

# DATENSCHUTZ UND ARCHIVE

Dr. Clemens Rehm\*

## Löschverpflichtung und Archivierung – Ein Zwischenruf zum Löschungssurrogat –

### I. Demenz des gesellschaftlichen Gedächtnisses?

Die Sicherung von Daten in Archiven über ihren ursprünglichen Zweck hinaus für historische und wissenschaftliche Interessen, zur Rechtssicherung für Verwaltung und Betroffene oder für die Planung gesellschaftlicher Entwicklungen und Entscheidungen war und ist unstrittig. Spektakuläre Ereignisse wie der Einsturz des Kölner Stadtarchivs 2009 bringen medienwirksam ins Bewusstsein, dass Institutionen existieren, die das gesellschaftliche Gedächtnis aufbauen und bewahren. Rechtliche Auseinandersetzungen über öffentliche Dokumente in Privatbesitz lassen erahnen, dass es sich um umkämpfte Schätze handeln kann.<sup>1</sup> Weit weniger Aufmerksamkeit hat eine Gesetzesänderung erfahren, die von der *Süddeutschen Zeitung* als „Demenz des historischen Gedächtnisses“<sup>2</sup> bezeichnet wurde und bis heute unverändert Geltung hat – mit unabsehbaren Folgen. Es geht darum, ob Informationen – als Voraussetzung für einen späteren Zugang – überhaupt in das zuständige Archiv gelangen können.

\* Der Verfasser ist Leiter der Abteilung Archivischer Grundsatz beim Landesarchiv Baden-Württemberg.

1 Vgl. z.B. zur Problematik der in einem Privathaus in Oggersheim liegenden Akten aus Helmut Kohls Kanzlerschaft: *Weber*, Klageerzwingung und Klage auf Herausgabe der Akten des Ex-Bundeskanzlers Helmut Kohl, abrufbar unter: <https://www.gabyweber.com/index.php/de/prozesse/110-kohl-akten>, zuletzt abgerufen am 03.08.2020; *Semsrott*, Best of Informationsfreiheit: Kanzleramtsakten schlummern in privaten Archiven, abrufbar unter: <https://www.heise.de/meinung/Best-of-Informationsfreiheit-Kanzleramtsakten-schlummern-in-privaten-Archiven-4859980.html>, zuletzt abgerufen am 03.08.2020; *Müller-Neuhof*, Ringen um Helmut Kohls Nachlass, *Tagesspiegel* vom 15.06.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/ringen-um-helmut-kohls-nachlass-wie-maike-kohl-richter-einfluss-auf-das-kanzleramt-nimmt/25915064.html>, zuletzt abgerufen am 03.08.2020.

2 *Neumaier*, Demenz des historischen Gedächtnisses, *Süddeutsche Zeitung*, 03.01.2017, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/kultur/bundesarchivgesetz-demenz-des-historischen-gedaechtnisses-1.3318238?reduced=true>, zuletzt abgerufen am 03.08.2020.

## II. Das Löschungssurrogat

Anlass für diesen Beitrag ist die veränderte Ausgestaltung des Löschungssurrogats im 2017 novellierten Bundesarchivgesetz mit ihren Folgen. Auch wenn archivische Fachbegriffe es selten in die Politik schaffen, haben alle Fraktionen in der dritten Lesung des Bundestags am 19. Januar 2017 zur Novellierung des Bundesarchivgesetzes zum Löschungssurrogat Stellung bezogen. Im Folgenden soll kurz skizziert werden, was das Löschungssurrogat bedeutet, wie die denkwürdigen Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren abliefen und wie sich die Situation nach der 2017 erfolgten Gesetzesänderung darstellt; den Abschluss bilden Hinweise zu möglichen Chancen, trotz der dargestellten Entwicklung eine historische Demenz zu vermeiden.

### 1. Informationen für ein gesellschaftliches Gedächtnis

Seit Jahrtausenden wird versucht, Dokumente über die Zeit zu retten, auf die später zurückgegriffen werden soll. Motive für die Archivierung waren von Anfang an die Sicherung von wichtigen Informationen und Rechten sowie die gemeinsame Erinnerung einer Gemeinschaft. Beide Wurzeln lassen sich historisch nachverfolgen, einerseits in öffentlich unzugänglichen Archivteilen (sogar im Namen: Archivum Secretum Apostolicum Vaticanum, Geheimes Staatsarchiv Berlin), den „juristischen Rüstkammern“, in denen man sich im (rechtlichen) Bedarfsfall bediente, und andererseits in öffentlichen Archive und Archiveinheiten, bei denen Dokumente gesammelt, hinterlegt und eingesehen werden konnten.<sup>3</sup> Das Archiv einer öffentlichen Stelle garantierte die Glaubwürdigkeit der Information – das sogenannte *ius archivi*.<sup>4</sup>

Voraussetzung für die Archive, ihre Funktionen erfüllen zu können, war und ist aber, dass die einschlägigen Unterlagen und Daten auch wirklich ins Archiv gelangen konnten. Spätestens mit dem sogenannten „Volkszählungsurteil“ von 1983 stand aber die Frage im Raum, wie das neue Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit der Vorgabe, personenbezogene Daten nach gewissen Fristen zu löschen, und der Zugang zu sensiblen Unterlagen z. B. für die Forschung vereinbart werden sollten. Die Antwort bestand in der Erarbeitung von Archivgesetzen, die als spezielle Datenschutzgesetze ab 1987 in allen Ländern und für den Bund verabschiedet wurden. Das Ziel, zu schützende Daten trotz ihrer Erhaltung später in einem gesicherten Raum nutzbar zu machen, wurde durch ein ausgefeiltes Zugangsreglement u. a. mit Schutz- bzw. Sperrfristen erreicht.

Diesem Verfahren, geschützte Daten im Archiv geregelt nutzbar machen zu können, musste ein Verfahren vorausgehen, das die abgebende Stelle auch legitimierte, diese Daten anstelle einer vorgeschriebenen Löschung an das Archiv übergeben zu dürfen.

3 Vgl. Rehm, Archivrecht für die Praxis, 2017, S. 1 ff.; Keitel, Zwölf Wege ins Archiv: Umriss einer offenen und praktischen Archivwissenschaft, 2018, S. 29 ff.

4 Vgl. zum „Archivrecht (*ius archivi*)“, Rotteck/Welcker, Das Staats-Lexikon: Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, Erster Band, 3. Auflage 1856, S. 669 ff.

Für diese Situation wurde das Instrument des *Löschungssurrogats* geschaffen, mit dem die Abgabe eines personenbezogenen Datums an das zuständige Archiv mit der Löschung gleichgesetzt wird. Mit der Abgabe einer personenbezogenen Information an das Archiv hat die informationsspeichernde Stelle ihre Löschverpflichtung erfüllt. Durch das gesetzlich verankerte, strikte Zugangsreglement im Archiv wird sichergestellt, dass geschützte Informationen, die für ihren ursprünglichen Zweck nicht mehr benötigt werden, im Archiv für andere legitime Zwecke wie Forschung oder Politikplanung genutzt werden können – eben unter Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Prinzipien. Im Archivrecht als speziellem Datenschutzrecht wird so der Ausgleich zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Nutzung solcher Informationen z. B. im Rahmen der grundgesetzlichen Forschungsfreiheit gestaltet.

## 2. Die gesetzliche Ausgestaltung des Löschungssurrogats

Dieses Löschungssurrogat war angesichts der gesetzlich verankerten Löschpflicht auf gleicher Ebene anzusiedeln, d.h. in den Datenschutz- und bzw. oder Archivgesetzen. Die Länder und der Bund haben dabei sehr unterschiedliche Wege gefunden, die Anbietungspflicht zu löschender Daten an die Archive sicherzustellen.

Eine Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt im Datenschutzrecht einzubringen, wie Baden-Württemberg es vor und nach der Geltung der DSGVO umgesetzt hat.<sup>5</sup> Dabei verweist die neu formulierte grundsätzliche Regelung in § 10 Abs. 1 LDSG ihrerseits auf das Archivgesetz: „Die Bestimmungen des Landesarchivgesetzes zur Anbietungspflicht sowie sonstige gesetzliche oder satzungsmäßige Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten bleiben unberührt.“ und in § 14 Abs. 5 LDSG wird präziser ausgeführt: „Soweit öffentliche Stellen verpflichtet sind, Unterlagen einem öffentlichen Archiv zur Übernahme anzubieten, ist eine Löschung erst zulässig, nachdem die Unterlagen dem öffentlichen Archiv angeboten und von diesem nicht als archivwürdig übernommen worden sind oder über die Übernahme nicht innerhalb der gesetzlichen Frist entschieden worden ist.“ Eine Verankerung des Löschungssurrogats im Datenschutzrecht erhöht bei abgebenden Stellen das Wissen und die Akzeptanz dieser Regelung.<sup>6</sup>

Eine zweite Möglichkeit, das Verhältnis von Löschverpflichtung und Anbietungspflicht zu regeln, besteht im Archivgesetz, wie in es Nordrhein-Westfalen in § 4 Abs. 2 LArchG NRW umgesetzt wurde: „Anzubieten und zu übergeben sind auch Unterlagen, die 1. personenbezogene Daten enthalten, die nach einer Vorschrift des Landes- oder Bundesrechts gelöscht werden müssen oder gelöscht werden können ...“. Diese

5 Bis zum Inkrafttreten der DSGVO galt § 23 Abs. 3 LDSG BW AF: „Vor einer Löschung sind die Daten dem zuständigen Archiv nach Maßgabe der §§ 3, 7 und 8 des Landesarchivgesetzes zur Übernahme anzubieten.“

6 Eine Aufstellung der Regeltechniken in den Bundesländern im zusammenfassenden Beitrag zum Verhältnis von Löskkultur und Anbietungspflicht bei: *Rehm*, Nicht nur Archivgesetze... Archivarinnen und Archivare auf schwankendem rechtlichem Boden?, Best Practice – Kollisionen – Perspektiven, 2019, S. 85, 109 ff.

klare Regelung leidet allerdings daran, das (bisher) unzulässig gespeicherte Daten ausgenommen sind.<sup>7</sup>

Bis 2017 bestand auch auf Bundesebene ein solches Löschungssurrogat. Im Bundesdatenschutzgesetz (alte Fassung) existierte bis 2017 in § 20 Abs. 9 BDSG aF eine etwas umständliche Regelung in der Form eines Hinweises auf die Anwendbarkeit des Bundesarchivgesetzes. Dies war schon im Kommentar zum alten Bundesarchivgesetz ausgeführt worden.<sup>8</sup>

### III. Novellierung Bundesarchivgesetz 2017

#### 1. Änderungsvorschlag zum Löschungssurrogat

Bei der Erörterung der Novellierung des Bundesarchivgesetzes wurde das Löschungssurrogat überraschenderweise zum Thema, denn im Gesetzesentwurf<sup>9</sup> war nach § 6 Abs. 2 vorgesehen, die auch für zu löschende Daten generell geltende Anbietungspflicht abzuschaffen:

*Von der Anbietungspflicht ausgenommen sind*

1. *Unterlagen, deren Offenbarung gegen das Brief-, Post- oder Fernmeldegeheimnis verstößt, sowie*
2. *Unterlagen, die nach gesetzlichen Vorschriften vernichtet oder gelöscht werden müssen und die nach diesen gesetzlichen Vorschriften nicht ersatzweise den zuständigen öffentlichen Archiven angeboten werden dürfen. (Hervorhebung CR).<sup>10</sup>*

Dieser zweite Halbsatz im Novellierungsvorschlag § 6 Abs. 2 BArchG enthält eine systematische Umkehrung des etablierten und bewährten Prinzips. Statt eines Vorrangs der Anbietungspflicht, sollte die Löschung den Vorrang erhalten. Um diesen Sachverhalt ging es in den folgenden Diskussionen und Beratungen, denn diese Umkehrung hat weitreichende Auswirkungen. Nach der Anbietung erfolgt beim archivischen Bewertungsvorgang eine Abwägung, – in der Sprache der DSGVO – ob das Fehlen dieser Information *voraussichtlich die Verwirklichung der spezifischen Zwecke*

7 Die 2010 vom Landtag angestrebte Umsetzung im Datenschutzgesetz („Die Fraktionen verständigten sich darauf, ...“) ist bisher nicht erfolgt, vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen, LT-Drs. 14/10392, S. 22.

8 Die rechtliche Herleitung des Löschungssurrogats auf Bundesebene war komplex und nicht unmittelbar erkennbar, vgl. dazu: Becker/Oldenhage-Becker/Oldenhage, Bundesarchivgesetz, 2006, § 2 Rn. 63, Rn. 64 ff.; Martin-Weber, Forum 2013, 16; Vollmer bezeichnete die Situation vor der Novellierung des Bundesarchivgesetzes als „höchst unbefriedigend“, siehe: Vollmer, Das Verhältnis von bundesrechtlichen Lösungsgeboten und landesrechtlicher Anbietungspflicht, Gutachten 2014, S. 2, abrufbar unter: [https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Downloads/KLA/verhaeltnis-loeschungsgebote-anbietungspflicht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Downloads/KLA/verhaeltnis-loeschungsgebote-anbietungspflicht.pdf?__blob=publicationFile), zuletzt abgerufen am 03.08.2020.

9 BT-Drs. 18/9633.

10 § 6 Abs. 1 BT-Drs. 18/9633, S. 15.

[archivische Aufgabenerfüllung: Bereitstellung für Forschung, Betroffene, Politikplanung u.a.] *unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen* wird, Art. 89 Abs. 3 DSGVO. Wenn die Archivwürdigkeit von Informationen nach einer solchen Prüfung positiv bewertet wird, darf, soll und muss fachlich gesehen trotz Löschgebot archiviert werden. Diese fachliche Entscheidung wurde mit dem Vorschlag, das generelle Löschungssurrogat auf Bundesebene zu beenden, aus der fachlichen Ebene in das politische Vorfeld verlegt und sogar ausdrücklich untersagt.

Gleichwohl war dem Gesetzgeber bewusst, dass in vielen Fällen eine Situation vorliegen kann, in der trotz Löschgebot eine Archivierung wünschenswert und sogar nötig ist. In der Begründung zum Gesetz wird das sowohl im allgemeinen Teil als auch in der Einzelbegründung unter Verweis auf sogar konkret genannte Einzelfälle offen angesprochen. Als Lösung wird aufgezeigt, dass in allen Fachgesetzen, in denen eine Löschung vorgeschrieben ist, ohne dass ersatzweise eine Abgabe an ein Archiv gesondert genannt wird, das Löschungssurrogat im Rahmen einer Novellierung in jedem Einzelfall gesetzlich verankert wird.

## 2. Anhörung und Verabschiedung

Diese systematische Umkehrung bedeutete, dass ein geltender Rechtszustand, die Geltung des Löschungssurrogats auch bei fachgesetzlichen Löschvorschriften, im Nachhinein infrage gestellt wurde. Was bei der Verabschiedung der Fachgesetze selbstverständlich war, nämlich die Anbietungspflicht an das zuständige Archiv, sollte nun durch die Änderung eines anderen Gesetzes verändert werden, ohne dass man sich mit der Materie des Fachgesetzes noch einmal auseinandergesetzt hätte. Die Auswirkung trafen neben dem Bundesarchiv auch die nach BArchG in besonderen Fällen zuständigen Landes- und Kommunalarchive.<sup>11</sup>

Wie in der Gesetzesbegründung zu § 6 BArchG völlig zu Recht ausgeführt wurde, ist die Anbietung auch von Unterlagen, die einer Geheimhaltungs-, Vernichtungs- oder Löschungspflicht unterliegen, für eine sachgerechte Überlieferungssicherung „erstrebenswert“. Daher hätte es nahegelegen, die Anbietung – und damit die Archivierungsoption – der Löschung grundsätzlich vorgehen zu lassen.<sup>12</sup>

11 Mögliche Übernahme von Unterlagen von Stellen des Bundes durch Landes- und Kommunalarchive nach § 7 BArchG.

12 Vgl. die Begründung zu § 6 BArchG: BT-Drs. 18/9633, S. 62, „Unter der Prämisse jedoch, dass die Möglichkeit der Archivierung entsprechender Unterlagen im Bundesarchiv zugunsten von Wissenschaft und Forschung erstrebenswert ist (interessant wäre dies insbesondere für sozialhistorische und genealogische Forschungszweige), es sich bei den insoweit relevanten Beständen jedoch bereits wegen ihres starken Personenbezugs um besonderes sensible Daten handelt, obliegt es den für die betreffende Materie jeweils zuständigen obersten Bundesbehörden, einen entsprechenden Bedarf zu prüfen und auf dahingehende Regelungen in ihren Spezialgesetzen hinzuwirken.“

Schon der Bundesrat hatte auf diese Problematik hingewiesen und eine Änderung verlangt.<sup>13</sup> Sowohl in den Stellungnahmen als auch in der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetz am 19. Oktober 2016 wurde die Kritik an dieser Regelung von verschiedenen Seiten vorgetragen.

Die Kritikpunkte lagen auf der Hand und stellten sich gleichsam von selbst auf. Anstelle einer bewährten klaren, eindeutigen Lösung ständen abgebende Stellen und Archive plötzlich einem unübersichtlichen Flickenteppich von Regelungen gegenüber. Die Folge einer solchen Unsicherheit wären in der Regel Löschungen, ohne das zuständige Archiv zu beteiligen, auch in den Fällen, in denen es hätte beteiligt werden müssen. Zudem bedeutete die Ermittlung und Änderung aller bestehenden Gesetze mit Löschvorschriften ohne Löschungssurrogat einen hohen Verwaltungsaufwand.<sup>14</sup>

Dabei mussten allein die schiere Zahl (über 40) als auch die betroffenen Inhalte Alarm auslösen: Daten aus dem Bundeszentralregister, dem Ausländerzentralregister (schon in der Begründung des Gesetzes genannt), aber auch Daten nach BND- und MAD-Gesetz, Gentechnik-Gesetz sowie Gewerbe- und Handwerksordnung sind betroffen. Darüber hinaus wäre zusätzlich ein Verfahren zu entwickeln, das sicherstellt, dass bei jedem neuen Gesetz, das Löschvorschriften beinhaltet, die Belange von Wissenschaft und Forschung, von Betroffenen etc. – d.h. die Belange der Archivierung – Berücksichtigung finden. Solche Verfahren beurteilte Eric Steinhauer skeptisch: „Es ist freilich wenig realistisch, dass im Gesetzgebungsverfahren eines Fachgesetzes Belange der historischen Überlieferungsbildung gewürdigt werden. Eher wird es so sein, dass besondere Bedürfnisse des zu regelnden Lebenssachverhaltes, die ausnahmsweise einer Archivierung entgegenstehen, in einem solchen Verfahren eine angemessene Behandlung erfahren.“<sup>15</sup>

Es war darüber hinaus offenkundig, dass mit dem Vorschlag gleichsam nebenbei alle diejenigen sich unterstützt fühlen mussten, denen eine Kontrolle öffentlichen Handelns anhand archivierter Unterlagen ein Dorn im Auge war. Nicht von ungefähr wurde in den Stellungnahmen zum Gesetzesvorschlag und bei der Anhörung im Ausschusses für Kultur und Medien am 19.10.2016 auf die Gefahr einer bedenklichen Löschkultur, die zum Nachteil Betroffener und der Öffentlichkeit führt, hingewiesen: „Es ist offenkundig, dass durch Regelungen wie sie jetzt vorgesehen sind, ‚Löschkulturen‘ gefördert werden, die letztlich immer zu Nachteilen für die Betroffenen geführt haben

13 Der Ergänzungsvorschlag des Bundesrats für einen Satz 2 in § 6 BArchG lautete: „Anzubieten sind auch Daten, die nach gesetzlichen Vorschriften vernichtet oder gelöscht werden müssen, es sei denn, es ist nach diesen gesetzlichen Vorschriften ausgeschlossen, sie den zuständigen öffentlichen Archiven anzubieten.“, BT 18/9366, S. 90. Das heißt, die Nicht-Anbietung wäre als Ausnahmefall im jeweiligen Fachgesetz zu verankern. Eine solche Ausnahme findet sich z.B. in § 18 Abs. 4 HSÜG (19. Dezember 2014): „Das Hessische Archivgesetz [...] findet auf die Unterlagen der Sicherheitsüberprüfung keine Anwendung.“

14 Nicht die Bundesverwaltung, sondern die SPD-Fraktion erstellte eine Liste der über 40 betroffenen Gesetze und übergab sie im Rahmen der Bundestagsberatungen; Liste bei: *Partsch*, Bundesarchivgesetz, 2019, § 6 Rn. 67.

15 Stellungnahme *Steinhauer* vom 07.10.2016, Ausschussdrucksache 18(22)209a, S. 3 f.

und führen werden.“<sup>16</sup> Für den Verband der Historikerinnen und Historiker Deutschlands verwies die Vorsitzende *Eva Schlottheuber* auf die drohenden Leerstellen der Erinnerung: Es entstünden „gravierende Lücken im historischen Gedächtnis, die nicht mehr geschlossen werden können. Im schlimmsten Fall ‚versagt‘ das Gedächtnis, so dass eine begründete Beurteilung zentraler Aspekte der jüngeren Vergangenheit wie beispielsweise eine unter bestimmten Umständen gelungene oder eben misslungene Integration von Flüchtlingen in den Arbeitsmarkt nicht möglich sein wird. Wir stellen ohne Not ein entscheidendes Instrument der Versachlichung von Konflikten und grundsätzlich der Möglichkeit der Reflexion zur Disposition. Es sind bleibende Blindstellen für die Gesellschaft; dies hätte auch für das historische Bewusstsein, seiner Verankerung in der Gesellschaft und damit einhergehend auch für die historisch-politische Bildungsarbeit weitreichende Folgen.“<sup>17</sup> Auch der Präsident des Bundesarchivs regte eine Lösung an, damit „vermieden werden [könne], dass Quellen von überragender Bedeutung für immer verloren gehen.“<sup>18</sup>

Die Debatte um das Bundesarchivgesetz wurde auch medial wahrgenommen. So titelte die *Süddeutsche Zeitung* am 03. Januar 2017 „Demenz des historischen Gedächtnisses“ und verwies darauf, dass im Gesetzesentwurf das Amtsgeheimnis der Behörden auf Bundesebene höher eingestuft würde als bei den Ländern. Die Folge sei, dass das Gesetz „weniger nutzerfreundlich und dafür umso bequemer für die Behörden“ wirke.<sup>19</sup>

Auch wenn offenbar hinter den Kulissen noch diskutiert und verhandelt wurde, ergaben sich im Punkt Löschungssurrogat bis zur Beratung im Bundestag keine substantiellen Änderungen. Die Debatte im Plenum selber offenbarte zweierlei: Zum einen war die Problematik im Bewusstsein der Handelnden angekommen und führte dazu, dass sogar der eigentlich sperrige Begriff „Löschungssurrogat“ in die Debatte bei der Verabschiedung der Novelle des BArchG eingeführt wurde.<sup>20</sup>

Ohne das Wort „Löschungssurrogat“ zu verwenden, führte *Ansgar Heveling* (CDU/CSU) aus: „Es geht um das Thema uneingeschränkte Anbietungspflicht lö-

16 Stellungnahme der Konferenz der Leiterinnen und Leiter der Archivverwaltungen des Bundes und der Länder (KLA) vom 13.10.2016, Ausschussdrucksache 18(22)209b, S. 3. In der Ausschusssitzung *Rehm*: „Aus dem gleichen Geist der Abschottung und Betonung des Amtsgeheimnisses resultiert der Vorrang der Löschung vor der Anbietung. ... Mit dem Vorrang der Löschpflicht ... wird eine in bundesdeutschen Behörden vielerorts zu beobachtende bedenkliche Löschkultur gefördert.“; siehe auch: *Rehm*, Ausschuss für Kultur und Medien, Wortprotokoll der 69. Sitzung zu BT-Drs. 18/9633, S. 15, abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/blob/480002/cfd1dfd90508b78d7db99ab9ed7c05e8/69\\_protokoll-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/480002/cfd1dfd90508b78d7db99ab9ed7c05e8/69_protokoll-data.pdf), zuletzt abgerufen am 30.07.2020.

17 Stellungnahme *Hollmann* vom 13.10.2016, Ausschussdrucksache 18(22)209e.

18 Stellungnahme *Schlottheuber* vom 13.10.2016, Ausschussdrucksache 18(22)209g, S. 2.

19 *Neumaier*, Demenz des historischen Gedächtnisses, *Süddeutsche Zeitung*, 03.01.2017, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/kultur/bundesarchivgesetz-demenz-des-historische-n-gedaechtnisses-1.3318238?reduced=true>, zuletzt abgerufen am 03.08.2020.

20 Vgl. Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht vom 19.01.2017, Plenarprotokoll 18/212 mit den zitierten Wortmeldungen *Heveling* S. 21264, *Hupach* S. 21265, *Lotze* S. 21266 und *Rößner* S. 21272.



schungspflichtiger Unterlagen. [...]. Hier haben wir uns entschieden, keinen generellen Vorrang einer Anbieterspflicht löschungspflichtiger Daten im Archivgesetz zu regeln. Das betrifft etwa das Bundeszentralregister, das Ausländerzentralregister oder das Register nach dem Adoptionsvermittlungsgesetz. Hierbei geht es oftmals um hochsensible persönliche Daten, bei denen aufgrund der jeweiligen Fachgesetze die Botschaft vermittelt wird: Gelöscht ist gelöscht. Wir halten es für richtig, dass dann, wenn man eine andere Regelung treffen möchte, was durchaus denkbar ist, diese in dem jeweils betroffenen fachgesetzlichen Regelungsbereich zu erfolgen hat.“

*Sigrid Hupach* (Die Linke) trug vor: „Drittens: das sogenannte Löschungssurrogat. Die CDU/CSU wollte hier partout nicht heran. Ich hoffe aber, dass bei der Novellierung des Datenschutzgesetzes eine grundsätzliche Regelung geschaffen wird, damit eigentlich zu löschende Unterlagen der Forschung und der historisch-politischen Bildungsarbeit zur Verfügung stehen.“

Bevor *Hiltrud Lotze* (SPD) den Dissens in dieser Sache mit BKM und CDU/CSU erwähnte, hob sie hervor: „Erstens, das Löschungssurrogat. Das Bundesarchiv hat auch die Aufgabe, Verwaltungshandeln nachvollziehbar und kontrollierbar zu machen. Deswegen geben die Behörden ihre Unterlagen an das Archiv ab. Das Bundesarchiv ist also eine Art Back-up-Lösung für Deutschland. Dafür muss das Archiv aber die Unterlagen auch erhalten, selbst wenn die Behörden sie eigentlich löschen würden. Die Anbietung und damit die Archivierungsoption geht der Löschung deswegen grundsätzlich vor.“

*Tabea Rößner* (Bündnis 90/Die Grünen) verglich u.a. mit den landesrechtlichen Regelungen: „Statt aber das Bundesarchivgesetz nutzerfreundlicher zu machen, wird es den Behörden leicht gemacht, ihre Akten der Öffentlichkeit zu entziehen. Bei den Themen ‚Löschungssurrogat‘ – darauf wurde schon hingewiesen – und ‚Schutzfristen‘ sind uns ja die meisten Landesarchive bereits weit voraus.“

Zum zweiten zeigte sich bei der Wortmeldung von Lotze sehr deutlich die Uneinigkeit in der Koalition,<sup>21</sup> was aber nicht – üblicher Logik bei Uneinigkeit folgend – zur Beibehaltung des Status quo geführt hat, sondern mit der Verabschiedung des in diesem Punkt unveränderten Gesetzesvorschlages zu einer neuen Rechtslage.

Allerdings kam in der Debatte auch der eindeutige Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck: Bei allem Aufwand sollte der Weg der Einzelgesetzprüfung gegangen und in den jeweiligen Fachgesetzen das Löschungssurrogat verankert werden.

21 Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht vom 19.01.2017, Plenarprotokoll 18/212 mit der zitierten Wortmeldung *Lotze* (SPD) S. 21266: „Der von der BKM vorgelegte Entwurf enthält dieses Löschungssurrogat nicht. Wir bedauern das sehr und haben das in den Verhandlungen auch gesagt. Leider ist die BKM darauf nicht eingegangen. Damit ist der Entwurf unter seinen Möglichkeiten geblieben. Es ist wirklich bedauerlich, dass sowohl die Kolleginnen und Kollegen von der Union als auch die BKM hier nicht den Fachleuten gefolgt sind und sich nicht klar für ein Löschungssurrogat ausgesprochen haben. Wir haben deswegen über eine Liste von rund 40 Bundesgesetzen verhandelt, die einzeln auf eine Anbieterspflicht überprüft werden müssen. Warum einfach, wenn es auch kompliziert geht?“



### 3. Kommentarliteratur

Die bisher vorliegende Kommentarliteratur beurteilt die neue Rechtslage skeptisch: „Problematisch ist jedoch, dass damit historische, kulturelle und wissenschaftliche Interessen an der Archivierung kaum berücksichtigt werden.“<sup>22</sup> Partsch verweist auf die hohe zeitgeschichtliche Bedeutung der zur Löschung vorgesehenen Unterlagen und nennt daher die Regelungen in den Ländern „vorzugswürdig“.<sup>23</sup> Auch er sieht es als problematisch an, dass es sich um sehr viele Gesetze handele, die von der neuen Regelung betroffen wären.<sup>24</sup>

### 4. Umsetzung

Auch wenn der Bundestag den Weg für eine Einzelfalllösung freimachte und mit der Verabschiedung 2017 die Liste der Gesetze vorlag, in denen Löschvorschriften ohne Anbietungspflichten enthalten und die dementsprechend zu prüfen und ändern waren, ist bis August 2020 zumindest öffentlich nicht erkennbar, ob überhaupt Initiativen oder Anstrengungen unternommen wurde, das Zugesagte anzugehen.

Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Herangehens an diese Aufgabe nähren kürzlich in Kraft getretene Gesetze, wie z.B. das Geologiedatengesetz.<sup>25</sup> Nach § 5 Abs. 5 BArchG sind personenbezogene Daten zu löschen, sobald sie für die „Aufgabenerfüllung nach diesem Gesetz“ nicht mehr benötigt werden. In der Gesetzesbegründung wird differenziert dargelegt, welche personenbezogenen Daten zu löschen sind. Dabei wird nicht erörtert, ob diese Daten für andere Zwecke wie die Forschung oder für berechtigte Belange Betroffener wichtig oder gar notwendig werden können. Eine fachliche Entscheidung, ob einige dieser Daten evtl. archivwürdig sein könnten, ist nicht möglich.<sup>26</sup> Eine solcher Befund bedeutet eine fortgesetzt erfolgende Missachtung der Archivierungsaufgabe als gesellschaftlicher Zukunftsaufgabe.

## IV. Fazit und neue Chance

### 1. Löschungen: illegal und legal

Archive sehen sich immer wieder Aktenvernichtungen und Löschroutinen gegenüber, die dazu führen, dass Informationen und Daten für die Archivierung und damit für spätere Nutzungen verloren sind. Das waren und sind Naturkatastrophen, Brände und Kriegsverluste. Viel gravierender sind aber die pflichtwidrigen Vernichtungen, seien sie

22 Partsch, Bundesarchivgesetz, 2019, § 6 Rn. 64.

23 Partsch, Bundesarchivgesetz, 2019, § 6 Rn. 65.

24 Partsch, Bundesarchivgesetz, 2019, § 6 Rn. 66 f.

25 Vgl. Begründung zu § 5 Abs. 5 GeolDG, BT-Drs. 19/17285, S. 52.

26 In diesem Fall sind allerdings für die betroffenen Landesämter die jeweiligen Länderregelungen, die eine archivische Bewertung erlauben, ebenfalls einschlägig.

aus Bequemlichkeit oder ganz bewusst geschehen. Immerhin werden aktive Aktenvernichtungen inzwischen vielfach öffentlich bekannt – mit mehr oder weniger weitreichenden Folgen. Ein Ansatz, solchen Vernichtungen entgegenzuwirken, wäre übrigens, die hierfür vorhandenen rechtlichen Instrumente auch zu nutzen. So ermöglicht der Tatbestand des Verwahrungsbruchs eine Verfolgung solcher Vernichtungsaktionen, § 133 StGB. Es wäre wünschenswert, dass § 133 StGB als Officialdelikt von Amts wegen verfolgt würde.

Die geschilderte Gesetzeslage zum Löschungssurrogat im Bundesarchivgesetz seit 2017 in Verbindung mit offenbar fehlenden Aktivitäten zu den angekündigten Lösungen in den jeweiligen Spezialgesetzen unterscheidet sich aber grundsätzlich von Katastrophen oder bewussten Schredder- und Löschaktionen. Sie geht viel weiter und ist existenzieller, weil die Nichtanbietung der Daten an die Archive und die Löschung *legal* vorgeschrieben sind. Es ist absehbar, dass Daten für Forschung, Betroffene und Politikplanung fehlen werden. Es wäre nicht verwunderlich, wenn die Medien diesen Sachverhalt mit dem Begriff der „legalen Demenz“ kennzeichnen würden.

Die Sicherung von Daten und Informationen, ihre Widmung als Archivgut und ihre Zugänglichkeit, um politische und gesellschaftliche Prozesse transparent zu machen, sind Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft. Vor diesem Hintergrund ist der aktuelle Zustand bedenklich und lässt Handlungsbedarf deutlich erkennen.

## 2. Neue Chancen: DSGVO

Eine Option ist bisher noch nicht weit durchgedrungen. Mit der DSGVO könnte ein übergreifender Lösungsansatz angegangen und gefunden werden. Dafür wäre die Reichweite des Artikels 17 der DSGVO zu prüfen.<sup>27</sup> Das dort verankerte Recht auf Löschung resultiert zum einen aus einem individuellen Löschanspruch Art. 17 Abs. 1 S. 1 HS 1 DSGVO und der Löschverpflichtung des Datenhalters, *...und der Verantwortliche ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen,...*, Art. 17 Abs. 1 S. 1 HS 2 DSGVO. Neben den üblichen Gründen für Lösungen finden sich unter Art. 17 Abs. 1 lit. e DSGVO die Einbindung nationaler Löschverpflichtungen:

*Die Löschung der personenbezogenen Daten ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedsstaaten erforderlich, dem der Verantwortliche unterliegt.*

An dieser Stelle ergibt sich die Frage, ob diese Löschverpflichtung für Datenhalter in Art. 17 DSGVO die Löschverpflichtungen in nationalen Gesetzen überlagert und damit diese Regelungen ersetzt. Sofern das bejaht wird, würde Art. 17 Abs. 3 lit. d DSGVO greifen, in dem bestimmt wird, dass alle in Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO

27 Vgl. Rehm, Nicht nur Archivgesetze... Archivarinnen und Archivare auf schwankendem rechtlichem Boden?, Best Practice – Kollisionen – Perspektiven, 2019, S. 85, 104 ff.; Partsch, Bundesarchivgesetz, 2019, § 6 Rn. 65 verweist ebenfalls auf diese Bestimmung der DSGVO, diskutiert sie aber nicht weiter.

genannten Löschverpflichtungen für die Archivzwecke im öffentlichen Interesse aufgehoben sind.<sup>28</sup>

Damit wäre das Löschungssurrogat ein Bestandteil der DSGVO und würde – entgegen der Regelungen im Bundesarchivgesetz – ab 25. Mai 2018 unmittelbar gelten. Das passt zu den Überlegungen von Thilo Weichert, der kürzlich betonte, dass das Archivrecht mit dem „modernen Datenschutzrahmen der DSGVO“ materiell abgestimmt werden müsste.<sup>29</sup> Konsequenz zu Ende gedacht bedeutet das, dass in der DSGVO neben der „Recht auf Erinnerung“<sup>30</sup> mit dem grundsätzlichen Löschungssurrogat ein weiterer wichtiger Baustein eines Europäischen Archivrechts vorliegt.

28 Vgl.: Gierschmann/Schlender/Stenzel/Veil-Veil, Datenschutz-Grundverordnung, 2018, Art. 17 Rn. 13; Simitis/Hornung/Spiecker-Dix, Datenschutzrecht, 2019, Art. 17 Rn. 4 und Rn. 6.

29 Weichert, DBVl 2020, 19, 24.

30 Rehm, Das „Recht auf Erinnerung“. Zur Relevanz des Archivwesens im Zeitalter der EU-Datenschutzgrundverordnung, Tagungsband zum Deutschen Archivtag in Suhl 2019, im Erscheinen.