

Rechtsstaat – Republik – Demokratie. Zur rechtlichen Dimension öffentlicher Archive

Von UDO SCHÄFER

Die rechtliche Dimension öffentlicher Archive – Historizität und Aktualität

Die traditionelle Funktion öffentlicher Archive der Prämoderne bestand darin, Rechte zu sichern.¹ Mit der historischen Rechtsfigur des *Ius Archivi* erkannte die prämoderne Rechtswissenschaft diese Funktion ausdrücklich an. Dabei ist das *Ius Archivi* im aktiven Sinne – die Kompetenz ein öffentliches Archiv einzurichten und zu unterhalten – dem historischen öffentlichen Recht, das *Ius Archivi* im passiven Sinne – die Befugnis, schriftlichen Aufzeichnungen durch die Verwahrung in einem öffentlichen Archiv Authentizität zu vermitteln – dem historischen Prozessrecht zuzuordnen.² Der Historiker Joseph S. Freedman hat in den Jahren 2021 und 2022 in zwei Aufsätzen eine Literaturgeschichte³ des *Ius Archivi* vorgelegt, die mit der Erkenntnis schließt, dass diese Rechtsfigur seit der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts in der juristischen Literatur in Frage gestellt worden sei. Während des 19. Jahrhunderts trat zu dem juristischen Diskurs ein Wandel der institutionellen Kultur hinzu. Die öffentlichen Archive der Moderne begannen, sich als Einrichtungen zu verstehen, deren Zweck es sei, historisches Forschen zu ermöglichen. Für die Forschenden erlangte die Institution des Archivs sogar epistemische Autorität.⁴ Die geschichtliche Dimension schob sich vor die rechtliche.

¹ Christian *Keitel*: Zwölf Wege ins Archiv. Umriss einer offenen und praktischen Archivwissenschaft. Stuttgart 2018. S. 28–37.

² Udo *Schäfer*: Hatten die Hansestädte im 16. und 17. Jahrhundert individuell das *Ius Archivi* inne? Zur Edition von Urkunden in einem Prozess zwischen dem Grafen zu Holstein-Pinneberg und der Hansestadt Hamburg vor dem Reichskammergericht. In: *Archivalische Zeitschrift* 98 (2022) S. 142–151.

³ Joseph S. *Freedman*: The Origin and Evolution of the *ius archivi* concept in Early Modern Central Europe. In: *Archivalische Zeitschrift* 97 (2021) S. 15–52. – Joseph S. *Freedman*: Central European Publications on the Subject Matter of Archives (1664–1804) in the Context of *Ius Archivi*. In: *Archivalische Zeitschrift* 98 (2022) S. 101–139.

⁴ Philipp *Müller*: Geschichte machen. Historisches Forschen und die Politik der Archive. Göttingen 2019.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Pflege und Nutzung von Archivgut des Landes Baden-Württemberg⁵ zum 1. August 1987 und der auf dieses Gesetz folgenden Archivgesetzgebung in Bund und Ländern gewann die rechtliche Dimension öffentlicher Archive an der Wende vom 20. zum 21. Jahrhundert wieder an Aktualität.⁶ Während der Versuch, das *Ius Archivi* im passiven Sinne in Bezug auf digitale Aufzeichnungen in das moderne Prozessrecht zu übernehmen,⁷ Episode blieb, schreitet die Verrechtlichung bei der Erfüllung archivischer Aufgaben immer weiter voran.⁸ Der Umstand, dass innerhalb von acht Jahren zwei Deutsche Archivtage⁹ ausschließlich zu rechtlichen Themen ausgerichtet worden sind, ist Ausdruck dieser Entwicklung. In seiner Rede zur Eröffnung einer dieser beiden Tagungen – des 81. Deutschen Archivtages 2011 in Bremen – beschwor der Jurist und Journalist Heribert Prantl die Systemrelevanz der Archive.¹⁰ Clemens Rehm hat diesen Gedanken aufgegriffen und seinen Reflexionen über das Archivrecht

⁵ Gesetz über die Pflege und Nutzung von Archivgut (Landesarchivgesetz – LArchG) vom 27. Juli 1987 in der geänderten Fassung vom 12. März 1990. In: *Archivrecht in Baden-Württemberg. Texte, Materialien, Erläuterungen*. Bearb. von Hermann *Bannasch* (Werkhefte der staatlichen Archivverwaltung Baden-Württemberg A 1). Stuttgart 1990. S. 17–23.

⁶ Clemens *Rehm*. In: *Informationszugangsrecht Baden-Württemberg. Handkommentar*. Hg. von Alfred G. *Debus*. Baden-Baden 2017. Vorbemerkung zum LArchG, Rdnrn. 3–7.

⁷ Udo *Schäfer*: Authentizität. Vom Siegel zur digitalen Signatur. In: *Archivierung elektronischer Unterlagen*. Hg. von dems. und Nicole *Bickhoff* (Werkhefte der staatlichen Archivverwaltung Baden-Württemberg A 13). Stuttgart 1999. S. 171–181. – Udo *Schäfer*: Authentizität: Elektronische Signaturen oder *Ius Archivi*? In: *Digitales Verwalten – Digitales Archivieren*. 8. Tagung des Arbeitskreises *Archivierung von Unterlagen aus digitalen Systemen* am 27. und 28. April 2004 im Staatsarchiv Hamburg. Hg. von Rainer *Hering* und Udo *Schäfer* (Veröffentlichungen aus dem Staatsarchiv der Freien und Hansestadt Hamburg 19). Hamburg 2004. S. 13–31. – Udo *Schäfer*: Authenticity: Electronic Signatures or Trusted Custodian? In: *International Council on Archives. Committee on Archival Legal Matters 1996–2004* (Studies 19). July 2006. S. 41–46. – Pauline *Puppel*: Überlegungen zur Archivierung elektronisch signierter Dokumente. Der elektronische Rechtsverkehr in der Fachgerichtsbarkeit von Rheinland-Pfalz (Unsere Archive. Mitteilungen aus den rheinland-pfälzischen und saarländischen Archiven. Beiheft 2). Koblenz 2007. – Pauline *Puppel*: Zur Archivierung elektronisch signierter Dokumente. In: *Archivalische Zeitschrift* 89 (2007) S. 345–368.

⁸ Clemens *Rehm*: Immer mehr Recht im Archiv. Chancen, Grenzen, Perspektiven. In: *Archivpflege in Westfalen-Lippe* 89 (2018) S. 5–9.

⁹ Alles was Recht ist. Archivische Fragen – juristische Antworten. 81. Deutscher Archivtag in Bremen. Redaktion: Heiner *Schmitt* (Tagungsdokumentationen zum Deutschen Archivtag 16). Fulda 2012. – RECHTSicher – Archive und ihr rechtlicher Rahmen. 89. Deutscher Archivtag in Suhl. Redaktion: Thomas *Bardelle* und Christian *Helbich* (Tagungsdokumentation zum Deutschen Archivtag 24). Fulda 2020.

¹⁰ Heribert *Prantl*: Das Gedächtnis der Gesellschaft. Die Systemrelevanz der Archive. Warum Archivare Politiker sind. In: Alles was Recht ist. Archivische Fragen – juristische Antworten. 81. Deutscher Archivtag in Bremen. Redaktion: Heiner *Schmitt* (Tagungsdokumentationen zum Deutschen Archivtag 16). Fulda 2012. S. 18–27.

zu Grunde gelegt.¹¹ Allerdings weist der aus dem Finanz- und dem Energiesektor übernommene Begriff der Systemrelevanz weit über die rechtliche Dimension hinaus. Als Beitrag zur *Schnittstelle Rechtsstaat* werden sich die folgenden Ausführungen auf die Frage beschränken, ob die rechtliche Dimension öffentlicher Archive über die rechtlichen Anforderungen an die Erfüllung archivischer Aufgaben hinaus auch Elemente erfasst, die der Herstellung¹² rechtsstaatlicher Legalität, republikanischer Legitimität oder demokratischer Legitimation zu dienen bestimmt sind.

Öffentliche Archive und rechtsstaatliche Legalität

Zur rechtsstaatlichen Legalität

Der Rechtsstaat ist ein Staatsstrukturprinzip.¹³ Er ist in Artikel 20 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 GG verankert. Er umfasst den Grundsatz der Gewaltenteilung (Artikel 20 Absatz 2 Satz 2 GG), den Vorrang der Verfassung (Artikel 20 Absatz 3 Halbsatz 1 GG) und des Gesetzes (Artikel 20 Absatz 3 Halbsatz 2 GG) ebenso wie den Vorbehalt des Gesetzes und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹⁴ Darüber hinaus leiten sich aus dem Prinzip des Rechtsstaats auch die Gebote der Rechtssicherheit¹⁵ und des effektiven Rechtsschutzes¹⁶ ab. Für den Rechtsstaat konstitutiv ist

¹¹ Clemens *Rehm*: Archivgesetzgebung und Kommunalarchive. Ein aktueller Streifzug. In: Archiv-Nachrichten Niedersachsen. Mitteilungen aus niedersächsischen Archiven 17 (2013) S.73–83. – Clemens *Rehm*: Geheim! Macht und Ohnmacht der Archive in der demokratischen Gesellschaft. Zur gesetzlichen Absicherung archivischer Funktionen. In: Wissen – Macht – Meinung. Demokratie und Digitalisierung. Die 20. Hannah Arendt Tage 2017. Hg. von Franziska *Martinsen*. Weilerswist 2018. S.41–58. – Clemens *Rehm*: Nicht nur Archivgesetze ... Archivarinnen und Archivare auf schwankendem rechtlichem Boden? Zustand, Ursachen, Perspektiven. In: Nicht nur Archivgesetze ... Archivarinnen und Archivare auf schwankendem rechtlichem Boden? Best Practice – Kollisionen – Perspektiven. Beiträge zum 22. Archivwissenschaftlichen Kolloquium der Archivschule Marburg. Hg. von Irmgard Christa *Becker*, Clemens *Rehm* und Udo *Schäfer* (Veröffentlichungen der Archivschule Marburg 66). Marburg 2019. S.11–39.

¹² Vgl. zu dieser Trias Rolf *Gröschner*: Transparente Verwaltung: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 63. Berlin 2004. S.355–358, mit S.356, Anm.46.

¹³ Helmuth *Schulze-Fielitz*. In: Grundgesetz. Kommentar. Hg. von Horst *Dreier*. Bd.2. Artikel 20–82. Tübingen ³2015. Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 41.

¹⁴ Christoph *Degenhart*: Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht. Mit Bezügen zum Europarecht. Heidelberg ³⁶2020. Rdnrn. 292–440, S.113–165.

¹⁵ Helmuth *Schulze-Fielitz*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd.2, wie Anm.13, Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnrn.146–148. – Michael *Sachs*. In: Grundgesetz. Kommentar. Hg. von dems. München ⁹2021. Art. 20, Rdnr. 122.

¹⁶ Helmuth *Schulze-Fielitz*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd.2, wie Anm.13, Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr.212. – Michael *Sachs*. In: Grundgesetz. Kommentar, wie Anm.15, Art. 20, Rdnrn. 162, 164.

die Legalität¹⁷ öffentlichen und privaten Handelns. Sie ist auf Grund des positiv gesetzten Rechts zu beurteilen. Die Garantie rechtsstaatlicher Legalität setzt die Anlage, Führung und Verwaltung schriftlicher Aufzeichnungen¹⁸ und deren befristete oder zu bestimmten Lebenssachverhalten sogar dauernde Erhaltung voraus.

Die sachliche Zuständigkeit zur Erhaltung auf Dauer zum primären Zweck

Während sich einzelne Elemente des Rechtsstaats bis in die Antike¹⁹ zurückverfolgen lassen, entwickelte sich dessen Verständnis als Staatsstrukturprinzip erst im 19. und 20. Jahrhundert.²⁰ Neben verschiedenen Ideen, die sich in der Moderne zum Prinzip des Rechtsstaats verdichteten, entstanden in der Prämoderne auch Instrumente, die die Garantie der Legalität ermöglichten. So dienen die Instrumente der Notariatsurkunde²¹ und des Grundbuchs²² schon seit dem hohen Mittelalter der Rechtssicherheit. Das Landesarchivgesetz Baden-Württemberg²³ bestimmt ebenso wie die Archivgesetze anderer Länder, dass die sachliche Zuständigkeit zur Erhaltung von Aufzeichnungen, die zur Erfüllung des primären Zwecks auf Dauer aufzubewahren sind, nach Ablauf

¹⁷ Vgl. zum Begriff der Legalität Utz *Schliesky*: Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem (Jus Publicum. Beiträge zum Öffentlichen Recht 112). Tübingen 2004. S. 166–170.

¹⁸ Udo *Schäfer*: *Quod non est in actis, non est in mundo*. Zur Funktion öffentlicher Archive im demokratischen Rechtsstaat. In: Alles was Recht ist. Archivische Fragen – juristische Antworten. 81. Deutscher Archivtag in Bremen. Redaktion: Heiner *Schmitt* (Tagungsdokumentationen zum Deutschen Archivtag 16). Fulda 2012. S. 66–68.

¹⁹ Christoph F. *Wetzler*: Rechtsstaat und Absolutismus. Überlegungen zur Verfassung des spätantiken Kaiserreichs anhand von CJ 1.14.8 (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen N.F. 27). Berlin 1997.

²⁰ Michael *Kloepfer*: Verfassungsrecht I. Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht. München 2011. § 10, Rdnrn. 1–11, S. 296–298. – Helmuth *Schulze-Fielitz*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnrn. 1–16.

²¹ Werner *Schubert*. In: Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen. Hg. von Mathias *Schmoeckel* und Werner *Schubert* (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 12). Baden-Baden 2009. S. 203–239. – Christian *Neschwara*: Notar, Notariat. In: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Bd. 3. Berlin ²2016. Sp. 1968–1975.

²² Falk *Hess*: Grundbuch. In: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Bd. 2. Berlin ²2012. Sp. 569–574. – Vincent *Nossek*: Das Konzept *Grundbuch*. Der Streit um das Grundregister in Deutschland, Frankreich und England zwischen 1652 und 1900 (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte 20). Tübingen 2019. S. 11–13, 232–343.

²³ Udo *Schäfer*: Die Pflicht zur Anbietetung und Übergabe von Unterlagen in der archivarischen Praxis. In: Historische Überlieferung aus Verwaltungsunterlagen. Zur Praxis der archivischen Bewertung in Baden-Württemberg. Hg. von Robert *Kretzschmar* (Werkhefte der staatlichen Archivverwaltung Baden-Württemberg A 7). Stuttgart 1997. S. 35–39.

einer Verahrungsfrist von der öffentlichen Stelle auf das zuständige öffentliche Archiv übergeht. Allerdings hat der Bundesgesetzgeber die auf Grund der Grundbuchordnung vom 24. März 1897²⁴ angelegten und auf Dauer aufzubewahrenden Grundbücher dem Anwendungsbereich der Landesarchivgesetze entzogen.²⁵ Auf der Grundlage der Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937²⁶ bot auch die Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961²⁷ eine juristische Konstruktion, die einer Anwendung der Landesarchivgesetze auf die Notariatsurkunden entgegenstand.²⁸

Zum 1. Januar 2022 trat eine Reform des Notariatsrechts in Kraft, der zwei Artikelgesetze aus den Jahren 2017²⁹ und 2021³⁰ sowie eine Artikelverordnung aus dem Jahre 2020³¹ zu Grunde lagen. Das Notariatsrecht sollte durch das Artikelgesetz aus dem Jahre 2017 mit dem Archivrecht harmonisiert werden. Allerdings hoben die beiden späteren Rechtssetzungsakte diese Harmonisierung durch Einführung einer komplexen Regelungsstruktur wieder auf. Für notarielle Aufzeichnungen, die vor 1950 entstanden sind, setzt die Artikelverordnung aus dem Jahre 2020 eine Pflicht zur dauernden Aufbewahrung fest, die nach Auffassung des Bundesministeriums der Justiz eine Widmung zu Archivgut nicht erlaubt. Die Verordnung ermächtigt die Landesjustizverwaltungen zwar, die Pflicht zur dauernden Aufbewahrung durch eine Aufbewahrungsfrist zu ersetzen. Eine

²⁴ Reichsgesetzblatt 1897. S. 139–157.

²⁵ Udo Schäfer: Der Zugang zu als Archivgut übernommenen Grundbüchern und Grundakten. *Secundum legem ferendam*. In: Rechtsfragen der Nutzung von Archivgut. Vorträge der Frühjahrstagung der Fachgruppe 1 – Staatliche Archive – im VdA – Verband deutscher Archivarinnen und Archivare e.V. am 29. April 2010 in Stuttgart. Hg. von Clemens Rehm und Nicole Bickhoff, Stuttgart 2010, S. 52–57. – Udo Schäfer: Aus der Werkstatt: Das Verhältnis des Grundbuchrechts zum Archivrecht – Regelungen und Regelungsbedarfe. In: Anbietetung von Unterlagen öffentlicher Stellen an die Archive: Rechtslagen, Probleme, Lösungswege. Beiträge zu einem Workshop am 27. November 2008 an der Archivschule Marburg. Herrn Dr. Herbert Günther zum 65. Geburtstag. Hg. von Rainer Polley (Veröffentlichungen der Archivschule Marburg 50). Marburg 2011. S. 101–116.

²⁶ Reichsgesetzblatt 1937 I. S. 191–202. – Vgl. Johannes Gsänger. In: Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512. Hg. von Mathias Schmoekkel und Werner Schubert (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 17). Baden-Baden 2012. S. 174–186.

²⁷ Bundesgesetzblatt 1961 I. S. 77–115.

²⁸ Johann Zilien: Die Archivierung von Unterlagen freiberuflicher Notare – Rechtslagen, Probleme, Lösungswege. In: Anbietetung von Unterlagen öffentlicher Stellen an die Archive, wie Anm. 25, S. 117–148. – Daniel Heimes und Eike Alexander von Boetticher: Der Umgang mit Notariatsunterlagen durch staatliche Archive am Beispiel der Landesarchivverwaltung Rheinland-Pfalz. In: *Archivar* 71 (2020) S. 334–338.

²⁹ Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie Änderung weiterer Gesetze vom 1. Juni 2017. In: Bundesgesetzblatt 2017 I. S. 1396–1411.

³⁰ Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juni 2021. In: Bundesgesetzblatt 2021 I. S. 2154–2203.

³¹ Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse sowie zur Änderung der Verordnung über die notarielle Fachprüfung vom 13. Oktober 2020. In: Bundesgesetzblatt 2020 I. S. 2246–2257.

solche Entscheidung darf aber nicht vor 2050 wirksam werden. Auf Grund des Artikelgesetzes aus dem Jahre 2021 unterliegen die notariellen Aufzeichnungen bis zur Widmung zu Archivgut Zugangsregelungen, deren Anforderungen erheblich über denen des Archivrechts liegen. Vor diesem Hintergrund bleiben auch die in der Zeit des Nationalsozialismus entstandenen Notariatsurkunden mindestens bis zum Jahre 2050 dem Anwendungsbereich der Landesarchivgesetze entzogen. Für Westfalen³² und das Rheinland³³ konnte die historische Forschung gleichwohl Studien zur Geschichte des Notariats in der Zeit des Nationalsozialismus vorlegen. Allerdings liegt die Annahme nahe, dass Studien zu weiteren Regionen gerade auch durch die ausbleibende Einbeziehung der Notariatsurkunden in den Anwendungsbereich der Landesarchivgesetze behindert werden. Die Vermittlung, dass öffentliche Archive auf der Grundlage von Landesarchivgesetzen über eine sachliche Zuständigkeit verfügen, Aufzeichnungen auch zum primären Zweck auf Dauer zu erhalten und auf diese Weise einen Beitrag zur Garantie rechtsstaatlicher Legalität zu leisten, ist den staatlichen Archiven bisher nicht in hinreichendem Maße gelungen.

Die Aufgabe der Erhaltung zur Aufarbeitung betroffene Menschen in hohem Maße belastender Phänomene

Auch ein Rechtsstaat muss sich immer wieder mit Phänomenen auseinandersetzen, in denen größere Gruppen von Menschen in einer Art und Weise behandelt worden sind, die in hohem Maße unangemessen und vielfach sogar straf- und deliktsrechtlich relevant war. Deren Aufarbeitung war und ist ohne den Zugang zu und die Verwendung von Aufzeichnungen nicht möglich. Im 21. Jahrhundert sahen und sehen sich öffentliche Archive bisher der Aufgabe gegenüber, Aufzeichnungen über Heimkinder³⁴ und Verschickungskinder³⁵ sowie Internatsschülerinnen und

³² Michael *Kißener* und Andreas *Roth*: Notare in der nationalsozialistischen *Volksgemeinschaft*. Das westfälische Anwaltsnotariat 1933–1945. Baden-Baden 2017.

³³ Michael *Kißener* u. a.: Das rheinische Nurnotariat im Nationalsozialismus. Baden-Baden 2023.

³⁴ Christine *Axer*: Akten über Heimkinder – Akten für Heimkinder. Ein Projekt des Landesarchivs Baden-Württemberg mit dem Sozialministerium Baden-Württemberg. In: *Schutzwürdig*. Zu Aspekten des Zugangs bei Archivgut. Hg. von Elsbeth *Andre* und Clemens *Rehm* (Unsere Archive. Mitteilungen aus den Rheinland-Pfälzischen und Saarländischen Archiven. Beiheft 3). Koblenz 2013. S. 43–54. – Nastasja *Pilz*: Archivrecherchen und historische Aufarbeitung der Heimerziehung in Baden-Württemberg in den 50er und 60er Jahren – Ein Projekt des Landesarchivs Baden-Württemberg. In: *Archivar* 69 (2016) S. 133–135. – Nastasja *Pilz*: Das Projekt Heimerziehung in der Rückschau – Einordnung und Bilanz. In: *Aufarbeiten im Archiv*. Beiträge zur Heimerziehung in der baden-württembergischen Nachkriegszeit. Hg. von Christian *Keitel*, Nastasja *Pilz* und Nora *Wohlfahrt*. Stuttgart 2018. S. 6–27. – Christian *Keitel*: Heime, Themen, Quellen. Anmerkungen zur historischen Aufarbeitung der Heimerziehung. In: Ebenda. S. 140–147. – Nora *Wohlfahrt* und Dirk *Hainbuch*: Aufarbeiten durchs Archiv – Was bedeutet das? Ein Blick in Vergangenheit und Zukunft der archivischen Aufarbeitung von Heimerziehung. In: *Archivar* 72 (2019) S. 138–142.

³⁵ Hans-Jürgen *Höötmann*: Quellen zur Kinderverschickung im Archiv des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (Archiv LWL). In: *Archivpflege in Westfalen-Lippe* 95 (2021) S. 48–52.

-schüler³⁶ zu sichern und zu diesen Aufzeichnungen für die juristische, die gesellschaftliche und die wissenschaftliche Aufarbeitung sowie für die persönliche Aufarbeitung durch die Betroffenen Zugang zu gewähren. Nicht nur in der katholischen³⁷ und der evangelischen Kirche, sondern auch in weltlichen Einrichtungen machten die Betroffenen traumatisierende Erfahrungen und wurden vielfach Opfer sexualisierter Gewalt. Es obliegt den öffentlichen Archiven, die Aufzeichnungen zu ermitteln, die es erlauben, solche Phänomene juristisch und persönlich sowie gesellschaftlich und wissenschaftlich aufzuarbeiten, sobald die Phänomene im politischen und gesellschaftlichen Diskurs erkannt werden.

Für solche Phänomene hat Clemens Rehm bei seinen Reflexionen über das Archivrecht vorgeschlagen, neben den Kategorien³⁸ des Registratur-, Zwischenarchiv-, Vorarchiv- und Archivguts die weitere Kategorie des *Fristarchivguts* einzuführen.³⁹ Nach diesem Vorschlag könnten die öffentlichen Archive Aufzeichnungen über solche Phänomene unabhängig von der Feststellung des bleibenden Werts als *Fristarchivgut* übernehmen, schützen und zugänglich machen. Nach Abschluss der juristischen Aufarbeitung sowie der persönlichen Aufarbeitung durch die Betroffenen könnten sie die Aufzeichnungen, denen sie keinen bleibenden Wert zuerkennen, vernichten. Mit der Übernahme als *Fristarchivgut* würden die öffentlichen Archive bei diesen Phänomenen einen unverzichtbaren Beitrag zur Herstellung rechtsstaatlicher Legalität leisten. Das *Fristarchivgut* wäre so lange zu erhalten, bis die Strafverfolgung abgeschlossen, über die Ansprüche der Betroffenen auf Entschädigung oder Schadensersatz abschließend entschieden worden und eine für die weitere persönliche Aufarbeitung hinreichend zu bemessende Frist abgelaufen ist. Zur Herstellung rechtsstaatlicher Legalität könnte die befristete Erhaltung hinreichend sein. Für eine – nicht auf eine Auswahl beschränkte – dauernde Erhaltung könnte aber der folgende Gedanke sprechen: *Erinnerung an historisches Unrecht bleibt nicht bei der Erinnerung stehen, sondern ist der Beginn einer sowohl auf die Gegenwart als auch auf die Zukunft gerichteten Verpflichtung, die Würde der Opfer wiederherzustellen und so zu handeln, dass diese und die Achtung vor den Men-*

³⁶ Johannes *Kistenich-Zerfaß*: Exzeptionell und exemplarisch zugleich: Zur archivfachlichen Aufarbeitung der Überlieferung der Odenwaldschule. In: *Erziehung und Bildung als kommunalarchivische Überlieferungsfelder*. Hg. von Marcus *Stumpf* und Katharina *Tiemann* (Texte und Untersuchungen zur Archivpflege 35). Münster 2019. S. 87–108.

³⁷ Thomas *Großbölting*: *Die schuldigen Hirten. Geschichte des sexuellen Missbrauchs in der katholischen Kirche*. Freiburg im Breisgau 2022.

³⁸ Vgl. zu diesen Kategorien Udo *Schäfer*: *Transfer and Access – The Core Elements of the German Archives Acts*. In: *Archival Science* 3 (2003) S. 367–377.

³⁹ Clemens *Rehm*: *Fristarchivgut* und Kassationsmoratorien. Erinnerung für Betroffene im Archiv. In: *Archive und Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs. Beiträge zu einer Tagung der Unabhängigen Kommission zur Aufarbeitung sexuellen Kindesmissbrauchs und des Hessischen Landesarchivs am 27. März 2019*. Hg. von Sabine *Andresen* und Johannes *Kistenich-Zerfaß* (Arbeiten der Hessischen Historischen Kommission 41). Darmstadt 2020. S. 39–54.

*schenrechten dauerhaft garantiert bleiben.*⁴⁰ Christine Axer hat diesen Gedanken im Hinblick auf die Aufarbeitung des Nationalsozialismus entwickelt. Auf Grund seines Abstraktionsgrades lässt er sich auch auf die beschriebenen Phänomene anwenden, ohne das mit dem Nationalsozialismus verbundene historische Unrecht zu relativieren. Eine dauernde Erhaltung aller ermittelten und übernommenen Aufzeichnungen wäre eine ständige Mahnung an die Gesellschaft, Wiederholungen zu verhindern. Auf diese Weise würden die öffentlichen Archive einen Beitrag leisten, rechtsstaatliche Legalität auch in Gegenwart und Zukunft zu garantieren.

Öffentliche Archive und republikanische Legitimität

Zur republikanischen Legitimität

Das Homogenitätsgebot des Artikels 28 Absatz 1 Satz 1 GG verpflichtet die Länder nicht nur auf die Grundsätze des demokratischen, sondern auch des republikanischen Rechtsstaats. Nach dem herrschenden Verständnis innerhalb der Rechtswissenschaft weise der Begriff der Republik jedoch neben dem formalen, auf die Negation einer monarchischen Staatsform bezogenen Inhalt, keinen materialen Inhalt auf. Aus dem Prinzip der Republik würden sich keine materialen verfassungsrechtlichen Erkenntnisse gewinnen lassen, die sich nicht bereits aus dem Prinzip des Rechtsstaats selbst oder aus dem Prinzip der Demokratie würden herleiten lassen.⁴¹ In der Tat entwickelte sich bereits in der Prämoderne eine Dichotomie zwischen den Begriffen *res publica* und *regnum*.⁴² Allerdings weisen die Begriffe der Demokratie und der Republik nicht nur konvergierende, sondern auch divergierende Elemente auf. So ist die Komplementarität subjektiver Freiheit und objektiver Ordnung unter dem Grundgesetz republikanischer Natur. Im Verhältnis zum demokratischen Prinzip verfügt das republikanische Prinzip daher entgegen der herrschenden Meinung über einen eigenständigen Inhalt.⁴³ Das Prinzip des Rechtsstaats wird durch das

⁴⁰ Christine Axer: Die Aufarbeitung der NS-Vergangenheit. Deutschland und Österreich im Vergleich und im Spiegel der französischen Öffentlichkeit. Köln, Weimar und Wien 2011. S. 58.

⁴¹ Kloepfer, Verfassungsrecht I, wie Anm. 20, § 8, Rdnrn. 6–9, S. 222 f., § 9, Rdnr. 99, S. 245. – Horst Dreier. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Republik), Rdnrn. 16–26. – Horst Dreier. In: Ebenda. Art. 28, Rdnr. 54. – Michael Sachs. In: Grundgesetz. Kommentar, wie Anm. 15, Art. 20, Rdnrn. 9f. – Andreas Engels. In: Ebenda. Art. 28, Rdnr. 14.

⁴² Wolfgang Mager: Respublica und Bürger. Überlegungen zur Begründung frühneuzeitlicher Verfassungsordnungen. In: Res publica. Bürgerschaft in Stadt und Staat. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar am 30./31. März 1987. Redaktion: Gerhard Dilcher (Beihefte zu *Der Staat* 8). Berlin 1988. S. 67–84. – Horst Dreier. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Republik), Rdnrn. 1–7.

⁴³ Rolf Gröschner: Freiheit und Ordnung in der Republik des Grundgesetzes. Für eine republikanische, nicht aber republikanistische Rechts- und Staatslehre. In: Juristenzeitung 51 (1996) S. 637–646. – Marc André Wiegand: Demokratie und Republik. Historizität und Normativität zweier Grundbegriffe des

Prinzip der Republik in der Weise ergänzt, dass die rechtsstaatliche Legalität öffentlichen Handelns durch deren republikanische Legitimität⁴⁴ eine materielle, Freiheit und Ordnung ausgleichende Rechtfertigung erfährt. Zur Herstellung republikanischer Legitimität sind Publizität und Transparenz öffentlichen Handelns unverzichtbar.⁴⁵

Publizität und Transparenz

Die öffentlichen Stellen der Freien und Hansestadt Hamburg sind auf Grund des Hamburgischen Transparenzgesetzes verpflichtet, Aufzeichnungen, die bestimmten Kategorien angehören, proaktiv im Transparenzportal Hamburg zu veröffentlichen.⁴⁶ Der Verpflichtung liegt die im verwaltungs-, politik- und rechtswissenschaftlichen Diskurs entwickelte Konzeption⁴⁷ *Open Government Data* zu Grunde. Im Rahmen dieser Konzeption soll die Distribution administrativen Wissens auch der Förderung der öffentlichen Meinungsbildung dienen.⁴⁸ Darüber hinaus stellt *Open Government Data* auch ein Angebot an die historische Forschung dar.⁴⁹ Für den fachlichen Betrieb des Transparenzportals Hamburg ist das Staatsarchiv der Freien und Hansestadt Hamburg zuständig.⁵⁰ Es hat im Rahmen der Herstellung republikanischer Legitimität durch Publizität und Transparenz eine zentrale Funktion inne. Als Inhaber dieser Funktion ist das Staatsarchiv jedoch unter den staatlichen Archiven ein Solitär.

Verfassungsstaates (POLITIKA 14). Tübingen 2017. – Thomas Vesting: Staatstheorie. München 2018. Rdnrn. 72 f., S. 41 f.

⁴⁴ Vgl. zum Begriff der Legitimität Schliesky, Souveränität und Legitimität, wie Anm. 17, S. 150–166.

⁴⁵ Gröschner, Transparente Verwaltung, wie Anm. 12, S. 351–355.

⁴⁶ Christoph Gusy: Informationszugangsfreiheit – Öffentlichkeitsarbeit – Transparenz. In: Juristenzeitung 69 (2014) S. 171–179. – Florian Schwill: Die Reform des Hamburgischen Transparenzgesetzes (HmbTG). In: Informationsfreiheit und Informationsrecht. Jahrbuch 2019. S. 217–232.

⁴⁷ Vgl. zu dieser Konzeption Beatrice Lederer: Open Data. Informationsöffentlichkeit unter dem Grundgesetz (Internetrecht und Digitale Gesellschaft 1). Berlin 2015.

⁴⁸ Gregor-Julius Ostermann: Transparenz und öffentlicher Meinungsbildungsprozess. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht 41). Tübingen 2019. S. 183–228.

⁴⁹ Stefan Kuppe und Udo Schäfer: Das Transparenzportal Hamburg. Open Government Data als Angebot auch an die historische Forschung. In: Recherche und Weiterverarbeitung. Digitale Angebote für die historische Forschung im Netz. Beiträge einer Sektion auf dem 51. Deutschen Historikertag 2016 in Hamburg. Hg. von Rainer Hering und Robert Kretzschmar. Stuttgart 2017. S. 52–62.

⁵⁰ Paul Flamme: Eine neue Aufgabe für ein staatliches Archiv: das Transparenzportal Hamburg. In: Transformation ins Digitale. 85. Deutscher Archivtag in Karlsruhe. Redaktion: Monika Storm (Tagungsdokumentationen zum Deutschen Archivtag 20). Fulda 2017. S. 29–42. – Paul Flamme: Das Transparenzportal Hamburg als Aufgabe des Staatsarchivs: ein Modell für andere Archive? In: Archivpflege in Westfalen-Lippe 90 (2019) S. 28–35. – Christine Axer: Das Hamburgische Transparenzportal – Eine Bilanz. In: scrinium 72 (2018) S. 33–41.

Öffentliche Archive und demokratische Legitimation

Zur demokratischen Legitimation

Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer Rechtsstaat. Ausdrücklich wird dieser Begriff in der Homogenitätsklausel des Artikels 28 Absatz 1 Satz 1 GG verwendet. Als Modell politischer Ordnung prägte die Demokratie bereits die antike Polis Athen.⁵¹ Als Staatsstrukturprinzip⁵² ist die Demokratie in Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 GG verankert. Der Grundsatz der Volkssouveränität (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 GG) stellt dessen Kern dar. Das Volk ist Träger der Staatsgewalt.⁵³ Soweit das Volk die Staatsgewalt nicht selbst durch Wahlen und Abstimmungen, sondern durch Organe ausübt, muss die Ausübung der Staatsgewalt dessen Träger zurechenbar sein. Es bedarf deshalb der demokratischen Legitimation⁵⁴ der Organe.⁵⁵ Dabei muss das Handeln der Exekutive der Kontrolle der Legislative unterliegen. Die Kontrolle setzt die Erstellung und die befristete oder sogar dauernde Erhaltung schriftlicher Aufzeichnungen voraus.⁵⁶

Die Idee des Löschmatoriums

Auf Grund der Archivgesetze des Bundes und der Länder sind die öffentlichen Stellen verpflichtet, Aufzeichnungen, deren Verahrungsfristen abgelaufen sind, dem jeweils zuständigen öffentlichen Archiv zur Übernahme anzubieten. Lediglich in den Fällen, in denen der Gesetz- oder der Verordnungsgeber Aufzeichnungen zu *Schriftgut sui generis* bestimmt oder ein gegenüber der Verpflichtung vorrangiges Lösungsgebot erlassen hat, sind Ausnahmen gegeben. Die archivische Überlieferung, die die öffentlichen Archive auf der Grundlage der Pflicht zur Anbietung und

⁵¹ Klaus *Bringmann*: Das Volk regiert sich selbst. Eine Geschichte der Demokratie. Darmstadt 2019. – Horst *Dreier*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Demokratie), Rdnrn. 1–17.

⁵² *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, wie Anm. 20, § 7, Rdnr. 1, S. 153.

⁵³ *Degenhart*, Staatsrecht I, wie Anm. 14, Rdnr. 26, S. 10. – *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, wie Anm. 20, § 7, Rdnr. 12–22, S. 155–157. – Horst *Dreier*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Demokratie), Rdnrn. 82–92. – Michael *Sachs*. In: Grundgesetz. Kommentar, wie Anm. 15, Art. 20, Rdnrn. 12, 27, 27 a.

⁵⁴ Vgl. zum Begriff der Legitimation *Schliesky*, Souveränität und Legitimität, wie Anm. 17, S. 150 f.

⁵⁵ Horst *Dreier*. In: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, wie Anm. 13, Art. 20 (Demokratie), Rdnrn. 109–142. – Mathias *Jestaedt*: Radien der Demokratie: Volksherrschaft, Betroffenenpartizipation oder plurale Legitimation? In: Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus. Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft. Hg. von Hans Michael *Heinig* und Jörg Philipp *Terbechte*. Tübingen 2013. S. 3–18.

⁵⁶ Udo *Schäfer*: Prospektive Jurisprudenz – proaktive staatliche Archive. Zum Professorenentwurf eines Archivgesetzes des Bundes. In: Archivalische Zeitschrift 90 (2008) S. 107–109. – *Schäfer*, *Quod non est in actis, non est in mundo*, wie Anm. 18, S. 68–71.

Übergabe bilden, bietet die Möglichkeit, öffentliches Handeln auch nach Ablauf der Verwahrungsfristen zu kontrollieren und auf diese Weise demokratische Legitimation zu gewährleisten. Trotz dieses, den demokratischen Rechtsstaat auszeichnenden Systems wird im politischen Diskurs immer wieder die Idee des Löschmatoriums bemüht.

So hat die Fraktion DIE LINKE am 18. Januar 2023 den Antrag⁵⁷ gestellt, dass die Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg ein Löschmatorium für die Aufzeichnungen beschließen möge, die seit dem 1. Januar 1990 bei den Sicherheitsbehörden zum NSU-Komplex und zum Phänomenbereich *Rechtsextremismus* entstanden seien. In seinem Bericht⁵⁸ vom 12. April 2023 hat der Innenausschuss auf Ersuchen der Fraktionen GRÜNE und SPD der Bürgerschaft empfohlen, den Senat zu ersuchen, sicherzustellen, dass die Aufzeichnungen zum NSU-Komplex dem Staatsarchiv übergeben und von diesem als Archivgut übernommen, erhalten und zugänglich gemacht werden. Aufzeichnungen zum Phänomenbereich *Rechtsextremismus*, die nicht den NSU-Komplex betreffen, sollen *weiteren bedeutenden und geeigneten wissenschaftlichen Instituten* angeboten werden, sofern das Staatsarchiv den Aufzeichnungen keinen bleibenden Wert zuerkennt. Mit Beschluss vom 13. April 2023 hat die Bürgerschaft schließlich den Senat ersucht, sicherzustellen, dass die Aufzeichnungen zum NSU-Komplex auf Dauer erhalten und zu diesem Zweck dem Staatsarchiv übergeben werden. Darüber hinaus ist die Präsidentin der Bürgerschaft ersucht worden, einen Auftrag zur wissenschaftlichen Aufarbeitung des NSU-Komplexes in Hamburg zu vergeben.⁵⁹ Vom Antrag bis zum Beschluss hat sich das Petitum so verändert, dass eine Konvergenz mit dem auf dem Hamburgischen Archivgesetz beruhenden System hergestellt worden ist. Allerdings wurde in keiner Phase des parlamentarischen Verfahrens auf die Pflicht zur Anbietung und Übergabe Bezug genommen.

Obwohl das Land Baden-Württemberg mit der im Jahre 2020 beim Landesarchiv Baden-Württemberg – Generallandesarchiv Karlsruhe errichteten Dokumentationsstelle *Rechtsextremismus* sogar den Blick über Aufzeichnungen der Sicherheits- und Justizbehörden hinaus gelenkt hat,⁶⁰ wird die Erkenntnis, dass öffentliche Archive auch einen Beitrag zur Herstellung demokratischer Legitimation zu leisten vermögen, in Politik und Verwaltung nicht weit verbreitet sein.

⁵⁷ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg. Drucksache 22/10688 vom 18. 01. 2023.

⁵⁸ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg. Drucksache 22/11564 vom 12. 04. 2023.

⁵⁹ Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg. Drucksache 22/11561 vom 12. 04. 2023.

⁶⁰ Gerald *Maier*: Archive als Orte für Wissenschaft und Forschung – Bestandsaufnahme und Perspektiven am Beispiel des Landesarchivs Baden-Württemberg. In: Festschrift für Margit Ksoll-Marcon. Hg. von Bernhard *Grau*, Laura *Scherr* und Michael *Unger*. Bd. 2. Archivalische Zeitschrift 99, 2 (2022) S. 689 f.

Die rechtliche Dimension öffentlicher Archive – Anspruch und Wirklichkeit

Im 19. Jahrhundert schob sich die geschichtliche Dimension öffentlicher Archive vor die rechtliche. An der Wende vom 20. zum 21. Jahrhundert aber gewann die rechtliche Dimension wieder an Aktualität. Für die öffentlichen Archive sind die sich aus dem Prinzip des Rechtsstaats ergebenden Pflichten von hoher Relevanz. Für den republikanischen und demokratischen Rechtsstaat wiederum belegen die beschriebenen Konstellationen die Relevanz öffentlicher Archive. Die Frage hingegen, ob Beiträge zur Herstellung rechtsstaatlicher Legalität, republikanischer Legitimität oder demokratischer Legitimation dem Selbstverständnis öffentlicher Archive oder der Wahrnehmung öffentlicher Archive durch Politik und Verwaltung entsprechen, wird sich lediglich in einzelnen Fällen positiv beantworten lassen.