

Erläuterungen zur Vernehmlassungsvorlage

I.	Veröffentlichung von Archiv-Verzeichnungsdaten im Internet.....	2
1.	Wachsendes Bedürfnis nach schneller und ortsungebundener Informationsbeschaffung	2
2.	Online-Archivdatenbank	2
3.	Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage.....	2
II.	Neuregelung der archivrechtlichen Schutzfristen.....	3
1.	Unbefriedigende Regelung des Zugangs zu Archivunterlagen mit Personendaten im geltenden Recht	3
2.	Neuregelung der Schutzfristen	4
a)	Zweckänderung durch Archivierung	4
b)	Grundsatz: Freier Zugang zu Archivgut nach Ablauf von 80 Jahren seit Aktenschliessung	5
c)	Ausnahme: Zugang während laufender Schutzfrist	6
d)	Ausnahme: Kein Zugang trotz abgelaufener Schutzfrist	6
e)	Sonderfall: Patientendokumentationen	6

I. Veröffentlichung von Archiv-Verzeichnungsdaten im Internet

1. Wachsendes Bedürfnis nach schneller und ortsungebundener Informationsbeschaffung

In jüngerer Zeit haben sich die Möglichkeiten und damit auch die Gewohnheiten der Informationsbeschaffung stark verändert. Das hat sich unmittelbar auch auf die Ansprüche und Bedürfnisse der bestehenden und potentiellen Archivkundschaft ausgewirkt. Heute wird gemeinhin ein einfacher Informationszugang gewünscht, der gewährleistet, dass Informationen – insbesondere über das Internet – orts-, zeit- und personenunabhängig und rasch beschafft werden können, damit zeitaufwändige Recherchen beschleunigt und die damit verbundenen Arbeiten vereinfacht werden können. Um diesem gesteigerten Bedürfnis Rechnung zu tragen, nahm das Staatsarchiv im Dezember 2009 eine Online-Datenbank in Betrieb und machte damit seine frei zugänglichen Verzeichnungsdaten der Öffentlichkeit per Internet zugänglich. Die Idee, die erwähnten Findmittel auch im Internet zu veröffentlichen, entspricht aber nicht nur dem Wunsch aktueller und potentieller Nutzerinnen und Nutzern von Archivunterlagen, sondern steht auch im Einklang mit der traditionellen Aufgabe des Staatsarchivs, seine Bestände der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Zahlreiche öffentliche Archive im In- und Ausland arbeiten aus diesem Grund seit mehreren Jahren mit gleichen oder vergleichbaren Online-Datenbanken. Seit Juli 2010 stellt das Staatsarchiv zusammen mit anderen öffentlichen Archiven überdies das Webportal www.archivesonline.org zur Verfügung, das Internetbenutzern die Institutionen übergreifende Recherche in mehreren Online-Datenbanken erlaubt. Das Portal greift direkt auf die Online-Datenbank des Staatsarchivs zu.

2. Online-Archivdatenbank

Die Online-Datenbank des Staatsarchivs enthält so genannte Findmittel (Register und Verzeichnisse), die nach dem Kriterium des Entstehungszusammenhangs der Archivalien geordnet sind (Provenienzprinzip) und es den Benutzern ermöglichen, freigegebene Archivunterlagen zu suchen (Bestandesabklärung), nicht aber diese direkt einzusehen. Ferner ermöglicht die Datenbank das Ablegen von Rechercheergebnissen in so genannten Arbeitsmappen zur späteren Wiederverwendung. Überdies können mittels der Datenbank Archivunterlagen (in einem per Ende 2011 geplanten Ausbaus) bestellt werden im Hinblick auf deren Konsultation im Archiv. Die über die Online-Datenbank im Internet zur Verfügung gestellten Findmittel zeigen die archivierten Aktenbestände mit ihrer Archivsignatur und weiteren Ordnungskriterien (etwa Titel, Inhalt und Form, Zeitraum). Ferner ist es mit einer Volltextsuche möglich, die Einträge nach einem bestimmten Stichwort (also etwa auch nach dem Namen einer Person) zu durchsuchen. Die Findmittel werden in der Datenbank aber erst dann publiziert, wenn sie keinerlei Einsichtsbeschränkungen mehr unterliegen.

3. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Da die über die Online-Datenbank für die Öffentlichkeit zugänglichen Verzeichnungsdaten bzw. Findmittel Personendaten und mitunter auch besondere Personendaten enthalten können, und weil ferner die Möglichkeit besteht, einzelne Verzeichnungseinheiten miteinander zu verknüpfen und so Teile eigentlicher Persönlichkeitsprofile zu gewinnen, braucht es für

die Veröffentlichung über Internet eine formell-gesetzliche Grundlage (§ 8 Abs. 2, § 16 Abs. 1 lit. a, § 17 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 [IDG, LS 170.4]). Eine solche existiert bislang nicht, weshalb sie nun durch eine entsprechende Vorschrift im Archivgesetz geschaffen werden soll.

Nach datenschutzrechtlichen Vorgaben muss der Online-Zugriff (Abrufverfahren) ausdrücklich im Gesetz erwähnt sein. Demnach sind Gesetzesformulierungen, wonach Personendaten "öffentlich zugänglich" gemacht oder "zur Verfügung gestellt" werden können, nicht hinreichend bestimmt und bilden keine genügende Grundlage für den Online-Zugriff auf Personendaten. Allerdings kann eine ausdrückliche Nennung des Verwendungszwecks im Gesetz – wie sie aus datenschutzrechtlicher Sicht normalerweise verlangt werden muss – ebenso entfallen wie die Nennung der berechtigten Benutzer: Hauptzweck eines öffentlichen Archivs ist immer und ausschliesslich die Benutzung durch die Öffentlichkeit. Durch die Publikation von Findmitteln im Internet nach dem Ablauf der gesetzlich festgelegten Schutzfristen (siehe dazu sogleich II.) wird diese Benutzung erleichtert.

II. Neuregelung der archivrechtlichen Schutzfristen

1. Unbefriedigende Regelung des Zugangs zu Archivunterlagen mit Personendaten im geltenden Recht

Die öffentlichen Archive stehen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an einer Schnittstelle zwischen Datenschutz auf der einen und Öffentlichkeitsprinzip auf der anderen Seite. Demnach weisen Datenschutzgesetzgebung und Archivgesetz einen engen Zusammenhang auf und sind in hinreichendem Masse aufeinander abzustimmen. Dieser wichtigen Schnittstelle ist im Zusammenhang mit dem Erlass des IDG nur unzureichend Rechnung getragen worden. Zwar wurde mit dem Erlass des IDG auch das Archivgesetz vom 24. September 1995 (ArchivG, LS 432.11) angepasst. Dabei wurde § 10 um einen Abs. 2 ergänzt, gemäss welchem Informationen, die bereits nach IDG zugänglich waren, auch nach ihrer Archivierung zugänglich bleiben. Diese Regelung ist sinnvoll und trägt dem Grundsatz „einmal öffentlich, immer öffentlich“ Rechnung. Dagegen wurde der Schnittstelle zwischen Archivrecht und Informations- und Datenschutzrecht dort nicht ausreichend Rechnung getragen, wo es um den Zugang zu Unterlagen mit Personendaten geht.

Die Problematik lässt sich wie folgt veranschaulichen: Die IDG-Zugangsregelung (§§ 16, 17 und 23 IDG) verlangt für die Bekanntgabe von Informationen mit Personendaten grundsätzlich stets eine Beurteilung und Interessenabwägung im Einzelfall. Im Unterschied zu anderen öffentlichen Organen gehört es aber gerade zur Hauptaufgabe der öffentlichen Archive, ihre Bestände der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Gewährung von Zugang zum Archivgut stellt für öffentliche Archive also ein eigentliches Kern- und Massengeschäft dar, für dessen sinnvolle Abwicklung eine einfache und pragmatische Zugangspraxis unabdingbar ist. Aus diesem Grund ist es in Archivrecht und -praxis von Bund und Kantonen durchwegs üblich und allgemein anerkannt, dass der Zugang zum Archivgut nach Ablauf gesetzlich festgelegter Schutzfristen regelmässig ohne Interessenabwägung im Einzelfall gewährt wird. Um der unterschiedlichen Schutzwürdigkeit der Archivakten dennoch in ausreichendem Masse Rechnung zu tragen, variiert die Dauer der festgelegten Schutzfristen.

Zwar kennt auch das geltende Zürcher Archivgesetz eine Schutzfristenregelung für den Zugang zu Archivbeständen mit Personendaten. Allerdings ist diese Regelung nicht praxistauglich: Sie setzt voraus, dass die Lebensdaten (Geburts- und/oder Todesdatum) der in den

Unterlagen erwähnter Person(en) bekannt sind (§ 11 Abs. 1 ArchivG). Ist dies nicht der Fall, sieht die Archivverordnung zwar vor, dass die Schutzfrist 80 Jahre nach Aktenschliessung endet (§ 4 Abs. 1 ArchivV), allerdings vermag diese Bestimmung auf Verordnungsebene die gemäss § 10 Abs. 1 ArchivG grundsätzlich geltende IDG-Zugangsregelung nicht zu derogieren. Das bedeutet, dass ein öffentliches Archiv, wenn ihm ein Gesuch um Zugang zu Unterlagen mit Personendaten (mutmasslich) noch lebender Personen vorliegt oder es entsprechende Akteninhalte (etwa durch Publikation als Findmittel über Internet) von Amtes wegen zugänglich machen will, stets zuerst prüfen muss, ob eine der Voraussetzungen in §§ 16 bzw. 17 je Abs. 1 IDG gegeben ist. Danach ist eine Bekanntgabe der Unterlagen nur erlaubt, wenn entweder eine gesetzliche Grundlage oder die Einwilligung des Betroffenen dazu ermächtigen oder wenn der Schutz von Leib und Leben oder anderer wesentlicher Rechtsgüter die Bekanntgabe rechtfertigt. Da gesetzliche Ermächtigungen zur Bekanntgabe in der Regel ebenso fehlen wie eine drohende Gefahr für wesentliche Rechtsgüter, wäre ein Archiv – will es seiner Aufgabe entsprechend die verlangten Unterlagen zugänglich machen – regelmässig gezwungen, die Einwilligung noch lebender betroffener Person(en) einzuholen. Das ist jedoch mitunter sehr schwierig, häufig gar unmöglich, da eine ausreichende Individualisierung der betroffenen Person(en) aufgrund der Akten oft nicht möglich ist, etwa weil eindeutige und aktuelle Angaben zur Person (wie etwa Name oder Aufenthaltsort) fehlen. Das führt dazu, dass die Herausgabe entsprechender Unterlagen an Archivnutzer vielfach unterbleiben muss, auch wenn ihr keine oder kaum schutzwürdige Interessen entgegenstehen. Einer praxistauglichen und transparenten Archivnutzung ist damit selbstredend wenig gedient.

2. Neuregelung der Schutzfristen

a) Zweckänderung durch Archivierung

Wenn ein datenbearbeitendes öffentliches Organ seine Unterlagen für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben nicht mehr benötigt, so darf es diese noch höchstens zehn Jahre lang aufbewahren. Spätestens nach Ablauf dieser zehnjährigen Frist hat es die Unterlagen und die zugehörigen Findmittel dem zuständigen Archiv zur Übernahme anzubieten (§ 5 Abs. 2 und 3 IDG, § 8 Abs. 1 ArchivG). Dieses nimmt im Rahmen der ihm obliegenden Überlieferungsbildung eine Bewertung der Unterlagen vor und entscheidet darüber, welche ins Archiv übernommen werden. Unterlagen, die vom zuständigen Archiv nicht übernommen werden, sind vom aktenbildenden öffentlichen Organ zu vernichten. Aus dem Blickwinkel der Informations- und Datenschutzgesetzgebung bedeutet das Gesagte, dass mit der Archivierung von Unterlagen immer und automatisch eine Zweckänderung der Datenbearbeitung einhergeht: Die erstellten Unterlagen dienen nicht mehr unmittelbar einer konkreten Verwaltungsaufgabe, sondern der Sicherung der Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns. Damit erfüllen sie eine wichtige demokratische Funktion, nämlich die Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns und der Partizipation, welche wiederum im Grundrecht auf Information ihren Ausdruck findet. Diese legitime und vom Gesetzgeber vorgesehene Zweckänderung führt dazu, dass die überlieferungswürdigen Unterlagen vom Zeitpunkt der Archivierung an anderen Regeln und Zuständigkeiten unterstehen als vorher: Zum einen ist nunmehr das Archivgesetz als gegenüber den allgemeinen Informationsverwaltungserlassen (wie etwa dem IDG) speziellerer Erlass massgebend und sind zum anderen die Archive – und nicht mehr die aktenbildenden Organe – für die Datenbearbeitung zuständig und verantwortlich. Das bedeutet, dass im Zeitpunkt der Archivierung die Datenherrschaft nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich auf das zuständige Archiv übergeht.

Durch den Übergang der Datenherrschaft und die Änderung des Datenbearbeitungs- bzw. -aufbewahrungszwecks ändern sich auch die Voraussetzungen des Zugangs zu den Unterlagen. Während sich Akten im Verwaltungsgebrauch befinden, können an ihnen Geheimhaltungsinteressen bestehen, denen das Zugangsregime des IDG in optimaler Weise Rechnung trägt. Allerdings nimmt das Interesse an der Vertraulichkeit auch von personenbezogenen Unterlagen mit zunehmendem Abstand vom Zeitpunkt, auf den sich die darin enthaltenen Informationen beziehen, ab. Das Archivgesetz trägt dieser Erfahrungstatsache mit seinen Schutzfristen angemessen Rechnung und ermöglicht gleichzeitig eine effiziente und praxistaugliche Zugangsgewährung durch die Archive.

b) Grundsatz: Freier Zugang zu Archivgut nach Ablauf von 80 Jahren seit Aktenschliessung

Die im vorliegenden Entwurf enthaltenen Bestimmungen über die Schutzfristen ändern die geltende Schutzfristenregelung insofern, als dass sie neu eine absolute Schutzfrist von 80 Jahren nach Aktenschliessung vorsehen. Damit stellt das Archivgesetz als Regel die Vermutung auf, dass nach 80 Jahren seit der Aktenschliessung dem Interesse der Öffentlichkeit am Zugang zu Verwaltungsunterlagen keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Geheimhaltungsinteressen mehr entgegenstehen. Diese gesetzliche Vermutung rechtfertigt sich aus verschiedenen Gründen: Zum einen dürften nach dieser mit 80 Jahren – im Vergleich zur Regelung in den Archivgesetzen des Bundes, anderer Kantone und anderer (europäischer) Länder – sehr langen Schutzfrist kaum mehr private Geheimhaltungsinteressen vorhanden sein, da die betroffenen Personen regelmässig bereits verstorben sind (nach Schweizer Recht endet die Persönlichkeit mit dem Tod einer Person [Art. 31 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907, SR 210], ein postmortaler Persönlichkeitsschutz existiert in der Schweiz – anders als etwa in Deutschland – nicht). Aber auch in Fällen, in welchen betroffene Personen noch leben, lässt sich – wo nichts Gegenteiliges bekannt ist oder vorgebracht wird (vgl. dazu sogleich d) – davon ausgehen, deren Interessen an der Geheimhaltung seien entweder ganz erloschen oder derart geringfügig, dass sie gegenüber den Interessen von Forschung und Öffentlichkeit am Aktenzugang vernachlässigbar sind. Darüber hinaus gilt zu berücksichtigen, dass bei einer 80-jährigen Schutzfrist nicht nur die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person im Zeitpunkt, in welchem ihre Akten zugänglich werden, noch lebt, äusserst gering ist. Auch die Wahrscheinlichkeit, dass sich überhaupt Akten über eine bestimmte Person in einem Archiv befinden, ist relativ klein, weil öffentliche Archive bei Massenakten grundsätzlich immer nur einen Bruchteil der gesamten Überlieferung eines öffentlichen Organs dauerhaft aufbewahren: Nur wenn Verwaltungsakten aufgrund einer fundierten, auf spezifischen fachlichen Kriterien beruhenden Bewertung von Archivarinnen und Archivaren als dauerhaft überlieferungswürdig qualifiziert werden, werden sie von öffentlichen Archiven aufbewahrt. Ohne diese planmässige Auslese und Verdichtung von Unterlagen wäre historische Überlieferung weder nutzbringend noch finanzierbar.

Trotz Statuierung einer 80-jährigen Regelschutzfrist sollen indes die heute geltenden relativen Schutzfristen für Unterlagen mit Personendaten Verstorbener (§ 11 Abs. 1 ArchivG; 30 Jahre nach dem Tod bzw. 100 Jahre seit Geburt einer Person) nicht ganz wegfallen. Wenn die Lebensdaten einer Person bekannt sind und wenn die absolute Schutzfrist von 80 Jahren seit Aktenschliessung durch Anwendung der relativen (an die Lebensdaten gebundenen) Schutzfristen *verkürzt* wird, kann der Zugang zu den entsprechenden Akten auch schon vor Ablauf der Regelschutzfrist gewährt werden. Diese Regelung bezweckt, dass Akten nicht unnötig lange unter Verschluss gehalten werden, wenn eine Person mit Sicherheit verstorben ist.

c) *Ausnahme: Zugang während laufender Schutzfrist*

Das Archivrecht soll grundsätzlich nicht dazu führen, dass Unterlagen, die bereits zugänglich sind, während sie sich noch im Verwaltungsgebrauch befinden, nach ihrer Archivierung wieder unzugänglich werden. Für Unterlagen, die keine Informationen über bestimmte oder bestimmbare Personen enthalten, ist dieser Grundsatz in § 10 Abs. 2 des geltenden Archivgesetzes ausdrücklich festgehalten. Weil die vorgesehene Schutzfristenregelung des Archivgesetzes für Unterlagen mit Personendaten gegenüber dem IDG die speziellere Regelung ist, muss auch der Zugang während laufender Schutzfristen im Archivgesetz geregelt werden. Allerdings sind die Gründe, welche einen vorzeitigen Zugang zu archivierten Unterlagen rechtfertigen, weitgehend auf diejenigen des IDG abzustimmen (vgl. §§ 16 ff. und § 23 IDG) mit dem Unterschied, dass die gesuchstellende Person selbst nachzuweisen hat, dass eine der Zugangsvoraussetzungen vorliegt.

Die Zuständigkeit für den Entscheid über die vorzeitige Zugangsgewährung soll neu abschliessend bei den Archiven – und nicht mehr wie bislang bei den aktenbildenden öffentlichen Organen – liegen. Damit lässt sich ausschliessen, dass sachfremde Eigeninteressen von nicht mit den Arbeitsmethoden von Historikern und Historikerinnen vertrauten Behörden in den Entscheid einfließen. Zudem ermöglicht die neue Zuständigkeitsregelung die Etablierung einer behördenübergreifend einheitlichen und rechtsgleichen Zugangspraxis. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll lediglich dort gelten, wo Unterlagen durch spezielle Berufsgeheimnisse (vgl. dazu hinten e) geschützt sind: In diesen Bereichen entscheiden diejenigen Behörden, welche auch für die Entbindung vom betreffenden Berufsgeheimnis zuständig sind, solange sich die Unterlagen noch im Verwaltungsgebrauch befinden.

d) *Ausnahme: Kein Zugang trotz abgelaufener Schutzfrist*

Dem vorne erwähnten Grundsatz entsprechend, gemäss welchem Archivgut nach 80 Jahren (im Fall von Patientendokumentationen nach 120 Jahren, hinten e) zugänglich wird, sind Zugangsbeschränkungen nach abgelaufener Schutzfrist nur noch in besonders gelagerten Einzelfällen möglich. Ferner obliegt die Entscheidungskompetenz über Zugangsverweigerungen oder -einschränkungen nach Ablauf der Schutzfrist ausschliesslich den zuständigen Archiven. Diese können den Zugang dann verweigern, wenn der Zustand der Archivalien es erfordert, wenn die Vereinbarung mit privaten Deponenten es verlangt oder wenn besonders schützenswerte Interessen vorliegen. Für die Geltendmachung von besonders schützenswerten Interessen bedarf es jedoch besonderer und konkreter Gründe, etwa einer drohenden Gefährdung von Rechtsgütern (z. B. durch eine unmittelbar bevorstehende öffentliche Diffamierung) oder eines zu befürchtenden finanziellen Schadens. Bei der Anwendung dieser Bestimmung obliegt es den zuständigen Archivarinnen und Archivaren, eine umsichtige Interessenabwägung vorzunehmen.

Im Zusammenhang mit allfälligen über die gesetzlichen Schutzfristen hinaus fortbestehenden Geheimhaltungsinteressen ist ferner darauf hinzuweisen, dass auch der Regierungsrat bereits nach geltendem Recht bei Vorliegen wichtiger Gründe für einzelne Aktengruppen die gesetzlichen vorgesehenen Schutzfristen verlängern oder das vorgesehene Einsichtsrecht einschränken oder verweigern kann (§ 18 Abs. 1 lit. a ArchivG).

e) *Sonderfall: Patientendokumentationen*

Auch Patientendokumentationen, die an öffentlichen Spitälern und anderen öffentlichen Alters- und Pflegeinstitutionen erstellt werden, dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind somit Akten öffentlicher Organe im Sinne von § 2 Abs. 1 ArchivG. Damit unterstehen sie

auch der Angebotspflicht an die zuständigen öffentlichen Archive (vgl. § 8 Abs. 1 ArchivG). Als besonders schutzwürdige Daten sind sie aber auch durch das Arzt- bzw. das Patientengeheimnis im Sinne von Art. 321 des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) geschützt. Dieses stellt die Preisgabe von Geheimnissen durch Ärzte und ihre Hilfspersonen unter Strafe und dauert bis zum Tod des Geheimnisträgers (Arzt oder Hilfsperson) und mithin unter Umständen auch über den Tod des Patienten hinaus. Damit nun die Übergabe von Patientendokumentationen an die zuständigen Archive das ärztliche Berufsgeheimnis nicht in strafbarer Weise verletzt, braucht es eine besondere, auf den Geheimnisträger zugeschnittene Gesetzesbestimmung als Rechtfertigungsnorm im Sinne von Art. 321 Ziff. 3 StGB. Diese soll aufgrund ihres engen Zusammenhangs mit der vorliegenden archivrechtlichen Revision im Patientengesetz geschaffen werden.

Wenn Patientendokumentationen schliesslich von den zuständigen Archivarinnen und Archivaren als dauernd überlieferungswürdig qualifiziert und ins Archiv übernommen werden, unterliegen sie – gleich wie die übrigen Akten der öffentlichen Verwaltung – der mit der Archivierung einhergehenden Zweckänderung und der einschlägigen Archivgesetzgebung. Daher kommt auch bei Patientendokumentationen die archivrechtliche Schutzfristenregelung zum Tragen. Aufgrund der hohen Schutzwürdigkeit von Patientendokumentationen rechtfertigt es sich aber, im Archivgesetz eine besonders lange Schutzfrist für diese Akten festzulegen. Der Entwurf sieht deshalb vor, dass Patientendokumentationen nicht bereits nach 80, sondern erst nach 120 Jahren seit Aktenschliessung frei zugänglich werden. Diese lange Schutzfrist gewährleistet nicht nur, dass sämtliche direkt Betroffenen (Patienten, behandelnde Ärzte, Hilfspersonal) bereits verstorben sind, wenn die Akten zugänglich werden, sondern tragen darüber hinaus auch in angemessener Weise den unter Umständen noch vorhandenen Interessen Hinterbliebener Rechnung. Liegen den Archiven dagegen Gesuche um Zugang zu Patientendokumentationen vor Ablauf der Schutzfrist vor, leiten sie diese an die für die Entbindung vom Berufs- bzw. Patientengeheimnis zuständige Behörde (Gesundheitsdirektion) weiter, welche ihrerseits gemäss den für sie geltenden Regeln über den Zugang entscheiden. Damit gilt der Schutz des Arztgeheimnisses faktisch für die gesamte Dauer der Schutzfrist fort.