die Daten(-sätze) werden im Informationssystem logisch voneinander getrennt („Mandantentrennung“). Akteur A hat keinen Zugriff auf die Daten, die mandantenbezogen dem Akteur B zuzuordnen sind.

oder gemeinsam erfolgen („mandantenübergreifend“⁶³). Die beteiligten Akteure können verschiedene Beziehungen zueinander haben bzw. verschiedene Rollen bei der mandantenfähigen oder -übergreifenden Datenverarbeitung bzw. Aufgabenerfüllung einnehmen. Werden diese Systeme von einer Organisation(seinheit) auch für andere Organisation(seinheit)en anderer Rechtsträger betrieben, ist aus archivischer Sicht zu bedenken, dass diese regelmäßig anderen archivgesetzlichen Bestimmungen unterliegen, dh die Unterlagen der beteiligten Akteure (Mandanten) wären demnach idR unterschiedlichen Archiven anzubieten.

Nachstehende Tabelle soll dies beispiel-/skizzenhaft darstellen:

Werk- /Dienstleister als Auftragnehmer // Auftragsverarbeiter	(theoretischer)⁶⁴ Archivstrang des Auftragnehmers/Auftragsverarbeiters	potentielle Auftraggeber // (gemeinsam) Verantwortliche	Archivstrang des Auftraggebers/Verantwortlichen
Amt der Landesregierung, IKT-Stelle	⇒ Landesarchiv A	– Dienststellen des Amtes	⇒ Landesarchiv A
Amt der Landesregierung, IKT-Stelle	⇒ Landesarchiv A	– Dienststellen des Amtes – Bezirkshauptmannschaften des Landes	⇒ Landesarchiv A ⇒ Landesarchiv A

63 Dabei erfolgt die Datenverarbeitung durch unterschiedliche Akteure mit einem identen Datenbestand.

64 Als Auftragsverarbeiter kann man zivil- und datenschutzrechtlich nur schwer einen Archivierungsanspruch rechtfertigen. Siehe dazu IV.D.4.c.

Werk- /Dienst- leister als Auf- tragnehmer // Auftragsver- arbeiter	(theoretischer) Archivstrang des Auftrag- nehmers/Auf- tragverarbeiters	potentielle Auf- traggeber // (gemeinsam) Ver- antwortliche	Archivstrang des Auftrag- gebers/Verant- wortlichen
Amt der Landes- regierung, IKT- Stelle	⇒ Landes- archiv A	– Bezirkshaupt- mannschaften des Landes – Dienststellen / Bezirkshaupt- mannschaften anderer Länder – Gemeinden – landesgesetz- lich geregelte Einrichtungen des öffentli- chen Rechts (mit eigener Rechtspersön- lichkeit) – Dienststellen des Bundes	⇒ Landes- archiv A ⇒ andere Landes- archive ⇒ Gemeinde- archive ⇒ Selbstarchi- vieren / An- bietungs- recht an Landes- archiv ⇒ Staats- archiv
BM	⇒ Staatsarchiv	– Dienststellen / Bezirkshaupt- mannschaften der Länder – Gemeinden	⇒ Landes- archive ⇒ Gemeinde- archiv

Wird vom Land A ein Informationssystem auch anderen Ländern zur Verfügung gestellt, ohne dass damit eine Datenverarbeitung beim Land A (zB durch den Betrieb) verbunden ist, ist Land A in die Datenverarbeitung in den anderen Ländern nicht involviert. Es bedarf nur eines zivilrechtlichen Vertrags hinsichtlich der Überlassung bzw Nutzung des Informationssystems.

Der Fokus der nachfolgenden Betrachtung liegt auf Informationssystemen, die nicht allein von Produzenten genutzt und betrieben werden, die einem gemeinsamen Archivstrang folgen (zB an dasselbe

Landesarchiv anbieterpflichtige Stellen des Landes). Es geht demnach um solche Konstellationen, bei denen insbesondere **gebietskörperschafts- bzw organisationsübergreifend Daten(-sätze)** für gleichlaufende Geschäftsprozesse (gemeinsam oder getrennt) verwaltet bzw verarbeitet werden und/oder **Infrastruktur (Informationssysteme) gemeinsam** genutzt wird. Von gesteigertem Interesse sind also jene Fälle, in denen die jeweilige Aufgabe nicht (nur) mit einem (landes-)eigenen, intern betriebenen Informationssystem wahrgenommen wird, sodass sich **potentiell verschiedene Archivstränge** eröffnen. Hier muss sowohl rechtlich als auch bei der technischen Umsetzung **Vorsorge für die archivgesetzlich vorgegebenen Archivierungsprozesse** getroffen werden. Aus rechtlicher Sicht sind in den IT-Verträgen **zivil- und datenschutzrechtliche Aspekte** zu berücksichtigen. Denn auf Basis solcher IT-Verträge kommt es regelmäßig zur Übermittlung bzw Verarbeitung von Daten, und zwar auch dann, wenn nur Dienstleistungen erbracht werden, indem etwa Speicherplatz zur Verfügung gestellt wird. IT-Verträge sind regelmäßig gemischte Verträge, die sich aus verschiedenen Vertragstypen zusammensetzen, im Wesentlichen weisen sie Merkmale des Kauf-, Dienst-, Werk- und/oder Mietvertrags auf.⁶⁵

Bei **IT-Verträgen** zum gemeinsamen Nutzen von Informationssystemen (über das Internet oder Organisationsnetzwerke) werden grundsätzlich entsprechende Vereinbarungen getroffen, wie etwa dass die Daten weiterhin dem Auftraggeber gehören und nach Vertragsende alle gespeicherten Daten inklusive Metadaten samt Datensicherung in einem vereinbarten Format an den Auftraggeber vor bzw bei Vertragsende zurückzugeben und vom Auftragnehmer vollständig zu löschen sind.⁶⁶

Solche Regelungserfordernisse ergeben sich im Falle von personenbezogenen Datenverarbeitungen auch für **Auftragsverarbeitervereinbarungen** nach Art 28 Abs 3 lit g DSGVO. Demnach hat der Verantwortliche (Auftraggeber) das Wahlrecht, ob der Auftragsverarbeiter (Auftragnehmer) nach Erbringung der Verarbeitungsleistung alle personenbezogenen Daten entweder löschen oder zurückgeben muss, sofern nicht nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Speicherung besteht. Die Literatur geht derzeit davon aus, dass „[u]nter der Wendung ‚nach Beendigung der Verarbeitungs-

65 Eine tiefergehende Auseinandersetzung unterbleibt an dieser Stelle. Vgl dazu Tretzmüller, Zur rechtlichen Qualifikation von Softwareverträgen, ZIIR 2019, 255 und die Definition der unterschiedlichen gängigen IT-Verträge (256 ff).

66 Vgl von dem Bussche/Schelinski, IT-Vertragsgestaltung in: Leupold/Glossner (Hg), Münchner Anwalts Handbuch IT-Recht³ (2013) 13 (98, Rz 354).

leistungen' (...) das Auftragsverarbeiterverhältnis als solches sowie auch einzelne Verarbeitungsabschnitte verstanden werden können, wenn letztere eine geschlossene Verarbeitung innerhalb einer Auftragsverarbeitung darstellen. Ob die Daten zu löschen sind oder zurückzugeben sind, obliegt der Wahl des Verantwortlichen".⁶⁷ Der Auftragsverarbeiter darf grundsätzlich nicht autonom über die Rückgabe bzw. Löschung der Daten entscheiden. Das bedeutet im Kern, dass jene Stelle, welche nur **Auftragsverarbeiter** (Auftragnehmer) ist, grundsätzlich **keine solche Verfügungsgewalt** über die verarbeiteten Daten(-sätze) hat, welche zu einer Anbieten an ihr Archiv führen könnte. Vielmehr sind diese Daten(-sätze) nach wie vor dem Verantwortlichen (Auftraggeber) zuzurechnen und damit – wenn auch unter Heranziehen des Auftragsverarbeiters (Auftragnehmers) – bei ihm angefallen, sodass diese seinem Archivstrang folgen müssten.

Selbst wenn in **IT-Verträgen und Auftragsverarbeitervereinbarungen** eine Datenrückgabe (bzw. -migration) bei Vertragsbeendigung bzw. nach Beendigung des Auftrages vereinbart wurde, wird das insbesondere im Hinblick auf dynamische Daten(-sätze) in Informationssystemen den archivischen Anforderungen nur eingeschränkt gerecht,⁶⁸ und zwar ungeachtet dessen, dass die Wendung „nach Beendigung der Verarbeitungsleistungen“ auf einzelne Verarbeitungsabschnitte (Datensätze) bezogen werden kann, wenn diese eine geschlossene Verarbeitung innerhalb einer Auftragsverarbeitung darstellen. „Aussonderungsschnittstellen bei digitalen Quellsystemen von vornherein vorzusehen und auch auf die Archivierung abgestimmte Informationsmanifestationen festzulegen sowie möglichst bald abzuklären, welche Informationsträger oder Übermittlungswege zur Übertragung bei Archivwürdigkeit von digitalen Unterlagen genutzt werden, ist nicht nur aus Sicht der Archivierung, sondern auch aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit äußerst sinnvoll.“⁶⁹

Zwar wäre wohl eine entsprechende Aussonderung der Daten (-sätze) während der aufrechten Auftragsverarbeitung grundsätzlich auch über das Weisungsrecht des Verantwortlichen erreichbar, allerdings wird der Vertragspartner (Auftragnehmer) dem Auftraggeber die (marktüblichen) Kosten für das Programmieren einer Schnittstelle bzw.

67 Bogendorfer, Art 28 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 81 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

68 Siehe dazu in Ansätzen IV.B; vgl. dazu Wührer, Information (in diesem Band) 20: „Datensätze bzw. -reihen können für sich als Unterlagen gelten wie auch die gesamte Fachanwendung als Gesamtdatenobjekt als Unterlage begriffen werden muss [...]“.

69 Wührer, Information (in diesem Band) 25.

für die Aussonderung vorschreiben können, sofern eine solche noch nicht vorgesehen ist oder vertraglich nicht anderes vereinbart wurde.

Diese Regelungen sollten – insbesondere im Falle der Archivwürdigkeit der Unterlagen – jedenfalls getroffen werden, und zwar auch dann, wenn eine ELAK-Schnittstelle vorhanden ist, sofern das Archiv bzw die Archive abseits der vom Informationssystem in den ELAK übertragbaren Informationen noch weitere Daten(-sätze) für archivwürdig bewertet bzw bewerten. Beim Einsatz von Informationssystemen als digitale Quellsysteme der Auftraggeber/Verantwortlichen (als archivrechtliche Produzenten) sind unter Einbindung des zuständigen Archivs bzw der zuständigen Archive (zur prospektiven Beurteilung der Archivwürdigkeit)⁷⁰ entsprechende Aussonderungsfunktionen bzw -schnittstellen von vornherein vertraglich zu vereinbaren bzw vorzusehen. Es soll Klarheit hinsichtlich der Datenrückgabe geschaffen werden, etwa mit Vereinbarungen betreffend Art und Weise sowie Zeitpunkt der Aussonderung der Daten(-sätze) aus dem Informationssystem und Aussonderungsformat. *„Dafür, dass Format und Prozedere der Rückgabe der Daten im Vertrag genau zu regeln sind, besteht [insbesondere bei personenbezogenen Datenverarbeitungen] auch ein Eigeninteresse des Auftragsverarbeiters, da dieser nicht selbst darüber entscheiden kann, ohne gegen die DSGVO zu verstoßen.“*⁷¹ Passende Formulierungsvorschläge findet man in der Mustervertragssammlung von Knauder/Marzi/Temmel, Handbuch Wirtschaftsverträge.⁷² Damit kann sichergestellt werden, dass Fachdaten(-sätze) aus dem Informationssystem für die Zwecke der Archivierung zur Verfügung stehen.

70 Dies kann im Rahmen der Beratungsfunktion der Archive erfolgen (zB § 13 Abs 1 Z 6 Oö Archivgesetz, § 7 Abs 2 Z 2 Sbg Archivgesetz), wobei etwa § 9 Bgld Archivgesetz (ebenso § 4 Abs 1 Vbg Archivgesetz; § 6a Wr Archivgesetz) verlangt, dass „[bei] der Beschaffung und beim Betrieb von elektronischen Datenbearbeitungssystemen (...) die Erfordernisse der Archivierung berücksichtigt werden [müssen]“. In ErlRV 375 BlgBglDLT 22. GP, 16 wird dazu (bzw zu § 8) festgehalten (Hervorhebungen nicht im Original): „Um seiner vorrangigen Aufgabe Sicherung von Archivgut bestmöglich gerecht werden zu können, sollte das Landesarchiv bei Einführung neuer oder wesentlicher Veränderung bestehender Datenverarbeitungssysteme oder Softwareprogramme von den anbieterpflichtigen Stellen in den Anschaffungs- und Gestaltungsprozess miteinbezogen werden.“

71 Pachinger, Datenschutzverträge, in: ders (Hg), Datenschutz – Recht und Praxis (2019) 153 (202).

72 Vgl insb Marzi/Testor, XIX: IT-Recht, 6. IT-Servicevertrag (Managed Services/Outsourcing/Outtasking), in: Knauder/Marzi/Temmel (Hg), Handbuch Wirtschaftsverträge (2016) 32, § 8.1 (2) bis (4).

D) Archivrechtliche Anbietung im Einklang mit der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung

Die datenschutzrechtlichen Rollen können bei kooperativen Informationssystemen in allen Variationen vorkommen und verteilt sein. Die Bezirkshauptmannschaften können zB getrennt oder gemeinsam Verantwortliche sein und das Amt der Landesregierung ist deren Auftragsverarbeiter. Das Amt der Landesregierung kann auch getrennt oder gemeinsam Verantwortlicher mit den Bezirkshauptmannschaften sein. Diese Beispiele sind aus archivischer Sicht grundsätzlich unproblematisch, weil alle beteiligten Akteure gegenüber demselben Landesarchiv anbieterpflichtig sind (wenngleich auch hier entsprechende Schnittstellen und Aussonderungsfunktionen die Überlieferungsbildung absichern bzw vereinfachen/vereinheitlichen sollten).

Daneben gibt es (gesetzliche oder vertragliche) Kooperationsformen, bei welchen die beteiligten Akteure unterschiedlichen Archivgesetzen unterliegen und damit verschiedenen Archivsträngen folgen. So kann der Bundesminister zB Auftragsverarbeiter für die Bezirksverwaltungsbehörden sein. In diesem Fall müssten – im Sinne des oben dargestellten kompetenzrechtlichen Verständnisses („Die Archivierung ist funktionsblind.“) und nach den datenschutzrechtlichen Vorgaben des Art 28 Abs 3 lit g DSGVO – die angefallenen Unterlagen der Bezirkshauptmannschaften den Landesarchiven und jene der Statutarstädte den Gemeindearchiven angeboten werden (Bezirkshauptmannschaften und Statutarstädte als anbieterpflichtige Produzenten).

Die Abgrenzung, ob die Akteure bei einer Datenverarbeitung (gemeinsam) Verantwortliche (und in diesem Sinn Produzenten iSd Archivgesetze) sind oder wer als Auftragsverarbeiter tätig ist, kann vor allem bei der Beteiligung mehrerer Akteure und bei komplexen Verarbeitungsprozessen schwierig sein.⁷³ So kann ein und derselbe Akteur im Hinblick auf dieselben personenbezogenen Daten „verschiedene Rollen einnehmen, wenn mit den Daten unterschiedliche Verarbeitungstätigkeiten verbunden sind“.⁷⁴

73 Vgl Hödl, Art 4 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 82; ders, Art 26 DSGVO, in: Knyrim (Hg), Der DatKomm (2020) Rz 11 (Stand 1.10.2018, rdb.at); Geuer/Reinisch, Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung, jusIT 2018/41, 97 ff.

74 Fritz, Abgrenzungsschwierigkeiten bei der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung nach der DS-GVO in: Schweighofer et al (Hg), Datenschutz/LegalTech – Tagungsband des 21. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2018 (2018) 19 (21).

Aufgrund der Vielzahl der Informationssysteme, deren Datenverarbeitungsstrukturen zudem großteils sehr komplex und heterogen sind, können die *„Sachverhalte hinsichtlich der Rollenverteilung nur selten abstrakt abschließend beurteilt werden; vielmehr ist stets eine konkrete Betrachtung des Einzelfalls notwendig“*.⁷⁵ Wenngleich gesetzlich/vertraglich die Rollen zugewiesen werden, so hat dies keine „konstitutive“ Wirkung, sondern die tatsächlichen Umstände sind maßgeblich.⁷⁶

Je nach datenschutzrechtlicher Rolle der beteiligten Akteure im Hinblick auf die jeweilige Verarbeitungstätigkeit treffen diese im Einzelnen selbstredend andere Rechte und Pflichten. Die Rollenverteilung ist grundsätzlich nach den Legaldefinitionen des Art 4 DSGVO vorzunehmen.

1. Verantwortlicher

„Verantwortlicher“ ist nach Art 4 Z 7 DSGVO „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so kann der Verantwortliche beziehungsweise können die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden“.

Die „Zuweisung“ der Rolle des Verantwortlichen kann gesetzlich erfolgen oder vertraglich klargestellt werden bzw aus der Betrachtung/Analyse der konkreten Datenverarbeitung resultieren, wenn der Akteur über bestimmte Kernelemente der Datenverarbeitung entscheiden kann. Verantwortlicher ist, wer die *„Kontrolle über die Datenverarbeitung innehat und über die Verfügungs- bzw Entscheidungshoheit [Anm: über das Warum und Wie] verfügt“*. Wird einer Stelle gesetzlich eine konkrete Aufgabe zur Vollziehung übertragen, wie etwa einer Bezirkshauptmannschaft die Erteilung einer Gewerbeberechtigung, so erfolgt die Durchführung dieser konkreten Verarbeitungstätigkeiten als Verantwortlicher. Auch wenn die Zwecke und ggf auch bestimmte Entscheidungen hinsichtlich der Mittel der konkreten Datenverarbeitung durch gesetz-

⁷⁵ Geuer/Reinisch, jusIT 2018/41, 104.

⁷⁶ Vgl Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 1, 2. 9.2020) Rz 12, 19 f, 26 f; Horn, Datenschutz beim Outsourcing – Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen und Vertragsgestaltung beim Einsatz von Auftragsverarbeitern, in: Jähnel (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2019 (2019) 95 (104).

liche Regelungen vorgegeben sind, so ist die Bezirkshauptmannschaft dennoch die „Herrin der Daten“.⁷⁷ Ein gewisser Determinierungsgrad ist im Bereich der Hoheitsverwaltung aufgrund des Legalitätsprinzips nach Art 18 B-VG und auch aufgrund der Anforderungen des § 1 Abs 2 DSG iVm Art 8 Abs 2 EMRK (bei verwaltungsstrafrechtsrelevanten Verarbeitungen auch nach § 4 Abs 3 Z 1 DSG) und iSd Art 6 Abs 1 lit c und e iVm Abs 3 DSGVO geboten (für Verwaltungsstrafverfahren zudem Art 6 und 7 EMRK). Wesentlich ist, dass die Bezirkshauptmannschaft *„auf den Verarbeitungsvorgang, nämlich sein von definierten Beweggründen getragenes, erwartetes und beabsichtigtes Ergebnis (Warum) und die Art und Weise, dieses Ergebnis zu erreichen (Wie) steuernd einzuwirken in der Lage ist“*.⁷⁸

2. Zusammenarbeit von „getrennt“ Verantwortlichen

Wenngleich die DSGVO diese „Kooperationsform“ nicht ausdrücklich erwähnt, so gibt es dennoch Konstellationen, bei welchen eine Zusammenarbeit mehrerer „getrennter“/eigenständiger Akteure vorliegt, ohne die Kriterien des Art 26 DSGVO (gemeinsames Festlegen von Zweck und Mittel durch mehrere Verantwortliche) oder Art 28 DSGVO (striktes Weisungsverhältnis) zu erfüllen. Eine getrennte Verantwortlichkeit liegt etwa dann vor, wenn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ein „Nebenprodukt“ ist und nicht die Hauptleistung für den „Auftraggeber“ darstellt.⁷⁹ Jeder Verantwortliche entscheidet allein über „seine“ Verarbeitung, bei der Entscheidung über den Zweck seiner Verarbeitung kooperiert der Verantwortliche nicht mit anderen.

Eine „getrennte“ Verantwortlichkeit kann auch dann bestehen, wenn die Akteure dieselben Daten(-sätze) verarbeiten oder dieselbe Infrastruktur nutzen, aber die Zwecke der Verarbeitung jeweils eigenständig festgelegt werden.⁸⁰ Oftmals stellt das Amt der Landesregierung (als Auftragsverarbeiter) den Bezirkshauptmannschaften ein Informationssystem zur Verfügung. Wenn die Bezirkshauptmannschaften dasselbe

77 Vgl Wagner, Ein Praxisblick auf die datenschutzrechtliche Stellung der Gemeinden gegenüber der Bundesanstalt „Statistik Austria“, in: Jähnel (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2019 (2019) 351 (353).

78 Pachinger, Datenschutzverträge 154 (Rz 106).

79 Vgl Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 1, 2.9.2020) Rz 25 inkl Beispiel, Rz 80.

80 Vgl Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 1, 2.9.2020) Rz 69.

Informationssystem⁸¹ für die Datenverarbeitung nutzen, sind sie regelmäßig getrennt Verantwortliche, wenn sie nur die Daten ihrer Kunden für ihre Zwecke verarbeiten und über Zugriffsberechtigungen und die Datengrundsätze nach Art 5 DSGVO grundsätzlich allein entscheiden. Nur durch das Nutzen desselben Informationssystems werden sie noch nicht gemeinsam Verantwortliche, wenn Zweck und Mittel nicht gemeinsam festgelegt werden und kein Datenaustausch bzw keine gemeinsame Nutzung der Daten stattfindet (mandantenfähiges Informationssystem), und zwar unbeschadet der Kompetenzen des Landesamtsdirektors, für einen einheitlichen und geregelten Geschäftsgang zu sorgen.⁸² Sofern das Amt der Landesregierung (zB als Oberbehörde) dieses Informationssystem ebenfalls für eigene Zwecke nutzt, ist es in Bezug auf diese Zwecke selbst ein weiterer eigenständiger/getrennter Verantwortlicher (idZ ist das Amt weiterer Mandant und archivrechtlicher Produzent). Für die Datenverarbeitungen der Bezirkshauptmannschaften bleibt das Amt (durch die IKT-Stelle) Auftragsverarbeiter (im Falle getrennter Verantwortlichkeit; bei gemeinsamer Verantwortlichkeit könnte das Amt als einer der Verantwortlichen diese Aufgabe für alle Verantwortlichen übernehmen).⁸³

Beispielsweise sieht das Gesetz eine Datenübermittlung anderer Stellen an die Stelle A zur Erledigung einer Aufgabe vor. Diese Daten werden bei den anderen Stellen nicht gesondert, nur für diesen Zweck erhoben, sondern sind bereits bei Erledigung einer ihnen übertragenen Aufgabe angefallen. Die Daten werden zum Zeitpunkt der Meldung also bereits verarbeitet. Stelle A setzt ein bestimmtes Informationssystem für die Datenverarbeitung ein, inkl Erfassung der Daten. Die anderen Stellen sind dazu verpflichtet, für die Meldung der Daten dieses Informationssystem zu verwenden. Stelle A ist alleinige Verantwortliche für die Zwecke der gesetzlich übertragenen Aufgabe. Stelle A hat den Zweck der Verarbeitung bestimmt (bzw ist dieser gesetzlich determiniert) und entschieden, wie die Verarbeitung organisiert wird (Mittel der Datenverarbeitung). Die anderen Stellen sind als Verantwortliche für ihre eigenen Verarbeitungstätigkeiten für die Richtigkeit der Daten

81 Dieses Informationssystem wird in der Praxis regelmäßig vom Amt der Landesregierung (dessen IKT-Stelle) als Auftragsverarbeitung für die Bezirkshauptmannschaften betrieben (Speicherung, Betrieb, Wartung, Security etc.).

82 Siehe FN 19.

83 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) 23. Vgl dazu auch IV.D.4.b.

verantwortlich, die sie zuvor verarbeitet haben und die sie dann an Stelle A weitergeben.⁸⁴

Findet eine gesonderte Erhebung nur zum Zwecke der Meldung statt, könnte eine Auftragsverarbeitung der erhebenden Stellen vorliegen,⁸⁵ wenngleich es etwa denkbar ist, dass beteiligte datenverarbeitende Stellen nur in bestimmten Phasen der Datenverarbeitung, etwa bei der Datenerhebung, tätig sind und dennoch gemeinsam Verantwortliche sind.⁸⁶

3. Auftragsverarbeiter

„Auftragsverarbeiter“ ist nach Art 4 Z 8 DSGVO „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Die Auftragsverarbeitung muss nach Art 28 DSGVO vertraglich oder mit einem anderen Rechtsinstrument nach dem Unionsrecht oder Recht der Mitgliedstaaten geregelt („schriftlich abgefasst“) sein und den Auftragsverarbeiter in Bezug auf den Verantwortlichen binden. „Demnach (...) sind grundsätzlich **auch einseitig bindende Verpflichtungen** des Auftragsverarbeiters möglich.“⁸⁷ Der unbestimmte Rechtsbegriff „Rechtsinstrument“ wird in der DSGVO nicht definiert. Der Begriff ist aufgrund des ausdrücklichen Verweises auf die nationale Rechtsordnung (hier: „anderes Rechtsinstrument nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten“) nach der nationalen Rechtsordnung des Mitgliedstaates zu bestimmen.⁸⁸ Nach Ansicht der Europäischen Kommission⁸⁹ kann das Rechtsinstrument irgendeine Art von „Verwaltungsentscheidung“ sein, wenn der Verantwortliche damit die Bedingungen für die Datenverarbeitung in seinem Namen festlegen kann. Als solches Rechts-

84 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Rz 24, Beispiele zu Rz 70 und 87.

85 Vgl *Wagner*, Praxisblick 351.

86 Vgl Kurzpapier Nr 16 der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder: *Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche*, Art 26 DSGVO (31.3.2018), abrufbar unter <<https://www.datenschutzzentrum.de/artikel/1215-Kurzpapier-Nr.-16-Gemeinsam-fuer-die-Verarbeitung-Verantwortliche,-Art.-26-DSGVO.html>>.

87 *Pachinger*, Datenschutzverträge 154 (Rz 106).

88 Vgl *Liebwald*, Europäische Rechtsbegriffe und österreichische Rechtssprache: Die Transformation von EU-Richtlinien in nationales Recht, JRP 2013, 294 (299) mwN.

89 Vgl Europäische Kommission, 27.8.2018, E-003163/2018(ASW), abrufbar unter <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-003163-ASW_EN.html?redirect=1>: „A legal act may be an ordinance or other type of administrative decision whereby controllers vested in public authority may stipulate the conditions for processing personal data on their behalf.“

instrument kann in Österreich demnach auch – neben Gesetzen bzw. Verordnungen und allenfalls auch Bescheiden, gerichtlichen Urteilen und Erkenntnissen – ein Erlass (als generelle Weisung iSd Art 20 Abs 1 B-VG) angesehen werden.⁹⁰

Datenschutzrechtlich ist der Auftragsverarbeiter der Sphäre des Verantwortlichen zuzurechnen. Er übernimmt einen Teil der Aufgaben bzw. Verarbeitungstätigkeit des Verantwortlichen und verarbeitet die Daten im Auftrag und auf Weisung des Verantwortlichen (Art 28 Abs 1 und Abs 3 lit a, Art 29 DSGVO). Damit ist er der **„verlängerte Arm“ des Verantwortlichen**.⁹¹ Der Auftragsverarbeiter hat **keinen (faktischen) Einfluss auf die Festlegung der Zwecke**, denn die Entscheidung über die Zwecke als Kernelement jeder Verarbeitung obliegt nur dem/den Verantwortlichen.⁹² *„Wer weder rechtlich noch tatsächlich Einfluss auf die Entscheidung hat, zu welchen Zwecken und auf welche Weise personenbezogene Daten verarbeitet werden, kann nicht Verantwortlicher sein.“*⁹³ Die Entscheidungsbefugnis *„kann sich aus einer expliziten oder impliziten rechtlichen Verantwortlichkeit oder aus einer tatsächlichen Einflussmöglichkeit auf die Zwecke und Mittel der Verarbeitung ergeben.“*⁹⁴

Bei der **Entscheidung über die „Mittel“** kann allerdings differenziert werden. Dem Auftragsverarbeiter steht ein **gewisser Spielraum** zu, solange der Verantwortliche die inhaltlichen Entscheidungen beispielsweise über die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung trifft.⁹⁵ Art 28 Abs 10 DSGVO kann als Grenze herangezogen werden, welchen Spielraum der Auftragsverarbeiter hat.⁹⁶ So ist es grundsätzlich unproblematisch, dass bestimmte technische und organisatorische Fragen an den Auf-

90 Vgl. Bogendorfer, Art 28 Rz 65.

91 Daher stehen dem Verantwortlichen nach Art 28 Abs 3 lit h DSGVO auch verschiedene Aufsichtsrechte zu. Eine Haftung des Auftragsverarbeiters besteht dann, wenn er den speziell den Auftragsverarbeitern auferlegten Pflichten aus der DSGVO nicht nachgekommen ist oder unter Nichtbeachtung der rechtmäßig erteilten Anweisungen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen oder gegen diese Anweisungen gehandelt hat (Art 82 Abs 2 DSGVO). Vgl. Hödl, Art 26 Rz 3 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

92 Vgl. Artikel-29-Gruppe, WP 169, 17 bzw. die Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 1, 2.9.2020) Rz 34; Horn, Datenschutz 104.

93 Bertermann, Art 26 DS-GVO, in: Selmeir/Ehmann (Hg), Datenschutz-Grundverordnung² (2018) Rz 6.

94 Voigt/Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung (2018) 23.

95 Vgl. Bertermann, Art 26 Rz 6.

96 Vgl. Geuer/Reinisch, JusIT 2018/41, 101. Art 28 Abs 10 DSGVO regelt den „Auftragsverarbeiter-Exzess“.

tragsverarbeiter delegiert werden (zB welche Hardware oder Software-/Informationssystem eingesetzt wird oder die konkreten Sicherheitsmaßnahmen, wenngleich das Sicherheitsniveau und die zu treffenden Sicherheitsmaßnahmen vom Verantwortlichen bestimmt werden). Die wesentlichen Elemente der Mittel der Datenverarbeitung müssen aber vom Verantwortlichen entschieden werden (zB „Welche Daten werden verarbeitet?“, „Wie lange werden sie verarbeitet?“, „Wer hat Zugang zu ihnen?“).⁹⁷

Aber selbst wenn ein Auftragsverarbeiter eine Standardsoftware anbietet (als ein Mittel, das bereits vordefiniert ist), trifft der Verantwortliche auf Grundlage einer detaillierten Beschreibung die endgültige Entscheidung über den Einsatz des Mittels und damit über die Art und Weise der Datenverarbeitung (und könnte benutzerspezifische Änderungen anfordern/vornehmen). Eine Änderung der wesentlichen Elemente der Mittel der Datenverarbeitung durch den Auftragsverarbeiter braucht wiederum die Zustimmung des Verantwortlichen.⁹⁸

4. *Gemeinsam Verantwortliche nach Art 26 DSGVO inkl Rückschau auf „Informationsverbundsysteme“*

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit verschiedener Akteure kann zB vom Materiengesetzgeber normiert werden. Teilweise handelt es sich um Kann-Bestimmungen. Das heißt, die mit dem Vollzug betrauten Stellen können (müssen aber nicht) als gemeinsam Verantwortliche ihre Aufgaben erbringen. Daher ist nach Maßgabe der Kriterien des Art 26 DSGVO zu beurteilen, ob im Vollzug tatsächlich eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht oder getrennt Verantwortliche handeln.

a) Entscheidung über Zwecke und Mittel

Art 26 DSGVO normiert die Voraussetzungen (und die damit verbundenen Rechtsfolgen bzw Pflichten) für eine gemeinsame Verantwortlichkeit. Art 26 DSGVO geht über den bisherigen Regelungsgegenstand des Art 2 lit d DS-RL hinaus, auch wenn die Definition des Art 4 Z 7 DSGVO inhaltlich fast der früheren Legaldefinition entspricht.⁹⁹ Der Begriff „In-

97 Vgl Artikel-29-Gruppe, WP 169, 17 bzw die *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) 3 f, Rz 34 ff, 78; Horn, Datenschutz 105.

98 Vgl Artikel-29-Gruppe, WP 169, 17 bzw die *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Rz 28, 82.

99 Vgl Hödl, Art 26 Rz 1, 3, 8 f (Stand 1.10.2018, rdb.at); Bertermann, Art 26 Rz 5.

formationsverbundsystem“ findet sich in der DSGVO nicht (ehemals in § 4 Z 13 DSG 2000 idF BGBl I 132/2015 definiert). In der innerstaatlichen Umsetzung der DS-RL (§ 50 DSG 2000 idF BGBl I 132/2015) war eine wechselseitige Datenübermittlung bzw ein gemeinsamer Datenpool (iSv mandantenübergreifend) Kriterium für ein Informationsverbundsystem. Ein solcher gemeinsamer „Datentransfer“ – bzw dass von den gemeinsam Verantwortlichen jeder Zugriff auf die betreffenden personenbezogenen Daten hat¹⁰⁰ – ist nach Art 26 DSGVO nicht notwendig. Das heißt, eine gemeinsame Verantwortlichkeit kann sowohl bei mandantenübergreifenden als auch mandantenfähigen Informationssystemen vorliegen.¹⁰¹ Zudem bedarf eine Übermittlung von Daten zwischen den (gemeinsam) Verantwortlichen nach wie vor auch einer entsprechenden Rechtsgrundlage nach Art 6, 9 bzw 10 DSGVO.¹⁰²

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit liegt bereits dann vor, wenn ein Verantwortlicher die Zwecke festlegt und ein anderer über die wesentlichen Elemente der Mittel der Datenverarbeitung entscheidet.¹⁰³ „*Einzige Voraussetzung ist die gemeinschaftliche (kollaborative) Festlegung der Zwecke und Mittel, die nach den faktischen Gegebenheiten zu beurteilen ist und in unterschiedlicher Entscheidungsintensität gegeben sein kann.*“¹⁰⁴ Mit anderen Worten heißt das, dass die beteiligten Akteure nicht den gleichen Einfluss/das gleiche Gewicht bei der Festlegung von Zweck und Mittel haben müssen. Der Einfluss kann auch je nach Verarbeitungsphase differieren. Maßgeblich ist, dass jeder Akteur einen gewissen bestimmenden tatsächlichen/spürbaren Einfluss auf die Datenverarbeitung hat und die Datenverarbeitung ohne Kooperation der beteiligten Akteure nicht bzw potenziell andersartig stattfinden würde. Die Datenverarbeitung ist „untrennbar“ miteinander verbunden.¹⁰⁵ „Für die Qualifizierung ist dabei **nicht eine tatsächliche**

100 Vgl EuGH 5.6.2018, C-210/16, (Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH) Rz 38, 54.

101 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) 3, Rz 42: „It is not necessary that the controller actually has access to the data that is being processed to be qualified as a controller.“

102 Vgl Horn, Datenschutz 106.

103 Siehe zum Spielraum eines allfälligen Auftragsverarbeiters hinsichtlich der Mittel IV.D.3.

104 Vgl Hödl, Art 26 Rz 9 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

105 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Rz 53; Wagner, Praxisblick 356; Kurzpapier Nr 16 der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder: Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art 26 DSGVO (31.3.2018); EuGH 5.6.2018, C-210/16, (Facebook Fanpages/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH); 10.7.2018, C-25/17 (Zeugen Jehovas); 29.7.2019, C-40/70 (Fashion ID); Pachinger, Datenschutzverträge 154 (Rz 16 und zur EuGH-Judikatur Rz 25 ff).

Entscheidung maßgebend, sondern **bloß die Entscheidungskompetenz** des jeweiligen Vertragspartners.“¹⁰⁶ Allerdings besteht nur in dem Umfang eine gemeinsame Verantwortlichkeit für jene Verarbeitung, in dem der Akteur mit anderen gemeinsam die Zwecke und Mittel festlegen kann/könnte. Wenn ein Akteur in einer Verarbeitungskette nur für eine vorausgehende oder folgende Verarbeitung Zweck und Mittel allein/unabhängig festlegt, ist er dafür allein verantwortlich, selbst wenn dieselben personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Allerdings müssen die Akteure nicht den gleichen Zweck verfolgen. Jeder kann Zweck und Mittel individuell festlegen („*micro-level*“). Dennoch wäre von einer gemeinsamen Verarbeitung auszugehen, wenn die einzelnen Verarbeitungen Teil einer Vorgangsreihe („*set of operations*“ im „*macro-level*“) mit einem übergeordneten Zweck und gemeinsamen Mitteln wären oder die Zwecke der Akteure eng miteinander verbunden sind oder sich ergänzen.¹⁰⁷ Bei der Nutzung eines gemeinsamen Informationssystems oder gemeinsamer Infrastruktur ist nicht immer automatisch eine gemeinsame Verantwortlichkeit gegeben, insbesondere wenn die Verarbeitungen/Prozesse der Akteure trennbar und ohne Beteiligung von anderen durchführbar sind. „[G]emeinsame Datenbanken [können] so geführt werden, dass eine zuständige Behörde die Daten in der Datenbank verarbeitet und die übrigen Verantwortlichen, die der DSGVO unterliegen, lediglich an diese zuständige Behörde übermitteln. Diesfalls wäre nur die zuständige Behörde Verantwortlicher im Hinblick auf die Datenbank.“¹⁰⁸ Wenn ein beteiligter Akteur (also gegenständlich etwa der Anbieter des Informationssystems bzw der Infrastruktur) mit der Datenverarbeitung keinen eigenen Zweck verfolgt, wird eher eine Auftragsverarbeitung vorliegen.¹⁰⁹

Auch wenn die Auftragsverarbeitung von einer Weisungshierarchie geprägt ist, so führt ein **Weisungsverhältnis** zwischen den Akteuren **nicht automatisch zu einer Auftragsverarbeitung**, wenngleich es ein

106 Geuer/Reinisch, *jusIT* 2018/41, (97) 100 [Hervorhebung im Original nicht vorhanden].

107 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2. 9.2020) Rz 43, 55, 60, 70; Horn, *Datenschutz* 105 f.

108 Vgl Kunnert, § 4 DSC, in: Bresich et al (Hg), *DSG-Kommentar* (2018) Rz 4.

109 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Beispiel zu Rz 55, 58, 60, 66.

zu berücksichtigendes Indiz ist.¹¹⁰ Es steht zwar die kooperative Determinierung der Datenverarbeitung im Vordergrund, dies bedeutet aber nicht, dass „es in keinem Bereich irgendein Weisungsverhältnis zwischen den Verantwortlichen geben darf“.¹¹¹

b) Regelungs-/Transparenzpflichten und Verteilung der Aufgaben

Bei der Verarbeitung zweier oder mehrerer Verantwortlicher, welche gemeinsam Zwecke und Mittel zur Verarbeitung festlegen, sind verschiedene **Regelungs- und Transparenzpflichten** zu beachten.¹¹² Das Wesentliche der abzuschließenden transparenten Vereinbarung der gemeinsam Verantwortlichen muss den betroffenen Personen zur Verfügung stehen (Art 26 Abs 2 DSGVO). Eine solche Vereinbarung ist nicht erforderlich, sofern die Zuständigkeiten bzw Pflichten bereits in unionsweiten oder nationalen Rechtsvorschriften zugewiesen werden (Art 26 Abs 1 Satz 2 DSGVO).

Es ist festzulegen, wer von ihnen welche Verpflichtungen nach der DSGVO gegenüber der betroffenen Person erfüllt (zB Berichtigungs- und Löschpflichten). Die betroffene Person kann ihre Rechte (Kapitel III DSGVO) grundsätzlich trotzdem bei und gegenüber jedem einzelnen der gemeinsam Verantwortlichen geltend machen (Art 26 Abs 3 DSGVO).¹¹³ Jeder der gemeinsam Verantwortlichen muss zwar seinen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen nachkommen, demnach hat jeder die organisatorischen und materiellen Anforderungen einzuhalten, die **Pflichten, Aufgaben und Funktionen** können aber nach Art 26 Abs 1 DSGVO **unter den Verantwortlichen verteilt** werden (zB die Durch-

110 Vgl dazu DSK 16.11.2004, K120.951/0009-DSK/2004, wonach es auf die faktische Willensbildung zur Verarbeitung personenbezogener Daten und nicht auf die (abstrakte) Befugnis ankommt. Dennoch kommt Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften eine wichtige Indikatorfunktion für die Qualifikation als Auftraggeber (Verantwortlicher) zu. Ein Handeln auf Weisung schließt die Auftraggeber- bzw Verantwortlicheigenschaft des Verwaltungsorgans nicht aus. „Dadurch fasst nämlich das Weisung erteilende Organ keineswegs den Entschluss, SELBST, also im eigenen Namen, Daten zu verwenden, sondern hält das weisungsgebundene Organ zu einer Verwendung an. Diese erfolgt also nicht schon automatisch durch die Weisung, sondern bedarf eines weiteren Willensaktes des Unterworfenen.“ In der zugrundeliegenden Fallkonstellation bestand hinsichtlich der Zeiterfassung eine Weisungskette in Dienstrechtsangelegenheiten vom Bundesminister zum Vorgesetzten nach § 45 Abs 1 BDG.

111 Geuer/Reinisch, jusIT 2018/41, 100 f.

112 Neben einer entsprechenden transparenten Grundlage (Art 26 DSGVO) und den Dokumentationspflichten im Verarbeitungsverzeichnis, in dem auch die anderen Verantwortlichen (Art 30 Abs 1 lit a DSGVO) festgehalten werden, bedarf es natürlich auch einer Rechtfertigung bzw Rechtmäßigkeitsgrundlage für die Datenverarbeitung nach Art 6, 9 bzw 10 DSGVO.

113 Vgl die anschauliche Tabelle von Pachinger, Datenschutzverträge 154 (Rz 35).

führung einer Datenschutz-Folgenabschätzung¹¹⁴ oder die Erfüllung der Informationspflichten¹¹⁵ sowie auch technische und organisatorische Maßnahmen [Art 24 f DSGVO] und Datensicherheitsmaßnahmen [Art 32 DSGVO]).¹¹⁶

Beispielweise können (müssen aber nicht) die gemeinsam Verantwortlichen auch **einen gemeinsamen Auftragsverarbeiter** bestellen. Die DSGVO regelt nicht ausdrücklich, ob ein **Verantwortlicher gleichzeitig Auftragsverarbeiter** sein kann. Grundsätzlich kann ein Akteur in der einen Konstellation Verantwortlicher sein, in einer anderen Konstellation kann derselbe Akteur Auftragsverarbeiter sein.¹¹⁷ Auch wenn Art 26 DSGVO dies nicht explizit vorsieht, wäre nicht ausgeschlossen, dass **einer der gemeinsam Verantwortlichen für die anderen Verantwortlichen als Auftragsverarbeiter** tätig wird. Die Rolle als Auftragsverarbeiter kann einer der gemeinsam Verantwortlichen aber nur im Verhältnis zu den anderen Verantwortlichen ausüben, da er *„nicht für sich selbst die Rolle des – gemäß Art 28 Abs 3 lit a DSGVO an die Weisungen des Verantwortlichen gebundenen – Auftragsverarbeiters übernehmen kann“*.¹¹⁸ Dies ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang (bereits seit der DS-RL). Der Verantwortliche entscheidet, ob er einen externen Akteur – *„eine rechtlich selbstständige Person, die in seinem Auftrag handelt“* – (gänzlich oder teilweise) für die Datenverarbeitung heranzieht.¹¹⁹

Allerdings kann man in diesen Fällen auch davon ausgehen, dass **einer der Verantwortlichen diese Aufgaben in gemeinsamer Verantwortlichkeit auch für die anderen Verantwortlichen** wahrnehmen kann. In einer entsprechenden Vereinbarung (oder im Gesetz) könnten einem der verantwortlichen Akteure auch bestimmte Aufgaben der gemeinsamen Datenverarbeitung für alle beteiligten Akteure übertragen werden, selbst wenn es sich dabei um Aufgaben handelt, die typischer-

114 Vgl zur Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung *Pachinger*, Datenschutzverträge 154 (Rz 49).

115 Vgl DSK 12.12.2007, K600.033-018/0002-DVR/2007; *Hödl*, Art 26 Rz 28 f; *Voigt/Bussche*, EU-Datenschutz-Grundverordnung 45.

116 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Rz 4.

117 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Rz 24.

118 In diesem Sinne auch die Stellungnahme der Datenschutzbehörde vom 8.2.2018, DSB-D054.824/0001-DSB/2018 (= 20/SN-3/ME) zum Ministerialentwurf 3/ME 26. GP, 5.

119 *Artikel-29-Gruppe*, WP 169, 30; Auftragsverarbeiter ist, wer in *„Bezug auf den für die Verarbeitung Verantwortlichen rechtlich eigenständig“* ist und in dessen Auftrag personenbezogene Daten verarbeitet. *„Diese Verarbeitungstätigkeit kann auf eine sehr spezifische Aufgabe oder einen sehr spezifischen Kontext beschränkt oder allgemeiner und weiter gefasst sein.“*

weise einem Auftragsverarbeiter übertragen werden (zB Speicherplatz, Betrieb und Wartung des Informationssystems). Dies vor allem dann, wenn ein gemeinsamer Datenpool vorliegt oder bestimmte Punkte gemeinsam festgelegt/vereinbart werden, etwa wenn in einer Kooperationsvereinbarung festgelegt wird, welche Funktionen das Informationssystem aufweisen muss oder welche technischen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen mindestens erforderlich sind. Auch in den Guidelines 07/2020¹²⁰ wird ausgeführt, dass einer **der gemeinsam Verantwortlichen das Mittel der Datenverarbeitung auch den anderen zur Verfügung stellen** kann. Wenn sich die anderen Akteure dafür entscheiden, das Mittel zu nutzen, sind sie damit auch an der Festlegung der Mittel beteiligt.

Dies entspricht auch dem bisherigen Verständnis zu der in Art 26 Abs 1 letzter Satz DSGVO vorgesehenen Möglichkeit, dass in der Vereinbarung eine zentrale Anlaufstelle für die betroffenen Personen angegeben werden kann.¹²¹ Wenngleich die DSGVO die Rolle des „Betreibers“ nicht kennt, so wird damit (zumindest teilweise) jene Funktionalität abgebildet, die im DSG 2000 idF BGBl I 132/2015 bei der Kooperation mehrerer Verantwortlicher im Rahmen eines Informationsverbundsystems (§ 50 DSG 2000 idF BGBl I 132/2015) dem Betreiber zukam. Der Betreiber war nach dem Verständnis des DSG 2000 ua auch zentrale Anlaufstelle für die betroffene Person, die oftmals einer Vielzahl von Akteuren gegenüberstand. Betreiber konnte jeder aus dem Kreis der Auftraggeber (also einer der Verantwortlichen) sein, es konnte aber auch ein Dienstleister (Auftragsverarbeiter) bestellt werden.

c) Archivrechtlicher Umgang mit Informations(verbund)systemen

Im Zuge der Anpassungen der Materiengesetze wurde die Rolle des Betreibers eines Informationsverbundsystems iSd DSG 2000 idF BGBl I 132/2015, die in der mittelbaren Bundesverwaltung regelmäßig den Bundesminister(ie)n zukam, idR schlicht durch eine Auftragsverarbeitung¹²² ersetzt. Zur Erinnerung: Bei einer Auftragsverarbeitung hat

120 Vgl Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR (Version 1, 2.9.2020) Rz 63 ff und Rz 62: „It may also be the case that one of the entities involved provides the means of the processing and makes it available for personal data processing activities by other entities. The entity who decides to make use of those means so that personal data can be processed for a particular purpose also participates in the determination of the means of the processing.“

121 Vgl Hödl, Art 26 Rz 46 f.

122 Eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Auftragsverarbeiterfunktion inkl Weisungsbindung eines obersten Organs mit der in Art 19 Abs 1 B-VG verankerten Weisungsfreiheit unterbleibt an dieser Stelle.

der Verantwortliche zum einen bestimmte Rechte, zum anderen treffen diesen nach wie vor die Pflichten der DSGVO, etwa spezifische Anweisungen an den Auftragsverarbeiter hinsichtlich der Speicherfristen und der Herausgabe bzw Löschung von Daten.¹²³

Es stellt sich daher mE die Frage, ob frühere Betreiber tatsächlich immer „nur“ Auftragsverarbeiter sind, vor allem dann, wenn ihr Rechtsträger Archivierungsansprüche erhebt. Hinsichtlich der materiellen rechtlichen Regelung(sbefugnis)en in der mittelbaren Bundesverwaltung sollte dem Bundesminister(ium) oftmals eher die Rolle eines (gemeinsam) Verantwortlichen zukommen. Das vor allem dann, wenn der Zweck vom Gesetz festgelegt wird und der Bund das Mittel der Datenverarbeitung zentral vorgibt und der Bundesminister mittels Durchführungsverordnungen die konkrete Vorgangsweise der Datenverarbeitung determiniert.¹²⁴ Daneben ist die Löscho- bzw Rückgabeverpflichtung des Auftragsverarbeiters zu bedenken, sofern nicht nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Speicherung der personenbezogenen Daten besteht (Art 28 Abs 3 lit g DSGVO). Der Auftragsverarbeiter hat grundsätzlich nach Beendigung der Verarbeitungsleistung – worunter nicht nur das Auftragsverarbeiterverhältnis an sich, sondern geschlossene Verarbeitung innerhalb einer Auftragsverarbeitung wie auch einzelne Verarbeitungsabschnitte verstanden werden können – die Daten zu löschen oder an den Verantwortlichen zurückzugeben.¹²⁵ Eine dokumentierte Weisung des Verantwortlichen über die Ausübung seines diesbezüglichen Wahlrechts wäre wohl dann nicht erforderlich, wenn es eine gesetzliche Verpflichtung des Auftragsverarbeiters für die Datenverarbeitung gibt (das umfasst mE auch die Speicherung bzw Übergabe an das Archiv). Wird im Materienrecht nur allgemein die Anbietung an ein Archiv (idR wohl redundanter Weise; siehe dazu III.C.) normiert, so richtet sich die-

123 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Beispiel zu Rz 82.

124 Vgl *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR* (Version 1, 2.9.2020) Beispiel zu Rz 42; idS auch die Stellungnahme der DSB vom 8.2.2018, DSB-D054.824/0001-DSB/2018 (= 20/SN-3/ME) zum Ministerialentwurf 3/ME 26. GP, insb zum MeldeG und zum Wählerevidenzgesetz 2018. Demnach ist der Begriff des Auftragsverarbeiters gemäß Art 4 Z 8 DSGVO enger als jener des Dienstleisters gemäß § 4 Z 5 DSG 2000: „Er ist nämlich auf das Verarbeiten von Daten im Auftrag des Verantwortlichen beschränkt, also insb auf typische IT-Dienstleistungen. Entscheidungsbefugnisse betreffend eine Datenverarbeitung sind dem Verantwortlichen gemäß Art 4 Z 7 DSGVO vorbehalten. Die Befugnisse des BMI (...) gehen über jene eines Auftragsverarbeiters gemäß DSGVO hinaus.“ Dabei spielen ua datenqualitätssichernde Aufgaben des BMI bzw eigene Verarbeitungsschritte (zB Vergabe der ZMR-Zahl) eine Rolle. Ebenso die Stellungnahme des BMVRDJ vom 2.2.2018 BMVRDJ-810.057/0001-V 3/2018 (=18/SN-3/ME) zum Ministerialentwurf 3/ME 26. GP, 5 f.

125 Siehe dazu bereits unter IV.C mwN.

se Pflicht mE grundsätzlich an den Verantwortlichen. Dieser kann dann dem Auftragsverarbeiter die Rückgabe, Löschung oder Weiterleitung/Übergabe an das für ihn zuständige Archiv auftragen.

Hier stellt sich allerdings die Frage, ob bei einem konkreten gesetzlichen Auftrag an den Auftragsverarbeiter zur Übergabe an das (für ihn zuständige) Archiv, der Auftragsverarbeiter bei diesem Verarbeitungsschritt selbst zum Verantwortlichen wird (siehe dazu unten zum Zentralen Personenstandsregister – ZPR). „Der (ursprüngliche) [Verantwortliche] hat diesbezüglich keine Weisungsrechte oder Einflussmöglichkeiten, weil der [Auftragsverarbeiter] die Daten dann unmittelbar aufgrund einer ihn treffenden gesetzlichen Verpflichtung weiterverarbeitet.“¹²⁶ Zwar handelt es sich um eine gesetzliche Vorgabe, allerdings kann eine gesetzliche Verpflichtung zu bestimmten Verarbeitungen allenfalls auch zum Rollenwechsel des Auftragsverarbeiters hin zum Verantwortlichen führen, „weil ihn [Anm: den ursprünglichen Auftragsverarbeiter] hierbei originär eine gesetzliche Verarbeitungspflicht trifft und er die Legitimität der Verarbeitung nicht aus einer Weisung des (ursprünglichen) [Verantwortlichen] ableitet“. Die Grundlage der Datenverarbeitung ist eine gesetzliche Verpflichtung iSd Art 6 Abs 1 lit c DSGVO, die den ursprünglichen Auftragsverarbeiter direkt (und damit als Verantwortlichen) trifft und nicht an den ursprünglichen Verantwortlichen gerichtet ist.¹²⁷

Diese gesetzlichen Regelungen zur Datenverarbeitung (inkl Anbieten/Übergeben an ein gesetzlich festgelegtes Archiv sowie die weitere Speicherung in einem digitalen Archiv sind Verarbeitungen iSd Art 4 Z 2 DSGVO) müssen aber auch in der **Kompetenzverteilung** ihre Deckung finden. So ist es zwar legitim, dass der Materiengesetzgeber Speicherfristen iSv Mindest- oder Maximalfristen vorsieht, davon zu unterscheiden ist aber der **Zweck- und auch Kompetenzwechsel im Hinblick auf die Archivierung**. Obwohl der Bundesminister für Inneres beim Zentralen Personenstandsregister und Zentralen Staatsbürgerschaftsregister *de lege lata*¹²⁸ explizit nur die Funktion als Auftragsverarbeiter für die gemeinsam Verantwortlichen (Personenstandsbehörden, Evidenzstellen) ausübt und die (ursprünglichen) Daten eigentlich im Wirkungsbereich der zuständigen Behörden angefallen sind, normieren § 46 Abs 4 Personenstandsgesetz und § 56b Abs 4 Staatsbürgerschaftsgesetz eine Archivierung im Staatsarchiv. Nicht ganz in dieser Deutlich-

126 Horn, Datenschutz 130.

127 Vgl Horn, Datenschutz 107, 118.

128 § 44 Abs 1 und 3 Personenstandsgesetz; § 56a Abs 1 und 2 Staatsbürgerschaftsgesetz.

keit sieht auch § 16a Abs 10 Meldegesetz vor, dass bei der Löschung der im Zentralen Melderegister verarbeiteten Daten die Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes unberührt bleiben. In § 16 Abs 1 Meldegesetz werden demgegenüber allerdings die Meldebehörden als gemeinsam Verantwortliche genannt. Diese sind verpflichtet, dem Bundesminister für Inneres (als Auftragsverarbeiter nach Abs 2a) die Meldedaten zu übermitteln. Dies spricht mE dafür, dass der Bundesminister bei dieser Übermittlung nicht bloß als Auftragsverarbeiter, sondern als Empfänger und weiterer Verantwortlicher anzusehen ist. Demgemäß wäre eine Archivierung der Daten im Zentralen Melderegister im Staatsarchiv grundsätzlich kompetenzkonform, sofern die Gemeinden als datenschutzrechtlich verantwortliche Meldebehörden in ihrer Archivierung der bei den Gemeinden in diesem Zusammenhang angefallenen Unterlagen nicht torpediert werden.

aa) Zentrales Personenstandsregister nach § 44 PStG 2013

Beispielhaft soll das **Zentrale Personenstandsregister – ZPR** näher beleuchtet werden. Mit BGBl I 16/2013 hat der Bundesgesetzgeber die gesetzlichen Vorgaben für den Vollzug des Personenstandswesens an die technischen Gegebenheiten des 21. Jahrhunderts angepasst und ua die rechtlichen Grundlagen für das **ZPR als Informationsverbundsystem** für die **gemeinsame Datenverarbeitung mehrerer Auftraggeber** (nunmehr Verantwortliche) geschaffen. Auftraggeber (Verantwortliche) sind die Personenstandsbehörden. Personenstandsbehörden sind grundsätzlich die Gemeinden im übertragenen Wirkungsbereich (§ 3 PStG 2013). Der Bundesminister für Inneres hatte **sowohl die Funktion des Betreibers als auch die eines Dienstleisters** inne. „Die Datenverantwortlichkeit liegt aber bei den Personenstandsbehörden.“¹²⁹

Mit Anwendbarkeit der DSGVO wurden die datenschutzrechtlichen Regelungen für das ZPR novelliert. Der Informationsverbund wurde durch eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art 26 DSGVO ersetzt. „Eine materielle Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage, insbesondere eine Einschränkung des Grundsatzes, dass jedem Verantwortlichen der Zugriff auf den Gesamtbestand der im Zentralen Personenstandsregister (ZPR) verarbeiteten Daten – unabhängig davon, welcher Verantwortliche sie im Einzelfall zur Verfügung gestellt hat – offensteht, ist damit nicht verbunden.“¹³⁰ Aus der **Betreiberfunktion** – die die

¹²⁹ Vgl ErlRV 1907 BlgNR 24. GP, 11.

¹³⁰ Vgl ErlRV 65 BlgNR 26. GP, 76.

DSGVO in dieser Form nicht kennt – **und der Dienstleistereigenschaft** des Bundesministers wurde **schlicht eine Auftragsverarbeitung**: „Gemäß Art 28 Abs 1 DSGVO kann sich der Verantwortliche eines Dritten bedienen, der personenbezogene Daten in seinem Auftrag verarbeitet (Auftragsverarbeiter, Art 4 Z 8 DSGVO). Der Auftragsverarbeiter im Sinne der DSGVO entspricht im Wesentlichen dem Dienstleister gemäß § 4 Z 5 DSG 2000 und – soweit es sich bei der Datenanwendung um ein Informationsverbundsystem handelt – dem Betreiber gemäß § 50 Abs 1 DSG 2000. Diese Funktionen übte in Bezug auf das Zentrale Personenstandsregister bisher der Bundesminister für Inneres aus, weshalb es im Sinne größtmöglicher Kontinuität angezeigt ist, ihm künftig die Funktion des Auftragsverarbeiters zu übertragen.“¹³¹

Im Hinblick auf die bis zur Aufnahme des ZPR geführten Personenstands**bücher** wird in § 60 Abs 1 PStG 2013 klargestellt, dass diese bei den Personenstandsbehörden verbleiben (bzw soweit sie bereits bei Bezirksverwaltungsbehörden verwahrt werden, verbleiben sie dort). Die Bestimmungen archivgesetzlicher Regelungen bleiben unberührt. In § 46 PStG 2013 wird wiederum die **Datenverarbeitung** im bzw mit dem ZPR näher geregelt. Unter anderem wird in § 46 Abs 4 PStG 2013 normiert, dass Personenstandsdaten, die im ZPR verarbeitet werden, 120 Jahre nach dem eingetragenen Sterbedatum des **Betroffenen** zu löschen sind. Danach sind sie dem **Österreichischen Staatsarchiv** zu übermitteln.

Grundsätzlich ist das Ansinnen einer zentralen Archivierung der im ZPR verarbeiteten Daten nachvollziehbar. Dies insbesondere deshalb, weil mit dem PStG 2013 – im Sinne des Regierungsprogramms für die 24. GP – auch der Zweck verfolgt wurde, den Bürgern „in Zukunft die Möglichkeit zu bieten, unabhängig vom Ort der Eintragung – überall in Österreich – die benötigten Urkunden zu erhalten“. Damit ging „nicht nur die zentrale Führung von Personenstandsfällen, sondern auch der Entfall der Bücherstruktur und – abgesehen vom Personenstandsfall Geburt – der ‚klassischen‘ örtlichen Zuständigkeit“ einher.¹³² Aus datenschutz- und archivrechtlicher Sicht stellt sich allerdings die Frage, ob diese pragmatische Regelung die **Datenhoheit/-verantwortlichkeit der Personenstandsbehörden** und die **Archivgesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers** für die Gemeinden tangiert.

¹³¹ Vgl ErlRV 65 BlgNR 26. GP, 75 ff.

¹³² Vgl ErlRV 65 BlgNR 26. GP, 3.

Bei Betrachtung der Genese dieser Norm fällt auf, dass in der Regierungsvorlage zu BGBl I 16/2013¹³³ noch keine Archivierung im Staatsarchiv vorgeschlagen wurde, und zwar in Abkehr zur im Ministerialentwurf 402/ME 24. GP vorgesehenen Einschränkung auf das Bundesarchivgesetz. Vielmehr sollten allgemein die Bestimmungen archivgesetzlicher Regelungen unberührt bleiben. In den Erläuterungen hieß es: Der Verweis auf die archivgesetzlichen Regelungen soll zum einen die **Bestimmungen des Bundesarchivgesetzes und zum anderen die Bestimmungen landesgesetzlicher Vorschriften** umfassen und klarstellen, dass die Daten zu einer Person weiterhin verfügbar sind.¹³⁴ Diese – in der Regierungsvorlage enthaltene – Bedachtnahme auf die Landesgesetze wurde letztlich iZM dem ZPR nicht umgesetzt. Ganz im Gegenteil wurde aufgrund eines Abänderungsantrages neben einer Löschverpflichtung vielmehr eine Übermittlung an das Staatsarchiv normiert, um zu erreichen, „dass die Daten nach Löschung aus dem ZPR verpflichtend archiviert werden“.¹³⁵

Im Sinne der obigen Ausführungen zu den Rechten der Verantwortlichen und zur Lösch- bzw. Herausgabepflicht des Auftragsverarbeiters müsste sich diese Löschpflicht des § 46 Abs 4 PStG 2013 wohl an die verantwortlichen Gemeinden richten. Dies ist auch iZm Art 17 DSGVO geboten, welcher ebenfalls den Verantwortlichen adressiert (daher ist es auch nur konsequent, wenn Art 28 Abs 3 lit g DSGVO vorsieht, dass der Auftragsverarbeiter die Daten „nach Wahl des Verantwortlichen entweder löscht oder zurückgibt“). Der Verantwortliche berücksichtigt solche materiellrechtlichen Vorschriften über Aufbewahrungs- bzw. Löschfristen bei den Aufbewahrungsfristen bzw. Skartierungsattributen (die Archivgesetze sind grundsätzlich *leges speciales* zu materienrechtlichen Löschvorgaben).

Wenn man davon ausgeht, dass sich die Löschbestimmung an die verantwortlichen Gemeinden richtet, müssten diese ihrem Auftragsverarbeiter (BMI) einen Auftrag zur Aussonderung an das Staatsarchiv und zur Löschung erteilen. Die Gemeinden wären allerdings nach den landesarchivrechtlichen Vorschriften zur Anbietung der bei ihnen angefallenen Unterlagen an das Gemeindearchiv verpflichtet. Es stellt sich die Frage, wie diese Pflichtenkollision – ohne Kompetenzdeckungsklau-

133 Nach der RV 1907 BlgNR 24. GP sollte § 46 Abs 4 PStG 2013 lauten: „*Personenstandsdaten, die im ZPR verarbeitet werden, sind 120 Jahre nach dem eingetragenen Sterbedatum des Betroffenen zu löschen. Die Bestimmungen archivgesetzlicher Regelungen bleiben unberührt.*“

134 Vgl ErIRV 1907 BlgNR 24. GP, 12, 14.

135 Vgl AB 2042 BlgNR 24. GP, 5.

sel – aufzulösen ist. Wenn der Bundesminister nicht Verantwortlicher ist, besteht für die Übermittlung an das Staatsarchiv, welches nach Übernahme der Daten(-sätze) Verantwortlicher wird, zwar eine gesetzliche Grundlage, es würden aber damit datenschutzrechtlichen Bestimmungen und die kompetenzrechtlichen Archivstränge umgangen. Nach dem eingangs zu Punkt II. skizzierten Verständnis der kompetenzrechtlichen Zuständigkeiten für die Archivierung, wären auch die in mittelbarer Verwaltung angefallenen Unterlagen (darunter fallen auch Datensätze) der Gemeinden eigentlich dem Gemeindearchiv zur Übernahme anzubieten und bei Archivwürdigkeit dort zu archivieren. Dass diese Unterlagen grundsätzlich bei den Gemeinden angefallen sind, ergibt sich zum einen aus der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung in § 44 PStG an sich und zum anderen aus der Aufgabenübertragung in § 3 PStG. Beim übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden handelt es sich – ähnlich der mittelbaren Bundesverwaltung – um eine funktionelle Betrauung von Gemeindeorganen im organisatorischen Sinn mit „übertragenen“ Angelegenheiten des Bundes (und des Landes).¹³⁶ Wie bereits ausgeführt, ist die archivrechtliche Zuständigkeit „funktionsblind“ und hängt auch nicht von den eingesetzten Technologien ab („technologieneutral“), denn sowohl die Aufzeichnungsform als auch das Bearbeitungsinstrument haben keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der jeweiligen (hier: Landes-)Archivgesetze. Informationen, die im Rahmen der Verwaltungstätigkeit bzw. Aufgabenbesorgung bei den Dienststellen aggregiert, verarbeitet und aufgezeichnet werden, gelten in weiterer Folge grundsätzlich als angefallen (vgl. zB § 2 Z 1 lit a Oö Archivgesetz). Dass dies im Rahmen der mittelbaren Verwaltung und mit einem vom Bund zur Verfügung gestellten Informationssystem erfolgt, ist archivrechtlich ohne Belang, jedenfalls sofern diese Dienststelle datenschutzrechtliche Verantwortliche sind und der Bund nur die Auftragsverarbeiter-Funktion wahrnimmt.

Aufgrund der Einführung des ZPR und dessen Ausgestaltung sowie der dem Bundesminister überlassenen Anordnungs- und Ausgestaltungsbefugnisse (vgl. § 61 PStG und die Personenstands-gesetz-Durchführungsverordnung 2013) wäre – in verfassungs- und unionsrechtskonformer Interpretation – mE eher von einer Verantwortlichkeit des Bundesministers auszugehen. Immerhin regelt der Bundesminister per Verordnung relevante Datenverarbeitungsschritte. So werden vom Bundesminister (obwohl ihm im Gesetz datenschutzrechtlich bloß die Rolle als Auftragsverarbeiter zugewiesen wird) zB strenge (sicherheits-)

136 Vgl. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2019) Rz 109, 337.

technische Vorgaben an die Verantwortlichen (Gemeinden) gestellt. Daneben kommt diesem (trotz gesetzlicher Auftragsverarbeiterrolle) auch die Kontrolle der Zulässigkeit der Verarbeitung zu, die nach Art 28 Abs 3 lit a und h DSGVO eigentlich umgekehrt dem Verantwortlichen gegenüber dem Auftragsverarbeiter zustehen würde. Diese Regelungen/Vorgaben gehen mE über unwesentliche Entscheidungen im Hinblick auf das Mittel hinaus. Das **ZPR** steht am Ende einer Verarbeitungskette und bildet einen **neuen Gesamt-Datensatz**, der durch die Einspeisung bzw das Zusammenführen sämtlicher Personenstandsdaten (Vorgangsreihe mit übergeordnetem Zweck) **beim BMI als Verantwortlichen anfällt** („Zusammenführung der zur Verarbeitung erhaltenen Daten mit eigenen Datenbanken“)¹³⁷ und dann in seiner Gesamtheit **dessen Archivstrang** folgt. Dies allerdings unbeschadet der operativen Aktenführungen bei den Personenstandsbehörden und deren diesbezüglicher Anbieterspflicht an das zuständige (Gemeinde-)Archiv.

Fraglich ist, ob es sich um eine gemeinsame oder getrennte Verantwortlichkeit der Gemeinden mit dem Bundesminister handelt. Wenn der Bundesminister nicht nur Auftragsverarbeiter für die verarbeitenden Unterbehörden als gemeinsam Verantwortliche ist, sondern aufgrund seines Eigeninteresses an den der Datenverarbeitung unterliegenden Daten auch die Rolle des Verantwortlichen einnimmt, wird den Unterbehörden regelmäßig „kein rechtlicher oder tatsächlicher Einfluss auf die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung“ durch den Bundesminister zukommen. „[E]ine bloße Mitursächlichkeit für einen Datenstrom [genügt gerade nicht] zur Begründung gemeinsamer Verantwortlichkeit (...)“¹³⁸ sodass der Bundesminister in dieser Hinsicht uU eher als getrennt Verantwortlicher zu qualifizieren sein wird. Es sei denn, die Zwecke der Akteure sind eng miteinander verbunden oder ergänzen sich.

ab) Zentrale Verfahrensdatei nach § 104 Fremdenpolizeigesetz 2005

Eine solche Auslegung – wie eben zum ZPR dargestellt – lässt sich etwa auch aus der Regelung zur Zentralen Verfahrensdatei erkennen. Diese war ursprünglich ebenfalls als Informationsverbundsystem kon-

¹³⁷ Voigt/Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 23.

¹³⁸ Fritz, Abgrenzungsschwierigkeiten 23.

zipiert.¹³⁹ § 104 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz 2005 bestimmt nunmehr, dass „[d]ie Landespolizeidirektionen und der Bundesminister für Inneres (...) als gemeinsam Verantwortliche gemäß Art. 4 Z 7 in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 DSGVO ermächtigt [sind], die von ihnen ermittelten Informationen zum Verfahrensstand (Verfahrensdaten), insbesondere über Anträge, Entscheidungen, Rechtsmittel, Zurückschiebungen, Zurückweisungen und strafbare Handlungen, gemeinsam in der Art zu verarbeiten, dass jeder Verantwortliche auch auf jene Daten in der Datenverarbeitung Zugriff hat [Anm: Datenpool], die dieser von den anderen Verantwortlichen zur Verfügung gestellt wurden (Zentrale Verfahrensdatei).“ Der BMI übt nach Abs 3 leg cit zudem die Funktion des Auftragsverarbeiters gemäß Art 4 Z 8 in Verbindung mit Art 28 Abs 1 DSGVO aus. Die Begründung der Materialien gleicht jener oben angeführten.¹⁴⁰

Unbeschadet der Aufbewahrung und Archivierung der jeweiligen verfahrensführenden Unterlagen wäre im Sinne des obigen Ergebnisses eine zentrale Archivierung des Gesamtdatensatzes (untrennbare, mandantenübergreifende Datensätze) der Zentralen Verfahrensdatei bei einem der Verantwortlichen (BMI als oberste Behörde) datenschutz-, kompetenz- und archivrechtlich gedeckt.

ac) Oö Katastrophenschutz-Informationsverbundsystem

Ähnlich wie bei der Zentralen Verfahrensdatei normiert § 11 Abs 4 Oö Katastrophenschutzgesetz, dass die Katastrophenschutzbehörden, die öffentlichen Feuerwehren und der Oö Landes-Feuerwehrverband als Teil des Katastrophenhilfsdienstes sowie die anerkannten Hilfsorganisationen des Katastrophenschutzes datenschutzrechtlich gemeinsam Verantwortliche sind. Die Landesregierung ist nach § 3 Abs 1 Z 2 Oö Katastrophenschutzgesetz ebenfalls eine Katastrophenschutzbehörde, „wenn eine Katastrophe über das Gebiet eines politischen Bezirks hinausgeht oder der Katastrophenschutz von der Bezirksverwaltungsbehörde nicht mehr wirksam wahrgenommen werden kann“. Gleichzeitig übt die Landesregierung – für die von ihr verschiedenen datenschutzrechtlichen Verantwortlichen – nach § 11 Abs 7

139 § 104 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz 2005, StF BGBl I 100/2005: „Die Fremdenpolizeibehörden sind ermächtigt, die von ihnen ermittelten Verfahrensdaten (...) gemeinsam zu verarbeiten und zu benutzen. Der Bundesminister für Inneres übt dabei für die Fremdenbehörden sowohl die Funktion des Betreibers gemäß § 50 DSG 2000 als auch des Dienstleisters im Sinne des § 4 Z 5 DSG 2000 aus.“

140 Vgl ErlRV 65 BlgNR 26. GP, 102 f.

Oö. Katastrophenschutzgesetz die Funktion des datenschutzrechtlichen Auftragsverarbeiters aus.

Wenn es nun um die Archivierung dieser Unterlagen geht, stellt sich die Frage, ob das Landesarchiv zB auch die von den Gemeinden eingepflegten Informationen zentral archivieren kann. Die Archivierung der Gemeindeunterlagen fällt grundsätzlich in den **eigenen** Wirkungsbereich der Gemeinden. Da die Archivierung grundsätzlich „funktionsblind“ ist, ist es unerheblich, dass die Gemeinden einen Teil der Aufgaben im übertragenen Wirkungsbereich besorgen (§ 30 Oö Katastrophenschutzgesetz).

Eine zentrale Archivierung verletzt den eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde dann nicht, wenn es sich um untrennbare, mandantenübergreifende Datensätze handelt, die durch das gemeinsame Einpflegen in ein gemeinsames System zu einem Gesamtdatensatz bei einem der Verantwortlichen (nämlich diesfalls der Landesregierung) „verschmelzen“.

Für die trennbaren, mandantenfähigen Daten(-sätze) müsste eine Aussonderungsfunktion die Archivierung durch die zuständigen Archive ermöglichen. Das Oö Archivgesetz kennt *de lege lata* keine laufende Übernahme von Gemeindeunterlagen durch das Oö Landesarchiv, sondern nur von Archivgut (iSd § 10 Abs 2 Oö Archivgesetz; ähnliches gilt für Archivgut von öffentlichem Interesse, wonach zB die Feuerwehren und der Oö Landes-Feuerwehrverband, die nach § 3 und § 34 Oö Feuerwehrgesetz 2015 Körperschaften öffentlichen Rechts sind und Rechtspersönlichkeit besitzen und damit archivierungspflichtig und an das Oö Landesarchiv nach § 2 Z 2 lit a iVm § 4 Abs 1 Z 1 Oö Archivgesetz anbieterberechtigt wären).

V. Lösungsansätze

Probleme ergeben sich nicht nur aufgrund fehlender Schnittstellen zum ELAK, sondern bei dynamischen Daten(-sätzen) in Informationssystemen drohen ein Informationsverlust und Lücken in der Überlieferungsbildung. Wünschenswert wäre, dass zukünftig Informationssysteme standardmäßig ELAK-Schnittstellen bzw entsprechenden Aussonderungsfunktionen (in einem vereinbarten Austauschformat oder EDIDOC-Export) ausgestattet werden, die den Erfordernissen der Archivierung entsprechen und die archivrechtlichen Verantwortlichkeiten genauso wie die datenschutzrechtlichen Rollenverteilungen von vornherein geklärt sind.

A) Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeiten klar definieren und Archivstränge im Einklang mit der Kompetenzverteilung klarstellen

Gerade im Hinblick auf zentrale, bundesweite Register bzw. Informationssysteme sollten die datenschutzrechtlichen Rollenverteilungen noch einmal kritisch hinterfragt werden.¹⁴¹ Dem Bundesminister als oberstem Vollzugsorgan kommen *de lege lata* oftmals Aufgaben bzw. Befugnisse zu, die mE eher dem Rollenverständnis des Verantwortlichen entsprechen würden. Daneben besteht für den Bundesminister regelmäßig mit dem Recht nach Art 18 Abs 2 B-VG, Durchführungsverordnungen zu erlassen, bzw. mit ausdrücklichen gesetzlichen Verordnungsermächtigungen (bzw. -verpflichtungen) ein gewisser Handlungsspielraum zur näheren Ausgestaltung der Datenverarbeitung (natürlich im Rahmen der gesetzlichen Determinierung) und er gibt regelmäßig auch das Mittel der Datenverarbeitung vor (nämlich das für die Erfassung der Registerdaten zu verwendende Informationssystem).¹⁴²

Die Verwaltungstätigkeiten in den vollziehenden Behörden finden (zumindest teilweise, wenn nur Daten in die Register eingepflegt werden) in deren Aktenverwaltung Niederschlag und folgen deren Archivstrang. Die aus der konkreten Verwaltungstätigkeit erfließenden Ergebnisse werden in das zentrale Register eingespielt. Durch das gemeinsame Befüllen einer gemeinsamen Datenbank entstehen untrennbare, mandantenübergreifende Datensätze bei der Oberbehörde als für diesen Gesamtdatensatz datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle. Wenn nun der Bundesminister Verantwortlicher für diese zentralen Register ist, dann sind die darin verarbeiteten Datensätze – wenngleich auch durch Eingabe bzw. Einmelden anderer Akteure – durch das Zusammenführen bei ihm entstanden bzw. angefallen.¹⁴³ Eine Archivierung dieses

141 Vgl. die Ausführungen unter IV.D.4.c.aa zum ZPR.

142 Vgl. Fritz, Der Auftragsverarbeiter im Fokus der DS-GVO in: Jahnel (Hg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2017 (2017) 9 (14 f), zu bestimmten Berufsgruppen (zB Rechtsanwälte), die aufgrund von Rechtsvorschriften oder Verhaltensregeln als Dienstleister/Auftragnehmer des Auftraggebers/Verantwortliche eigenverantwortlich über die Verwendung/Verarbeitung zu entscheiden haben. Kommt diesen Berufsgruppen demnach eine Entscheidungsbefugnis über die Zwecke (und Mittel) der Datenverarbeitung zu, handeln sie als Verantwortliche iSd Art 4 Z 7 DSGVO, wobei zu prüfen ist, ob die Entscheidung über Zweck und Mittel gemeinsam mit dem jeweiligen zivilrechtlichen Auftraggeber getroffen wird und demnach eine gemeinsame Verarbeitung nach Art 26 DSGVO vorliegt. „In diesem Zusammenhang sind dann auch die Vorgaben der konkreten Rechtsvorschriften oder Verhaltensregeln zu beachten, welche Anhaltspunkte für oder gegen eine gemeinsame Verarbeitungstätigkeit liefern können.“

143 Vgl. Voigt/Bussche, EU-Datenschutz-Grundverordnung 23.

Gesamtdatensatzes erfolgt auf Grundlage des Bundesarchivgesetzes, woraus regelmäßig eine Anbieterschaft an das Staatsarchiv folgt.

Das bedeutet anhand des Beispiels des ZPR kurz zusammengefasst: Der BMI ist getrennt Verantwortlicher und übergibt die Unterlagen (Datensätze zu den Personen) dem Staatsarchiv zur Archivierung. Die Gemeinden als gemeinsam Verantwortliche (deren Auftragsverarbeiter der BMI aber nur hinsichtlich der Datenverarbeitung im ZPR ist) bieten ihre Personenstandsakten (die zB im Gemeinde-ELAK geführt werden) dem jeweiligen Gemeindearchiv an.

Wenn es sich nicht (nur) um ein zentrales (mandantenübergreifendes) Register handelt, aus welchem eine „neue“ bzw weitere Datenverarbeitung eines (idR übergeordneten) Verantwortlichen inkl neuem Gesamtdatensatz resultiert, sondern auch die Verwaltungstätigkeit ausschließlich in dem Informationssystem dokumentiert wird, folgen die Unterlagen, die bei der Abwicklung der Geschäftsprozesse mit dem Informationssystem anfallen, dem Archivstrang der einzelnen Akteure.

Daher sollten nicht nur die datenschutzrechtlichen Rollen klargestellt werden, sondern im Sinne der Transparenz und Rechtssicherheit in den Materienbestimmungen bzw Vereinbarungen und Verträgen die Archivstränge der beteiligten Akteure – wie oben am Beispiel des ZPR dargestellt – festgehalten werden.

B) Einbinden der Archive und (vertragliches/technisches) Etablieren von Aussonderungsschnittstellen

Bei Informationssystemen sollte die Planung für die Archivierung bzw die **Einbindung** der Archive hinsichtlich der potentiellen Archivwürdigkeit der dort anfallenden Unterlagen bereits **bei der Entstehung und bei wesentlichen Änderungen** des Systems erfolgen.¹⁴⁴ Auch das **Aussonderungsformat** sollte bereits zu Beginn festgelegt und mit den Anforderungen der digitalen Langzeitarchivierung abgestimmt werden. Dafür sind ggf auch entsprechende Aussonderungsschnittstellen zu den Archivierungssystemen vorzusehen¹⁴⁵ und entsprechende vertragliche Vereinbarungen zu treffen.¹⁴⁶ Zusätzlich bedarf es im Falle der potentiellen Archivwürdigkeit einer Abstimmung, auf welche **Informa-**

144 Vgl zB § 7 Abs 2 Wr Archivgesetz.

145 Vgl Berg, Tehnični in vsebinski problemi klasničnega in elektronskega arhiviranja 9 (2010), 43.

146 Vgl dazu Punkt IV.C.

tionssequenzen sich die Anbietungspflicht bezieht (Datensätze zum wesentlichen „Informationsankerpunkt“ etc) und wie sich daraus die **Anbietung im Verhältnis zur Löschung** (nicht jedes punktuelle Löschen bzw Ajourieren von Informationen bzw Daten(-sätzen) wird eine Anbietung auslösen) verhält.¹⁴⁷

Zum Aussonderungsformat wird zudem darauf hingewiesen, dass ein Anbieten der Informationen bzw Daten(-sätze) aus Informationssystemen, die regelmäßig durch Metadaten angereichert sind, im PDF-Format (wenn es sich dabei nicht um Aktenbestandteile handelt) regelmäßig ungeeignet ist, da dieses *„nicht automatisiert in Datenbanken oder Dateisysteme eingelesen werden kann“* und potentiell Informationen (insb Metadaten) nicht übertragen werden. Demgegenüber können die Daten in einem **strukturierten, maschinenlesbaren Datenformat** in das zuständige Archiv (automatisiert) importiert werden.¹⁴⁸ Daher sollten für die einzelnen Akteure Aussonderungsschnittstellen für „ihre“ Daten vorgesehen werden (insbesondere dann, wenn diese nicht demselben Archivstrang folgen). Um nicht zahlreiche Aussonderungsschnittstellen umsetzen zu müssen, wäre das Forcieren und der weitere Ausbau des gängigen Austauschformats für digitale Verwaltungsakten (dzt EDIDOC) unter Einbindung der Archive angezeigt (Vereinbarung des „Aussonderungsformats“). Die Mitwirkung der Archive bei der Festlegung der Austausch- und Aussonderungsformate dient der Archivierung elektronischer Dokumente¹⁴⁹ und würde auch ihrer regelmäßig als Aufgabe zugewiesenen Beratungsfunktion entsprechen.¹⁵⁰

C) Exkurs: Umgang mit fehlender Möglichkeit zur Überlieferungsbildung bei den zuständigen Archiven

Dieser Exkurs ist grundsätzlich theoretischer Natur und würde jene Fälle betreffen, bei denen archivwürdige Unterlagen anfallen, aber neben dem Informationssystem **kein subsidiärer Überlieferungsstrang** gegeben ist (dh, es gibt keine Schnittstelle zum ELAK, keine Aussonderungsschnittstelle und auch keine EDIDOC- oder zumindest PDF-Übermittlung). Es stellt sich die Frage nach möglichst **pragmatischen**

147 Siehe dazu Punkt II.

148 Vgl Horn, Datenschutz 128 f: „*Sofern in bestimmten Branchen bereits Standards für Datenschnittstellen (interoperable Datenformate) existieren, sollten diese nach Möglichkeit vertraglich vorgesehen werden.*“

149 Vgl Bund-Länder-Städte-Gemeinden (BLSG), Digitale Langzeitarchivierung von Verwaltungsinformationen digLA 1.0.0 (6.12.2006), für Fachanwendungen, Punkt 9.4.

150 Vgl zB § 13 Abs 1 Z 4 (und Z 5) Oö Archivgesetz.

Lösungen, die den datenschutz-, archiv- und kompetenzrechtlichen Zuständigkeiten genügen.

Bei gemeinsam Verantwortlichen könnten – im Sinne des Grundsatzes der Datenminimierung – die Unterlagen **nur von einem Verantwortlichen aufbewahrt/archiviert** werden.¹⁵¹ Für diese **Anbietung und Archivierung bei einem fremden Archiv** besteht auch Sicht der Verantwortlichen *de lege lata* grundsätzlich¹⁵² **keine Grundlage**. Die beteiligten Akteure sind nicht irgendeinem, sondern dem für sie zuständigen Archiv **anbietungspflichtig**. Allenfalls könnten die betroffenen Archive eine prospektive Bewertung vornehmen, ob aufgrund mangelnder Archivwürdigkeit eine Anbietung dieser Unterlagen entfallen kann. Sollten die Archive (oder auch nur eines davon) zu dem Ergebnis kommen, dass es sich um archivwürdige Unterlagen handelt, können diese Unterlagen **nicht aus der Anbietungspflicht „entlassen“** werden.

Daneben ist zu beachten, dass die archivischen Bewertungsentscheidungen für digitale Unterlagen auch differenziert ausfallen können. Etwa wenn im Fall eines Dokumentenmanagementsystems mangels Archivwürdigkeit der Dokumentenschicht keine Vollarchivierung vorgenommen, die Verwaltungstätigkeit aber zB zumindest anhand der (Verwaltungs-)Metadaten nachhaltig dokumentiert werden soll. Eine **archivische „Grundsicherung“** kann auch durch **Archivierung von (Verwaltungs-)Metadaten** vorgenommen werden.

Wenn die jeweiligen Archive die Unterlagen der ihnen anbietungspflichtigen Akteure als archivwürdig übernehmen, kommt es – wie eingangs dargestellt – bei der „Transformation“ von Registraturgut zu **Archivgut** auch zu einem **Wechsel der Verantwortlichkeit** (die Archive werden datenschutzrechtlich Verantwortliche). Selbstredend können auch die Archive Auftragsverarbeiter heranziehen. Eine zentrale Archivierung bei jenem Archiv, dessen Rechtsträger auch das Informationssystem zur Verfügung gestellt hat, in Form einer **Auftragsverarbeitung für die anderen Archive** wäre grundsätzlich denkbar. Als Auftragsver-

151 Vgl ErIRV 65 BlgNR 26. GP, 16 zu § 280a Abs 2 und 5 BDG.

152 Sonderkonstellationen, wonach eine (tlw sukzessive) Anbietung an die Landesarchive erfolgen kann (§ 5 Abs 9 Bundesarchivgesetz) oder im Fall der Selbstarchivierungspflicht bestimmter Einrichtungen auch die Möglichkeit besteht, für die fachgerechte Archivierung zB durch Übergabe in ein öffentliches Archiv zu sorgen, bleiben hier außer Betracht (§ 3 Abs 3 Bundesarchivgesetz; die Landesarchivgesetze stellen grundsätzlich auf eine Archivierung im jeweiligen Landesarchiv ab; vgl zB § 5 Abs 2 Bgld und Stmk Archivgesetz sowie § 3 Abs 2 Sbg Archivgesetz; anders § 8 Abs 3 Satz 3 Vbg Archivgesetz und § 7 Abs 3 letzter Satz Tir Archivgesetz, wonach die archivierungspflichtigen Einrichtungen ihr Archivgut von öffentlichem Interesse dem Land bzw der oder den betroffenen Gemeinden zur Übernahme anbieten müssen, bevor es anderweitig abgegeben wird. Siehe auch § 5 Abs 9 Bundesarchivgesetz.

arbeiter hätte aber mE (zumindest *de lege lata*) das Archiv A die Datenverarbeitung für die Archive B und C nach deren Rechtsgrundlagen vorzunehmen. Das heißt, Archiv A hätte nicht nur sein eigenes Archivgesetz zu beachten, sondern auch die Archivgesetze B und C inkl Zugangsregeln, sofern gesetzlich nicht anderes normiert ist. Ein solches Vorgehen lässt sich in der Praxis wohl kaum verwirklichen.

Mit einem **Überlassen** der Unterlagen könnte wohl die Anwendbarkeit des Archivgesetzes A erreicht werden. Hier stellt sich dann allerdings die Frage, ob die abgebenden Stellen (inkl Archive B und C) die Unterlagen noch verwenden können oder das Zugangsregime des Archivgesetzes A eine Nutzung ausschließen würde. Fraglich ist aber, ob dies *de lege lata* überhaupt möglich wäre. Nach § 10 Abs 2 Oö Archivgesetz und § 8a Abs 2 Wr Archivgesetz „darf das Eigentum an öffentlichem Archivgut [ausnahmsweise] übertragen werden, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt, archivwissenschaftlichen Grundsätzen entspricht und schutzwürdige Belange Dritter nicht beeinträchtigt werden“. Unabhängig von der Frage des Dateneigentums¹⁵³ sehen derzeit nicht alle Archivgesetze eine solche Möglichkeit vor (soweit ersichtlich jene der Bundesländer Kärnten, Niederösterreich, Salzburg, Vorarlberg). In der Steiermark (§ 9 Stmk Archivgesetz) und im Burgenland (§ 10 Bgld Archivgesetz) ist dafür der Beschluss der Landesregierung erforderlich. In den Bezug habenden Materialien wird dazu festgehalten, dass „*vereinzelt die Möglichkeit bestehen [soll], Archivgut beispielsweise an ein anderes Archiv abzugeben, weil dessen Verwahrung nicht im öffentlichen Interesse des Landes, aber im Interesse eines anderen Landes gelegen ist*“.¹⁵⁴

Solche Kunstgriffe sind nicht nur **umständlich und aufwändig**, sondern insgesamt **keine befriedigende Lösung**. Vielmehr sollten die Systeme standardmäßig mit entsprechenden Schnittstellen ausgestattet werden, um den (**originär zuständigen**) **archivierungspflichtigen Archiven eine ungestörte Überlieferungsbildung** zu ermöglichen. Jedenfalls sollten die jeweiligen Verträge und Vereinbarungen eine Datenrückgabe (bzw -migration) nicht nur bei Vertragsbeendigung bzw nach Beendigung des Auftrages regeln.¹⁵⁵

153 Die Frage, ob Eigentumsrechte an Daten als nicht verkörperte Sachen bestehen können, wird nicht behandelt. Siehe dazu etwa *Forgó*, Daten als Gegenstand von sachenrechtlichen, datenschutz- und urheberrechtlichen Regelungen, in: ders./ Zöchling-Jud (Hg), Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT, Band II/1 (2018), 351; *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018/80, 260 ff.

154 ErlRV 1803/1 BlgStLT 16. GP zu § 9.

155 Vgl dazu IV.C.

VI. Zusammenfassung

Die Archivierung ist **nicht von einer funktionellen, sondern von einer organisatorischen Betrachtungsweise** geprägt. Die verarbeiteten Unterlagen fallen grundsätzlich bei den zuständigen Akteuren an und „gehören“ ihnen als zivilrechtliche Auftraggeber und datenschutzrechtliche Verantwortliche. Die Unterlagen sind potentiell Archivgut und damit Kulturgut von bleibendem Wert. Die **Archivierung ist Teil der Organisationshoheit** des jeweiligen Rechtsträgers der Akteure, in deren Wirkungsbereich die Unterlagen entstehen. Daher sind beispielsweise die Unterlagen der mittelbaren Bundesverwaltung dem Land zuzurechnen und damit dem jeweiligen Landesarchiv und nicht dem Staatsarchiv anzubieten. Die **archivrechtliche Zuständigkeit ist grundsätzlich „funktionsblind“** und hängt auch nicht von den eingesetzten Technologien ab („**technologieneutral**“), denn weder die Aufzeichnungsform noch das Bearbeitungsinstrument haben Einfluss auf die Anwendbarkeit der Landes-Archivgesetze. Werden Unterlagen im Rahmen der Verwaltungstätigkeit/Aufgabenbesorgung bei den Behörden bzw Dienststellen des Landes aggregiert, verarbeitet und aufgezeichnet, fallen sie in weiterer Folge bei diesen Stellen an.¹⁵⁶ Das gilt unabhängig davon, ob dies im Rahmen der mittelbaren Verwaltung und mit einem vom Bund zur Verfügung gestellten Informationssystem erfolgt.

In der mittelbaren Bundesverwaltung und Auftragsverwaltung werden die Ämter der Landesregierungen bzw die Bezirksverwaltungsbehörden regelmäßig Verantwortliche iSd Art 4 Z 7 DSGVO sein. Würde beispielsweise gesetzlich oder vertraglich diesen Stellen lediglich die datenschutzrechtliche Rolle eines Auftragsverarbeiters zugeschrieben, hätten sie Art 28 Abs 3 lit g DSGVO zu beachten. Demnach haben Auftragsverarbeiter nach Beendigung der Verarbeitungsleistung die Daten nach Wahl des Verantwortlichen entweder zu löschen oder an den Verantwortlichen zurückzugeben (sofern nicht nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Speicherung der personenbezogenen Daten besteht).¹⁵⁷ In diesen Fällen bestünde also die Gefahr, dass diese Unterlagen nicht den Landesarchiven angeboten werden. Vielmehr würden die Daten bei Eintritt der Archivreife dem Archivstrang des Verantwortlichen folgen (ggst dem Rechtsträger Bund zuzurechnen, woraus eine Anbietung an das Staatsarchiv folgen würde). Vereinfacht gesagt, fallen diese Unterlagen demnach beim Bund

¹⁵⁶ Vgl zB § 3 Z 4 Bgld Archivgesetz, § 3 Z 5 Nö Archivgesetz, § 2 Z 1 lit a Oö Archivgesetz.

¹⁵⁷ Siehe dazu IV.C.

„durch die Hände der verarbeitenden Ämter der Landesregierungen bzw die Bezirksverwaltungsbehörden“ an. Das heißt, die datenschutzrechtliche Rolle als Auftragsverarbeiter führt grundsätzlich dazu, dass eine Aufgabenwahrnehmung durch diese Stellen Unterlagen „beim Partner“ (Bund) anfallen lässt. Damit würde aber der Grundsatz, dass die Archivierung „funktionsblind“ wäre, hier um diese Facette erweitert bzw dieses Prinzip durchbrochen. Diese Durchbrechung wäre kompetenzrechtlich mE nur dann zu rechtfertigen, wenn die datenschutzrechtliche Rollenverteilung den tatsächlichen Umständen entspricht. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass Regelungen zur Rollenverteilung keine „konstitutive“ Wirkung haben.¹⁵⁸

Demgegenüber stehen gesetzliche Regelungen, wonach den Bundesminister(ie)n zwar „nur“ die datenschutzrechtliche Rolle des Auftragsverarbeiters zugeschrieben, gleichzeitig aber (von Gesetzes wegen) die Archivierung im Staatsarchiv erfolgen soll. Dieser Archivierungsanspruch kann kaum aus der Position eines Auftragsverarbeiters im Sinne des Art 28 Abs 3 lit g DSGVO erhoben werden. Hier stellt sich die Frage, ob solche Regelungen zum einen mit der datenschutzrechtlichen Verantwortungsübernahme bzw Einflussnahme durch den Auftragsverarbeiter (hier dem Rechtsträger Bund zuzurechnen), zum anderen mit den kompetenzrechtlichen und innerdienstlichen Regelungsbefugnissen des Landes (bzw der Gemeinden) im Einklang stehen, oder ob nicht eher – je nach Datenverarbeitungsprozess – von einer gemeinsamen oder getrennten Verantwortlichkeit des Bundesminister(ium)s auszugehen wäre.¹⁵⁹

Für eine kompetenzkonforme Archivierung ist also zum einen die korrekte Festlegung der Zuständigkeiten bzw Rollen der beteiligten Akteure maßgeblich (Auftraggeber/Verantwortlicher, Auftragnehmer/Auftragsverarbeiter). Die Rechte und Pflichten der verschiedenen datenschutzrechtlichen Rollen wirken sich auch auf die Anbietungswege und Archivierungspflicht der jeweiligen Archive aus. In der Regel wird der jeweilige zivilrechtliche Auftraggeber bzw datenschutzrechtliche Verantwortliche die Unterlagen (Informationen, Daten(-sätze)) dem zuständigen Archiv zur Übernahme anbieten.

Zum anderen sind Informationssysteme mit Funktionalitäten auszustatten, die auf die Anforderungen der Archivierung – kompetenzrechtlich (Zuständigkeit) und technisch (Informationstransfer) – abgestimmt sind. Die Vorteile gebietskörperschafts- bzw organisationsübergreifen-

¹⁵⁸ Siehe dazu IV.D.

¹⁵⁹ Siehe dazu IV.D.c.

der Kooperationen sind unbestritten. Aus archivrechtlicher Perspektive sind diese Kooperationen bzw deren technischer Umsetzung auf den archivgesetzlich vorgegebenen Archivierungsprozess abzustimmen. Selbst wenn Schnittstellen zu den führenden ELAK-Systemen¹⁶⁰ vorgesehen sind, so sind im Falle der Archiwürdigkeit entsprechende Aussonderungsfunktionen nötig, um eine Archivierung der (teilweise) dynamischen Datensätze (Fachdaten) zu ermöglichen.¹⁶¹

Um die Anbietung von zukünftigem Archivgut und dessen Übernahme und damit eine ungestörte Überlieferungsbildung bei den zuständigen Archiven zu ermöglichen, haben die für die Informations- und Kommunikationstechnologie zuständigen Stellen bei gebietskörperschaftsübergreifenden Informationssystemen – deren (Weiter-)Entwicklung sie etwa aufgrund von Kooperationsvereinbarungen verantworten – bestehende Funktionalitäten gemeinsam mit den Archiven auf ihre „Archivtauglichkeit“ zu prüfen bzw entsprechende Funktionalitäten vorzusehen. Damit wird auch im digitalen Verwaltungshandeln den archivrechtlichen Anforderungen an den Archivierungsprozess und den Zuständigkeiten der Gebietskörperschaften Rechnung getragen.

160 *Bund-Länder-Städte-Gemeinden (BLSG)*, ELAK-Transaktionen Spezifikation, 6 (8.8. 2016).

161 Siehe dazu IV.B. und V.B.

Das Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Zürich und dessen Auswirkungen auf die Arbeit des Staatsarchivs¹

I. Das Staatsarchiv des Kantons Zürich

Am 4. Februar 1837 wählte der Regierungsrat des Kantons Zürich Gerold Meyer von Knonau zum „Registrator am Staatsarchiv“.² Meyer von Knonau gilt als erster Zürcher Staatsarchivar. Das Archiv erfuhr mit seiner Wahl innerhalb der (noch sehr kleinen) kantonalen Verwaltung eine wesentliche Aufwertung, insbesondere deshalb, weil es der neue Vorsteher verstand, die Dokumente des Staatsarchivs der historischen Forschung zugänglich zu machen.³ Damit gab er – im Einverständnis mit dem Regierungsrat – dem Staatsarchiv den Charakter eines öffentlichen Archivs, nachdem es während Jahrhunderten lediglich der obrigkeitlichen Rechtssicherung gedient hatte. Die grundlegende Statusänderung kann im weitesten Sinn als erster Schritt auf dem langen Weg zur Realisierung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Zürich gesehen werden.

Heute ist das Staatsarchiv ein Fachamt in der Direktion der Justiz und des Innern, wobei es dem Bereich Inneres zuzurechnen ist, was einem in der Schweiz üblichen Modell entspricht. Etwas häufiger sind die kantonalen Archive der Staatskanzlei oder, weniger ideal, dem Bildungsministerium zugeordnet. Das Staatsarchiv Zürich beschäftigt aktuell rund 90 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf 70 Vollzeitäquivalenten. Sie stehen über 40.000 Beschäftigten gegenüber, die im Rahmen ihrer Tätigkeit für die anbietepflichtigen öffentlichen Organe des Kantons Akten produzieren – gemäss groben Rechnungen pro Kopf und Jahr rund einen Laufmeter. Diese werden vom Staatsarchiv bewertet; die dauernd überlieferungswürdige Teilmenge davon (2 bis 3 %) geht in die

1 Ich danke Dr. iur. *Andreas Müller*, Basel, und MLaw *Raffael Gnädinger*, Zürich, herzlich für ihre Anregungen und die kritische Durchsicht des vorliegenden Artikels.

2 Vgl. den entsprechenden Regierungsratsbeschluss unter StAZH MM 2.34 RRB 1837/0193, Wahl des Herrn Gerold Meyer von Knonau von Zürich zum Registrator am Staatsarchiv; <<https://www.archives-quickaccess.ch/stazh/rrb/ref/MM+2.34+RRB+1837/0193>> (abgerufen am 17.2.2021).

3 *Illi*, Von der Kameralistik zum New Public Management. Geschichte der Zürcher Kantonsverwaltung von 1803 bis 1998 (2008) 87.

Datenhoheit des Archivs über. Der durchschnittliche Zuwachs beträgt aktuell rund einen Laufkilometer pro Jahr.

Insgesamt finden sich in den Magazinen des Staatsarchivs heute gut 40 Laufkilometer Unterlagen, entstanden seit dem 9. Jahrhundert.⁴ Der Anteil der elektronischen Daten ist immer noch verhältnismäßig gering, aber stark wachsend. Schwergewichtig werden aktuell Unterlagen angeboten, die um die Jahrhundertwende (und damit noch analog) produziert wurden.

Das Staatsarchiv betreibt drei nahtlos aneinanderstoßende Gebäude aus den Jahren 1982, 2006 und 2019 mit je vier Magazingeschossen und einer Lagerkapazität von zusammen rund 55 Laufkilometern, einem Erdgeschoss mit Publikumsräumen und einem ersten Obergeschoss mit Büroarbeitsplätzen und Werkstätten. Bau 4 wird gemäss aktuellen Hochrechnungen in der zweiten Hälfte der 2030er Jahre in Betrieb gehen müssen.

II. Die gesetzlichen Grundlagen in der Schweiz

Auf Ebene Bund sind die Bereiche Öffentlichkeitsprinzip⁵, Datenschutz⁶ und Archivierung⁷ in separaten Erlassen geregelt. Die Bestimmungen gelten für die Organe des Bundes, diejenigen zum Datenschutz auch für natürliche und juristische Privatpersonen. Die Zuständigkeiten liegen beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)⁸ und beim Schweizerischen Bundesarchiv (BAR)⁹.

Die Kantone regeln die drei genannten Bereiche autonom. Fast alle verfügen inzwischen über Gesetze zu Information (Öffentlichkeitsprinzip), Datenschutz und Archivierung, die inhaltlich weitgehend miteinander vergleichbar sind, aber formal und in materiellen Details Un-

4 Der digital verfügbare Archivkatalog ist abrufbar unter <<https://suche.staatsarchiv.djktzh.ch/suchinfo.aspx>> (abgerufen am 17.2.2021). Eine Übersicht über die digital verfügbaren Recherchehilfsmittel findet sich unter <<https://www.zh.ch/de/politik-staat/recherche-im-staatsarchiv.html>> (abgerufen am 17.2.2021).

5 Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung BGÖ (SR 152.3) vom 17. Dezember 2004 (Stand 19.8.2014, abgerufen am 16.2.2021).

6 Bundesgesetz über den Datenschutz DSG (SR 235.1) vom 19. Juni 1992 (Stand 1.3.2019, abgerufen am 16.2.2021).

7 Bundesgesetz über die Archivierung BGA (SR 152.1) vom 26. Juni 1998 (Stand 1.5.2013, abgerufen am 16.2.2021).

8 Vgl <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home.html>> (abgerufen am 16.2.2021).

9 Vgl <<https://www.bar.admin.ch/bar/de/home.html>> (abgerufen am 17.2.2021).

terschiede aufweisen. Die einen Kantone haben ein Gesetz zu den drei Regelungsbereichen, andere (darunter der Kanton Zürich) zwei, noch andere drei. Sie gelten für die Organe des jeweiligen Kantons und (in den meisten Fällen) für die dazugehörigen Gemeinden.¹⁰

Personen des privaten Rechts, auch juristische Personen, werden durch die Regelungen zum Öffentlichkeitsprinzip, zum Datenschutz und zur Archivierung grundsätzlich nicht verpflichtet, es sei denn, sie handeln im Auftrag eines öffentlichen Organs mit entsprechenden Bestimmungen in seiner Informations- oder Datenschutzgesetzgebung. Relevant für sie sind insbesondere das Datenschutzgesetz des Bundes (und damit indirekt die Datenschutzgrundverordnung der EU, die von der Schweiz autonom nachvollzogen bzw bei Datenbearbeitungen mit grenzüberschreitendem Bezug unter Umständen direkt auf Schweizer Unternehmen angewendet wird¹¹), und, insbesondere für börsennotierte Unternehmen, verschiedene Compliance-Regeln, vor allem solche zur Nachvollziehbarkeit von juristisch relevanten Vorgängen.

Einen umfassenden Wirkungsbereich hat das Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorglichen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 (AFZFG).¹² Es gilt bezüglich Aufbewahrungsregeln, Archivierung und Einsichtsgewährung an Betroffene und Forschung nicht nur für staatliche Organe, sondern auch für private und nicht-staatliche Institutionen, die bis 1981 im Auftrag öffentlicher Organe Vollzugsaufgaben im Bereich staatlicher Zwangsmassnahmen oder Fremdplatzierungen übernommen haben.

Allgemein gilt: Alle natürlichen und juristischen Personen in der Schweiz unterstehen den sie betreffenden allgemeinen Regeln von Zivilgesetzbuch (ZGB), Obligationenrecht (OR) und Strafgesetzbuch

10 Eine Übersicht über die Erlasse von Bund und Kantonen in den Bereichen Öffentlichkeitsprinzip, Datenschutz und Archivierung findet sich unter <<https://www.adk-cda.ch/archivrecht/>> (abgerufen am 16.2.2021).

11 Gemäss offiziellem Standpunkt ist die DSGVO nicht *self-executing* in der Schweiz (vgl. <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/rgpd-last-minute.html#-96360029>>, abgerufen am 1.3.2021), denn der Begriff einer Norm, die *self-executing* ist, setzt das Bestehen eines völkerrechtlich gültigen Vertrags in einem monistischen System voraus (vgl. Kälin/Epiney et al, Völkerrecht (2010) 127). Da die DSGVO kein Vertrag ist, kann die Schweiz nicht „Partei“ davon sein. Hingegen können schweizerische Unternehmen direkt von der DSGVO betroffen sein (vgl. <https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2018/Die_EU_DSGVO_und_ihre_Auswirkungen_auf_die_Schweiz_DE_Nov18.pdf.download.pdf/Die_EU_DSGVO_und_ihre_Auswirkungen_auf_die_Schweiz_DE_Nov18.pdf>, abgerufen am 1.3.2021).

12 Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorglichen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 AFZFG (SR 211.223.13) vom 30. September 2016 (Stand 1.11.2020, abgerufen am 16.2.2021).

(StGB), insbesondere bezüglich Persönlichkeitsschutz, Aufbewahrungsfristen für rechtsrelevante Unterlagen, Berufsgeheimnisse etc.

III. Die gesetzlichen Grundlagen im Kanton Zürich

Der Kanton Zürich verfügt seit 2007 über ein Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG)¹³ und seit 2008 über eine dazugehörige Verordnung (IDV)¹⁴, beide in Kraft seit dem 1. Oktober 2008. Auf Anfang 2020 wurde ergänzend eine Verordnung über die Informationsverwaltung und -sicherheit (IVSV) erlassen.¹⁵

Die Archivierung wurde bereits in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre auf Gesetzesstufe geregelt. Zusammen mit dem Kanton Basel-Stadt und dem Bund leistete der Kanton Zürich auf diesem Gebiet Pionierarbeit in der Schweiz. Das Archivgesetz (ArchG) stammt aus dem Jahr 1995 und ist seit 1999 in Kraft¹⁶, ebenso wie die Archivverordnung¹⁷. Für Gerichte und Notariate gelten separate Archivverordnungen aus den Jahren 2001 bzw 2011, die sich ebenfalls auf das Archivgesetz stützen.¹⁸

Die Regeln des Kantons Zürich zur Archivierung im engeren Sinn wurden in jüngerer Zeit in wesentlichen Punkten durch Bestimmungen in drei anderen Gesetzen ergänzt. Erstens wurden Archivgesetz und -verordnung 2008 mit den allgemeinen Bestimmungen zur Informationsverwaltung und zum Datenschutz im IDG und in der IDV durch Nebenänderungen in Einklang gebracht. Zweitens wurde 2014 im Patientinnen- und Patientengesetz¹⁹ die Anbietepflicht für Patienten-

13 Gesetz über die Information und den Datenschutz IDG (LS 170.4) vom 12. Februar 2007 (Stand 1.6.2020, abgerufen am 16.2.2021). Vgl auch *Baeriswyl/Rudin* (Hg), *Praxis-kommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich* (IDG) (2012).

14 Verordnung über die Information und den Datenschutz (LS 170.41) vom 28. Mai 2008 (Stand 24.1.2020, abgerufen am 17.2.2021).

15 Verordnung über die Informationsverwaltung und -sicherheit (LS 170.8) vom 3. September 2019 (Stand 1. Jan. 2020, abgerufen am 17.2.2021).

16 Archivgesetz (LS 170.6) vom 24. September 1995 (Stand 15.1.2014, abgerufen am 17.2.2021).

17 Archivverordnung (LS 170.61) vom 9. Dezember 1998 (Stand 1.1.2020, abgerufen am 17.2.2021).

18 Verordnung der obersten kantonalen Gerichte über die Archivierung von Verfahrensakten (LS 211.16) vom 16. März 2001 (Stand 1.1.2011, abgerufen am 17.2.2021) und Verordnung über die Archive der Notariate (LS 244) vom 7.12.2011 (Stand 1.5.2012, abgerufen am 17.2.2021).

19 Patientinnen- und Patientengesetz PatG (LS 813.13) vom 5. April 2004 (Stand 15.1.2014, abgerufen am 16.2.2021).

dokumentationen aus öffentlichen Gesundheitseinrichtungen festgeschrieben. Und drittens regelt das bereits erwähnte Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 seit 2016 die Archivierung und Akteneinsicht für alle öffentlichen und privaten Institutionen der Schweiz, in denen sich einschlägige Unterlagen befinden.

IV. Das Öffentlichkeitsprinzip im Kanton Zürich

Das Öffentlichkeitsprinzip (oder, wie in der Marginalie der entsprechenden Bestimmung bezeichnet, die Transparenz) ist im Kanton Zürich auf der höchstmöglichen Stufe festgeschrieben, nämlich in der Kantonsverfassung (KV)²⁰ vom 27. Februar 2005, in Kraft seit dem 1. Januar 2006. Artikel 17 KV gibt jeder Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten; Artikel 49 KV sieht vor, dass die Behörden von sich aus und auf Anfrage über ihre Tätigkeit informieren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Die wesentlichen materiellen Regeln zum Öffentlichkeitsprinzip finden sich seit 2007 im IDG sowie teilweise im Archivgesetz. Der Auftrag zur Einführung des Öffentlichkeitsprinzips geht auf eine Motion zurück, die der Kantonsrat der Regierung am 25. Januar 1999 überwies.²¹ Anders als beim Bund, wo der EDÖB sowohl für den Datenschutz als auch für die Beachtung des Öffentlichkeitsprinzips zuständig ist, wurden im Kanton Zürich die Kompetenzen auf die Staatskanzlei (Öffentlichkeitsprinzip) und die Datenschutzbeauftragte verteilt.

Mit der Inkraftsetzung von IDG und IDV wechselte der Kanton Zürich 2008 grundsätzlich und umfassend vom Geheimhaltungs- zum Transparenzprinzip, also zum Grundsatz, dass im Prinzip alle staatlichen Unterlagen öffentlich zugänglich sind und der Staat im Einzelfall begründen muss, wenn dieses Prinzip nicht gelten soll. Mit der Inkraftsetzung des IDG wurde auch die Anbietepflicht für alle Unterlagen, die öffentliche Organe produzieren, ans zuständige Archiv bekräftigt.²²

20 Verfassung des Kantons Zürich (LS 101) vom 27.2.2005 (Stand 1.2.2018, abgerufen am 16.2.2021).

21 Vgl. <<https://www.kantonsrat.zh.ch/geschaefte/geschaeft/?id=306f1dfcab434256a9a8dec64b7e2d6>> (abgerufen am 17.2.2021).

22 Das Datenschutzgesetz des Kantons Zürich aus dem Jahr 1995 wurde zum gleichen Zeitpunkt außer Kraft gesetzt.

Sozusagen komplementär zu den Transparenzregeln wurden die Grundregeln zum Umgang mit Personendaten umfassend neu formuliert, etwa die Erfordernisse betreffend Gesetzmäßigkeit oder Zweckbindung der Datenbearbeitung. Zudem wurden die Zugangsrechte zu den Daten der staatlichen Organe über die eigene Person festgelegt.

Insgesamt wurden im Kanton Zürich die Bereiche „Information“ und „Datenschutz“ bewusst und konsequent miteinander verzahnt, was gesamtschweizerisch einer Neuheit gleichkam.²³

Aufgrund der Bestimmungen zur Gesetzmäßigkeit der Datenhaltung musste im Archivgesetz eine explizite gesetzliche Grundlage für die Online-Publikation von Archivdaten geschaffen werden. § 10 Abs 2 des Archivgesetzes sieht seither vor, dass Archive Verzeichnungsdaten und elektronische Ausprägungen von Akten im Internet zugänglich machen können, wenn keine Schutzbestimmungen mehr entgegenstehen. Ohne diese explizite Regel hätte das Staatsarchiv sein Archivverzeichnis vom Netz nehmen müssen, obwohl darin selbstverständlich nur Daten verfügbar sind, die außerhalb der gesetzlichen Schutzfristen liegen: Die Bearbeitung – und damit die Publikation – von besonderen Personendaten bedarf gemäss IDG immer einer hinreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz²⁴.

Die Konkurrenz zwischen individuellen schützenswerten Interessen und dem Öffentlichkeitsprinzip ist für das aktuelle Setting von Datenschutz- und Transparenzbestimmungen charakteristisch. Beide Ansprüche sind elementar und werden auf Verfassungsstufe geschützt. Deshalb ist es ausgeschlossen, den einen Anspruch zulasten des anderen permanent auszuhebeln. Vielmehr geht es stets darum, die konkurrierenden Ansprüche miteinander zu vereinbaren (oder sie zumindest so gut wie möglich aneinander vorbeizubringen), und zwar auf eine Weise, die den verfassungsmässigen Anforderungen aus allen relevanten Perspektiven langfristig genügt.

Wie zu zeigen sein wird, erlaubt es der Kerngehalt der genannten Grundrechte insbesondere unter Berücksichtigung der Zeitachse, deren direkte Konkurrenz zu entschärfen bzw zu erklären, warum das eine Grundrecht vorübergehend überwiegt, in der Interessenabwägung dann aber laufend an Gewicht verliert und schließlich erlischt, während das andere Grundrecht zunächst relativ wenig, dann aber immer mehr Gewicht hat und schließlich allein von Belang ist. Aus Archiv-

23 Baeriswyl/Rudin, Praxiskommentar 2, Rz 6.

24 § 8 Abs 2 IDG.

sicht (und für die Durchsetzung beider Grundrechte) ist aber zunächst zentral, dass am Anfang eine umfassende Anbietepflicht steht, die für alle Unterlagen gilt, die von öffentlichen Organen produziert werden. Würden einzelne staatliche Organe davon ausgenommen, könnten die Archive ihren Kernauftrag nicht erfüllen, nämlich die authentische Überlieferung der gesamten Tätigkeit des Staats bzw aller seiner Glieder sicherzustellen. Dies ist aber Voraussetzung dafür, dass darauf basierende private und öffentliche Interessen überhaupt wahrgenommen werden können. In diesem Licht dient auch die im öffentlichen Interesse erfolgende Anbietepflicht zu einem wesentlichen Teil dem Schutz individueller Grundrechte: Nur so kann sichergestellt werden, dass auch noch nach einiger Zeit beurteilt werden kann, ob etwa früheres staatliches Handeln systematisch individuelle Grundrechtspositionen verletzte.

Bieten alle Organe des Staats ihre Unterlagen dem zuständigen Archiv zur Bewertung an, kann dieses daraus die dauernd überlieferungswürdige Teilmenge herausfiltern, die nötig ist, um das staatliche Handeln *ex post* nachvollziehbar zu machen und zu halten. Deshalb (und nicht nur wegen der Publikation von Daten) mussten mit dem Erlass des IDG im Archivgesetz Nebenänderungen betreffend Anbietepflicht vorgenommen werden. Fast wichtiger war aber eine Nebenänderung im Patientengesetz: Bis anhin fehlte die explizite gesetzliche Grundlage, auf der das Staatsarchiv bei den öffentlichen Spitälern hätte durchsetzen können, dass Patientendokumentationen zur Bewertung und Übernahme angeboten werden. Manche Spitäler boten zwar Unterlagen an, aber oft nur aus Platznot und vor allem mit einem unguten Gefühl, weil Art 321 StGB, der die Wahrung der Berufsgeheimnisse regelt und deren Verletzung unter Strafe stellt, im Kopf jedes Arztes und jeder Ärztin steckt.

Mit der Verankerung der Anbietepflicht im Patientengesetz gelang es, einen genügenden allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die Entbindung vom Berufsgeheimnis zu formulieren.²⁵ Die Bestimmung sieht vor, dass die Patientendokumentationen „ungeachtet der beruflichen Schweigepflicht“ dem zuständigen Archiv anzubieten sind. Allerdings gilt diese Bestimmung nicht voraussetzungslos, denn gleichzeitig wurden im Archivgesetz ausserordentlich lange Schutzfristen für Patientendokumentationen verankert: Die Akten sind 120 Jahre nach ihrer

25 Die in Art 321 Z 2 StGB enthaltenen Regeln sind Rechtfertigungsgründe iSv Art 14 StGB (Donatsch, Art 14 StGB, in: ders [Hg] StGB-Kommentar²⁰ [2018] N 1). Es verhält sich sowohl bei Art 321 Z 2 StGB als auch bei der kantonalen Bestimmung rechtmäßig, wer entsprechend handelt, auch wenn dieses Handeln mit Strafe bedroht ist.

Schließung nicht allgemein zugänglich. Die Frist dauert also 40 Jahre länger als diejenige für andere besondere Personendaten. Damit soll nicht nur sichergestellt werden, dass die betroffene Person im Moment der allgemeinen Zugänglichkeit nicht mehr lebt, sondern aus Gründen der Heredität auch die nächste Generation. Darüber hinaus wird der Forschung der Zugang zu den Akten für nicht personenbezogene Zwecke während laufender Schutzfrist nicht vom Archiv, sondern von den zuständigen Entbindungsbehörden der Gesundheitsdirektion gewährt. Aus Archivsicht ist diese Bestimmung problematisch. Sie erfordert einerseits ein aufwändiges Verfahren (was für die Forschung häufig hinderlich ist), andererseits ist fraglich, ob sie dem politischen Willen entspricht, der beim Erlass des IDG handlungsleitend war.²⁶ Patientinnen und Patienten selbst gewährt hingegen das Archiv Zugang, und zwar direkt aufgrund des IDG bzw aufgrund des AFZFG.

Das Beispiel der Patientendokumentationen zeigt sehr akzentuiert, dass die Zeitachse eine entscheidende Rolle spielt, wenn individuelle schützenswerte Interessen und öffentliche Interessen sinnvoll und mit Blick auf ein praktikables Ergebnis abgewogen werden müssen. Je jünger besondere Personendaten sind, desto eher überwiegen die individuellen Schutzinteressen – in der Regel so lange, wie eine betroffene Person lebt. Ausnahmen sind im Kanton Zürich praktisch nur für die nicht personenbezogene Forschung vorgesehen, und auch hier sind die Hürden recht hoch. Umgekehrt sollten die individuellen Schutzinteressen mit zunehmender Dauer gegenüber den öffentlichen zurücktreten.

Die langen Fristen, während denen sensible Personendaten geschützt werden müssen, stellen aber in keinem Moment in Frage, dass es von zentraler Bedeutung ist, diese Daten anschließend öffentlich zugänglich zu machen: Daten aufzubewahren, die nicht früher oder später öffentlich zugänglich werden, macht für einen Staat, der dem Transparenzgebot verpflichtet ist, keinen Sinn.

Die großen schweizerischen Archive und die Vereinigung der kantonalen Datenschützer haben sich deshalb 2014 grundsätzlich darauf verständigt, wie der *Life Cycle* von Unterlagen öffentlicher Organe auszusehen hat, damit diese umfassend und langfristig verfügbar bleiben²⁷:

- Für Akten von öffentlichen Organen besteht integrale Anbieterpflicht.

26 Vgl. Baeriswyl/Rudin, Praxiskommentar 32, Rz 16.

27 Vgl. <<https://www.adk-cda.ch/rahmendokumente/>> (abgerufen am 16.2.2021).

- Alle Aktenangebote werden durch das zuständige Archiv bewertet.
- Alle Akten, die vom zuständigen Archiv im Rahmen der Bewertung als nicht überlieferungswürdig beurteilt werden, werden vom Aktenproduzenten kontrolliert vernichtet.
- Solange entsprechende individuelle oder öffentliche Interessen bestehen, sorgen die Aktenproduzenten und die Archive für einen genügenden Datenschutz. Das hauptsächliche Mittel zur Wahrung der entsprechenden Interessen sind für die Archive die Schutzfristen.
- Die Schutzfristen sollen zwar genügend lang, aber gleichzeitig so kurz wie möglich sein. Nur so kann Individuen, der Forschung und der Allgemeinheit ein verhältnismässiger und umfassender Zugang zu staatlichen Informationen gewährt werden.

Diese grundsätzliche Verständigung ist eine wichtige Ergänzung zu den gesetzlichen Bestimmungen, die im Kanton Zürich gelten. Denn nicht selten gibt es Situationen, in denen sich anbietende Stellen und das zuständige Archiv im konkreten Einzelfall wieder vor Augen führen müssen, auf welchen Kernelementen die Entscheide bezüglich einer Ablieferung ans Archiv aufgebaut sein müssen, damit sie rechtmässig sind.

Die Debatte über fürsorgerische Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen, die in der Schweiz bis 1981 auf administrativer Ebene verfügt werden konnten und Zehntausende von Biografien geprägt haben, oft im negativen Sinn, hat ab zirka 2011 das Bewusstsein für die Wichtigkeit einer geordneten Überlieferung mitgeprägt. Zahlreiche Betroffene wollten im Lauf dieser Diskussionen Einsicht in Unterlagen über ihre Person, einerseits, um sich ein Bild zu machen von den behördlichen Aufzeichnungen, andererseits, um ihren Anspruch auf den so genannten Solidaritätsbeitrag gemäss AFZFG geltend zu machen. Viele dieser Menschen taten sich bis dahin schwer mit der Vorstellung, dass schriftliche, oft diffamierende Aufzeichnungen über sie in Archiven gelagert werden. Manche von ihnen forderten die Herausgabe dieser Unterlagen, nicht selten mit dem Zweck, sie zu vernichten.

In intensiven Diskussionen konnten die Archive die Betroffenen davon überzeugen, dass es nicht sinnvoll wäre, solchen Wünschen zu entsprechen, weil mit einer Vernichtung der Unterlagen nicht nur indivi-

duellen Ansprüchen die spezifische Grundlage entzogen, sondern weil damit auch künftige Forschungen verunmöglicht würden.²⁸

Den entsprechenden Regeln im AFZFG (keine Herausgabe von Akten, aber das Recht auf Einsicht und unentgeltliche Kopien, auf einen Bestreitungsvermerk und eine Gegendarstellung) wurden auch die (zahlreichen) privaten Institutionen unterstellt, die beim Vollzug von Zwangsmassnahmen tätig waren. Viele davon hatten am Anfang diesbezügliche Bedenken, waren aber letztlich mehrheitlich froh, nun ebenfalls klaren Regeln zur Überlieferung und zur Einsichtnahme unterstellt zu sein.²⁹

V. Revisionsbedarf und offene Fragen

Zürich war der erste Kanton, der die Anbietepflicht für Patientendokumentationen aus öffentlichen Gesundheitsinstitutionen als allgemeinen Grund für die Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis gesetzlich verankert hat. Die anderen Geheimnisträger, die in öffentlicher Funktion oder in öffentlichem Auftrag handeln, sind von dieser Bestimmung nicht (bzw. je nach Rechtsauffassung, nur qua Analogieschluss) erfasst. Das Ziel muss deshalb darin bestehen, bei einer nächsten Revision der einschlägigen Erlasse eine möglichst allgemein gültige Regelung zu finden, die die generelle Anbietepflicht für öffentliche Unterlagen unter Wahrung der Berufsgeheimnisse vorsieht, und zwar auf eine Weise, durch die die individuellen schützenswerten Interessen in genügendem Maß gewahrt werden. Am einfachsten scheint, in Art 321 Abs 3 StGB die Anbietepflicht als (weiteren) allgemeinen Grund für die Entbindung von Berufsgeheimnissen zu verankern, sofern die zuständigen Archive genügende Regeln zum Schutz der in diesem Rahmen anfallenden besonderen Personendaten vorsehen. Das würde im

28 Zu den Diskussionen um fürsorgerische Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen in der Schweiz siehe allgemein: *Unabhängige Expertenkommission Administrative Versorgung* (Hg), *Organisierte Willkür – Administrative Versorgung in der Schweiz 1930–1981. Schlussbericht* (2019) (= Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Administrative Versorgung 10 A), auch frei zugänglich als E-Book unter <https://www.uek-administrative-versorgung.ch/forschung/schlussbericht?filter=0> (abgerufen am 19.2.2021). Die Akzentuierung der Rolle der Archive im Rahmen des Aufarbeitungsprozess ist zusammengefasst in *Gnädinger, Wozu Archive? – Bemerkungen zu einer Kurskorrektur*, in: *Schweizerische Archivdirektorinnen- und Archivdirektorenkonferenz (ADK) (Hg), Erinnerung – Recht und Pflicht! / Devoir de mémoire* (2020) 53–68.

29 Die Unterstellung von privaten Institutionen, die in staatlichem Auftrag handeln, unter die gleichen Regeln, denen die staatlichen Organe selbst unterliegen, sehen auch zahlreiche Informations- und Datenschutzgesetze in der Schweiz vor.

Kanton Zürich nur eine kleine Revision des Archivgesetzes bedingen, aber – fast wichtiger – gleichzeitig könnten die Spezialbestimmungen im Patientengesetz, die dann obsolet würden, im Rahmen einer Nebenänderung aufgehoben werden.

Im Informations- und Datenschutzgesetz sind es andere Revisions-themen, die zurzeit im Vordergrund stehen oder in naher Zukunft anstehen. Aktuell wird das IDG den neuen Rahmenbedingungen angepasst, die die Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union vorgibt, wobei auf Bundesebene mehr Änderungen vorzunehmen sind als auf Ebene der Kantone. Künftig werden wohl die Verankerung des *Once only*-Prinzips, also von Regeln für die effiziente Bearbeitung und Speicherung von Daten, die der Kanton Zürich anstrebt, und von *Open Government Data*-Regeln in den Vordergrund treten. Dazu sind verschiedene Projekte im Gang, die aber bezüglich der Änderung von Rechtserlassen erst in den Anfängen stecken.

Im Archivgesetz schließlich werden bei einer nächsten Revision, abgesehen von der erwähnten Änderung bezüglich Daten aus Tätigkeiten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, präzisere Regeln für die Übernahme, Speicherung und insbesondere für die Publikation von digitalen Daten formuliert werden müssen. Aus der Sicht des Staatsarchivs Zürich ist es dabei zentral, die Unterschiede zwischen analogen und digitalen Daten bezüglich Verfügbarkeit auch im Rechtsrahmen abzubilden. Es gibt für öffentliche Organe keinen gewichtigen Grund, digitale Daten, die keinen Einschränkungen mehr unterliegen, nicht online verfügbar zu machen. Die aktuelle Terminologie, die zwischen *Submission Information Package* SIP, *Archival Information Package* AIP und *Dissemination Information Package* DIP unterscheidet, wäre demnach zu ergänzen um den Begriff des *Public Information Package* PIP. In diese Kategorie fallen automatisch sämtliche Daten, die aus ihrer Schutzfrist herauswachsen: Diese Daten muss der Staat von sich aus online zur Verfügung zu stellen, wenn er das Transparenzgebot konsequent umsetzen will. Die Archive werden dadurch ziemlich schnell und in wachsendem Maß zu den hauptsächlichen Speicherorten von *Open Government Data*. Damit würde die seinerzeit neue und für die Entwicklung demokratischer Rechtsstaaten entscheidende Entwicklung, die die Archive im Zug der Französischen Revolution genommen haben, indem sie sich von obrigkeitlichen Geheimarchiven zu öffentlichen Archiven wandelten – das Staatsarchiv Zürich im Jahr 1837 –, eine logische und wertvolle Fortsetzung im digitalen Zeitalter nehmen.

Verzeichnis der Autorinnen, Autoren sowie der Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Peter Bußjäger, Universitätsprofessor am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck; Direktor des Instituts für Föderalismus, Innsbruck; Mitglied des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein.

Dr. Beat Gnädinger, Direktion der Justiz und des Innern, Staatsarchivar des Kantons Zürich.

Dr. Ulrich Nachbaur, Jurist und Historiker, seit 2019 Leiter des Vorarlberger Landesarchivs.

Mag. Julia Oberdanner, Universitätsassistentin am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre an der Universität Innsbruck.

Mag. Elke Wirthumer, Amt der Oö. Landesregierung, Direktion Präsidium, Abteilung Präsidium, Linz.

MMag. Dr. Jakob Wührer, Oberösterreichisches Landesarchiv, Bereichsleiter Archivierungsprozesse & Innovation; Lehrbeauftragter an der Universität Wien.

SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTS FÜR FÖDERALISMUS

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976. ISBN 3-7003-0479-X (€ 7,21)
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976. ISBN 3-7003-0129-4 (€ 4,94)
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Österreichischer Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976. ISBN 3-7003-0144-8 (vergriffen)
- Bd. 4 **Peter Pernthaler**, Die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag. 1977. ISBN 3-7003-0478-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Martin Usteri**, Die Funktion der Regierung im modernen föderalistischen Staat. 1977. ISBN 3-7003-0482-X (vergriffen)
- Bd. 6 **Fried Esterbauer/Guy Heraud/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung. 1977. ISBN 3-7003-0161-8 (vergriffen)
- Bd. 7 **Manfried Gantner**, Der abgestufte Bevölkerungsschlüssel als Problem der Länder und Gemeinden. 1978. ISBN 3-7003-0181-2 (vergriffen)
- Bd. 8 **Siegbert Morscher**, Rechtliche Probleme bei der Schaffung innerstaatlicher grenzüberschreitender Einrichtungen und Organe durch die österreichischen Bundesländer. 1978. ISBN 3-7003-0182-0 (€ 17,44)
- Bd. 9 **Theo Öhlinger**, Verträge im Bundesstaat. 1978. ISBN 3-7003-0183-9 (vergriffen)
- Bd. 10 **Erich Thöni**, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich. 1978. ISBN 3-7003-0184-7 (vergriffen)
- Bd. 11 **Georg Schmitz**, Der Landesamtsdirektor. 1978. ISBN 3-7003-0203-7 (vergriffen)
- Bd. 12 **Felix Ermacora**, Die bundesstaatliche Kostentragung gemäß § 2 F-VG. 1979. ISBN 3-7003-0214-2 (€ 7,99)
- Bd. 13 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht in Österreich. 1979. ISBN 3-7003-0215-0 (€ 12,21)
- Bd. 14 **Peter Pernthaler**, Die Staatsgründungsakte der österreichischen Bundesländer. Eine staatsrechtliche Untersuchung über die Entstehung des Bundesstaates. 1979. ISBN 3-7003-0226-6 (€ 21,66)
- Bd. 15 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Direkte Demokratie in den Ländern und Gemeinden. 1980. ISBN 3-7003-0245-2 (€ 14,39)
- Bd. 16 **Peter Häberle**, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat. 1980. ISBN 3-7003-0247-9 (vergriffen)
- Bd. 17 **Bernd-Christian Funk**, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung. 1980. ISBN 3-7003-0250-9 (vergriffen)

- Bd. 18 **Karl Weber**, Kriterien des Bundesstaates. Eine systematische, historische und rechtsvergleichende Untersuchung der Bundesstaatlichkeit der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich. 1980. ISBN 3-7003-0251-7 (vergriffen)
- Bd. 19 **Peter Pernthaler**, Das Forderungsprogramm der österreichischen Bundesländer. 1980. ISBN 3-7003-0252-5 (€ 28,34)
- Bd. 20 **Wilhelm Kundratitz** (Herausgeber), Staat, Recht, Politik. Eine Befragung Jugendlicher zum Bildungshintergrund. 1981. ISBN 3-7003-0270-3 (€ 20,35)
- Bd. 21 **Siegbert Morscher**, Land und Provinz. Vergleich der Befugnisse der autonomen Provinz Bozen mit den Kompetenzen der österreichischen Bundesländer. 1981. ISBN 3-7003-0282-7 (vergriffen)
- Bd. 22 **Wolfgang Pesendorfer**, Der innere Dienstbetrieb im Amt der Landesregierung. 1981. ISBN 3-7003-0299-1 (vergriffen)
- Bd. 23 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Dezentralisation und Selbstorganisation. Theoretische Probleme und praktische Erfahrungen. 1982. ISBN 3-7003-0308-4 (€ 24,20)
- Bd. 24 **Theo Öhlinger**, Die Anwendung des Völkerrechts auf Verträge im Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0320-3 (€ 13,44)
- Bd. 25 **Harald Stolzlechner**, Republik – Bund – Land. Fragen der Vermögensaufteilung in einem Bundesstaat. 1982. ISBN 3-7003-0318-1 (€ 14,39)
- Bd. 26 **Peter Pernthaler/Irmgard Kathrein/Karl Weber**, Der Föderalismus im Alpenraum. Voraussetzungen, Zustand, Ausbau und Harmonisierung im Sinne eines alpenregionalen Leitbildes. 1982. ISBN 3-7003-0341-6 (€ 49,42)
- Bd. 27 **Peter Pernthaler**, Land, Volk und Heimat als Kategorien des österreichischen Verfassungsrechts. 1982. ISBN 3-7003-0347-5 (€ 11,63)
- Bd. 28 **Peter Pernthaler/Karl Weber**, Landesbürgerschaft und Bundesstaat. Der Status des Landesbürgers als Kriterium des Bundesstaates und Maßstab der Demokratie in den Ländern. 1983. ISBN 3-7003-0364-5 (€ 20,35)
- Bd. 29 **Irmgard Kathrein**, Der Bundesrat in der Ersten Republik. Studie über die Entstehung und die Tätigkeit des Bundesrates der Republik Österreich. 1983. ISBN 3-7003-0365-3 (€ 14,54)
- Bd. 30 **Richard Schmidjell/Karl Fink/Werner Plunger/Hans Moser**, Regionalpolitik der österreichischen Bundesländer. 1983. ISBN 3-7003-0524-9 (vergriffen)
- Bd. 31 **Siegbert Morscher** (Herausgeber), Föderalistische Sozialpolitik. 1983. ISBN 3-7003-0519-2 (vergriffen)
- Bd. 32 **Josef Werndl**, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Ihre Ausgangslage, Entwicklung und Bedeutungsverschiebung auf der Grundlage des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920. 1984. ISBN 3-7003-0566-4 (€ 26,96)
- Bd. 33 **Peter Pernthaler**, Österreichische Finanzverfassung. Theorie – Praxis – Reform. 1984. ISBN 3-7003-0606-7 (€ 33,07)
- Bd. 34 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Die Rolle der Länder in der Umfassenden Landesverteidigung. 1984. ISBN 3-7003-0607-5 (vergriffen)

- Bd. 35 **Christian Smekal/Manfried Gantner**, Die längerfristige Entwicklung der öffentlichen Finanzwirtschaft in Österreich im Zeitraum 1950–1983. 1985. ISBN 3-7003-0608-3 (vergriffen)
- Bd. 36 **Georg Schmitz**, Die Anfänge des Parlamentarismus in Niederösterreich. Landesordnung und Selbstregierung 1861 – 1873. 1985. ISBN 3-7003-0636-9 (€ 47,96)
- Bd. 37 **Bernd Stampfer**, Recht der Abfallwirtschaft in Österreich. Analysen einer komplexen Verwaltungsaufgabe zwischen Bund und Ländern. 1986. ISBN 3-7003-0687-3 (vergriffen)
- Bd. 38 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte. 1986. ISBN 3-7003-0685-7 (vergriffen)
- Bd. 39 **Siegbert Morscher**, Die Gewerbekompetenz des Bundes. 1987. ISBN 3-7003-0810-1 (€ 23,26)
- Bd. 40 **Peter Pernthaler**, Zivilrechtswesen und Landeskompetenz. 1987. ISBN 3-7003-0723-3 (vergriffen)
- Bd. 41 **Karl Weber**, Die mittelbare Bundesverwaltung. 1987. ISBN 3-7003-0738-1 (€ 59,59)
- Bd. 42 **Klaus Berchtold**, Die Verhandlungen zum Forderungsprogramm der Bundesländer seit 1956. 1988. ISBN 3-7003-0752-7 (€ 20,35)
- Bd. 43 **Peter Pernthaler**, Föderalistische Bedeutung der Landes-Hypothekenbanken. 1988. ISBN 3-7003-0781-1 (vergriffen)
- Bd. 44 **Stefan Huber/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalismus und Regionalismus in europäischer Perspektive. 1988. ISBN 3-7003-0763-2 (vergriffen)
- Bd. 45 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Kulturpolitik. 1988. ISBN 3-7003-0798-5 (€ 18,17)
- Bd. 46 **Peter Pernthaler**, Kompetenzverteilung in der Krise. Voraussetzungen und Grenzen der Kompetenzinterpretation in Österreich. 1989. ISBN 3-7003-0811-6 (€ 24,71)
- Bd. 47 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die föderalistische Struktur Österreichs. 1989. ISBN 3-7003-0848-5 (€ 21,08)
- Bd. 48 **Wolfgang Bartscher**, EG-Beitritt und Föderalismus. Folgen einer EG-Mitgliedschaft für die bundesstaatliche Ordnung Österreichs. 1990. ISBN 3-7003-0864-7 (vergriffen)
- Bd. 49 **Fried Esterbauer/Peter Pernthaler** (Herausgeber), Europäischer Regionalismus am Wendepunkt - Bilanz und Ausblick. 1991. ISBN 3-7003-0907-4 (€ 23,98)
- Bd. 50 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Außenpolitik der Gliedstaaten und Regionen. 1991. ISBN 3-7003-0930-9 (€ 23,26)
- Bd. 51 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Neue Wege der Föderalismusreform. 1992. ISBN 3-7003-0949-X (€ 23,26)
- Bd. 52 **Bernd-Christian Funk/Joseph Marko/Peter Pernthaler**, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG., 1992. ISBN 3-7003-0974-0 (vergriffen)
- Bd. 53 **Peter Pernthaler**, Das Länderbeteiligungsverfahren an der europäischen Integration. 1992. ISBN 3-7003-0976-7 (€ 15,26)

- Bd. 54 **Stefan Hammer**, Länderstaatsverträge. Zugleich ein Beitrag zur Selbständigkeit der Länder im Bundesstaat. 1992. ISBN 3-7003-0984-8 (€ 31,61)
- Bd. 55 **Peter Pernthaler**, Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates. 1992. ISBN 3-7003-0988-0 (vergriffen)
- Bd. 56 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Unabhängige Verwaltungssenate und Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1993. ISBN 3-7003-1011-0 (€ 42,44)
- Bd. 57 **Heinz Schäffer/Harald Stolzlechner** (Herausgeber), Reformbestrebungen im Österreichischen Bundesstaatssystem. 1993. ISBN 3-7003-1015-3 (€ 17,49)
- Bd. 58 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Föderalistische Raumordnung – eine europäische Herausforderung. 1994. ISBN 3-7003-1041-2 (€ 15,99)
- Bd. 59 **Gerhard Thurner**, Der Bundesstaat in der neueren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzverteilung. 1994. ISBN 3-7003-1042-0 (€ 35,61)
- Bd. 60 **Michael Morass**, Regionale Interessen auf dem Weg in die Europäische Union. Strukturelle Entwicklung und Perspektiven der Interessenvermittlung österreichischer und deutscher Landesakteure im Rahmen der Europäischen Integration. 1994. ISBN 3-7003-1048-X (€ 37,79)
- Bd. 61 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Reform der föderalistischen Finanzordnung. 1994. ISBN 3-7003-1075-7 (€ 23,26)
- Bd. 62 **Karl Weber/Martin Schlag**, Sicherheitspolizei und Föderalismus. Eine Untersuchung über die Organisation der Sicherheitsverwaltung in Österreich. 1995. ISBN 3-7003-1082-X (€ 23,26)
- Bd. 63 **Peter Bußjäger**, Die Naturschutzkompetenzen der Länder. 1995. ISBN 3-7003-1084-6 (€ 23,26)
- Bd. 64 **Klaus Eisterer**, Die Schweiz als Partner. Zum eigenständigen Außenhandel der Bundesländer Vorarlberg und Tirol mit der Eidgenossenschaft 1945–1947. 1995. ISBN 3-7003-1116-8 (€ 13,08)
- Bd. 65 **Peter Pernthaler/Georg Lukasser/Irmgard Rath-Kathrein**, Gewerbe – Landwirtschaft – Veranstaltungswesen. Drei Fallstudien zur Abgrenzung der Bundes- und Landeskompetenzen im Wirtschafts- und Berufsvertretungsrecht. 1996. ISBN 3-7003-1135-4 (€ 20,35)
- Bd. 66 **Fritz Staudigl/Renate Fischler** (Herausgeber), Die Teilnahme der Bundesländer am europäischen Integrationsprozeß. 1996. ISBN 3-7003-1162-1 (€ 13,44)
- Bd. 67 **Karl Weber/Irmgard Rath-Kathrein** (Herausgeber), Neue Wege der Allgemeinen Staatslehre. 1996. ISBN 3-7003-1167-2 (€ 20,35)
- Bd. 68 **Peter Pernthaler**, Kammern im Bundesstaat. Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Gesichtspunkte einer stärkeren Föderalisierung der Kammern in Österreich. 1996. ISBN 3-7003-1170-2 (€ 16,42)
- Bd. 69 **Fridolin Zanon**, Das 2. Verstaatlichungsgesetz 1947 im Lichte der europarechtlichen Entwicklung. 1996. ISBN 3-7003-1171-0 (€ 15,99)

- Bd. 70 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Bundesstaatsreform als Instrument der Verwaltungsreform und des europäischen Föderalismus. 1997. ISBN 3-7003-1190-7 (€ 31,83)
- Bd. 71 **Josef Unterlechner**, Die Mitwirkung der Länder am EU-Willensbildungs-Prozeß: Normen – Praxis – Wertung. 1997. ISBN 3-7003-1206-7 (vergriffen)
- Bd. 72 **Sigrid Buchsteiner**, Die Verpflichtung der Gebietskörperschaften zur Tragung ihres Aufwandes. Eine Analyse des bundesstaatlichen Kostentragungsgrundsatzes und der Kostenregelungskompetenz. 1998. ISBN 3-7003-1218-0 (€ 23,26)
- Bd. 73 **Peter Pernthaler/Nicoletta Bucher/Anna Gamper**, Bibliographie zum österreichischen Bundesstaat und Föderalismus 1998. ISBN 3-7003-1224-5 (€ 27,62)
- Bd. 74 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Das Recht des Wassers in nationaler und internationaler Perspektive. 1998. ISBN 3-7003-1226-1 (€ 27,62)
- Bd. 75 **Peter Bußjäger**, Die Organisationshoheit und Modernisierung der Landesverwaltungen. 1999. ISBN 3-7003-1261-X (€ 45,78)
- Bd. 76 **Peter Pernthaler** (Herausgeber), Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder. 1999. ISBN 3-7003-1209-3 (€ 27,62)
- Bd. 77 **Peter Pernthaler/Helmut Schreiner** (Herausgeber), Die Landesparlamente als Ausdruck der Identität der Länder. 2000. ISBN 3-7003-1320-9 (€ 21,66)
- Bd. 78 **Andreas Rosner**, Koordinationsinstrumente der österreichischen Länder. 2000. ISBN 3-7003-1321-7 (€ 40,70)
- Bd. 79 **Karl Weber/Magdalena Pöschl**, Die Haftung der Länder in der mittelbaren Bundesverwaltung. 2000. ISBN 3-7003-1326-8 (€ 20,35)
- Bd. 80 **Peter Bußjäger**, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates. 2001. ISBN 3-7003-1357-8 (€ 20,35)
- Bd. 81 **Sigrid Lebitsch-Buchsteiner**, Die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht. 2001. ISBN 3-7003-1358-6 (€ 18,89)
- Bd. 82 **Peter Bußjäger/Friedrich Lachmayer** (Herausgeber), Rechtsbereinigung und Landesrechtsdokumentation. 2001. ISBN 3-7003-1361-6 (€ 18,00)
- Bd. 83 **Peter Pernthaler/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Ökonomische Aspekte des Föderalismus. 2001. ISBN 3-7003-1369-1 (€ 21,00)
- Bd. 84 **Peter Bußjäger/Christoph Kleiser** (Herausgeber), Legistik und Gemeinschaftsrecht. 2001. ISBN 3-7003-1370-5 (€ 20,00)
- Bd. 85 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Vollzug von Bundesrecht durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1401-9 (€ 26,00)
- Bd. 86 **Christian Ranacher**, Die Funktion des Bundes bei der Umsetzung des EU-Rechts durch die Länder. 2002. ISBN 3-7003-1420-5 (€ 49,90)
- Bd. 87 **Stefan Mayer**, Regionale Europapolitik. Die österreichischen Bundesländer und die europäische Integration. Institutionen, Interessendurchsetzung und Diskurs bis 1998. 2002. ISBN 3-7003-1396-9 (€ 47,90)
- Bd. 88 **Harald Stolzlechner**, Zur rechtlichen Behandlung von Sportanlagen. 2002. ISBN 3-7003-1425-6 (€ 10,90)

- Bd. 89 **Peter Bußjäger**, Katastrophenprävention und Katastrophenbekämpfung im Bundesstaat. 2003. ISBN 3-7003-1431-0 (vergriffen)
- Bd. 90 **Gernot Meirer**, Die Verbindungsstelle der Bundesländer oder Die gewerkschaftliche Organisation der Länder. 2003. ISBN 3-7003-1435-3 (€ 42,90)
- Bd. 91 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Moderner Staat und innovative Verwaltung. 2003. ISBN 3-7003-1445-0 (€ 21,00)
- Bd. 92 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (editors), The Homogeneity of Democracy, Rights and the Rule of Law in Federal or Confederal Systems. 2003. ISBN 3-7003-1453-1 (€ 24,90)
- Bd. 93 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens. 2004. ISBN 3-7003-1486-8 (€ 13,90)
- Bd. 94 **Peter Bußjäger/Jürgen Weiss** (Herausgeber), Die Zukunft der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung. 2004. ISBN 3-7003-1487-6 (€ 20,90)
- Bd. 95 **Helmut Kramer**, Ökonomische Aspekte der Bundesstaatsreform. 2004. ISBN 3-7003-1491-4 (vergriffen)
- Bd. 96 **Peter Bußjäger/Rudolf Hrbek** (Herausgeber), Projekte der Föderalismusreform – Österreich-Konvent und Föderalismuskommission im Vergleich. 2005. ISBN 3-7003-1528-3 (vergriffen)
- Bd. 97 **Ulrich Willi**, Die Bundesverfassungskonformität der Vorarlberger „Volksgesetzgebung“, 2005. ISBN 3-7003-1563-5 (€ 22,90)
- Bd. 98 **Anna Gamper/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Subsidiarität anwenden: Regionen, Staaten, Europäische Union. La sussidiarietà applicata: Regioni, Stati, Unione Europea. 2006. ISBN 3-7003-1580-5 (€ 32,90)
- Bd. 99 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Finanzausgleich und Finanzverfassung auf dem Prüfstand. 2006. ISBN 3-7003-1589-9 (€ 20,90)
- Bd.100 **Peter Bußjäger**, Homogenität und Differenz – Grundlegung einer Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich vor dem Hintergrund der Europäischen Union. 2006. ISBN 3-7003-1595-3 (€ 32,90)
- Bd.101 **Werner Schroeder/Karl Weber**, Die Kompetenzrechtsreform. Aus österreichischer und europäischer Perspektive. 2006. ISBN 3-7003-1608-9 (€ 29,90)
- Bd.102 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Katastrophenschutz als Aufgabe und Verantwortung im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1631-2 (€ 22,90)
- Bd.103 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Beiträge zum Länderparlamentarismus. Zur Arbeit der Landtage. 2007. ISBN 978-3-7003-1632-9 (€ 27,90)
- Bd.104 **Gerhard Lehner**, Länderausgaben. Tendenzen in wichtigen Aufgabenbereichen. 2007. ISBN 978-3-7003-1653-4 (€ 19,90)
- Bd.105 **Stefan Hammer/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Außenbeziehungen der Länder im Bundesstaat. 2007. ISBN 978-3-7003-1668-8 (€ 22,90)
- Bd.106 **Peter Bußjäger/Felix Knüpling** (Herausgeber), Können Verfassungsreformen gelingen? 2008. ISBN 978-3-7003-1671-8 (€ 32,90)

- Bd.107 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Sozialkapital, regionale Identität und Föderalismus. 2008. ISBN 978-3-7003-1675-6 (€ 22,90)
- Bd.108 **Astrid Berger**, Netzwerk Raumplanung – im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung. 2008. ISBN 978-3-7003-1685-5 (€ 32,90)
- Bd.109 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle. 2009. ISBN 978-3-7003-1708-1 (€ 26,90)
- Bd.110 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung. 2009. ISBN 978-3-7003-1738-8 (24,90)
- Bd.111 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Kooperativer Föderalismus in Österreich. Beiträge zur Verflechtung von Bund und Ländern. 2010. ISBN 978-3-7003-1748-7 (€ 27,90)
- Bd.112 **Andreas Rosner/Peter Bußjäger** (Herausgeber), Im Dienste der Länder – im Interesse des Gesamtstaates. Festschrift 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer. 2011. ISBN 978-3-7003-1787-6 (€ 49,90)
- Bd.113 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Esther Happacher/Jens Woelk** (Herausgeber), Der Europäische Verbund territorialer Zusammenarbeit (ETVZ): Neue Chancen für die Europaregion Tirol-Südtirol-Trentino. 2011. ISBN 978-3-7003-1811-8 (€ 26,90)
- Bd.114 **Martin C. Wittmann**, Der Senat der Italienischen Republik und der Bundesrat der Republik Österreich. Ein rechts- und politikwissenschaftlicher Vergleich. 2012. ISBN 978-3-7003-1831-6 (€ 58,00)
- Bd.115 **Peter Bußjäger/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Gemeindekooperationen. Chancen nutzen – Potenziale erschließen. 2012. ISBN 978-3-7003-1852-1 (€ 20,00)
- Bd.116 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Multi-Level-Governance im Alpenraum – Die Praxis der Zusammenarbeit im Mehrebenensystem. 2013. ISBN 978-3-7003-1853-8 (€ 32,00)
- Bd.117 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Die neuen Landesverwaltungsgerichte. Grundlagen – Organisation – Verfahren. 2013. ISBN 978-3-7003-1879-8 (€ 30,90)
- Bd.118 **Peter Bußjäger/Alexander Balthasar/Niklas Sonntag** (Herausgeber), Direkte Demokratie im Diskurs. Beiträge zur Reform der Demokratie in Österreich. 2014. ISBN 978-3-7003-1897-2 (€ 29,90)
- Bd.119 **Gudrun M. Grabher/Ursula Mathis-Moser** (editors), Regionalism(s). A Variety of Perspectives from Europe and the Americas. 2014. ISBN 978-3-7003-1926-9 (€ 20,00)
- Bd.120 **Martin P. Schennach**, Vom k.k. Ärar zum Bundesschatz? Das Staatsvermögen der Habsburgermonarchie und die Entstehung des österreichischen Bundesstaates. 2015. ISBN 978-3-7003-1936-8 (€ 32,00)
- Bd.121 **Peter Bußjäger/Anna Gamper** (Herausgeber), Demokratische Innovation und Partizipation in der Europaregion. 2015. ISBN 978-3-7003-1949-8 (€ 23,00)
- Bd.122 **Christoph Schramek**, Gerichtsbarkeit im Bundesstaat. Auswirkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 auf die Länder. 2017. ISBN 978-3-7003-1998-6 (€ 24,00)

- Bd.123 **Peter Bußjäger/Anna Gamper/Christian Ranacher** (Herausgeber), Landesverwaltungsgerichtsbarkeit: Funktionsbedingungen und internationaler Vergleich. 2017. ISBN 978-3-7003-2050-0 (€ 25,00)
- Bd.124 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Tourismus und Multi-Level-Governance im Alpenraum. 2017. ISBN 978-3-7003-2059-3 (€ 31,00)
- Bd.125 **Peter Bußjäger/Matthias Germann/Christian Ranacher/Christoph Schramek/Wolfgang Steiner** (Herausgeber), Kontinuität und Wandel. Von „guter Polizey“ zum Bürgerservice – Festschrift 150 Jahre Bezirkshauptmannschaften. 2018. ISBN 978-3-7003-2093-7 (€ 48,00)
- Bd.126 **Peter Bußjäger/Christoph Schramek** (Herausgeber), Die Neuorganisation der Bildungsverwaltung in Österreich. 2018. ISBN 978-3-7003-2097-5 (€ 19,90)
- Bd.127 **Peter Bußjäger/Georg Keuschnigg/Christoph Schramek** (Herausgeber), Raum neu denken. Von der Digitalisierung zur Dezentralisierung. 2019. ISBN 978-3-7003-2168-2 (€ 30,00)
- Bd.128 **Mathias Eller**, Mehr-Ebenen-Föderalismus in Österreich. Die Funktionen der Gemeinde im Lichte vertikaler Gewaltenteilung und der Bundesstaatlichkeit. 2020. ISBN 978-3-7003-2184-2 (€ 32,00)
- Bd.129 **Peter Bußjäger/Martin P. Schennach** (Herausgeber), 1919 – Länderkonferenzen und Landesverfassungen. 2020. ISBN 978-3-7003-2181-1 (€ 15,00)
- Bd.130 **Peter Bußjäger/Renate Fischler/Andreas Greiter** (Herausgeber), Grenzüberschreitendes Naturgefahrenmanagement und regionale Problemlösungsmöglichkeiten – Gestione transfrontaliera del rischio di catastrofi naturali e possibilità di soluzione a livello regionale. 2020. ISBN 978-3-7003-2182-8 (€ 17,50)
- Bd.131 **Peter Bußjäger/Josef Kronister/Christoph Schramek** (Herausgeber), Herausforderungen der Bezirksverwaltung. 2020. ISBN 978-3-7003-2183-5 (€ 19,90)
- Bd.132 **Andreas Lopatka**, Die Stellung der österreichischen Bundesländer in der unionalen Rechtsetzung. Systeme. 2020. ISBN 978-3-7003-2132-3 (€ 36,00)
- Bd.133 **Peter Bußjäger/Christian Gsodam** (Herausgeber), Migration und Europäische Union: Multi-Level-Governance als Lösungsansatz. 2020. ISBN 978-3-7003-2196-5 (€ 34,00)
- Bd.134 **Nadja Braun Binder/Peter Bußjäger/Mathias Eller** (Herausgeber), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen. 2021. ISBN 978-3-7003-2207-8 (€ 23,00)
- Bd.135 **Peter Bußjäger/Ulrich Nachbaur/Jakob Wührer** (Herausgeber), Aktuelle Fragen des Archivrechts. 2022. ISBN 978-3-7003-2241-2
- Bd.136 **Peter Bußjäger/Mathias Eller** (Herausgeber), Handbuch der österreichischen Finanzverfassung. 2022. ISBN 978-3-7003-2237-5 (€ 39,00)
- Bd.137 **Alain-G. Gagnon**, Legitimität und Diversität im Föderalismus. Eine Fallstudie am Beispiel Kanadas. 2022. ISBN 978-3-7003-2238-2 (€ 20,00)

SCHRIFTENREIHE VERWALTUNGSRECHT

- Bd. 1 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht I. Das Recht der Grundzusammenlegung, Flurbereinigung und des landwirtschaftlichen Siedlungsverfahrens. 1989. ISBN 3-7003-0809-4 (vergriffen)
- Bd. 2 **Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht II. Das Recht der Einforstungsrechte (Wald- und Weideservituten) und der agrargemeinschaftlichen Grundstücke. 1991. ISBN 3-7003-0922-8 (vergriffen)
- Bd. 3 **Peter Pernthaler/Evelyn Maria Stefani**, Der autonome Sektor der Sozialpolitik in Vorarlberg. Modell einer Entwicklung des Sozialstaates auf der Grundlage von Subsidiarität und Solidarität. 1990. ISBN 3-7003-0860-4 (€ 19,62)
- Bd. 4 **Günter Reimeir**, Rechtsprobleme der Planung von Einkaufszentren. 1992. ISBN 3-7003-0950-3 (€ 26,16)
- Bd. 5 **Helmut Schwamberger/Eberhard W. Lang**, Tiroler Agrarrecht III. Bringungsrechte. 1993. ISBN 3-7003-0995-3 (vergriffen)
- Bd. 6 **Eugen Kanonier**, Rechtliche Aspekte der Wegefreiheit im Bergland. 1997. ISBN 3-7003-1209-1 (€ 28,34)
- Bd. 7 **Harald Kraft**, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar. Teil I: Abgabenverfahrensrecht. 2001. ISBN 3-7003-1383-7.
Harald Kraft, Das Vorarlberger Abgabenrecht. Praxiskommentar. Teil II: Materielles Abgabenrecht. 2001. ISBN 3-7003-1384-5 (€ 58,-)
- Bd. 8 **Klaus Heißenberger**, Das NÖ Landesgesetzblatt – Ein Modell für eine Konsolidierung von Rechtsvorschriften. 2005. ISBN 3-7003-1537-6 (€ 39,90)
- Bd. 9 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), Verwaltungsmodernisierung in den Ländern 2000-2010 – Prozesse und Resultate. 2011. ISBN 978-3-7003-1789-0 (€ 26,90)
- Bd. 10 **Alexander Balthasar/Peter Bußjäger/Manfred Matzka** (Herausgeber), Effiziente Regierungsorganisation. Das Reformvorhaben „Amt der Bundesregierung“ im internationalen Vergleich. 2015. ISBN 978-3-7003-1934-4 (€ 29,90)
- Bd. 11 **Vereinbarungen gemäß Artikel 15a B-VG**. Ein Leitfaden für die Praxis mit Mustern, Textbausteinen und Erläuterungen. 2015. ISBN 978-3-7003-1944-3 (€ 34,90)
- Bd. 12 **Johannes Warner**, Betteln in Tirol. Vom absoluten Verbot bis zum Versuch einer Regulierung. Eine verwaltungs- und verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme und Analyse. 2016. ISBN 978-3-7003-1997-9 (€ 24,00)
- Bd. 13 **Maria Bertel/Esther Happacher/Anna Simonati** (Herausgeber), Die transparente Verwaltung in Österreich und Italien. Der Zugang zur Information zwischen Grundsätzen und Anwendung. 2019. ISBN 978-3-7003-2099-9 (€ 19,90)

- Bd. 14 **Christian Warzilek**, Das Dienstrecht der Tiroler Landesbediensteten. Entstehungsprozess und Entwicklungstendenzen. 2019.
ISBN: 978-3-7003-2118-7 (€ 19,90)

SCHRIFTENREIHE

POLITISCHE BILDUNG

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Föderalismus – Bundesstaat – Europäische Union. 25 Grundsätze. 2000. ISBN 3-7003-1324-1 (€ 10,76)
- Bd. 2 **Peter Bundschuh**, Vergleichende Untersuchung der Organisation und Funktion der 2. Kammer im föderalen System. 2000. ISBN 3-7003-1327-6 (€ 10,76)
- Bd. 3 **Peter Bußjäger**, Föderale und konföderale Systeme im Vergleich: Basisdaten und Grundstrukturen. 2003. ISBN 3-7003-1469-8 (€ 9,90)
- Bd. 4 **Anna Gamper**, Legislative and Executive Governance in Austria. 2004. ISBN 3-7003-1504-X (vergriffen)
- Bd. 5 **Peter Bußjäger/Andreas Rosner**, Mitwirken und Mitgestalten – Europa und die österreichischen Länder. 2005. ISBN 3-7003-1564-3 (€ 12,90)
- Bd. 6 **Peter Bußjäger** (Herausgeber), 60 Jahre Länderkonferenzen 1945 – Die Länder und die Wiederbegründung der Republik. 2006. ISBN 3-7003-1582-1 (€ 12,90)
- Bd. 7 **Peter Bußjäger/Ferdinand Karlhofer/Günther Pallaver** (Herausgeber), Die Besten im Westen? Die westlichen Bundesländer und ihre Rolle seit 1945. 2008. ISBN 978-3-7003-1703-6 (€ 16,90)
- Bd. 8 **Peter Bußjäger/Günther Pallaver/Ferdinand Karlhofer**, Föderalistisches Bewusstsein in Österreich. Regionale Identitätsbildung und Einstellung der Bevölkerung zum Föderalismus. 2010. ISBN 978-3-7003-1751-7 (€ 9,90)
- Bd. 9 **Herbert Sausgruber**, Verdichtete Erinnerungen. Grundlagen erfolgreicher Gemeinschaften. 2020. ISBN 978-3-7003-2180-4 (€ 12,00)

INSTITUT FÜR FÖDERALISMUS

6020 Innsbruck, Adamgasse 17

Tel. +43 / 512 / 574594, e-mail: institut@foederalismus.at

www.foederalismus.at

Direktor: Univ.-Prof. Dr. Peter BUSSJÄGER

Kuratorium:

Landesamtsdirektor Mag. Werner TROCK, Niederösterreich

Landesamtsdirektor-Stellv. Mag. Gerhard DAFERT, Niederösterreich

Dr. Klaus HEISSENBERGER, Niederösterreich

Dr. Josef GUNDACKER, Niederösterreich

Landesamtsdirektor Dr. Erich WATZL, Oberösterreich

Landtagsdirektor Dr. Wolfgang STEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor-Stellv. Dr. Rudolf Ferdinand WATSCHINGER,
Oberösterreich

Dr. Gerald GRABENSTEINER, Oberösterreich

Landesamtsdirektor DDr. Sebastian HUBER, MBA, Salzburg

Dr. Reinhard SCHARFETTER, Salzburg

Dr. Paul SIEBERER, Salzburg

MMag. Dr. Christina BAUER, Salzburg

Landesamtsdirektor Dr. Herbert FORSTER, Tirol

Landesamtsdirektor-Stellv. Mag. Barbara SODER, Tirol

Dr. Christian RANACHER, Tirol

Landtagsdirektorin Mag. Renate FISCHLER, MAS, Tirol

Landesamtsdirektor Mag. Philipp ABBREDERIS, Vorarlberg

Dr. Matthias GERMANN, Vorarlberg

Landtagsdirektorin Dr. Borghild GOLDGRUBER-REINER, Vorarlberg

Landesamtsdirektor-Stellv. Dr. Brigitte HUTTER, Vorarlberg

Das Institut für Föderalismus ist eine Einrichtung der Länder Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg. Es befasst sich mit der wissenschaftlichen Forschung auf dem Gebiet des Föderalismus, darüber hinaus will es die Verbreitung und Pflege der Idee des Föderalismus in der Bevölkerung fördern.

Zur Erreichung dieser Ziele gibt das Institut eine Schriftenreihe für wissenschaftliche Veröffentlichungen, einen alljährlichen Bericht über den Föderalismus in Österreich sowie eine periodisch erscheinende Föderalismus-Info heraus, veranstaltet Fachtagungen und unterhält eine Dokumentation zum Thema Föderalismus.