

## **Draft Code of Conduct for archives services on data protection**

hier: Stellungnahme des VdA vom 25. August 2017

Der VdA - Verband deutscher Archivarinnen und Archivare begrüßt die Absicht der Europäischen Union gemäß Artikel 40 der Datenschutzgrundverordnung einen Verhaltenskodex für Archivverwaltungen zu verabschieden. Der VdA versteht dabei den angestrebten Kodex als willkommene Weiterentwicklung des Code of Ethics des ICA in Bezug auf den Schutz natürlicher Personen hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten und des freien Verkehrs solcher Daten.

### **1. Grundsätzliches**

Der vorliegende Entwurf lässt nicht erkennen, welchen Rechtscharakter er besitzen/erhalten soll. Nach Art. 40 DSGVO können Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, Verhaltensregeln ausarbeiten, mit denen die Anwendung der Verordnung präzisiert wird. Der Entwurf könnte eine Vorlage dafür sein. Es stellt sich allerdings die Frage, wer diesen Kodex in Deutschland einführen sollte.

Der Entwurf beschreibt in Anlehnung an andere Grundsatzpapiere „gute archivische Praxis“. Insoweit geht er in Teilen über die Regelungen der Archivgesetze von Bund und Ländern hinaus. Auf der anderen Seite bleiben gerade die Passagen über die Vorlage von Archivgut und die Rechte Betroffener notgedrungen allgemeiner. Für die öffentlichen Archive stellt sich daher die Frage, ob die Annahme des Kodex neben den archivgesetzlichen Regelungen einen wirklichen Fortschritt bedeutet. Aus rechtlicher Sicht kann das Nebeneinander von detaillierter gesetzlicher Regelung und sich damit überschneidender Selbstverpflichtung ein Problem darstellen, da es nicht zu Normenklarheit führt.

Allerdings kann der Kodex auch keine unmittelbare und alleinige Grundlage für das Handeln von Archiven darstellen, die nicht den Archivgesetzen unterworfen sind, da hierfür auch detailliertere Regelungen notwendig sind. Dennoch ist er als Rahmen durchaus brauchbar, zumal hier im Moment eine Regelungslücke existiert, deren Schließung der VdA begrüßt.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass sich die bisherige gesetzliche Regelung des öffentlichen Archivwesens in Deutschland wie auch in anderen EU-Ländern bewährt hat und auch in Anbetracht der DSGVO beibehalten und weiterentwickelt werden sollte. Freiwillige Selbstverpflichtungen können dies nicht ersetzen. Inwieweit eine EU-Kompetenz zur Regulierung des Archivrechts besteht, sei hier dahingestellt. Europaweite fachliche Standards sind in jedem Falle sinnvoll. Hinsichtlich des Charakters und der Verbindlichkeit des Verhaltenskodex sind noch weitere Überlegungen notwendig, die auch die (archiv)rechtliche Situation in den EU-Mitgliedsstaaten einbeziehen. Der VdA ist bereit, sich an diesen Überlegungen zu beteiligen.

Zu einzelnen Punkten des Kodex möchten wir wie folgt Stellung nehmen:

## **2. Sachfragen**

### **Zu Pkt. 2:**

2.1.2 erklärt, dass „amtliche Archivverwaltungen unter den Anwendungsbereich von Artikel 89 (3) und private Archive unter den Anwendungsbereich von Artikel 89 (2) fallen“. Dies entspricht nicht der deutschen Fassung des Art. 89 Abs. 3, der von im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken spricht (so auch § 28 BDSG neu). Hierunter fallen auch Archive in privater Trägerschaft, die im öffentlichen Interesse tätig sind.

### **Zu Pkt. 3:**

Die Definitionen in 3.1 enthalten einige dem Archivwesen bisher fremde Begriffe, wobei nicht deutlich ist, ob dies nicht auf die vorläufige Rohübersetzung zurückzuführen ist. So ist der Begriff „Mitteilung“ bisher in dieser Bedeutung nicht bekannt; vielmehr müsste es anhand der vorgelegten Definition „Zugang“ heißen. Der Begriff der „Verbreitung“ ist urheberrechtlich besetzt und meint das In-den-Verkehr-Bringen des Originals oder von Werkstücken. Gemeint ist aber hier (urheberrechtlich gesprochen) die Veröffentlichung. Statt „Akten“ sind wohl „Unterlagen“ gemeint (engl. records?).

3.2 stellt Grundregeln auf, die für Archive selbstverständlich sein sollten. Die Kenntnis der einschlägigen Bestimmungen darf nicht auf den betrieblichen Datenschutzbeauftragten beschränkt sein (3.2.6), sondern ist Pflicht aller Verantwortung tragender ArchivarInnen. Hier könnte der Kodex noch geschärft werden.

Wesentlich ist die Unveränderlichkeit des Archivgutes (3.2.11). Anonymisierung und Pseudonymisierung können also nur Benutzungsderivate betreffen. Die Frage der Pseudonymisierung/Anonymisierung stellt sich erst bei der Auswertung als Auflage an NutzerInnen bei der Benutzung von Archivgut, das noch dem Datenschutz bzw. archivischen Schutzfristen unterliegt.

### **Zu Pkt. 4:**

Zu 4.1.1: ... ihren Auftrag und ihre Strategie hinsichtlich der Übernahme beachten. Da Archive i.d.R. nicht erwerben, sondern im gesetzlichen Auftrag übernehmen.

Zu 4.1.2: Wir schlagen vor diesen Absatz ersatzlos zu streichen. Archive pseudonymisieren nicht, sondern erschließen. Sind personenbezogene Daten darunter, unterliegen auch diese den archivischen Schutzfristen und erforderlichenfalls werden personenbezogenen Angaben anonymisiert.

Zu 4.3.8: Die Bestimmung, dass nicht erwartet wird, dass die Archive prüfen, ob Betroffene noch leben, kollidiert mit dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 der (einheitlichen) Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder. Das jeweilige Archiv hat gegenüber den Betroffenen eine Schutzpflicht, die es zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen verpflichtet.

Zu 4.3.9: Von dem Instrument der sog. Verpflichtungserklärung sollte man sich endlich verabschieden. Die Verpflichtungserklärung suggeriert, dass letztlich die BenutzerInnen die alleinige Verantwortung tragen, was nicht der Fall ist. Das Archiv hat die Genehmigung der Einsicht in das Archivgut ggf. mit entsprechenden konkreten Nebenbestimmungen nach § 36 VerwVfG zu erteilen und die Einhaltung dieser Nebenbestimmung (z.B. Anonymisierung von Namen) ggf. auch zu kontrollieren. Diese Nebenbestimmungen müssen ein konkretes Tun oder Unterlassen vorschreiben. Der bloße Hinweis auf die Rechtslage (z.B. nur "Wahrung des Persönlichkeitsrechts einhalten") ist nicht ausreichend. Damit würde nämlich die hoheitliche Aufgabe, den Schutz der Betroffenen zu garantieren, auf Private delegiert. Dafür fehlt die gesetzliche Grundlage. Nicht die Benutzer prüfen, was erforderlich ist, sondern das Archiv muss dies tun. Das heißt, dass man eben unter Umständen unbequeme Entscheidungen treffen muss. Dies gilt auch für die in 5.4 genannte Verpflichtungserklärung.

Zu 4.3.11: Die rechtliche Beratung der BenutzerInnen, wie mit der Benutzungsgenehmigung und den damit verbundenen Auflagen umzugehen ist, müssen sich die BenutzerInnen selber, ggf. bei einem Rechtsanwalt, beschaffen. Da ein Verwaltungsakt, vor allem wenn er mit Nebenbestimmungen versehen ist, zu begründen ist (§ 39 VerwVfG), ist auf diese Weise die Rechtsauffassung des Archivs dargelegt. Im Vorfeld der Antragstellung hat die Beratung des Antragstellers im Rahmen des § 25 VerwVfG zu erfolgen.

#### **Zu Pkt. 6:**

Die Ausführungen zur Einführung erscheinen problematisch und gehen über die Bestimmungen in Art. 40 DSGVO hinaus. In Deutschland wird die Arbeit der öffentlichen Archive durch die Archivgesetze des Bundes und der Länder geregelt. Hierbei sollte es bleiben. Eine verpflichtende Zeichnung des Kodex durch öffentliche Archive ist nach dem oben Gesagten nicht erforderlich. Private Archive können den Kodex in ihren Satzungen und Ordnungen für verbindlich erklären.

Die Schaffung eines „nationalen Referenten“ könnte bedeuten, auch für private Archive eine Form von staatlicher Aufsicht zu etablieren.

Der Entwurf lässt offen, was der konkrete Nutzen eines solchen Referenten sein könnte, wenn die Zeichnung freiwillig ist und dieser keine definierten Sanktionsmöglichkeiten besitzt. Hier empfehlen wir die Konkretisierung des Entwurfs.

### **3. Formulierungsfragen**

In den Definitionen wird „Archivverwaltung“ gemäß Unionsrecht definiert (S. 7). Zu Beginn des Textes wird durchgängig „Archivverwaltung“ verwendet, weiter dann häufig auch „Archive“ – ist die Unterscheidung rechtlich relevant? Sonst könnte das bürokratische Wortungetüm vermieden werden und überall „Archive“ oder „öffentliche Archive“ verwendet werden. Z.B. „6.1.2 Die Zeichnung dieses Kodex sollte für öffentliche Archive verpflichtend sein.“

Fulda, 25. August 2017