



---

**Ausschussdrucksache 18(22)209a**

10.10.2016

---

**Prof. Dr. jur. Eric W. Steinhauer**  
FernUniversität in Hagen

**Stellungnahme**

**Öffentliche Anhörung am 19. Oktober 2016, 14.30 – 16.30 Uhr, PLH E.300**

**Gesetzentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Bundesarchivrechts**

**BT-Drucksache 18/9633**

FernUniversität in Hagen • 58084 Hagen

An den Ausschuss  
für Kultur und Medien  
des Deutschen Bundestages

per eMail

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen:

Meine Nachricht vom:

Auskunft erteilt:

Telefon:

Telefax:

E-Mail:

Hausanschrift:

Prof. Dr. Eric Steinhauer

02331 987-2890

02331 987-346

Eric.Steinhauer@FernUni-Hagen.de

Universitätsstraße 21

58097 Hagen

Datum

07.10.2016

## Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Bundesarchivrechts (Drs. 18/9633)

### I. Vorbemerkung

Der vorgelegte Gesetzentwurf stellt in seinem Art. 1 eine Neufassung des Bundesarchivgesetzes dar. Die Neufassung ist mit Nutzer- und Wissenschaftsfreundlichkeit sowie der Anpassung an die Bedürfnisse der E-Verwaltung im Wesentlichen zwei Zielen verpflichtet. Die Nutzerfreundlichkeit soll insbesondere durch eine Änderung der Schutzfristen verbessert werden. Auf die zunehmend elektronisch und digital arbeitende Verwaltung wird mit der Schaffung eines digitalen Zwischenarchivs in § 8 Abs. 3 BArchG-E sowie der Möglichkeit einer periodischen Sicherung noch laufend aktualisierter Datensätze in § 5 Abs. 3 BArchG-E reagiert. Die in diesem Zusammenhang vorgeschlagenen Neuerungen, die zugleich Aussagen des Koalitionsvertrages umsetzen, sind zu begrüßen. Positiv hervorzuheben ist auch die ausführliche und sorgfältige Begründung des Gesetzentwurfs, die über weite Strecken die Qualität eines Kommentars hat.

Mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel, die Nutzer- und Wissenschaftsfreundlichkeit zu erhöhen, im Zusammenhang mit dem durch die Digitalisierung ausgelösten Medienwandel und aus allgemeinen kulturellen Gründen gibt der Gesetzentwurf darüber hinaus Gelegenheit zu einigen Anmerkungen.

Im Folgenden wird zunächst zu Regelungen im Gesetzentwurf Stellung genommen. Anschließend wird auf fehlende bzw. zu ergänzende Aspekte eingegangen.

### II. Anmerkungen zu Regelungen des Gesetzentwurfs

#### 1. Fachaufsicht über die Arbeit des Archivs

Wegen der fehlenden Rechtspersönlichkeit des Bundesarchivs stellt § 2 BArchG-E zwar nicht in der Sache, wohl aber in der Formulierung eine Neuerung dar, wenn nunmehr die Fachaufsicht der für Kultur und Medien zuständigen obersten Bundesbehörde über die Arbeit des Bundesarchivs betont wird. Diese Fachaufsicht steht in einer gewissen Spannung zu der in der Gesetzesbegründung zutreffend festgestellten Funktion des Bundesarchivs als Nationalarchiv

(S. 25, 48) und seines „Gewährleistungsauftrags in der Informationsgesellschaft“ (S. 44), der sich u.a. in der voraussetzungslosen Nutzung durch die Öffentlichkeit äußert.

Um seinem Auftrag als Nationalarchiv gerecht werden zu können, ist jedoch eine gewisse Distanz und Unabhängigkeit des Bundesarchivs gegenüber politischer Einflussnahme erforderlich. Mit Blick auf die historische Überlieferungsbildung durch das Bundesarchiv ist eine politische Einflussnahme auf die Frage, welche Unterlagen archivwürdig sind, vollkommen inakzeptabel. Soweit und solange das Bundesarchiv aber einer vollumfänglichen Fachaufsicht unterfällt, kann eine solche Einflussnahme von Rechts wegen nicht ausgeschlossen werden. Hier sei angemerkt, dass die Deutsche Nationalbibliothek in ihrer Arbeit nach § 9 des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek (DNBG) nur der Rechtsaufsicht der für Kultur und Medien zuständigen Bundesbehörde unterliegt. Dabei ist die Gefahr, dass die Sammlung publizierter Inhalte einer politischen Einflussnahme unterliegt und es damit zu einer Manipulation im kulturellen Gedächtnis kommt bei der Nationalbibliothek ungleich geringer als bei im Bundesarchiv zu verwahrenden Verwaltungsunterlagen, die überdies regelmäßig unikalen Charakter haben und daher nicht wie etwa Druckschriften parallel überliefert werden.

Die Beschränkung auf eine Rechtsaufsicht bei der Deutschen Nationalbibliothek ist eine Konsequenz aus ihrer rechtlichen Verselbständigung als rechtsfähige unmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts nach § 1 Abs. 2 DNBG. Auch für das Bundesarchiv ist eine solche Verselbständigung wegen der Funktion als Nationalarchiv und historisches Gedächtnis des Staates sinnvoll, vgl. *Köstlin*, Die Kulturhoheit des Bundes, 1989, S. 86. Dies im laufenden Gesetzgebungsverfahren umzusetzen, ist freilich wegen vieler zu klärender Fragen nicht realistisch.

Denkbar ist aber, das Bundesarchiv wenigstens in seiner archivischen Bewertungstätigkeit weisungsfrei zu stellen, vgl. *Polley*, Gesetzliche Einschränkungen in der Bewertungskompetenz, in: Wettmann (Hrsg), Bilanz und Perspektiven archivischer Bewertung, 1994, S. 96. Eine solche gesetzlich garantierte Weisungsfreiheit bei der Erledigung von Fachaufgaben hat Vorbilder im Weiterbildungs- sowie im Bibliotheksrecht.

Nach § 4 Abs. 2 S. 1 Weiterbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen haben Weiterbildungseinrichtungen das Recht auf selbständige Lehrplangestaltung. Eine parallele Vorschrift enthält § 4 Abs. 1 Weiterbildungsgesetz Baden-Württemberg. In § 4 Abs. 2 dieses Gesetzes wird überdies der unabhängige Bestandsaufbau bei den Öffentlichen Bibliotheken garantiert. Diese Regelung wurde in § 2 Landesbibliotheksgesetz Rheinland-Pfalz sowie von § 3 Abs. 1 S. 2 des neuen Bibliotheksgesetzes Schleswig-Holstein aufgegriffen. Zudem findet sie sich in Art. 1 § 1 Abs. 2 des im Landtag von Nordrhein-Westfalen beratenen Gesetzentwurfs zum Erlass eines Landesbibliotheksgesetzes und zur Änderung weiterer Rechtsvorschriften der Fraktion der CDU (Drs. NRW 16/11436).

Es wird daher vorgeschlagen, nach § 3 Abs. 2 S. 1 BArchG-E folgende Sätze einzufügen:

*Das Bundesarchiv stellt den bleibenden Wert der Unterlagen fest. Es ist an Weisungen nicht gebunden.*

Angemerkt sei, dass man wegen § 3 Abs. 1 S. 1 a.E. BArchG-E mit Blick auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, das wissenschaftliches Arbeiten als solches unabhängig von der Organisationsform, in der es stattfindet, schützt, mit guten Gründen annehmen kann, dass dem Bundesarchiv schon jetzt ein gewisser Raum weisungsfreier Tätigkeit zugestanden wird. Insoweit wäre die vorgeschlagene Änderung nur die konsequente Weiterentwicklung einer schon jetzt bestehenden Situation.

## **2. Das Benehmen mit der abgebenden Stelle**

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sollte die Benehmenspflicht in § 3 Abs. 2 S. 2 BArchG-E entfallen. Es darf davon ausgegangen werden, dass sich das Bundesarchiv die für die Bewertung notwendigen Informationen bei der abgebenden Stelle beschaffen wird. In der Gesetzesbegründung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Korrespondenz mit abgebenden Behörden einen nicht unerheblichen Zeitaufwand bedeutet. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sollte sie daher auf ein Minimum reduziert werden. Nach dem Vorbild von § 2 Abs. 2 S. 3 Hamburgisches Archivgesetz wird daher vorgeschlagen, am Ende von § 2 Abs. 2 BArchG-E in der vorstehend unter Punkt 1) vorgeschlagenen Fassung den folgenden Satz einzufügen:

*Die anbietenden Stellen unterstützen das Bundesarchiv bei der Bewertung der Unterlagen.*

## **3. Archivierung als Löschesurrogat**

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BArchG-E sind Unterlagen von der Anbietungspflicht ausgenommen, die nach gesetzlichen Vorschriften vernichtet oder gelöscht werden müssen und nicht ersatzweise einem Archiv angeboten werden dürfen. Eine Übernahme entsprechender Unterlagen durch das Bundesarchiv kommt danach nur bei einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in Betracht. In allen anderen Fällen bleibt es bei der Löschung.

Diese Regelung ist mit Blick auf die historische Überlieferung sehr kritisch zu sehen, weil sie dem aktuellen Verwaltungsgedächtnis den Vorrang gegenüber dem kulturellen Gedächtnis einräumt, das im Archiv aufgebaut wird und zeitlich erheblich weiter reicht, als die vor allem persönlichkeitsrechtlichen Lösungsgründe selbst postmortaler Ausprägung, vgl. *Martin-Weber*, in: Forum – Das Fachmagazin des Bundesarchivs 2013, S. 16–21, sowie *Hollmann*, ebendort, S. 11-12.

Tatsächlich finden sich in Landesarchivgesetzen Bestimmungen, die eine Archivierung als Surrogat für eine Löschung regelmäßig erlauben, vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 1 Archivgesetz Nordrhein-Westfalen oder § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Hamburgisches Archivgesetz. Sollte es ausnahmsweise keine Archivierung anstelle der Löschung geben, müsste dies dann im jeweiligen Fachgesetz ausdrücklich angeordnet werden.

Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf die in § 6 Abs. 2 Nr. 2 BArchG-E vorgesehene Bestimmung im vorstehend beschriebenen Sinn kritisiert und eine Bestimmung in Anlehnung an landesrechtliche Vorbilder gefordert, auch um eine gewisse Einheitlichkeit im Archivrecht des Bundes und der Länder zu erreichen (Drs. 18/9633, S. 90 f.).

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme den Vorschlag des Bundesrates abgelehnt und war der Ansicht, dass über die Frage der Archivierung in Anbetracht der zu schützenden Daten sachgerechter im Gesetzgebungsverfahren des jeweiligen Fachgesetzes entschieden

werden sollte. Die im Bundesarchivgesetz künftig vorgesehene Möglichkeit, eine solche Surrogat-Klausel einzuführen, werde bei der Gesetzgebung der Spezialmaterie aber das Problembewusstsein schärfen (Drs. 18/9633, S. 93).

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.

Skeptisch bezogen auf eine fachgesetzlich zu normierende Surrogatlösung stimmt bereits der vorliegende Gesetzentwurf selbst. Obwohl er zentral archivfachliche Fragen zum Thema hat und überdies in seinem Art. 5 Abs. 4 das BKA-Gesetz (BKAG) ändert, wird keine Veranlassung gesehen, über eine Anpassung der Surrogatregelung in 33 Abs. 5 BKAG nachzudenken. Danach dürfen nur Akten, nicht jedoch Dateien dem Bundesarchiv anstelle einer Löschung angeboten werden. Wenn nun mit dem digitalen Zwischenarchiv und der periodischen Speicherung von Datenbankauszügen gerade eine Infrastruktur und ein Verfahren für Dateien etabliert werden, wäre es doch naheliegend, auch in § 34 BKAG eine Surrogatregelung einzuführen. Dass die durch die geplante Archivgesetznovelle jetzt eigentlich obsolete Trennung nach Materialarten bei den anzubietenden Unterlagen bei der Surrogatregelung im BKAG ohne nähere Problematisierung und Erörterung aufrechterhalten wird, stimmt für eine rein fachgesetzliche Etablierung von Löschsurrogaten wenig optimistisch. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung als Ersatz für § 6 Abs. 2 Nr. 2 BArchG-E verdient daher Zustimmung:

*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.*

#### **4. Das Verhältnis zu den Informationszugangsgesetzen**

Als das Bundesarchivgesetz 1988 erstmals erlassen wurde, gab es im deutschen Recht keine grundsätzliche Aktenöffentlichkeit. Diese wurde damals in § 5 Abs. 8 BArchG für Unterlagen, die älter als 30 Jahre sind und noch der Verfügungsgewalt der Verwaltung unterliegen, eröffnet, vgl. *Becker/Oldenhage*, BArchG, 2006, § 5, Rn. 121 f. So gesehen war das Bundesarchivgesetz nicht nur ein bereichsspezifisches Datenschutzgesetz und spezielles Kultur- bzw. Denkmalschutzgesetz, sondern von Anfang an auch ein Informationszugangsgesetz.

Mit dem Inkrafttreten des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (IFG) im Jahr 2006 wurde der Grundsatz der Aktenöffentlichkeit bedeutend ausgeweitet. Im Grundsatz sind jetzt alle amtlichen Informationen, zu denen auch die Akten der Behörden gehören, für jedermann zugänglich, sofern keine im Gesetz normierten Versagensgründe vorliegen. Durch den weithin eröffneten Zugang zu amtlichen Informationen passt die 30-jährige Regelschutzfrist der Abgabe von Unterlagen an das Bundesarchiv nicht mehr. Dies hat der Gesetzgeber auch gesehen und daher in § 13 Abs. 2 IFG im Wege einer Einzelnovelle das Bundesarchivgesetz modifiziert. Unterlagen, die nach dem IFG zugänglich waren, sollen es auch im Bundesarchiv bleiben.

Dieser Grundsatz kommt in der Gesetzesbegründung zum IFG klar zum Ausdruck: „Es wäre widersprüchlich, Information, die zugänglich gemacht werden durfte, während sie noch im Verwaltungsgebrauch war, nach Abgabe an das Bundesarchiv strengeren Voraussetzungen zu unterwerfen.“ (Drs. 15/4493, S. 17) Er hat auch in der Literatur nahezu einhellige Zustimmung erfahren. Eine Schlechterstellung des Informationszugangs durch Archivierung wurde mit Blick auf Art. 3 GG sogar als verfassungswidrig bezeichnet, vgl. *Frowein*, in: FS- Starck, 2007, S. 225; *Oebbecke/Nienkemper*, in: *Archivpflege in Westfalen-Lippe* 61 (2014), S. 17.

So klar die Zielrichtung, nämlich die Aufrechterhaltung eines einmal gewährten Informationszugangs, war, so problematisch erwies sich ihre Normierung im Detail, vgl. zum Folgenden *Jastrow/Schlatmann*, IFG, 2006, § 13, Rn. 12-18; *Olbertz*, in: FS-Hartmut Weber, 2010, S. 139-153; *Schoch*, IFG<sup>2</sup>, 2016, § 13, Rn. 15-33, 38. Kritisiert wurde an dem durch § 13 Abs. 2 IFG eingeführten § 5 Abs. 4 S. 2 BArchG, dass er nur Inhalte betrifft, die dem Informationsfreiheitsgesetz, nicht aber anderen ebenfalls Zugang gewährenden Vorschriften unterfallen. Zudem ist unklar, ob nun tatsächlich ein Informationszugang gewährt worden sein muss oder ob, wie es der Wortlaut und die Gesetzgebungsgeschichte nahelegen, die abstrakte Zugangsmöglichkeit ausreicht. Fraglich ist auch, ob auf die Versagungsgründe des IFG zum Zeitpunkt der Einsichtnahme im Archiv oder fiktiv zum Zeitpunkt der Verfügungsgewalt der Verwaltung abzustellen ist. Ebenfalls unklar blieb, ob das Archiv die Zugänglichkeit von Archivalien nach Maßgabe des IFG allein oder nur im (verbindlichen?) Zusammenwirken mit der abgebenden Behörde entscheiden kann.

Im vorliegenden Gesetzentwurf soll das Verhältnis zum IFG neu geregelt werden. Richtigerweise wird der erleichterte Zugang zu Unterlagen im Archiv auf alle Fälle eines vor der Übergabe an das Archiv eröffneten gesetzlichen Informationszugangs ausgeweitet. Insoweit ist die neue Bestimmung in § 11 Abs. 5 Nr. 2 BArchG-E nutzerfreundlicher als das geltende Recht.

Mit der geplanten Formulierung „soweit ... Unterlagen ... zugänglich gemacht worden sind.“ wird die bisherige Regelung, wonach die nunmehrigen Archivalien „einem Informationszugang ... offen gestanden“ haben müssen, auf Fälle tatsächlicher, nicht aber bloß abstrakter Nutzung verengt. Diese im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage eindeutige Verschlechterung ist ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich gewollt. Über die Gründe kann man nur mutmaßen. Denkbar ist es, dass die oben aufgeworfenen Fragen des Entscheidungszeitpunkts sowie des Zusammenwirkens mit der abgebenden Stelle als für die archivische Arbeit zu umständlich empfunden wurden. Jedenfalls würden die angesprochenen Probleme mit der Beschränkung auf Unterlagen, die tatsächlich vorgelegt worden sind, weitgehend verschwinden. Aus archivischer Sicht liegt hier sicher eine Verwaltungsvereinfachung vor. Aus Sicht des einmal eröffneten Informationszugangs aber eine deutliche Verschlechterung, so dass die Frage der Verfassungsmäßigkeit, die einige Autoren bei einer unterschiedlichen Zugänglichkeit von Unterlagen vor und nach der Archivierung angesprochen haben, wieder aktuell wird.

Richtigerweise sollte man das Problem des Verhältnisses von Archivrecht und Informationsfreiheitsrecht nicht isoliert von der grundsätzlicheren Frage der Zugänglichkeit von Archivalien betrachten. Einen Fingerzeig für eine Lösung gibt die Zusammenschau von §§ 5 Abs. 1 S. 2 und 11 Abs. 1 BArchG-E. Danach sind Unterlagen spätestens 30 Jahre nach ihrer Entstehung dem Bundesarchiv anzubieten. Zugleich beträgt die Regelschutzfrist für Archivalien

ebenfalls 30 Jahre nach ihrer Entstehung. Das bedeutet, dass ältere Unterlagen aus der Verwaltung sogleich nach ihrer Übernahme durch das Bundesarchiv zugänglich sind. Einen Konflikt zwischen BArchG und IFG gibt es in diesem Fall nicht.

Er entsteht nur, wenn Unterlagen vor Ablauf der Regelschutzfrist in das Archiv übernommen werden. Legt man die vorgeschlagene Bestimmung in § 11 Abs. 5 Nr. 2 BArchG-E zugrunde, so könnte eine Übergabe von Unterlagen an das Bundesarchiv vor Ablauf der Regelschutzfrist eine Einsicht nach IFG sogar ausschließen, sofern sie nicht vorher tatsächlich gewährt worden ist. Die Abgabe von Unterlagen an das Archiv wäre in diesem Fall eine von der Regelungsentention des IFG aus betrachtet vollkommen widersinnige „Flucht in das Amtsgeheimnis“. Sie ist aber nur möglich, weil es die Regelschutzfrist von 30 Jahren gibt.

Diese Frist stammt jedoch aus einer Zeit, in der es keine Informationsfreiheitsgesetze gab. Durch ihre pauschale Dauer trägt sie unterschiedlichen Versagensgründen, die nunmehr explizit im IFG geregelt sind, Rechnung. Nach Einführung des IFG mit seinen differenzierten Zugangsregeln besteht für eine derart lange Schutzfrist kein Bedürfnis mehr, vgl. *Kaiser*, in: *Lepper/Raulff*, Handbuch Archiv, 2016, S. 110 f.; *Schoch*, in: *Die Verwaltung* 39 (2006), S. 487. Tatsächlich findet sich in den Archivgesetzen der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein nur eine Regelschutzfrist von 10 Jahren, die überdies auf Antrag noch verkürzt werden kann.

Der Bundesgesetzgeber hat sich bei der Schaffung des IFG für das Verhältnis zum Archivrecht die Rechtslage des Landes Brandenburg zum Vorbild genommen, vgl. Drs. 15/4493, S. 17. Dabei hätte er aber richtigerweise auch das Regelungsumfeld der brandenburgischen Bestimmung beachten und in seinem Recht nachvollziehen müssen. Bei einer Regelschutzfrist von 10 Jahren werden Unterlagen nach der Übernahme durch das Archiv in aller Regel sofort einsehbar sein, vgl. *PIPr. Brandenburg* 1/90, S. 7391. Ein Konflikt zum Informationsfreiheitsrecht wird hier in den allermeisten Fällen gar nicht aufkommen.

In diesem Sinne sollte auch der Bundesgesetzgeber das Verhältnis von IFG und Archivrecht zunächst durch eine radikale Verkürzung der Regelschutzfrist auf 10 Jahre entschärfen. Die verbleibenden Fälle sollten nicht über eine gesetzliche Ausnahme von der Regelschutzfrist mit den bekannten Abgrenzungsproblemen, sondern über einen Antrag zur Schutzfristverkürzung gelöst werden. Damit würde dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Vorlage durch die Verwaltung und eine Vorlage im Archiv verschiedene Situationen sind, die von unterschiedlichen Stellen entschieden werden. Für den Nutzer ändert sich wenig, er muss bei rezenten Unterlagen einen Einsichts Antrag entweder bei der Verwaltung oder beim Archiv stellen. Dass das Archiv strenger entscheidet als die Verwaltung kann durch eine ermessensleitende Vorgabe im Archivgesetz verhindert werden.

Es wird daher vorgeschlagen, die Schutzfrist in § 11 Abs. 1 BArchG-E von 30 auf 10 Jahre zu senken:

*Die allgemeine Schutzfrist für Archivgut des Bundes beträgt 10 Jahre, sofern durch Rechtsvorschrift nichts anderen bestimmt ist.*

§ 11 Abs. 5 BArchG-E erhält folgende Fassung:

*Die Schutzfristen der Absätze 1 bis 3 sind nicht auf Archivgut des Bundes anzuwenden, das aus Unterlagen besteht, die bereits bei ihrer Entstehung zur Veröffentlichung bestimmt waren.*

Nach § 12 Abs. 1 BArchG-E wird folgender Satz 2 angefügt:

*Eine Verkürzung soll erfolgen, wenn das Archivgut vor der Übernahme durch das Bundesarchiv nach einem Informationszugangsgesetz zugänglich gewesen ist.*

Durch die Einführung einer Soll-Bestimmung wird der Zugang die Regel sein. Gleichwohl bleibt genügend Raum, um in besonders gelagerten Fällen nach Abgabe der Unterlagen in das Archiv eingetretene Umstände zu berücksichtigen, die eine Vorlage im Einzelfall ausschließen.

Was bedeutet die vorgeschlagene Regelung für die abgebende Stelle? Soweit sie ihre Unterlagen in ihrer Verfügungsgewalt behält, ändert sich an der Geltung des IFG für diese Unterlagen nichts. Gibt sie ihre Unterlagen in das Archiv, so können sie früher als bisher weitgehend voraussetzungslos für jedermann zugänglich sein. Behält die Verwaltung ihre Unterlagen bis zu 30 Jahre in der eigenen Verfügung, was sie nach § 5 Abs. 1 S. 2 BArchG-E ja darf, muss sie nach dem IFG Zugang gewähren. Danach sind die Unterlagen aber schon nach geltender Rechtslage allgemein zugänglich und wären es sogleich auch im Archiv. Für die Verwaltung muss die vorgeschlagene Regelung daher keine Änderung zur bisherigen Rechtslage bedeuten. Sie hat es in der Hand, wann sie Unterlagen an das Archiv abgibt, einem Einsichtersuchen kann sie sich aber durch Übergabe an das Archiv praktisch nicht mehr entziehen. Für den Nutzer hätte die vorgeschlagene Regelung den Vorteil klarer Ansprechpartner und einfacher Entscheidungsmaßstäbe. Auslegungsfragen, wie sich IFG und BArchG zueinander verhalten, erübrigen sich weitgehend.

## **5. Übermittlung von Vervielfältigungen von Archivgut auch an Bibliotheken**

Bei der Aufzählung zu Beginn von § 16 Abs. 1 BArchG-E sollten auch Bibliotheken explizit genannt werden. Sie gehören neben Archiven und Museen zu den klassischen Gedächtnisinstitutionen und werden häufiger zusammen mit ihnen genannt, vgl. § 52b S. 1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) sowie § 1 Abs. 2 Nr. 7 Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG). In ihrer Funktion als Forschungsbibliotheken sollten sie in gleicher Weise auf Archivgut des Bundesarchivs im Wege der Vervielfältigung zugreifen dürfen.

Der Beginn von § 16 Abs. 1 BArchG-E sollte daher wie folgt gefasst werden:

*Das Bundesarchiv kann Archiven, Bibliotheken, Museen und Forschungs- und Dokumentationseinrichtungen ...*

## **6. Frist bei der Pflichtregistrierung von Kinofilmen**

§ 17 BArchG-E enthält die durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Bundesarchivgesetzes vom 27. Juni 2013 (BGBl. I, S. 1888) eingeführte Pflichtregistrierung von Kinofilmen. Die Registrierung hat nach § 17 Abs. 1 S. 2 BArchG-E innerhalb von zwölf Monaten nach der ersten öffentlichen Aufführung zu erfolgen. Diese Frist ist im Vergleich zu anderen Vorschriften, die das kulturelle Schaffen für künftige Generationen sichern sollen, zu lang bemessen. Filme nämlich, die überwiegend Musik enthalten, sind nach §§ 3 Abs. 4, 16 S. 1

DNBG binnen einer Woche an die Deutsche Nationalbibliothek abzuliefern. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso für die Ablieferung eines Films eine Frist von nur einer Woche, für die bloße Registrierung demgegenüber 12 Monate zugestanden werden, wenn beide Fälle sich lediglich dadurch unterscheiden, dass unterschiedliche Musikanteile vorliegen. Wegen der Vergleichbarkeit der Sachverhalte sollte auch der Fristlauf vergleichbar ausgestaltet sein. Rechnet man noch die Mahnungsfrist von drei Wochen nach § 14 Abs. 2 DNBG hinzu, so erscheint eine Frist für die Registrierung von einem Monat ausreichend zu sein.

§ 17 Abs. 1 S. 2 BArchG-E sollte daher wie folgt gefasst werden:

*Die Registrierung ist binnen eines Monats nach der ersten öffentlichen Aufführung ... vorzunehmen.*

### **7. Sanktionslose Veränderung des Lagerorts von Kinofilmen**

Die Registrierung von Kinofilmen wurde auch eingeführt, um das deutsche Filmschaffen für die Nachwelt zu dokumentieren und die Überlieferung der Filme für die Nachwelt zu fördern. Diesem Zweck dient der stets aktuelle Nachweis, wo eine Archivkopie des Films zu finden ist. Unterbleibt eine solche Angabe, so kann dies als Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 BArchG-E geahndet werden. Wird der Lagerungsort der Archivkopie verändert, so ist dies nach § 17 Abs. 2 S. 2 BArchG-E ebenfalls mitzuteilen. Unterbleibt eine solche Mitteilung, hat diese indes keine Konsequenzen. Um das Ziel, Archivkopien deutscher Kinofilme der Nachwelt zu erhalten, sicher zu gewährleisten, sollte das Nichtanzeigen eines neuen Lagerortes ebenfalls bußgeldbewehrt sein.

§ 18 Abs. 1 Nr. 2 BArchG-E sollte daher wie folgt gefasst werden:

*Entgegen § 17 Abs. 2 eine Bekanntmachung nicht oder nicht rechtzeitig vornimmt.*

## **III. Fehlende bzw. zu ergänzende Aspekte**

### **1. Digitalisierung als Aufgabe des Bundesarchivs**

In § 3 Abs. 1 BArchG-E werden die Aufgaben des Bundesarchivs beschrieben. Auf S. 62 f. der Gesetzesbegründung wird auf die unkomplizierte Nutzbarkeit digitalisierten Archivguts hingewiesen. Auf S. 25 der Begründung wird betont, dass die Novelle eine Anpassung an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft darstellt. Diese Ausrichtung wird bei den in § 3 Abs. 1 BArchG-E genannten Aufgaben des Bundesarchivs nicht deutlich. Die Bestimmung sollte daher um einen expliziten Digitalisierungsauftrag ergänzt werden.

Hintergrund hierfür sind auch neuere Entwicklungen im deutschen und europäischen Recht. So wurden in Ausführung der Richtlinie 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über die Nutzung verwaister Werke in §§ 61 bis 61c UrhG neue Regelungen für die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung von Werken, deren Rechteinhaber nicht ermittelt werden können, geschaffen. Davon profitieren nach § 61 Abs. 2 UrhG ausdrücklich auch die Archive. Hier verdient Art. 6 Abs. 2 der genannten Richtlinie besondere Aufmerksamkeit, weil die Nutzung verwaister Werke durch Archive und andere Einrichtungen nur zulässig ist, wenn es um die Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgaben geht, wozu ausdrücklich auch die Digitalisierung und Bereitstellung zu kultur- und bildungspolitischen Zwecken gehört. Von daher ist es sehr sinnvoll, einen entsprechenden Digitalisierungsauftrag auch gesetzlich zu

verankern, zumal die für Archive wichtige Frage verwaister Photographien Gegenstand der Überprüfungs Klausel in Art. 10 der Richtlinie ist. Eine nationale Gesetzgebung, die Digitalisierung zur archivischen Fachaufgabe erklärt, kann hier die Notwendigkeit einer Einbeziehung dieses Materials, das den Hauptanwendungsfall der Regelungen über verwaiste Werke im Archiv bilden würde, noch unterstreichen.

Weiterhin einschlägig ist Richtlinie 2013/37/EU vom 26. Juni 2013 zur Änderung der Richtlinie 2003/98/EG über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (PSI-Richtlinie), vgl. *Kleindienst/Martin-Weber*, in: Forum – Das Fachmagazin des Bundesarchivs 2013, S. 28-30. Danach sind auch Archive in den Anwendungsbereich der PSI-Richtlinie einbezogen. Sie sollen die bei ihnen vorhandenen Informationen einfach und unkompliziert zur Weiterverwendung bereitstellen. Die Richtlinie 2013/37/EU wurde in Deutschland 2015 mit der Novelle zum Informationsweiterverwendungsgesetz (BGBl. I, S. 1162) umgesetzt. Für die Arbeit des Bundesarchivs bedeutsam sind die Erwägungsgründe 19 und 20 der Richtlinie. In Erwägungsgrund 19 wird Digitalisierung als wichtiges Mittel zur Gewährleistung eines umfassenden Zugangs zu kulturellem Material hervorgehoben. Nach Erwägungsgrund 20 sollen öffentliche Einrichtungen Dokumente „in offenen, maschinenlesbaren Formaten ... in höchstmöglicher Präzision und Granularität ... zugänglich machen“. Überdies sollen digitalisierte Inhalte möglichst frei nachnutzbar sein. Erwägungsgrund 26 der genannten Richtlinie regt zudem den Einsatz offener Lizenzen an, die sich allein auf eine Pflicht zur Quellenangabe beschränken. Eine leichte und einfache Zugänglichkeit zu digitalisiertem Kulturgut wird derzeit vor allem über die Deutsche Digitale Bibliothek gewährleistet.

Vor dem Hintergrund der genannten europäischen Richtlinien, der diese Richtlinien umsetzenden nationalen Gesetzgebung und in konsequenter Verfolgung des gesetzgeberischen Anspruchs, das Bundesarchivgesetz an die Bedürfnisse der Informationsgesellschaft anzupassen, sollte § 3 Abs. 1 BArchG-E am Ende wie folgt ergänzt werden:

*Dies kann auch durch Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung im Internet geschehen.*

## **2. Belegexemplare für das Bundesarchiv**

Nach dem Vorbild der allermeisten Landesarchivgesetze sollte es auch im Bundesarchivgesetz eine so genannte Belegexemplarregelung geben, wonach ein Freixemplar von Veröffentlichungen abzuliefern ist, die unter maßgeblicher Benutzung von Archivgut entstanden sind, vgl. *Schoch/Kloepfer/Garstka*, Archivgesetz (ArchG-ProfE), 2007, S. 221-225. Sinn der Belegexemplarregelung ist es u.a. Doppelforschungen zu vermeiden und den Stand der wissenschaftlichen Bearbeitung des Archivbestandes für die Arbeit im Archiv, aber auch für andere Nutzerinnen und Nutzer zu dokumentieren.

Da die Leistung des Belegexemplars einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum darstellt, ist eine parlamentsgesetzliche Regelung erforderlich. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sollte für Härtefälle eine Entschädigungsmöglichkeit vorgesehen werden. Vorbild hierfür ist § 16 Abs. 4 Thüringer Archivgesetz.

Da Veröffentlichungen unter Benutzung von Archivbeständen immer öfter nur noch online erscheinen, sollte die Belegexemplarpflicht, die in diesem Fall ins Leere greift, durch eine

Informationspflicht über die Netzpublikation, verbunden mit der Erlaubnis, diese Publikation im Archiv zu speichern und zu nutzen, ersetzt werden.

Soweit immer mehr Bestände des Bundesarchivs digital im Internet zur Verfügung gestellt werden, unterliegt die antrags- und zulassungsfreie Nutzung dieser Bestände keiner Belegexemplarpflicht. Sie wäre allein schon aus praktischen Gründen nicht durchsetzbar. Darin liegt keine Ungleichbehandlung gegenüber zugelassenen Nutzern in den Räumen des Bundesarchivs, die einer Belegexemplarpflicht unterfielen, da die Leistung des Belegexemplars traditionell auch als Kompensation für die Vorlage der Archivalien und die personelle Betreuung dabei gewertet wird. Beides entfällt bei im Internet zugänglichen Beständen, so dass ein ausreichender sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung von Haus- und Netznutzern gegeben ist.

Es wird vorgeschlagen, in § 10 BArchG-E folgenden Absatz 4 einzufügen:

*Nutzer sind verpflichtet, von einem Werk, das sie unter wesentlicher Präsenznutzung von Archivgut des Bundesarchivs verfasst oder erstellt haben, nach Veröffentlichung des Werkes diesem unaufgefordert einen Beleg in der veröffentlichten Form unentgeltlich abzuliefern. Ist die unentgeltliche Ablieferung nicht zumutbar, kann eine Entschädigung beantragt werden. Wurde das Werk im Internet öffentlich zugänglich gemacht, so genügt ein Hinweis auf den Publikationsort verbunden mit der Erlaubnis, das Werk im Bundesarchiv dauerhaft zu speichern und zu nutzen.*

### **3. Publikation von Findmitteln**

Um die Nutzbarkeit der Bestände des Bundesarchivs zu erhöhen, sollten Findmittel leicht zugänglich sein. Zudem verlangt das Informationsweiterverwendungsrecht, das nunmehr auch für Archive der öffentlichen Hand gilt, dass vorhandene Informationen einfach verfügbar sind. So fordert Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2013/37/EU, dass zu vorhandenen Informationen auch die zugehörigen Metadaten publiziert werden. Allerdings ist für den Archivbereich zu berücksichtigen, dass aus datenschutzrechtlichen Gründen öffentlich zugängliche Informationen über Archivgut teilweise nur sehr allgemeine oder reduzierte Angaben enthalten können. Gleichwohl sollte es zu den gesetzlichen Aufgaben des Bundesarchivs gehören, Findmittel zur Verfügung zu stellen und nach Möglichkeit auch zu publizieren, vgl. *Collin*, Die archivrechtliche Regulierung des Zugangs zu öffentlichen Informationen, in: *Dreier/Fischer/van Raay/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Informationen der öffentlichen Hand – Zugang und Nutzung*, 2016, S. 224.

Nach dem Vorbild von § 8 Abs. 1 des Bremischen Archivgesetzes sollte daher § 3 BArchG-E um einen Absatz 7 wie folgt ergänzt werden:

*Um der Öffentlichkeit den Zugang zum Archivgut des Bundes zu ermöglichen oder zu erleichtern, ist das Bundesarchiv berechtigt, Findmittel zu veröffentlichen. Durch die Veröffentlichung dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Belange Betroffener oder Dritter beeinträchtigt werden; insoweit sind insbesondere auch die Art, die Form und die Zugänglichkeit der Publikation zu berücksichtigen. § 13 gilt entsprechend.*

#### 4. Nachlässe in anderen Gedächtnisinstitutionen

Nicht nur Archive, auch Bibliotheken oder Museen haben Nachlässe und anderes unveröffentlichtes Material in ihren Sammlungen. Von daher sind insbesondere datenschutzrechtliche Problemlagen in beiden Einrichtungen sehr vergleichbar. Allerdings gilt das Archivrecht als besonderes Datenschutzrecht nicht für andere Gedächtnisinstitutionen. Dieses Problem wurde mittlerweile in den Ländern Thüringen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein für den Bibliotheksbereich erkannt. In den dort erlassenen Bibliotheksgesetzen werden die Bestimmungen des jeweiligen Landesarchivgesetzes für entsprechend anwendbar erklärt. Für die Bibliotheken und anderen Gedächtnisinstitutionen des Bundes sowie der unter seiner Rechtsaufsicht stehenden juristischen Personen, besonders prominent wäre hier die Staatsbibliothek zu Berlin, wäre eine entsprechende Regelung ebenfalls sinnvoll. Da der Erlass weiterer Kulturgesetze auf Bundesebene nicht zu erwarten und in der Sache auch nicht sinnvoll ist, sollte das Bundesarchivgesetz um einen § 20 wie folgt ergänzt werden:

*Für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten bei der Übernahme, Erschließung und Nutzbarmachung von Nachlässen und anderen unveröffentlichten Unterlagen durch Bibliotheken, Museen und andere Forschungs- und Dokumentationsstellen in Trägerschaft des Bundes und der unter seiner Aufsicht stehenden juristischen Personen gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend.*

Der Kreis der genannten Gedächtnisinstitutionen lehnt sich an § 16 BArchG-E an, da die dort genannten Einrichtungen regelmäßig eigene archivische Sammlungen mit Nachlässen und dergleichen unterhalten.

#### 5. Urheberrecht und digitale Unterlagen

An gleich drei Stellen der Gesetzesbegründung (S. 51, 54, 60) findet sich eine Formulierung, die auf urheberrechtliche Probleme bei der Übermittlung elektronischer Unterlagen verweist:

„Bei einer nachfolgenden Abgabe der elektronischen Unterlagen müssen die abgebende Stelle und das Bundesarchiv urheberrechtliche Vorschriften beachten, insbesondere im Hinblick auf Vervielfältigungen, sofern die Unterlagen durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte geschützt sind.“

Tatsächlich sind bloß als digitale Inhalte vorliegende Unterlagen in ihrer Benutzung anderen urheberrechtlichen Bedingungen unterworfen als Unterlagen aus Papier. Dies liegt daran, dass jede Form ihrer Nutzung stets mit Vervielfältigungen im urheberrechtlichen Sinn verbunden ist. Die Archivpraxis sollte künftig diesem Sachverhalt große Aufmerksamkeit schenken und rechtliche Schwierigkeiten, vor allem aber unzureichende Schrankenbestimmungen im Urheberrechtsgesetz, benennen und auf eine gesetzgeberische Korrektur dieser Schwierigkeiten hinwirken. Es darf nicht sein, dass urheberrechtliche Bestimmungen die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben des Bundesarchivs behindern.

So war es leider beim Erlass des Gesetzes über die Deutsche Nationalbibliothek im Jahr 2006. Damals hatte der Gesetzgeber der Bibliothek den Auftrag gegeben, in weitem Umfang Netzpublikationen zu sammeln. Bis heute ist die Nationalbibliothek an der Erfüllung dieses Auftrages wegen unzureichender Schranken im Urheberrechtsgesetz gehindert, vgl. *Steinhauer*, in: *Kommunikation & Recht* 2009, S. 161-166. Eine solche Entwicklung sollte im Archivwesen tunlichst vermieden werden.

## 6. Folgeänderungen im Informationsfreiheitsgesetz

In § 13 Abs. 2 IFG hat der Bundesgesetzgeber im Wege einer Einzelnovelle das Bundesarchivgesetz geändert. Diese Änderung wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf obsolet. Zwar ist es nicht üblich, normändernde Bestimmungen beispielsweise in Artikelgesetzen aufzuheben, wenn weitere Änderungen durch ein zeitlich jüngeres Gesetz erfolgen. Allerdings wird § 13 Abs. 2 IFG als eine materielle BArchG-Bestimmung verstanden, vgl. *Schoch, IFG<sup>2</sup>, 2016, § 13, Rn. 6.*

Daher und auch im Sinne der Rechtsklarheit für informationssuchende Bürgerinnen und Bürger sollte in Art. 5 folgender Absatz 10 ergänzt werden:

*§ 13 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz - IFG) vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist, wird aufgehoben.*

## 7. Schaffung eines Konzepts zur Sammlung und Bewahrung von Filmen

Die mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Bundesarchivgesetzes vom 27. Juni 2013 (BGBl. I, S. 1888) eingeführte Pflichtregistrierung von Kinofilmen war ein erster Schritt in Richtung einer Pflichtablieferung durch die Hersteller. Damit sollte ein Überblick über den Umfang der Produktion sowie die sich daraus ergebenden Verfahrensfragen bei der Einführung einer Pflichtablieferung gewonnen werden, vgl. Drs. 17/13219, S. 3.

Derzeit gibt es in Deutschland keine institutionelle Sammlung der nationalen Filmproduktion. Die Pflichtexemplarbibliotheken des Bundes und der Länder sammeln Filme nur in Ausnahmefällen. Für das Bundesarchiv wird eine Ablieferungspflicht lediglich für Kinofilme diskutiert. Für das Filmschaffen, das sich allein im Internet präsentiert, gibt es ebenfalls keine Lösung. Es ist dringend erforderlich, dass endlich ein tragfähiges Konzept zur systematischen Sammlung und Erschließung des deutschen Filmschaffens erarbeitet und institutionell umgesetzt wird. Ob das Bundesarchiv auch in Zukunft die richtige Stelle für die Sammlung und Bewahrung des Filmerbes sein wird, sollte dabei angesichts der vielfältigen Ausprägungen filmischen Schaffens ergebnisoffen diskutiert werden.

Eine systematische Sammlung des deutschen Filmschaffens hat der Innenausschuss des Deutschen Bundestages bereits 1992 angemahnt, vgl. Drs. 12/3569. Zuständig sollte damals die Deutsche Bibliothek in Frankfurt am Main sein. Der Wissenschaftsrat hat in seinen „Empfehlungen zur Weiterentwicklung der Kommunikations- und Medienwissenschaften in Deutschland“ vom 25. Mai 2007 (Drs. 7901-07), auf S. 55 ebenfalls die systematische Sammlung des audiovisuellen Kulturerbes gefordert. Passiert ist bislang nichts.

Wenn durch die Pflichtregistrierung nun wiederum bloß Erfahrungen für eine künftige Pflichtablieferung gewonnen werden sollen, so können solche Erfahrungen noch besser bei einer tatsächlichen Ablieferung gemacht werden. Nach vielen Jahren ergebnisloser politischer Diskussion sollte die Novelle des Bundesarchivgesetzes daher endlich zum Anlass für einen Einstieg in eine möglichst lückenlose Ablieferung und Sammlung von Kinofilmen genommen werden.



Es wird vorgeschlagen, als Ersatz für die Pflichtregistrierung nach Wahl des Herstellers die freiwillige Ablieferung von Kinofilmen einzuführen. Aus Kostengründen soll dies derzeit nur mit Zustimmung des Bundesarchivs im Einzelfall erfolgen.

§ 17 BArchG-E sollte daher um einen Absatz 4 wie folgt ergänzt werden:

*An die Stelle der Registrierung nach den Absätzen 1 und 2 kann innerhalb der dort genannten Fristen mit Zustimmung des Bundesarchivs die freiwillige Ablieferung einer archivfähigen Kopie durch den Hersteller treten.*

Zudem ist § 19 Nr. 2 BArchG-E wie folgt zu fassen:

*Verfahren und Form der Pflichtregistrierung und Ablieferung von Kinofilmen festzulegen.*

#### **IV. Zusammenfassung**

Die Novelle des Bundesarchivgesetzes verfolgt wichtige Ziele. Mit Blick auf die Nutzerfreundlichkeit sowie die Anforderungen einer zunehmend digital arbeitenden Informationsgesellschaft sollte aber das Verhältnis zum Informationsfreiheitsgesetz klarer und zugangsfreundlicher geregelt sowie der Auftrag des Bundesarchivs zur Digitalisierung seiner Bestände deutlicher betont werden. Bei den Kinofilmen sollte ein erster Einstieg in die Pflichtablieferung durch die Einführung einer freiwilligen Ablieferung an Stelle der Pflichtregistrierung erfolgen. Schließlich sollte das Bundesarchiv als kulturelles Gedächtnis des Staates in seiner Unabhängigkeit und seinem Bestandsaufbau gestärkt werden.

Prof. Dr. Eric W. Steinhauer

Verwaltungsdirektor an der FernUniversität in Hagen

Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin