



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 38 DSG

Eine Kommentierung von Claudia Schreiber

Herausgegeben von Thomas Steiner / Anne-Sophie Morand / Daniel Hürlimann

Stand der Bearbeitung: 29.03.2024

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20240329-085612-0

ZITIERVORSCHLAG

Claudia Schreiber, Kommentierung zu Art. 38 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schreiber, Art. 38 DSG N. XXX.

Art. 38 Angebot von Unterlagen an das Bundesarchiv

¹ In Übereinstimmung mit dem Archivierungsgesetz vom 26. Juni 1998 bieten die Bundesorgane dem Bundesarchiv alle Personendaten an, die sie nicht mehr ständig benötigen.

² Sie vernichten die vom Bundesarchiv als nicht archivwürdig bezeichneten Personendaten, es sei denn:

a. diese werden anonymisiert;

b. diese müssen zu Beweis- oder Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person aufbewahrt werden.

GLIEDERUNG

I. In Kürze	3
II. Allgemeines	3
A. Entstehungsgeschichte.....	3
B. Anwendungsbereich	5
C. Begriffe.....	5
III. Unterlagen anbieten im Kontext der prospektiven Bewertung (Abs. 1)	6
IV. Personendaten, die nicht mehr ständig benötigt werden (Abs. 1).....	8
V. Vernichtung von nicht archivwürdigen Unterlagen (Abs. 2).....	8
VI. Anonymisierung von Personendaten (Abs. 2 lit. a).....	9
VII. Aufbewahrung zu Beweis- oder Sicherheitszwecken, Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person (Abs. 2 lit. b).....	9
VIII. Umsetzung mit Missverständnissen	9
IX. Würdigung	11
Literaturverzeichnis.....	12
Materialienverzeichnis	12

I. IN KÜRZE

- 1 Art. 38 DSG kommt eine bedeutende Brückenfunktion zwischen dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) und dem Bundesgesetz über die Archivierung (BGA) zu.
- 2 Heute kann Art. 38 DSG Anlass zu Missverständnissen bieten, da sich die Archivierungspraxis auf Bundesebene verändert hat, insbesondere im Zusammenhang mit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010.

II. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

- 3 Dass der Datenschutz, die Archivierung und die auf archivierte Unterlagen angewiesene historischen Forschung unterschiedliche Interessenslagen aufweisen, ist bereits hinlänglich thematisiert worden.¹ Im Zusammenhang mit der Erarbeitung des ersten Bundesgesetzes über den Datenschutz Ende der 1970er Jahre ist in Teilen der Archivwelt die Befürchtung aufgekommen, dass die Datenschutzbestrebungen zu einer «zunehmenden Vernichtungs-/Löschungstendenz» und einer «Zurückhaltung in der Benutzungs- bzw. Bewilligungspraxis einzelner Dienststellen» führen könnten.² Diese Befürchtungen waren insbesondere auch deshalb aufgekommen, weil die Erarbeitung des ersten Datenschutzgesetzes auf Bundesebene in einer Zeit erfolgte, als die Archivierung auf Bundesebene lediglich auf Stufe von Reglementen und Weisungen reguliert wurde.³
- 4 Anfänglich schien es, als ob sich das neue Datenschutzgesetz der Frage der Archivierung von Personendaten ausführlich annehmen würde, schlug die Arbeitsgruppe Datenschutz in der Bundesverwaltung doch vor, einen Art. 20 zu erarbeiten, der unter dem Titel «Vernichtung und Archivierung der Daten» bzw. «Archivierung und Vernichtung der Daten» eine ausführliche Regelung für die Archivierung von (Personen-)Daten enthalten sollte: In einem Entwurf der Arbeitsgruppe heisst es: «Datenträger mit dauernd wertvollen Daten können im Bundesarchiv über die Zeit der ursprünglich notwendigen Bearbeitung hinaus archiviert (Var.: aufbewahrt) werden; ihre weitere Bearbeitung ist nur im Rahmen der Vorschriften für das Bundesarchiv zulässig.»⁴
- 5 Dieser Vorschlag fand jedoch in der Folge keinen Anklang. Auf eine Spezialregelung hinsichtlich der Archivierung von Daten wurde verzichtet⁵: Der damalige Art. 18 Abs. 2 E-DSG ebenso wie der Art. 21 des ersten DSG vom 19. Juni 1992 strichen die Archivierung aus dem Titel und hielten unter dem Titel «Anonymisieren und Vernichten von Personendaten» fest, dass Bundesorgane Personendaten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten müssen, soweit «die Daten nicht Beweis- oder Sicherungszwecken dienen» oder «dem Bundesarchiv abzuliefern sind».⁶ Damit wurde die Grundlage für den Charakter des heutigen Art. 38 DSG gelegt.
- 6 Kurz nach Inkrafttreten des ersten DSG auf Bundesebene im Jahr 1992 beauftragte der Bundesrat mit Beschluss vom 18. August 1993 das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) mit der Erarbeitung eines Vorentwurfs für die Schaffung eines Bundesgesetzes über die Archivierung. In der Folge wurden

1. Vgl. u.a. BAR, E3120B#1996/434#391*. Entwurf 12. 1983 Vernehmlassungsverfahren bei den Kantonen politischen Parteien und intern. Organisationen.

2. Graf, S. 95.

3. Botschaft BGA 1997, S. 945.

4. Schweizerisches Bundesarchiv, E4110B#1992-42#319*, Arbeitspapier IV, Erste Lesung des Gesetzesentwurfs, S. 32.

5. Botschaft DSG 1988, S. 473.

6. Botschaft DSG 1988, S. 522.

die Arbeiten von einer interdepartementalen Arbeitsgruppe an die Hand genommen.⁷ Der Bedarf für eine rechtliche Grundlage für die Archivierung in einem formellen Bundesgesetz ergab sich aus den offensichtlichen Umwälzungen im Archivierungsbereich (u.a. durch die massive Zunahme des Umfangs der durch Bundesstellen produzierten Akten nach dem Zweiten Weltkrieg und die vermehrte Produktion von elektronischen Unterlagen im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts) sowie aus der Forderung nach einer «Verwirklichung eines angemessenen Datenschutzes», wie die Botschaft über das Bundesgesetz über die Archivierung vom 26. Februar 1997 darlegt.⁸

- 7 Gleichzeitig wurde in der Botschaft zum BGA festgehalten, dass das Recht auf eine Einsichtnahme ins Archivgut nicht das Recht auf ungeprüfte Bekanntmachung oder unkritische Weitergabe von Personendaten bedeute. Vielmehr zwingt das Recht auf eine Einsichtnahme ins Archivgut «zur kritischen Überprüfung des Inhalts archivierter Unterlagen und zur zeitgerechten Interpretation und Darstellung unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes», diese Verantwortung obliege den Benutzerinnen und Benutzern des Archivs⁹. Hier ist anzumerken, dass bei noch in der Schutzfrist stehenden Unterlagen, die nicht bereits vor der Ablieferung öffentlich zugänglich waren (vgl. Art. 9 Abs. 2 BGA) im Rahmen der Bearbeitung von Einsichtsgesuchen nach Art. 13 BGA vorab durch die abliefernde Stelle gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b geprüft wird, ob nicht **überwiegende private Interessen** einer Einsicht vor Ablauf der Schutzfrist entgegenstehen und ob allenfalls die Einsicht unter Auflagen und Bedingungen, wie etwa einer Anonymisierung von Personendaten, gewährt werden soll (Art. 13 Abs. 3 BGA).
- 8 Mit Inkrafttreten des BGA im Jahr 1999 wurden die Fragen des Datenschutzes im Bereich der Archivierung nun auch aus einer Archiv-Perspektive adressiert. Mit der Einführung der **Schutzfristenregelung** und der damit geschaffenen Möglichkeit, in bestimmten Fällen die Schutzfrist für die Einsichtnahme in Unterlagen zu verlängern (Art. 11 und 12 BGA), strebte das BGA explizit eine «Harmonisierung»¹⁰ an. Da Archivgut nicht verändert werden darf (Art. 14 Abs. 4 BGA), ergänzt der Bestreitungsvermerk gemäss Art. 15 Abs. 3 BGA die Schutzfristenregelung. Weiter wird gemäss Art. 14 Abs. 2 BGA bei Personendaten die Einsichtnahme der aktenbildenden bzw. abliefernden Stelle während der Schutzfrist eingeschränkt, sofern nicht die Ausnahmetatbestände gemäss Art. 14 Abs. 1 (lit. a-d) vorliegen. So wird gemäss Botschaft zum BGA sichergestellt, dass «einerseits die Interessen der Betroffenen zu schützen sind, andererseits aber auch die im öffentlichen Interesse liegende (historische) Forschung nicht behindert werden soll.»¹¹
- 9 Das **neue BGA** wirkte nun also auf das bereits bestehende Datenschutzgesetz ein. Allerdings regulierte das Datenschutzgesetz bis 2006 in Artikel 21 die Ablieferung von Personendaten an das Bundesarchiv lediglich als Ausnahmeerscheinung zur Anonymisierung und Vernichtung.
- 10 Eine **bedeutende Änderung** erfuhr der heutige Artikel 38 DSGVO jedoch im Jahr 2008 (Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 24. März 2006, in Kraft seit 1. Jan. 2008). Neu war demgemäss nun die Archivierung von Personendaten keine Ausnahmeerscheinung des Vernichtens oder Anonymisierens mehr. Vielmehr wurde jetzt auf das inzwischen in Kraft getretene neue Bundesgesetz über die Archivierung Bezug genommen. Dieses Gesetz führt mit den Begriffen «Angebot» resp. «Anbieten» und «Archivwürdigkeit» nun auch Konzepte aus der Archivwelt in das Datenschutzgesetz ein.
- 11 Seit 2008 ist Art. 21 des aDSG, der heutige Artikel 38 des am 1. September 2023 in Kraft getretenen neuen DSGVO im Kern unverändert geblieben, der Vollzug der Archivgesetzgebung auf Bundesebene

7. Botschaft BGA 1997, S. 949.

8. Botschaft BGA 1997, S. 944.

9. Botschaft BGA 1997, S. 958.

10. Botschaft BGA 1997, S. 957.

11. Botschaft BGA 1997, S. 958.

hingegen hat sich in dieser Zeit signifikant weiterentwickelt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

B. Anwendungsbereich

- 12 Art. 38 DSG richtet sich an alle Bundesorgane gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG. Das BGA führt in Art. 1 Abs. 1 alle Stellen auf, deren Archivierung das BGA regelt. Normadressat ist auch das Bundesgericht, das gemäss Art. 1 Abs. 3 zwar die Archivierung seiner Unterlagen selbst regelt, dies jedoch nach den Grundsätzen des BGA und nach Anhörung des Schweizerischen Bundesarchivs (BAR).
- 13 Indirekt kann Art. 38 DSG auch für Aktenbildner gemäss Art. 17 Abs. 2 BGA von Bedeutung sein, also für **Personen des privaten oder öffentlichen Rechts** von gesamtschweizerischer Bedeutung, die ihre Unterlagen dem BAR für eine sichere und sachgemässe Aufbewahrung und Vermittlung freiwillig übergeben. Regelmässig verweisen die entsprechenden Schenkungs- und Hinterlegungsverträge darauf, dass die Unterlagen für Einsichtnahme denselben Bestimmungen wie die Unterlagen des Bundesstaates (Art. 9 ff. des Bundesgesetzes über die Archivierung, BGA) gelten.¹² Folglich ist davon auszugehen, dass ohne anderslautende Vereinbarung zwischen Aktenbildner und dem BAR auch archivwürdige Unterlagen aus Privatarchive, die Personendaten darstellen oder enthalten, analog Art. 38 DSG und namentlich unter Anwendung der Schutzfristenregelung gemäss Art. 9 ff. an das BAR abgeliefert werden können.
- 14 Zur Frage, ob sich Art. 38 DSG nur auf Personendaten beziehen kann, deren Beschaffung resp. Bearbeitung rechtmässig erfolgte, ist mit Epiney¹³ und anderen daraufhin hinzuweisen, dass der Forderung nach einer systematischen Vernichtung von Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, die in ganz oder teilweise gesetzeswidriger Art und Weise beschafft und bearbeitet wurden, je nach Ausgangslage ein öffentliches Interesse gerade an der Erhaltung von Unterlagen entgegensteht, die von der Verwaltung in rechtswidriger Art und Weise erstellt wurden. Ausserdem würde eine solche strikte Regelung die Grundsätze und Ziele des BGA ebenso wie allfällige Einsichtsbegehren Betroffener, bspw. im Hinblick auf Entschädigungsansprüche unterlaufen¹⁴. Die **Staatsschutzfichen** beispielsweise, die an das BAR abgeliefert wurden¹⁵, sind sowohl in rechtlicher, politischer wie historischer Sicht wertvolle Unterlagen des Bundes, welche die Geschäftspraxis von Bundesbehörden dokumentieren, wie dies Art. 2 Abs. 1 BGA postuliert.

C. Begriffe

- 15 Wo Archivgesetzgebung und Datenschutzgesetzgebung – wie in Art. 38 DSG – miteinander in Berührung kommen, prallen unterschiedliche Perspektiven und Begriffs-Welten aufeinander. Die Archivgesetzgebung orientiert sich am «Unterlagen»-Begriff. **Unterlagen** sind nach Art. 3 Abs. 1 BGA «alle aufgezeichneten Informationen, unabhängig vom Informationsträger, welche bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes empfangen oder erstellt worden sind, sowie alle Hilfsmittel und ergänzenden Daten, die für das Verständnis dieser Informationen und deren Nutzung notwendig sind.» Die Datenschutzgesetzgebung hingegen spricht von **Personendaten**, die in Art. 3 lit. a DSG als «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen», definiert werden. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Begriffe zueinander stehen. Für die

12. Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag, Ziffer 4.2.

13. CR-Epiney, Art. 38 DSG N. 7.

14. Vgl. dazu BAR, E3120B#1995/16#379* und E3120B#1995/16#374*. In E3120B#1995/16#374* vgl. insbesondere das Argumentarium «Staatsschutzakten – Archivieren oder Vernichten?» vom 8.11.1991 des Staatsarchivars des Kantons Basel-Landschaft.

15. Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen.

nachfolgenden Ausführungen wird postuliert, dass Personendaten gleichzeitig eine Subkategorie und eine mögliche Eigenschaft von aufgezeichneten Informationen (Unterlagen) sind. Mit anderen Worten: Personendaten sind immer Unterlagen im Sinne des BGA. Umgekehrt können Unterlagen Personendaten enthalten, müssen aber nicht.

- 16 Artikel 38 DSG schlägt mit der Verwendung der Begriffe «**Angebot**» bzw. «**Anbieten**» eine weitere Brücke zum BGA. Die Begriffe Angebot bzw. Anbieten werden im BGA und der entsprechenden Ausführungsgesetzgebung allerdings unterschiedlich eingesetzt und ihre Bedeutung hat sich in den letzten fünfzehn Jahren teilweise verändert.
- 17 Einerseits spricht das BGA von den «anbietepflichtigen Stellen» und umreisst damit in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 BGA das Verhältnis zwischen dem BAR und den Bundesstellen, die der Weisungspflicht des BAR unterstehen und dem BAR gegenüber anbietepflichtig sind. Andererseits umschreiben die Begriffe «Angebot» und «Anbieten» aber auch Arbeitsschritte im **Lebenszyklus** von Unterlagen. Diese Arbeitsschritte stehen im Zusammenhang mit der Bewertung von Unterlagen und sind Gegenstand eines bedeutenden Praxiswechsels, dem Wechsel von der retrospektiven zur prospektive Bewertung, der im Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv im Jahr 2010 beschrieben wird.¹⁶ Auf diesen Praxiswechsel wird in den nachfolgenden Kapiteln eingegangen.

III. UNTERLAGEN ANBIETEN IM KONTEXT DER PROSPEKTIVEN BEWERTUNG (ABS. 1)

- 18 Im Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv, das 2010 publiziert wurde, wird im Grundsatz die Abkehr von der retrospektiven Bewertung zugunsten der prospektiven Bewertung postuliert.¹⁷
- 19 Während bei der retrospektiven Bewertung bereits erstellte Unterlagen hinsichtlich ihrer Archivwürdigkeit bewertet werden,¹⁸ sieht die **prospektive Bewertung** vor, Unterlagen bereits vor ihrer Erstellung zu bewerten.¹⁹ Diese Bewertung erfolgt bei der Erarbeitung bzw. der Revision von Ordnungssystemen gemäss Artikel 7 und 8 der GEVER-Verordnung.²⁰ Ordnungssysteme werden von Bundesstellen erarbeitet und im Fall von anbietepflichtigen Stellen vom BAR geprüft und genehmigt, sofern sie den Anforderungen des BGA bzw. der Ausführungsbestimmungen zum RVOG genügen.²¹ In einem Ordnungssystem werden Unterlagen-Serien auf Stufe Rubrik²² bewertet, das heisst, es wird festgehalten, ob die Unterlagen, die im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung einer Bundesstelle anfallen werden, vollständig, teilweise (Selektion oder Sampling) oder gar nicht archivwürdig sind.²³

16. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung.

17. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 5.

18. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 25, definiert die retrospektive Bewertung als Bewertung von Unterlagen nach ihrem Entstehen.

19. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 25, definiert die prospektive Bewertung als Bewertung von Unterlagen vor ihrem Entstehen auf der Grundlage eines Unterlagenverzeichnisses (z. B. Ordnungssystem).

20. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 8: Die Notwendigkeit für die prospektive Bewertung führt das BAR auf das «verstärkte Interesse an rationellem und integriertem Information Life Cycle Management, das in der Umstellung auf elektronische Geschäftsverwaltung Ausdruck findet» zurück. Diese Umstellung auf die elektronische Geschäftsverwaltung (GEVER) «schafft sowohl die Voraussetzung als auch die Notwendigkeit, die prospektive Bewertung innerhalb der nächsten Jahre flächendeckend auszubauen».

21. U.a. Verordnung vom 03.04.2019 über die elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung (SR 172.010.441; nachfolgend: GEVER-Verordnung) sowie Weisungen Aktenführung.

22. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 26: Die Rubrik ist die unterste Position im Ordnungssystem. Den Rubriken werden Dossiers zugeordnet.

23. Im Rahmen der Erarbeitung bzw. Revision von Ordnungssystemen werden auf Stufe Rubrik zudem Metadaten zum Datenschutz erfasst, vgl. Art. 8 Abs. 2 GEVER-Verordnung.

Nur geschäftsrelevante Unterlagen werden bewertet, nicht geschäftsrelevante Unterlagen gelten nicht als Unterlagen im Sinne des BGA und unterliegen der Anbietepflicht nicht.²⁴

- 20 Der Wechsel auf die prospektive Bewertung blieb nicht ohne Folgen für die Bedeutung des Begriffs «Angebot» bzw. «Anbieten». Bei der retrospektiven Bewertung in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 BGA wurden bestehende Unterlagenserien dem BAR von den nicht selbständig archivierenden Stellen mit einem Vorschlag zur rechtlich-administrativen Bewertung (**Angebot zur Übernahme**) angeboten und das BAR nahm jeweils zusätzlich eine rückwirkende Bewertung aus historisch-sozialwissenschaftlicher Perspektive vor.
- 21 Mit der Einführung der prospektiven Bewertung erfolgen im Lebenszyklus von Unterlagen zu zwei unterschiedlichen Zeitpunkten «Angebote» an das BAR. Die Bewertung von Unterlagen erfolgt im Rahmen der Erarbeitung oder Aktualisierung eines Ordnungssystems und ist als **Angebot zur Bewertung** zu verstehen.²⁵ Die in der Folge erstellten archivwürdigen Unterlagen²⁶ werden dem BAR zu einem späteren Zeitpunkt zur Ablieferung angemeldet²⁷ (d.h. Übermittlung von Dateien inkl. Meta- und Verzeichnungsdaten enthaltende Submission Information Packages SIP bei der Ablieferung von elektronischen Unterlagen oder von Papierdossiers enthaltenden Archivschachteln bei Papierablieferungen). Die Bewertung von Unterlagen in Zusammenarbeit zwischen Aktenbildnern und dem BAR und die Übermittlung resp. Ablieferung von Unterlagen an das BAR fallen also seit der Einführung der prospektiven Bewertung zeitlich nicht mehr zusammen.
- 22 Wie oben angedeutet, ist sowohl bei der vor 2010 mehrheitlich praktizierten retrospektiven Bewertung wie auch bei der prospektiven Bewertung nach 2010 neben dem BAR die betroffene Bundesstelle an der Bewertung beteiligt. Die aktenbildende Bundesstelle bewertet die Unterlagen pro Rubrik in **rechtlich-administrativer** Hinsicht. Diese Bewertung wird von der Geschäftsleitung/Direktion der betroffenen Bundesstellen verantwortet und stellt sicher, dass den fachlichen, rechtlichen und politischen Aspekten Rechnung getragen wird.²⁸ Das BAR überprüft in einem zweiten Schritt die rechtlich-administrative Bewertung der aktenbildenden Stelle und nimmt zusätzlich eine Bewertung nach **historisch-sozialwissenschaftlichen** Kriterien vor. Fällt eine der beiden Bewertungen positiv aus, gelten die Unterlagen als (vollständig oder teilweise in Form von Sampling oder Selektion) archivwürdig.²⁹ Ausnahmsweise kann die prospektive Bewertung einer nachträglichen Überprüfung unterzogen werden.³⁰

24. Geschäftsrelevant sind Informationen gemäss Art. 2 Abs. 2 GEVER-Verordnung, die für den Nachweis der Geschäftstätigkeit im Sinne von Artikel 22 RVOV notwendig sind.

25. Sobald ein bewertetes, vom BAR abgenommenes Ordnungssystem vorliegt, wird in der Regel auch ein retrospektiv komplettes Angebot erstellt, das in Tabellenform detailliert verzeichnet, welche Papierunterlagen, elektronischen Unterlagen und Fachanwendungen beim Aktenbildner vorhanden sind. Durch Zuordnung der Unterlagen-Serien zum Ordnungssystem wird dessen Bewertung übernommen.

26. Sofern ein Ordnungssystem Aufgaben umfasst, die vom betroffenen Bundesorgan bereits vor Inkrafttreten des BGA durchgeführt wurden, kann die im Ordnungssystem hinterlegte Bewertung auch für Unterlagen hinzugezogen werden, die vor Inkrafttreten des Ordnungssystems entstanden sind (retrospektives komplettes Angebot, vgl. Fn. 25).

27. Vielfach wird für diesen Vorgang auch der Begriff «anbieten» verwendet. Die aktuelle Emailadresse des BAR-Dienstes, bei dem Ablieferungen angemeldet werden, lautet denn auch anbieten.abliefern@bar.admin.ch.

28. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 15.

29. Vgl. Art. 6 Abs. 2 VBGA: Besteht zwischen dem Bundesarchiv und der anbietepflichtigen Stelle Uneinigkeit über die Archivwürdigkeit von Unterlagen, so werden diese archiviert. Die Federführung des BAR, wie sie in Art. 7 Abs. 1 BGA angeführt ist, bezieht sich demnach nicht auf den Bewertungsentscheid, sondern ist organisatorischer Natur.

30. Ausnahmsweise wird eine bestehende prospektive Bewertung nachträglich geprüft und unter Umständen abgeändert, vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 18. Fallen bei einem Aktenbildner neue Aufgaben an oder verändern sich Aufgaben in grundsätzlicher Art und Weise, wird das Ordnungssystem aktualisiert, d.h. auch die prospektive Bewertung wird zusätzlich für die neuen resp. veränderten Aufgaben durchgeführt.

IV. PERSONENDATEN, DIE NICHT MEHR STÄNDIG BENÖTIGT WERDEN (ABS. 1)

- 23 Die Literatur behandelt die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, oftmals ohne den Bezug zum Unterlagenkontext. Diese Betrachtungsweise kann in der Praxis kaum umgesetzt werden. Denn Personendaten sind immer Unterlagen im Sinne des BGA, es sei denn, sie sind nicht geschäftsrelevant. Das BGA legt in Art. 6 fest, dass Unterlagen dann an das BAR abzuliefern sind, wenn sie nicht mehr ständig benötigt werden.
- 24 Würde man davon ausgehen, dass die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, anders beantwortet werden müsste als die Frage, wann Unterlagen nicht mehr ständig benötigt werden, dann ergäbe sich daraus die Schlussfolgerung, dass archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, möglicherweise zu einem anderen Zeitpunkt an das BAR abzuliefern sind als Unterlagen, die keine Personendaten enthalten oder darstellen. Das BGA geht aber davon aus, dass das **Geschäftsdossier die massgebliche Einheit** ist, die einer Archivierung zugeführt wird.³¹ Geschäftsdossiers sind diesbezüglich oftmals gemischter Natur: Sie bestehen sowohl aus Unterlagen, die Personendaten enthalten wie auch Unterlagen, die keine Personendaten enthalten oder darstellen. Es liegt für Bundesbehörden deshalb nahe, die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, im Unterlagenkontext zu betrachten und die Ausführungsbestimmungen des BGA in dieser Frage zu beachten.
- 25 Gemäss Art. 4 Abs. 1 VBGA gelten Unterlagen als nicht mehr ständig benötigt³², wenn die anbietepflichtige Stelle keinen häufigen, regelmässigen Gebrauch mehr von ihnen macht, jedoch spätestens fünf Jahre nach dem letzten Aktenzuwachs. Art. 3 Abs. 1 der Weisungen über die Anbietepflicht und die Ablieferung von Unterlagen an das Schweizerische Bundesarchiv vom 28. September 1999 sieht weiter vor, dass die anbietepflichtigen Stellen ihre Ablagen und Informationsspeicher regelmässig, mindestens aber alle 5 Jahre im Hinblick auf Unterlagen überprüfen, die sie nicht mehr häufig und regelmässig brauchen. Art. 4 Abs. 2 VBGA und Art. 3 Abs. 2 der Weisungen regeln die Verlängerung dieser Frist. Art. 4 Abs. 3 VBGA und Artikel 3 Abs. 3 der Weisungen regeln zusätzlich Fälle von verkürzten Fristen. Für gewisse Unterlagen-Kategorien gelten gemäss Art. 4 Abs. 3 VBGA und Art. 4 der Weisungen spezifischere Vorgaben.³³
- 26 Seit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010 sind diese Fristen als Frist zur Ablieferung von bereits bewerteten, also archivwürdigen Unterlagen an das BAR zu verstehen.

V. VERNICHTUNG VON NICHT ARCHIVWÜRDIGEN UNTERLAGEN (ABS. 2)

- 27 Zum Bearbeitungsvorgang des Vernichtens wird auf Art. 5 lit. d sowie Art. 6 Abs. 4 DSG verwiesen.
- 28 Die in Absatz 2 von Art. 21 verwendete Formulierung «vom Bundesarchiv als nicht archivwürdig bezeichneten Personendaten» ist **missverständlich**, da, wie oben dargelegt, die Bewertung von Unterlagen (und damit auch von Personendaten) nicht allein vom BAR, sondern von der aktenbildenden Stelle gemeinsam mit dem BAR vorgenommen wird. Seit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010 ist im Moment der Speicherung von Unterlagen in der elektronischen Geschäftsverwaltung (GEVER) aufgrund der Anbindung des entsprechenden Geschäftsdossiers (oder einer Fachanwendung) an eine Rubrik im bewerteten Ordnungssystem klar

31. Vgl. Art. 10 BGA sowie Art. 7 Abs. 2 GEVER-Verordnung sowie Art. 3 Abs. 4 der Weisungen

32. Die Formulierung «und müssen deshalb dem Bundesarchiv angeboten werden» in Art. 4 Abs. 1 VBGA ist vor dem Hintergrund der prospektiven Bewertung als Angebot zur Bewertung zu verstehen.

33. Vgl. Art. 4 der Weisungen Anbietepflicht.

ersichtlich, ob die Unterlagen, welche Personendaten enthalten oder diese darstellen, archivwürdig sind (teilweise oder vollständig) oder nicht.

- 29 In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass die Vernichtung von Unterlagen zu protokollieren ist und dass die daraus resultierenden Kassationsprotokolle dem BAR zuzustellen sind.³⁴

VI. ANONYMISIERUNG VON PERSONENDATEN (ABS. 2 LIT. A)

- 30 Zum Begriff der Anonymisierung wird auf die Kommentierung von Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG sowie Art. 6 Abs. 4 DSG verwiesen. Abs. 2 lit. a DSG ermöglicht es Bundesbehörden, nicht archivwürdige Unterlagen oder Unterlagen, die nur als teilweise archivwürdig bewertet sind (Sampling oder Selektion), die nicht mehr ständig benötigt werden, aufzubewahren bzw. vollständig aufzubewahren, sofern diese anonymisiert werden. Bei einer solchen Aufbewahrung kann es sich aber seit der Umstellung auf die elektronische Geschäftsverwaltung nur um eine **zeitlich begrenzte** Aufbewahrung und nicht um eine Archivierung im Sinne des BGA handeln, da den Bundesbehörden nur im Rahmen der Ablieferung an das BAR die für eine elektronische Langzeitarchivierung nötige Infrastruktur zur Verfügung steht.

VII. AUFBEWAHRUNG ZU BEWEIS- ODER SICHERHEITZWECKEN, WAHRUNG DER SCHUTZWÜRDIGEN INTERESSEN DER BETROFFENEN PERSON (ABS. 2 LIT. B)

- 31 Im Rahmen der administrativ-rechtlichen Bewertung prüft die aktenbildende Stelle, ob Unterlagen dauerhaft aufzubewahren sind. Der Einbezug der Aktenbildner soll sicherstellen, dass den «fachlichen, rechtlichen und politischen Aspekten bei der Bewertung sorgfältig Rechnung getragen wird».³⁵ Archivwürdig sind Unterlagen aus rechtlich-administrativer Perspektive insbesondere dann, wenn sie dem Nachweis der Geschäftspraxis dienen, rechtliche Relevanz aufweisen oder der Gewährleistung der Rechtssicherheit dienen.³⁶
- 32 Wenn Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, zu Beweis- oder Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen aufbewahrt werden müssen, sind sie in der Regel bei der rechtlich-administrativen Bewertung bereits als archivwürdig bewertet worden. Als Anwendungsfälle von Art. 38 Abs. 2 lit. b DSG sind demnach, wie in den Fällen von Art. 38 Abs. 2 lit. a DSG, nur Personendaten zu erwarten, die in Unterlagen enthalten sind oder Unterlagen darstellen, die im Rahmen der prospektiven Bewertung als nicht archivwürdig bewertet wurden oder bei einer teilweisen Archivwürdigkeit nicht Teil des zu archivierenden Samples resp. Teil der zu archivierenden Selektion sind. Denkbar sind beispielsweise nicht archivwürdige Buchhaltungsbelege, die als Beweismittel in einem laufenden oder sich anbahnenden Verfahren zum Einsatz kommen.

VIII. UMSETZUNG MIT MISSVERSTÄNDNISSEN

- 33 In der Praxis wird Art. 38 DSG aber noch nicht durchgehend in diesem Sinne verstanden, wie sich in der Literatur³⁷ und Rechtsprechung zeigt. Im Entscheid A-4236/2021 des BVGer vom 21. März 2023, der sich auf Art. 21 aDSG bezieht, stellt sich beispielsweise die ESTV, die über ein abgenommenes

34. Vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Löschprotokoll.

35. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 15.

36. Schweizerisches Bundesarchiv, Arbeitshilfe S. 11.

37. In BSK-Bühler, Art. 21 N. 10 werden Anbieten zur Ablieferung und Bewerten als ein zweistufiges Verfahren beschrieben.

Ordnungssystem verfügt³⁸, im Zusammenhang mit einem Gesuch um Datenvernichtung auf den Standpunkt, dass die ESTV «selber darüber entscheiden» könne, «wann die rechtmässig bearbeiteten Daten dem Bundesarchiv anzubieten seien. Eine Partei könne nicht beantragen, dass die rechtmässig bearbeiteten Personendaten dem Bundesarchiv anzubieten beziehungsweise zu vernichten seien. Deshalb sei sie nicht gehalten, rechtmässig bearbeitete Personendaten aus einem Dossier, dessen letzter Aktenzuwachs im Jahr 2020 erfolgt sei, dem Bundesarchiv auf Antrag des Beschwerdeführers anzubieten beziehungsweise diese zu vernichten.»³⁹ Die ESTV beruft sich damit auf die im BGA und der Ausführungsgesetzgebung zum BGA festgelegten Fristen, versäumt es aber gleichzeitig, darauf hinzuweisen, dass die fraglichen Unterlagen bereits von der ESTV und dem BAR bewertet worden sind.

- 34 Auch das Bundesverwaltungsgericht orientiert sich im Entscheid vom 21. März 2023 an der Bewertungspraxis vor 2010 und schreibt: «Es ist nicht am Bundesverwaltungsgericht, die Frage der Archivwürdigkeit der von der Vorinstanz im Amtshilfeverfahren erhobenen Daten als erste Instanz im Beschwerdeverfahren abzuklären, zumal die Zuständigkeit für diese Entscheidung nicht bei der Vorinstanz liegt, sondern beim Bundesarchiv, das sich dazu bisher nicht äussern konnte. [...] Die Vorinstanz hat die im Rahmen des Amtshilfeverfahrens erhobenen Daten dem Bundesarchiv anzubieten und, falls dieses die Daten als archivwürdig einstuft, abzuliefern. Sollten die Daten nicht als archivwürdig eingestuft werden, hat die Vorinstanz die Daten zu vernichten.»
- 35 Dieser neuere Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts zeigt beispielhaft, zu welchen **Missverständnissen** die aktuelle Fassung von Art. 38 Abs. 1 DSG führen kann: Artikel 38 Abs. 1 DSG scheint – jedenfalls nach der Lesart des der ESTV und des BVGER - nahezulegen, dass anbietepflichtige Stellen Personendaten, hier in der Form eines Geschäftsdossiers zu einem Steuerfall, das sich auf eine bestimmte Person bezieht, nur dann vernichten dürfen, wenn sich das BAR zu diesem einzelnen Dossier und dessen Bewertung konkret geäußert hat. Dies ist nicht mit der Archivierungspraxis des BAR vereinbar, und zwar aus den folgenden Gründen:
- a) Im vorliegenden Fall haben die anbietepflichtige Stelle ESTV und das BAR bereits bei der Erarbeitung des ESTV-Ordnungssystems im Jahr 2015 eine prospektive Bewertung vorgenommen. Ob die Unterlagen, die aus dieser spezifischen Tätigkeit der ESTV (Informationsaustausch in Steuersachen) hervorgehen, archivwürdig sind oder nicht, lässt sich dem ESTV-Ordnungssystem bzw. der Anbindung des fraglichen Geschäftsdossiers zu einer Rubrik des Ordnungssystems entnehmen. Das BAR und die ESTV haben sich also bereits dazu geäußert, ob die Unterlagenserie, zu der das fragliche Dossier bzw. Dokument gehört, archivwürdig ist (teilweise oder vollständig) oder nicht.
- b) Die Bewertung, prospektiver wie retrospektiver Art, bezieht sich auf Serien von Unterlagen, die bei der Erfüllung von bestimmten Aufgaben anfallen und gegebenenfalls auf Fachanwendungen - aber nicht auf einzelne Datensätze, einzelne Personendaten, einzelne Dokumente oder Geschäftsdossiers. Mit anderen Worten: Wie diese Unterlagen-Serien erstellt werden und insbesondere in welcher Form die Unterlagen in Dossiers abgelegt werden, fällt gemäss Art. 2 Abs. 2 sowie Artikel 5 Abs. 2 und 3 BGA i.V.m. Art. 3 VBGA sowie Art. 6 GEVER-Verordnung und Art. 22 RVOV in den Zuständigkeitsbereich der anbietepflichtigen resp. aktenbildenden Stellen. Diese sind gehalten, für die Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit ihrer Geschäftstätigkeit in ihren Unterlagen zu sorgen.
- 36 Falls im oben erwähnten Fall die entsprechende Unterlagen-Serie im ESTV-Ordnungssystem als archivwürdig oder als teilweise archivwürdig (Selektion oder Sampling) bewertet worden wäre, hätte die aktenbildende Stelle in Anwendung des BGA und der Ausführungsbestimmungen zum BGA

38. Vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid, S. 6, zur Frage der Archivwürdigkeit von Unterlagen der Hauptgruppe 7 (Internationale Zusammenarbeit).

39. BVGer A-4236/2021 vom 21.3.2023 E. 4.2.

lediglich zu entscheiden, wann das fragliche Dossier an das BAR abzuliefern sei. Weiter würde in diesem Fall die aktenbildende Stelle entscheiden, ob das fragliche Dokument für die Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit der Geschäftstätigkeit in diesem Dossier benötigt werde. Bei einer teilweisen Archivwürdigkeit würde ebenfalls die aktenbildende Stelle die im OS hinterlegten Kriterien zur Selektion bzw. zum Sampling umsetzen. Das BAR käme in dieser Konstellation nach Durchführung der prospektiven Bewertung ebenfalls **keine Entscheidungsbefugnis** mehr zu.

- 37 Falls die entsprechende Unterlagen-Serie als nicht archivwürdig bewertet worden wäre, würde ebenfalls die aktenbildende Stelle entscheiden, wie mit dem fraglichen, Personendaten enthaltenden Dokument resp. Geschäftsdossier zu verfahren sei. Ob dieses also gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. a DSG in anonymisierter Form oder gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. b DSG in nicht-anonymisierter Form zu Beweis- und Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person vom Aktenbildner selbst temporär aufbewahrt werden sollte. Auch in dieser Konstellation käme dem BAR nach Durchführung der prospektiven Bewertung keine Entscheidungsbefugnis mehr zu.
- 38 Art. 8 Abs. 1 BGA ist vor diesem Hintergrund so zu verstehen, dass nur Unterlagen, die dem BAR nicht zur (prospektiven) Bewertung angeboten worden sind, nicht ohne die Zustimmung des BAR vernichtet werden dürfen. Angesichts der umfassenden Anbietepflicht an das BAR dürften solche Unterlagen Seltensheitswert aufweisen.

IX. WÜRDIGUNG

- 39 Art. 38 DSG hat seinen Ursprung in den 1980er Jahren und wurde als Instrument konzipiert, das verhindern sollte, dass Aktenbildner unter dem Vorwand des Datenschutzes archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, allein aufgrund dieser Tatsache einer Archivierung durch das BAR entziehen. Art. 38 DSG kommt auch heute noch praktische Relevanz zu, indem die Bestimmung den Grundsatz der verhältnismässigen Datenbearbeitung hinsichtlich Archivierung präzisiert: Nicht nur die Anonymisierung oder Vernichtung von nicht archivwürdigen Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, ist demnach nach Abschluss der nötigen Bearbeitung durch die aktenbildenden Stellen **verhältnismässig**, sondern auch die (nicht-anonymisierte) Ablieferung solcher Unterlagen, sofern archivwürdig, an das BAR.
- 40 In seiner aktuellen Fassung orientiert sich Art. 38 Abs. 1 DSG an der Praxis der retrospektiven Bewertung, wie sie bis in die 2000er Jahre vom BAR standardmässig praktiziert wurde. Seit dem Wechsel auf die prospektive Bewertung als Standardprozess bewerten alle Bundesstellen ihre Unterlagen gemäss Art. 1 Abs. 1 BGA in rechtlich-administrativer Hinsicht und das BAR in sozialwissenschaftlich-historischer Sicht im Rahmen der Erarbeitung von Ordnungssystemen, also vor der Entstehung der Unterlagen.
- 41 Ein **revidierter Artikel 38** könnte sich künftig unter dem Titel «Archivierung von Personendaten» darauf beschränken, festzuhalten, dass Unterlagen gemäss BGA Personendaten enthalten oder darstellen können, und entsprechend der Vorgaben des BGA zu behandeln sind (Absatz 1). Ein neuer Absatz 2 könnte festhalten, dass nicht archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, zu vernichten sind, es sei denn die im bestehenden Abs. 2 lit. a und b erwähnten Bedingungen träfen zu.

Die Autorin dankt MAS ISc Barbara Kräuchi für den anregenden Fachaustausch im Zuge der Recherchen für diesen Beitrag.

LITERATURVERZEICHNIS

Bühler Robert, Kommentar zu Art. 21 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bühler).

Epiney Astrid, Commentaire de l'art. 38 LPD, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire romand, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023 (zit. CR-Epiney).

Graf Christoph, Datenschutz als Herausforderung für Historiker und Archivare, in: Schweizerisches Bundesarchiv (Hrsg.), Studien und Quellen 8, Bern 1982, S. 75–115 (zit. Graf).

MATERIALIENVERZEICHNIS

BAR, E3120B#1995/16#374*: Allgemeines [PUK I (EJPD)]. 1990–1991.

BAR, E3120B#1995/16#379*: Allgemeines [PUK II (EMD)]. 1990–1991.

BAR, E3120B#1996/434#391*: Resolution zum Problem der Datenschutzgesetzgebung der Vereinigung Schweizerischer Archivare VSA vom 29.4.1983. 1983–1985.

BAR, E4110B#1992/42#319*: Arbeitsgruppe Datenschutz in der Bundesverwaltung. 1979.

Botschaft über das Bundesgesetz über die Archivierung vom 26.2.1997, BBl 1997 II, S. 941–976, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/2_941_829_753, besucht am 5.2.2024 (zit. Botschaft BGA 1997).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413, S. 413–534, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353, besucht am 5.2.2024 (zit. Botschaft DSG 1988).

Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid (Auszug), Prospektive Bewertung ESTV (Ordnungssystem 2015), 2015, abrufbar unter <https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/bewertungsentscheide/ESTV%20Bewertungsentscheid%20OS%202015.pdf.download.pdf>, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid).

Schweizerisches Bundesarchiv, Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv, Bern 2010, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/konzepte_und_weisungen/gesamtkonzept_2010.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung).

Schweizerisches Bundesarchiv, Merkblatt Löschprotokoll, abrufbar unter <https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/kundeninformation/Merkblatt%20L%C3%B6schprotokoll.pdf.download.pdf>, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Löschprotokoll).

Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag, abrufbar unter <https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/kundeninformation/schenkungsvertrag.pdf.download.pdf>, zuletzt konsultiert am 05.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag).

Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen und -dossiers: Einsichtsverfahren und praktische Hinweise, in: bar.admin.ch, <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/staatsschutzfichen-und--dossiers--einsichtsverfahren-und-praktis.html>, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen).

Schweizerisches Bundesarchiv, Von der Geschäftsablage ins Bundesarchiv, Angebot und Bewertung von Unterlagen des Bundes, Arbeitshilfe, Bern 2023, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/publikationen/von_der_geschaeftsablageinsbundesarchivangebotundbewertungvonunt.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Arbeitshilfe).

Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13.7.1999, BBl 1999, S. 5428–5438, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5428_4988_4679/de, besucht am 5.2.2024 (zit. Weisungen Aktenführung).

Weisungen über die Anbietepflicht und die Ablieferung von Unterlagen an das Schweizerische Bundesarchiv vom 28.9.1999, https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/gesetzgebung/weisungen_ueber_dieanbietepflichtunddieablieferungvonunterlagena.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Weisungen Anbietepflicht).