

Univ.-Prof. Dr. Michael Mayrhofer

Universitätsprofessor für Europäisches und Österreichisches Öffentliches Recht

Zulässigkeit des ersetzenden Scannens physischer Akten(teile)?

Rechtsgutachten

erstattet im Auftrag des Österreichischen Städtebundes, Landesgruppe OÖ

Bad Leonfelden, im August 2019

I. Gutachtensauftrag

Der Auftraggeber, der Österreichische Städtebund, Landesgruppe Oberösterreich, hat folgende Ausgangslage beschrieben:

„Im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung der Verwaltungsabläufe und Aktenführung werden bei den oberösterreichischen Statutarstädten derzeit Überlegungen angestellt, ob und auf welchem Wege ehemals physisch angelegte Verwaltungsakten (Papierakten) digital erfasst und die physischen Aktenstücke im Anschluss skartiert werden können. Dies betrifft in gleicher Weise Anbringen und Schriftverkehr mit Parteien, die derzeit in Papierform eingebracht werden. Für diese Schriftstücke wird ebenfalls eine elektronische Archivierung unter anschließender Skartierung des Originals erwogen.

Im Einzelnen gibt es beispielsweise am Magistrat der Stadt Wels derzeit Bestrebungen, das bestehende Baurechtsarchiv digital zu erfassen und den physischen Aktenbestand, sofern rechtlich zulässig, durch Skartierung auszuscheiden.

Diese Überlegungen berühren die grundsätzliche Frage, inwieweit materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Vorschriften des öffentlichen Rechts es der Verwaltungsbehörde erlauben, Papierakten durch ein revisionssicheres System digital zu erfassen und die physischen Originalakten aufzulassen und zu entsorgen.“

Der Auftraggeber hat mich beauftragt, vor diesem Hintergrund folgende Fragen rechtsgutachterlich zu beantworten:

„1. Inwieweit gestatten bestehende verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Vorschriften es der Behörde, physische Originalakten durch ein revisionssicheres System elektronisch zu archivieren und die physischen Originalakten im Anschluss zu vernichten? In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist insbesondere auf die einschlägigen Verwaltungsverfahrensgesetze Bedacht zu nehmen (AVG, VStG, VwGVG, VwGG, VfGG). In materiellrechtlicher Hinsicht ist insbesondere auf einschlägige baurechtliche und archivrechtliche, aber auch auf gewerberechtliche und raumordnungsrechtliche Vorschriften Bedacht zu nehmen.

2. Welche allfälligen Auswirkungen ergeben sich durch eine solche elektronische Archivierung auf die Beweiskraft der elektronisch archivierten Aktenstücke? Zu denken

ist insbesondere an die qualifizierte Beweiskraft öffentlicher Urkunden, welche gewahrt werden soll.“

II. Ersetzendes Scannen physisch geführter Akten

1. Problemstellung

Zunächst ist die Frage zu klären, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen die elektronische Erfassung von bereits existenten physisch geführten (idR Papier-)Akten und deren anschließende Skartierung („ersetzendes Scannen“) zulässig ist.

2. Ausgangslage

Die Art und Weise der Aktenführung ist grundsätzlich eine innerorganisatorische Angelegenheit, wenn und soweit dadurch keine Rechte begründet werden (VfSlg 8844/1980 mwN; *Steiner*, Die elektronische Verfahrensführung 286).

Die Pflicht zur Aufbewahrung von Akten sowie die Möglichkeit oder Pflicht zum Ausscheiden derselben aus der Ablage ergibt sich dementsprechend zunächst in aller Regel aus verwaltungsinternen Vorschriften über die Dokumentenverwaltung bzw über die Skartierung. Im Magistrat Wels müssen gemäß Punkt 14.6 der Geschäftsordnung für den Magistrat Wels 2005 (GOM 2005) für jede Magistratsabteilung spezifische Skartierungsvorschriften vorliegen. Die GOM 2005 geht davon aus, dass Originalakten nach ihrer Verfilmung mitunter auch vernichtet werden können (14.5).

Der administrative Spielraum für die Ausgestaltung der internen Aktenverwaltungs- und Skartierungsvorschriften wird jedoch durch allfällige gesetzliche Vorgaben begrenzt (so auch 14.4 GOM 2005). Die internen Vorschriften sind daher explizit nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Die folgenden Aussagen zu den gesetzlichen Grundlagen berücksichtigen sie dementsprechend nicht.

3. Gesetzliche Ermächtigung oder Verpflichtung zum ersetzenden Scannen?

3.1. Verfassungsrechtliche Grundsätze

Für die Aktenführung gelten die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Verwaltung, so insbesondere die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und

Zweckmäßigkeit (Art 126b Abs 5 und Art 127a Abs 1 B-VG; vgl VfSlg 8844/1980). Diese Grundsätze können isoliert betrachtet sogar für eine Verpflichtung zur Digitalisierung und anschließenden Skartierung von Papierakten sprechen, um so die Kosten für Papierarchive zu vermeiden (vgl *Steiner*, Die elektronische Verfahrensführung 287). Allerdings setzt das B-VG diese Grundsätze keineswegs absolut, weshalb die hier relevanten Fragen nicht anhand dieser Grundsätze allein beantwortet werden können. Vielmehr ist im Einzelnen nach einfachgesetzlichen Ermächtigungen oder Verpflichtungen zu fragen.

3.2. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)

Das AVG regelt die Digitalisierung physischer Dokumente nicht. Es geht lediglich erkennbar davon aus, dass Unterlagen elektronisch erstellt und Akten elektronisch geführt werden können (vgl zB § 16 Abs 2, § 17 Abs 1 2. Satz, § 18 Abs 3 AVG).

Die Genese des § 13 AVG zeigt jedoch, dass dieses „Schweigen“ wohl einem Versehen des Gesetzgebers zuzuschreiben ist:

Mit dem Verwaltungsreformgesetz 2001, BGBl 65/2002, wurde folgender Abs 9 in § 13 AVG aufgenommen:

„(9) Die Behörde kann Anbringen und andere das Verfahren betreffende Unterlagen mit automationsunterstützter Datenverarbeitung erfassen. Diese Erfassung beeinträchtigt nicht die Beweiskraft, sofern sichergestellt ist, dass die so erfassten Unterlagen nachträglich nicht verändert werden können.“

In den ErläutRV 772 BlgNR 21. GP 39 wird dazu ausgeführt (Hervorhebungen durch den Gutachter):

„Zu Z 1 (§ 13 Abs. 9): Die vorgeschlagene Regelung steht ebenso wie jene der Z 2 und 3 im Zusammenhang mit dem Ziel einer vollkommen papierlosen elektronischen Aktenführung.“

Im Hinblick auf § 47 AVG, der hinsichtlich der Beweiskraft öffentlicher und privater Urkunden auf die Vorschriften der §§ 292 bis 294, 296, 310 und 311 ZPO verweist, ist nach der geltenden Rechtslage davon auszugehen, dass die dort normierte erhöhte Beweiskraft nur den Originalurkunden oder beglaubigten Abschriften zukommt. Werden

diese elektronisch gescannt und vernichtet bzw. zurückgestellt, so können sich infolge der verminderten Beweiskraft unter Umständen Beweisprobleme ergeben.

Die Erfassung von Unterlagen mit automationsunterstützter Datenverarbeitung (Einscannen) ist Voraussetzung für den vollelektronischen Akt, damit allen befassten Bearbeitern ohne weiteren Aktenlauf alle relevanten Akteninhalte zur Verfügung stehen. Zur Erleichterung der Verwaltungsarbeit ist es überdies erforderlich, dass die Unterlagen nach dem Scannen vernichtet bzw. Originaldokumente allenfalls zurückgeschickt werden können. Auch beim herkömmlichen Papierakt bleiben oft nur Kopien von Urkunden im Akt.

Der unveränderbaren elektronischen Kopie soll die gleiche Beweiskraft zukommen wie dem zugrunde liegenden Original. Die Partei hat selbstverständlich die Möglichkeit, im Rahmen der Akteneinsicht (§ 17 AVG) oder der Stellungnahme zum Ergebnis der Beweisaufnahme (§ 45 Abs. 3 AVG) Unrichtigkeiten zu bemängeln; der Gegenbeweis (zur Vermutung der Echtheit oder Richtigkeit) bleibt zulässig. In Zukunft soll der Partei auch die Möglichkeit eröffnet werden können, über das Internet in alle Teile des elektronischen Aktes Einsicht zu nehmen (vgl. Z 3).“

Aus dieser Regelung ergab sich jedenfalls, dass das Scannen von Anbringen und einzelnen sonstigen Unterlagen zur Aufnahme in einen elektronischen Akt zulässig und – bei Gewährleistung der Unveränderbarkeit – nicht nachteilig für die Beweiskraft der digitalen Kopie ist. Darüber hinaus konnte die Regelung – mangels einer dahingehenden Differenzierung im Regelungstext – wohl als eine hinreichende rechtliche Grundlage für das Scannen und anschließende Skartieren bestehender physischer Akten verstanden werden. Diese Deutung ist jedoch schon mit Unsicherheiten behaftet, weil der aus den Gesetzesmaterialien ableitbare Wille des Gesetzgebers aus Anlass der damaligen Einführung elektronischer Akten(verwaltungs)systeme lediglich darin bestand, eine Rechtsgrundlage für das Scannen von einzelnen physischen Dokumenten für deren Aufnahme in einen elektronisch geführten Akt zu schaffen.

§ 13 Abs 9 AVG entfiel allerdings bereits mit dem E-GovG, BGBl I 10/2004, wieder. Stattdessen wurde § 13 Abs 1 AVG wie folgt neu gefasst (Hervorhebung durch den Gutachter):

„(1) Anträge, Gesuche, Anzeigen, Beschwerden oder sonstige Mitteilungen können, sofern in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, bei der Behörde schriftlich oder, soweit es der Natur der Sache nach tunlich erscheint, mündlich eingebracht

werden. Dies kann in jeder technischen Form geschehen, die die Behörde zu empfangen in der Lage ist. Einem mündlichen Anbringen ist unabhängig von der technischen Einbringungsform jedes Anbringen gleichzuhalten, dessen Inhalt nicht zumindest in Kopie zum Akt genommen werden kann. Als Kopie gilt jede inhaltlich unverfälschte Wiedergabe des Originals. Die Behörde hat die Adressen sowie die allenfalls bestehenden besonderen technischen Voraussetzungen, unter welchen Anbringen rechtswirksam eingebracht werden können, durch Anschlag an der Amtstafel und im Internet kundzumachen. Langt ein Anbringen an einer nicht kundgemachten Adresse der Behörde ein, so ist es auf Gefahr des Einschreiters an eine kundgemachte Adresse weiterzuleiten.“

Der Gesetzgeber begründete diesen Schritt wie folgt (ErläutRV 252 BlgNR 22. GP 11 f):

„Durch die Definition des Begriffs der ‚Kopie‘ im vierten Satz des Abs. 1 ist Abs. 9 überflüssig geworden; wie bei unterschiedlichen Kopiertechniken die Unverfälschtheit gewährleistet wird, hängt vom Stand der Technik ab und kann und sollte nicht im Detail geregelt werden, da dies nur zu fortwährender Novellierungsnotwendigkeit führen würde. [...]

Der auf die Zulässigkeit des Einscannens von Schriftstücken abzielende bisherige Abs. 9 kann angesichts der allgemeineren Definition des Begriffs der ‚Kopie‘, die sich nunmehr im Abs. 1 befindet, als redundant aufgehoben werden.“

§ 13 Abs 1 AVG idFd E-GovG regelte demnach – etwas missverständlich, mit Hilfe der Gesetzesmaterialien gleichwohl nachvollziehbar – die Zulässigkeit der Herstellung von (auch) elektronischen Kopien physischer Anbringen, die als solche anstelle des physischen Originals zum Akt genommen werden durften. Aus dieser Bestimmung ist allerdings selbst bei Strapazierung historischer Aspekte im Unterschied zum seinerzeitigen § 13 Abs 9 AVG nicht mehr ableitbar, dass auch „andere das Verfahren betreffende Unterlagen“ (zB Urkunden, Gutachten, insbesondere vollständige physische Akten) nachträglich gescannt und vernichtet werden dürfen (kritisch daher auch *Steiner*, Die elektronische Verfahrensführung nach dem AVG, in Plöckinger/Duursma/Mayrhofer [Hrsg], Internet-Recht [2004] 279 [286 f]). Gegen eine solche Annahme spricht auch der gleichzeitig neu erlassene § 21 E-GovG, nach dem die Verpflichtung zur (inneradministrativen) Aktenvorlage durch die Vorlage bloß des elektronischen Originals, nicht jedoch auch einer elektronischen Kopie eines Akts erfüllbar sein soll (näher dazu sogleich unter Punkt 2.2.).

Die – auch nach Auffassung des Gesetzgebers des E-GovG für die Zulässigkeit des Einscannens ausschlaggebende – Regelung des § 13 Abs 1 AVG über die „Kopie“ entfiel in der Folge mit dem Verwaltungsverfahren- und Zustellrechtsänderungsgesetz 2007, BGBl I 5/2008, ersatzlos.

Hinter dieser Novelle stand die Einsicht des Gesetzgebers, dass die Beseitigung der historischen Differenzierung zwischen mündlichen Anbringen (im engeren Sinn) und telefonischen (fernmündlichen) Anbringen mit dem E-GovG nicht zweckmäßig war (ErläutRV 294 BlgNR 23. GP; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 13 Rz 6). Er beseitigte daher die mit dem E-GovG eingeführte weite Definition des mündlichen Anbringens und damit – ausweislich der insofern „schweigenden“ Gesetzesmaterialien wohl unbedacht – gleichzeitig auch die Regelung der „Kopie“. Es kam seither auch zu keiner diesbezüglichen Neuregelung.

Im Ergebnis regelt das AVG in seiner geltenden Fassung deshalb das Einscannen physischer Anbringen und sonstiger Unterlagen nicht. Denkbar wäre es, aufgrund der beschriebenen Genese des § 13 AVG von einem – mittlerweile – „beredten“ Schweigen des Gesetzes auszugehen. Die Annahme, dass das AVG eine bis 2004 gesetzlich in § 13 Abs 9 wohl explizit erlaubte, bis 2008 allenfalls noch durch § 13 Abs 1 gesetzlich gedeckte und seither – nach dem Kenntnisstand des Gutachters – von der Verwaltungspraxis gepflogene Digitalisierung (vollständiger) physischer Akten stillschweigend akzeptiert, ist allerdings keineswegs zwingend. Auch wenn mit der Novelle BGBl I 5/2008 die gesetzliche Grundlage im AVG dafür möglicherweise bloß unabsichtlich beseitigt wurde, fehlt es eben an dieser Grundlage. Andere, nach wie vor geltende Regelungen des AVG können diese Grundlage nicht bieten. Diese Ansicht hat offenkundig auch der Gesetzgeber des Verwaltungsreformgesetzes 2001 und des E-GovG vertreten, weil er, wie dargestellt, eine ausdrückliche Ermächtigung für das Digitalisieren physischer Dokumente als notwendig erachtet hat.

Für die Beweiskraft von Urkunden gilt damit (jedenfalls) nach dem AVG heute (wieder) allein § 47 AVG iVm den dort verwiesenen Bestimmungen der ZPO. Dass elektronische Kopien hinsichtlich ihrer Beweiskraft hinter physischer Originalen zurückbleiben und es zu Beweisproblemen kommen kann (vgl idS zur Rechtslage vor der seinerzeitigen Aufnahme des § 13 Abs 9 ErläutRV 772 BlgNR 21. GP 39), kann daher keineswegs ausgeschlossen werden (dazu näher unten 4.2.).

Aus der Rsp ergibt sich kein anderes Bild. Der VwGH hat zwar – lange vor Einführung des E-GovG – im Zusammenhang mit der behördlichen Entscheidungspflicht gemäß

§ 73 Abs 2 AVG ausgesprochen, dass „die Möglichkeit einer Verfahrensdurchführung mittels abgelichteter Aktenteile“ bestehe (VwGH 13.09.1988, 88/04/0059). Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass es aus Sicht des Verfahrensrechts irrelevant sei, ob der Akt im physischen Original oder bloß als (digitale) Kopie vorliegt. Im konkreten Fall war das physische Original des Akts allerdings lediglich von der Behörde dem VwGH vorgelegt worden und stand der Behörde bloß temporär nicht zur Verfügung. Das Erkenntnis enthält daher weder eine Aussage zur (Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der) Vernichtung physischer Originalakten noch zur Beweiskraft der Kopie.

Das AVG kann vor diesem unsicheren rechtlichen Hintergrund nicht als geeignete Rechtsgrundlage für das Einscannen und anschließende Vernichten von physischen Akten empfohlen werden.

3.3. E-Government-Gesetz (E-GovG)

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Herstellung von Kopien bzw über den Umgang mit physisch geführten Akten gibt es sohin seit dem Verwaltungsverfahrens- und Zustellrechtsänderungsgesetz 2007 nicht mehr. Eine solche könnte sich jedoch mittelbar aus § 21 E-Government-Gesetz (E-GovG) ergeben. Diese Bestimmung regelt in ihrem Abs 1 das Folgende: „Soweit von einer Behörde Akten an eine andere Behörde vorgelegt werden müssen, und diese Akten elektronisch erzeugt und elektronisch genehmigt wurden, bezieht sich die Vorlagepflicht auf dieses elektronische Original. Dies gilt insbesondere für Akten aus einem durchgehend elektronisch geführten Aktenbearbeitungs- und -verwaltungssystem. Die Vorlage muss in einem Standardformat erfolgen.“

Daraus ergibt sich im Kern, dass bei elektronisch erzeugten und genehmigten Akten der elektronische Akt das Original darstellt, das auch vorzulegen ist (ErläutRV 252 BlgNR 22. GP 11).

Darüber hinaus könnte aus § 21 Abs 1 E-GovG abgeleitet werden, dass eine – wie auch immer zustande gekommene – elektronische Version eines Akts stets das Original darstellt. Das bedeutete, dass auch elektronische Kopien eines Papierakts als Original angesehen werden könnten. Gegen eine derartige Deutung des § 21 Abs 1 E-GovG sprechen jedoch die folgenden Erwägungen:

- Bereits der Wortlaut dieser Bestimmung weist darauf hin, dass lediglich von Anfang an elektronisch „erzeugte“ Akten als Original anzusehen sind, nicht jedoch auch digitale Kopien von zunächst physisch angelegten Akten. Diese Sichtweise

bekräftigt der zweite Satz der Bestimmung, nach der „insbesondere [...] Akten aus einem durchgehend elektronisch geführten Aktenbearbeitungs- und -verwaltungssystem“ als „elektronisches Original“ gelten sollen.

- Systematisch betrachtet regelt § 21 E-GovG damit in Übereinstimmung mit dem Titel des 5. Abschnitts nur eine „Besonderheit elektronischer Aktenführung“, nicht jedoch den Umgang mit Papierakten. Auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage eines E-GovG (252 BlgNR 22. GP 11) ist in diesem Sinn davon die Rede, „dass das Original eines Aktes der Akt in jener Form ist, in dem er erzeugt und genehmigt wurde. Daraus wird zu folgern sein, dass die Vorlagepflicht nur den Akt in dieser Form betrifft.“ IdS heißt es etwa auch in § 9 Abs 1 der Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs über die elektronische Durchführung von Verfahren (Hervorhebung durch den Gutachter): „Bei elektronisch geführten Akten (Aktenteilen) des Verfassungsgerichtshofs ist die elektronische Form das Original.“
- Dementsprechend sah der Gesetzgeber des E-GovG die eigentliche Ermächtigung für das Einscannen von physischen Dokumenten in der gleichzeitig mit § 21 E-GovG geschaffenen Regelung des § 13 Abs 1 AVG idF BGBl I 10/2004.
- Dazu kommt, dass originär elektronische Dokumente eine Wissens- oder Willenserklärung voraussetzen. Daran knüpft auch § 20 E-GovG über die Beweiskraft von Ausdrucken elektronischer Dokumente an. Nach dieser Regelung muss das ausgedruckte mit dem originären elektronischen Dokument nachvollziehbar übereinstimmen, damit es die qualifizierte Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde entfaltet. Der Scan eines originär physischen Dokuments stellt demgegenüber lediglich ein technisches Abbild – also eine Kopie iSd § 13 Abs 1 AVG idF BGBl I 10/2004 – dar, dem kein eigener Erklärungswert zukommt (so zur Rechtslage in Deutschland *Roßnagel/Nebel*, Beweisführung mittels ersetzender gescannter Dokumente, NJW 2014, 886 [887] mwN).
- In diesem Kontext ist schließlich zu bedenken, dass ein von Anfang an elektronisch erzeugter Akt Metadaten enthält, die in aller Regel das schrittweise Zustandekommen des Akts dokumentieren. Diese Daten (etwa darüber, welcher Bedienstete wann welche Aktenteile eingepflegt, bearbeitet und ggf modifiziert hat sowie insbesondere über die elektronische Genehmigung von Erledigungen) dienen ganz besonders auch der Nachvollziehbarkeit und Kontrolle des Verwal-

tungshandels (vgl zB § 82 Abs 14 AVG idF BGBl I 10/2004; § 2 Abs 5 der Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs über die elektronische Durchführung von Verfahren; vgl ferner dtBVwG 16.03.1988, 1 B 153/87: „*Die Pflicht zur Aktenführung soll den Geschehensablauf wahrheitsgetreu und vollständig dokumentieren und dient damit in zweifacher Weise der Sicherung gesetzmäßigen Verwaltungshandelns. Die Dokumentation soll den Geschehensablauf so, wie er sich ereignet hat, in jeder Hinsicht nachprüfbar festhalten.*“)

Bei Papierakten kann das Zustandekommen des Akts einschließlich allfälliger Modifikationen (zwar idR nicht so gut, aber grundsätzlich) ebenso nachvollzogen werden. So ist etwa häufig schon aufgrund des Zustands des Papiers erkennbar, ob Aktenbestandteile schon länger im Akt aufgenommen sind oder erst kürzlich eingefügt wurden. So wird letztlich gewährleistet, dass das zum Akt genommene Schriftgut vollständig und vor Veränderung geschützt verfügbar ist (vgl idZ dtB-VerfG 06.06.1983, 2 BvR 244/83, 2 BvR 310/83).

Eine lediglich digitale Kopie eines ursprünglich physisch geführten Papierakts kann in dieser Hinsicht sowohl hinter einem von Anfang an elektronisch geführten als auch hinter einem Papierakt zurückbleiben. Besonders deutlich wird dies bei Genehmigungen von (internen) Erledigungen, die im Akt aufliegen. Diese erfolgen bei elektronisch geführten Akten elektronisch (§ 18 Abs 3 2. Halbsatz AVG), bei Papierakten mittels Unterschrift (§ 18 Abs 3 1. Halbsatz AVG). Die digitale Kopie einer physischen Erledigung, das Scan-Produkt, enthält jedoch bloß eine eingescannte, dh kopierte Unterschrift des Genehmigenden, die nicht den Voraussetzungen des § 18 Abs 3 und 4 AVG gerecht wird (vgl VwGH 11.11.2013, 2012/22/0126). Vor diesem Hintergrund erscheint eine differenzierende Regelung, je nachdem ob ein Akt von Anfang an elektronisch geführt oder erst nachträglich digitalisiert wird, sachlich gerechtfertigt.

Insgesamt spricht daher vieles dafür, dem § 21 E-GovG nicht mehr zu unterstellen, als mit dieser Regelung offenkundig beabsichtigt war, nämlich die Klarstellung, dass bei elektronisch erzeugten Akten diese und nicht Ausdrücke des Akts vorzulegen sind. Der technischen Umsetzung dieser Anordnung dient auch die Vorgabe des § 21 Abs 1 letzter Satz E-GovG, wonach die „*Vorlage in einem Standardformat*“ iSd Abs 2 erfolgen muss.

Zweifelhaft ist zweitens der Anwendungsbereich des § 21 E-GovG. Ihrem Wortlaut nach regelt diese Bestimmung lediglich die Aktenvorlage von einer „*an eine andere Behörde*“. In den ErläutRV (252 BlgNR 22. GP 11) heißt es dementsprechend: „*Wie*

schon der Titel des 5. Abschnitts zeigt, handelt es sich hiebei um Regelungen über die interne Aktenführung, dies jedoch nur in Fällen, in welchen die geregelten Fragen gleichzeitig auch solche des Verfahrensrechts sind.“ Damit wird die im Wortlaut des § 21 E-GovG zum Ausdruck kommende Einschränkung des Anwendungsbereichs auf den inneradministrativen Bereich bekräftigt (dementsprechend erachtete es der VfGH als notwendig, die Geltung des § 21 E-GovG für das verfassungsgerichtliche Verfahren durch eine Verweisung in § 9 Abs 1 der Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs über die elektronische Durchführung von Verfahren, BGBl II 218/2013 idF BGBl II 235/2016, gesondert anzuordnen). Das E-GovG kann auf der kompetenzrechtlichen Grundlage des Art 11 Abs 2 B-VG tatsächlich ausschließlich verwaltungsverfahrensrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Aktenführung bundesweit abschließend regeln. Für die umfassende Regelung von Aktenvorlagen an Gemeindeaufsichtsbehörden, Gerichte oder parlamentarische Kontrolleinrichtungen fehlte dem Bundesgesetzgeber teils die Kompetenz, teils müsste er sich an das Inkorporationsgebot des Art 136 Abs 2 B-VG („Das Verfahren der Verwaltungsgerichte [...] wird durch ein besonderes Bundesgesetz [VwGVG] einheitlich geregelt.“) halten.

§ 21 E-GovG bietet nach dem Gesagten keine zureichende Ermächtigung für das ersetzende Scannen von Papierakten.

3.4. Materienspezifische Rechtsgrundlagen

Eine konkrete Regelung über die „*Aktenführung*“ einschließlich die Zulässigkeit der Digitalisierung und Skartierung von Papierakten enthält beispielsweise § 8 Zulassungsstellenverordnung, BGBl 464/1998 idF BGBl II 92/2019:

„§ 8. (1) Über die übertragenen Tätigkeiten haben die Zulassungsstellen Akten anzulegen und den Vorgang zu dokumentieren. Die Aktenführung kann sowohl elektronisch als auch in Papierform erfolgen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die Archivierung in der Zulassungsstelle selbst erfolgt. Es ist jedoch sicherzustellen, dass ein Akt bei Bedarf binnen drei Arbeitstagen in Papierform vor Ort rekonstruiert werden kann. Bei elektronisch gespeicherten Akten dürfen die Papierunterlagen sofort vernichtet werden. [...]

(4) Andere als in den Absätzen 1 bis 3 genannten Unterlagen sind nicht zum Akt zu nehmen. Die Rekonstruktion eines Aktes in Papierform muss jedenfalls bis zu sieben Jahre nach dem Anlassfall möglich sein.“

Regelungen über die Aktenführung und die Herstellung von Kopien enthält beispielsweise auch Art 54 der Zollkodex-DVO der Kommission.

3.5. Exkurs: Rechtslage in Deutschland

Interessant ist die Rechtslage in Deutschland. Hier wurden mit dem E-Government-Gesetz des Bundes vom 25.7.2013, dtBGBl I 2013, 2749, (im Folgenden: dtEGovG) die elektronische Aktenführung verpflichtend eingeführt (§ 6) und – ähnlich dem Verwaltungsreformgesetz 2001 in Österreich – flankierende Regelungen über das ersetzende Scannen von Papierdokumenten (§ 7) sowie über die Beweiskraft gescannter öffentlicher Urkunden (§ 371b dtZPO) geschaffen (dazu näher *Roßnagel/Nebel*, Beweiskraft mittels ersetzend gescannter Dokumente, NJW 2014, 886 [886 ff]).

§ 7 EGovG hat folgenden Wortlaut:

„(1) Die Behörden des Bundes sollen, soweit sie Akten elektronisch führen, an Stelle von Papierdokumenten deren elektronische Wiedergabe in der elektronischen Akte aufbewahren. Bei der Übertragung in elektronische Dokumente ist nach dem Stand der Technik sicherzustellen, dass die elektronischen Dokumente mit den Papierdokumenten bildlich und inhaltlich übereinstimmen, wenn sie lesbar gemacht werden. Von der Übertragung der Papierdokumente in elektronische Dokumente kann abgesehen werden, wenn die Übertragung unverhältnismäßigen technischen Aufwand erfordert.

(2) Papierdokumente nach Absatz 1 sollen nach der Übertragung in elektronische Dokumente vernichtet oder zurückgegeben werden, sobald eine weitere Aufbewahrung nicht mehr aus rechtlichen Gründen oder zur Qualitätssicherung des Übertragungsvorgangs erforderlich ist.“

Die Regelungen des dtEGovG und der dtZPO werden als notwendige Rechtsgrundlage für das ersetzende Scannen angesehen (vgl. *Roßnagel/Nebel*, Beweiskraft 887 mwN).

3.6. Zwischenergebnis

Eine allgemeine gesetzliche Ermächtigung oder gar Verpflichtung zum ersetzenden Scannen physischer Akten gibt es nicht. Im Licht der Genese des AVG (3.2.), der Regelungen des E-GovG (3.3.) sowie der zuletzt genannten Beispiele (3.4.) ist vielmehr festzuhalten, dass die Rechtsetzungspraxis diese Vorgangsweise nicht als eine innere Angelegenheit der Verwaltung, sondern rechtliche Regelungen für erforderlich erachtet.

4. Physische Originalakten gesetzlich geboten?

4.1. Problemstellung

Klärungsbedürftig ist vor diesem Hintergrund, ob und, wenn ja, welche Vorschriften die Aufbewahrung physischen Originalakten notwendig machen. Zu erinnern ist daran, dass durch die Digitalisierung eines physisch vorhandenen Originalakts nicht ein elektronischer Originalakt, sondern lediglich eine digitale Kopie, dh ein technisches Abbild des physischen Originalakts entsteht (oben 3.3.).

4.2. Beweiskraft

Originale physische Akten besitzen nicht pauschal eine höhere Beweiskraft als ihre digitalen Kopien. Einzelne – typische – Bestandteile eines Akts büßen jedoch in ihrer gescannten (und nicht zugleich beglaubigten) Form an Beweiskraft ein. Das gilt insbesondere für solche Dokumente, denen in ihrer originalen Form als öffentliche Urkunden gemäß § 292 Abs 1 ZPO (im Verwaltungsverfahren iVm § 47 AVG) qualifizierte Beweiskraft (§ 292 Abs 1 iVm § 310 ZPO) zukommt (zB Niederschriften usw).

§ 292 Abs 1 ZPO regelt das Folgende:

„Urkunden, welche im Geltungsbereich dieses Gesetzes von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form auf Papier oder elektronisch errichtet sind (öffentliche Urkunden), begründen vollen Beweis dessen, was darin von der Behörde amtlich verfügt oder erklärt, oder von der Behörde oder der Urkundsperson bezeugt wird.“

§ 292 Abs 1 ZPO findet auf gescannte Dokumente grundsätzlich keine Anwendung (idS auch *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 47 Rz 24), wenn diese nicht beglaubigt werden (vgl *Bittner* in Fasching/Konecny³ III/1 § 292 ZPO Rz 38 [Stand 1.8.2017, rdb.at]). Für diese Scan-Produkte kommt – im Anwendungsbereich der ZPO – vielmehr § 299 ZPO über die (eingeschränkte) Beweiskraft von Abschriften zum Tragen. Da diese Bestimmung gemäß § 47 AVG im Verwaltungsverfahren nicht anzuwenden ist, ist davon auszugehen, dass dort Abschriften (ebenso wie Privaturkunden, vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 47 Rz 23) der freien Beweiswürdigung der Behörde unterliegen. IdS wurde die Notwendigkeit des § 13 Abs 9 AVG in den ErlRV zum Verwaltungsreformgesetz 2001, 772 BlgNR 21. GP 39, wie folgt begründet (Hervorhebungen nicht im Original):

„Im Hinblick auf § 47 AVG, der hinsichtlich der Beweiskraft öffentlicher und privater Urkunden auf die Vorschriften der §§ 292 bis 294, 296, 310 und 311 ZPO verweist, ist nach der geltenden Rechtslage davon auszugehen, dass die dort normierte erhöhte Beweiskraft nur den Originalurkunden oder beglaubigten Abschriften zukommt. Werden diese elektronisch gescannt und vernichtet bzw. zurückgestellt, so können sich infolge der verminderten Beweiskraft unter Umständen Beweisprobleme ergeben.“

§ 20 E-GovG ändert daran nichts. Diese Bestimmung regelt – im Unterschied etwa zu § 371b dtZPO¹ – ausschließlich die „Beweiskraft von Ausdrucken“ von originären elektronischen Dokumenten (nach *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 47 Rz 15 soll es in dieser Bestimmung sogar nur um die „Echtheit“ von Ausdrucken gehen). Die qualifizierte Beweiskraft (§ 292 ZPO) des Ausdrucks setzt nach dieser Bestimmung sohin voraus, dass bereits dem elektronischen Dokument diese Beweiskraft zukommt. Das ist aber nur dann der Fall, wenn die Urkunde – zB im Rahmen eines elektronischen Aktenverwaltungssystems – „elektronisch errichtet“ wurde.

Aus einer jüngeren Entscheidung des VwGH ergibt sich außerdem, dass der Gerichtshof – zu Recht – (elektronische oder herkömmliche) Kopien von Unterschriften einer originalen Unterschrift zur Genehmigung von (internen) Erledigungen gemäß § 18 Abs 3 und 4 AVG als nicht gleichwertig ansieht (vgl VwGH 11.11.2013, 2012/22/0126). Das hat Relevanz für alle internen Erledigungen iSd § 18 Abs 3 AVG (zB Niederschriften, Urschriften), deren ersetzende Scan-Produkte insofern nicht gleichwertig mit dem physischen Original sind.

4.3. Pflicht zur Aktenvorlage

4.3.1. Aktenvorlage an die Verwaltungsgerichte

Rechtliche Hindernisse für die Digitalisierung von Papierakten können sich zudem aus gesetzlichen Vorlagepflichten ergeben, so insbesondere aus den gesetzlichen Regelungen über die Aktenvorlage an die Verwaltungsgerichte (VwG). Gemäß § 14 Abs 2 und § 15 VwGVG hat eine Behörde im Fall einer Beschwerde an ein VwG die „*Akten des*

¹ **„Beweiskraft gescannter öffentlicher Urkunden**

Wird eine öffentliche Urkunde nach dem Stand der Technik von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person in ein elektronisches Dokument übertragen und liegt die Bestätigung vor, dass das elektronische Dokument mit der Urschrift bildlich und inhaltlich übereinstimmt, finden auf das elektronische Dokument die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden entsprechende Anwendung. Sind das Dokument und die Bestätigung mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, gilt § 437 entsprechend.“

Verwaltungsverfahren vorzulegen“. Die VwG sind ihrerseits gemäß § 30a VwGG und gemäß § 20 Abs 3 VfGG zur Vorlage der Akten an den VwGH und den VfGH verpflichtet. Die Vorlagepflicht bezieht sich nach dem klaren Wortlaut auf das Original des Akts, nicht auf eine (digitale) Kopie (idS auch ErläutRV 252 BlgNR 22. GP 11 zu § 21 E-GovG; so verlangt zB auch der VfGH seit jeher ausdrücklich, ihm die Akten *„vollständig, geordnet und im Original“* vorzulegen). Bei physisch geführten Akten spricht daher, wie schon ausgeführt, viel dafür, dass sich die gesetzliche Vorlagepflicht auf das physische Original, nicht auf eine durch die Digitalisierung des Akts hergestellte digitale Kopie bezieht.

Auf die Verpflichtung zur Vorlage des Originalakts nimmt idS auch Punkt 10.8 GOM 2005 Bezug: *„Zur Sicherstellung der Verfügbarkeit bzw. Rekonstruierbarkeit von Akten (Aktenteilen) sind bei der Vorlage von Originalakten (wie z.B. im Rechtsmittelverfahren, im Vorstellungsverfahren, an Gerichte), wenn die Rekonstruierbarkeit des Aktes ansonsten unmöglich ist, Kopien (auch von Plänen u.ä.) herzustellen, die beim Magistrat verbleiben. Dies gilt vor allem dann, wenn nach Aktenvorlage noch eine Bearbeitung beim Magistrat durchzuführen ist.“*

4.3.2. Sonstige Vorlagepflichten

Pflichten zur Aktenvorlage ergeben sich auch im Rahmen der Verwaltungskontrolle. Für eine oberösterreichische Gemeinde insbesondere von Relevanz sind § 46 Abs 1 Z 2 (zB) Stadtstatut Wels bzw § 95 Abs 3 Oö. Gemeindeordnung über die – von Verfassungen wegen vorgezeichnete – Stellung des Gemeinderats als oberstes Organ der Gemeindegeldverwaltung mit entsprechenden oberbehördlichen Befugnissen, § 72 Stadtstatut Wels bzw § 100 Oö. Gemeindeordnung über die Verpflichtung zur Aktenvorlage an die Aufsichtsbehörde sowie die jeweiligen gesetzlichen Regelungen über die Unabhängigkeit von Gemeindeorganen (zB von Disziplinarkommissionen), die im Hinblick auf Art 20 Abs 2 B-VG ein umfassendes Unterrichtsrecht gegenüber dem Gemeinderat vorsehen müssen. Überdies sind die Vorlagepflichten gegenüber den allgemeinen Vertretungskörpern und deren (Untersuchungs-)Ausschüssen zu beachten. So haben gemäß Art 53 Abs 3 B-VG alle Organe *„der Gemeinden und der Gemeindeverbände [...] einem Untersuchungsausschuss auf Verlangen im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung ihre Akten und Unterlagen vorzulegen“*. Aktenvorlagen können auch gemäß Art 148b Abs 1 B-VG an die Volksanwaltschaft und gemäß § 4 Abs 1 Rechnungshofgesetz an den Rechnungshof geboten sein.

Fraglich ist, ob diese Verpflichtungen die Aufbewahrung des originalen Papierakts erforderlich machen. Die jeweiligen Vorschriften sprechen in aller Regel lediglich von der Aktenvorlage, ohne diese näher zu spezifizieren. Daraus lässt sich jedoch – im Licht der bisherigen Ausführungen – nicht schließen, dass auch die Vorlage einer digitalen Kopie ausreichend ist.

Was die Vorlage an parlamentarische Untersuchungsausschüsse betrifft, ergibt sich zwar aus Art 53 B-VG selbst keine konkrete Vorgabe (auch wird beispielsweise in beiden „Großkommentaren“ zum B-VG diese Problematik nicht thematisiert, vgl *Neisser*, Art 53 B-VG, in Rill-Schäffer Kommentar Bundesverfassungsrecht [17. Lfg, 2016] insb Rz 25; *Kahl*, Art 53 B-VG, in Korinek/Holoubek et al [Hrsg], Bundesverfassungsrecht I/2 [7. Lfg, 2005]). In der Praxis dürfte häufig auch die Vorlage von Aktenkopien als ausreichend angesehen werden. Diese kann sogar – etwa aus grundrechtlicher Perspektive (zB Datenschutzgrundrecht [Art 8 GRC, § 1 Datenschutzgesetz], Recht auf Achtung des Privatlebens [Art 8 EMRK]) – erforderlich sein, wenn Teile des Akts zu „schwärzen“, also abzudecken sind, zumal die Schwärzung des Originals wohl ausgeschlossen ist. Umgekehrt kann allerdings nach § 25 Abs 3 der Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse (VO-UA; Anl 1 zum Geschäftsordnungsgesetz 1975) der „*Untersuchungsausschuss [...] Anforderungen an die Art der Vorlage beschließen*“. Er kann deshalb grundsätzlich auch die Vorlage der Originalakten einfordern.

Es kann daher zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass gesetzliche Vorlagepflichten durch die Vorlage des physischen Originalakts zu erfüllen sind.

5. Dauer der Aufbewahrung

Klärungsbedürftig ist schließlich, wie lange die Aufbewahrung von physischen Originalakten erforderlich ist. Diese Zeitspanne ist vor allem aufgrund der unter 4.3.2. beschriebenen Vorlagepflichten nicht einfach zu bestimmen, zumal diese iZm Instrumenten stehen, die zeitlich grundsätzlich nicht befristet sind.

Aus der Rechtsprechung lässt sich zu dieser Frage Folgendes ableiten:

- Der VfGH verlangt ungeachtet gesetzlicher Vorlagepflichten keine unbefristete Aufbewahrung von Akten. Aus VfSlg 20.227/2017 lässt sich – mit der gebotenen Vorsicht, weil es in diesem Fall um eine Abwägung widerstreitender Interessen

für oder gegen die Vernichtung ging – ableiten, dass eine Aufbewahrung nur solange erforderlich ist, solange eine „Notwendigkeit“ der Vorlage gegeben sein kann.

- Der VfGH appellierte in seinem Tätigkeitsbericht 2008 (S 18) an verordnungserlassende Behörden, Verwaltungsakten im Hinblick auf die Verwaltungsprüfung durch den VfGH (und, wie zu ergänzen ist, möglicherweise auch durch die Aufsichtsbehörde) erst dann zu skartieren, wenn die jeweilige Verordnung keine Rechtswirkungen mehr entfalten kann. Daraus folgt, dass Verwaltungsakten mit dem Außerkrafttreten einer Verordnung skartiert werden dürfen.
- Es kann verfassungsgesetzlich – im Besonderen aufgrund des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art 8 Abs 1 EMRK) – umgekehrt geboten sein, Papierakten zu vernichten (VfSlg 19.937/2014, 20.227/2017). In einem solchen Fall ist jedoch auch die vorangehende Digitalisierung des Akts ausgeschlossen.

Nähere Anhaltspunkte lassen sich aus der österreichischen Rsp nicht gewinnen. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat zur Frage der Aufbewahrungsdauer folgende Aussagen getroffen, aus denen sich der Sache nach weitere Anhaltspunkte gewinnen lassen (Hervorhebungen nicht im Original): *„Die Pflicht zur Führung wahrheitsgetreuer und vollständiger Akten kann ihre präventive und ihre nachträgliche Sicherungsfunktion nur entfalten, wenn die Akten so lange aufbewahrt werden, daß sie ihre Nachweisfunktion im Bedarfsfall tatsächlich erfüllen können. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß sie zur Vermeidung von Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung schon dann vernichtet werden müßten, wenn kein Beteiligter mehr aktuelle Ansprüche gegen die Behörde erheben und diese die Akten nicht mehr zur Grundlage von aktuellen Maßnahmen gegen einen Beteiligten oder zugunsten eines Beteiligten machen könnte. Die von der Klägerin gewünschte Handhabung würde es weithin dem Zufall überlassen, ob die Verwaltungsakten, die ihnen zukommende Sicherungsfunktion tatsächlich erfüllen könnten. Die Möglichkeiten einer effektiven Rechts- und Fachaufsicht würden ebenso gemindert wie die Hindernisse, die der Zwang zur wahrheitsgetreuen und vollständigen Dokumentation einem nicht rechtmäßigen Verwaltungshandeln entgegengesetzt. Schließlich würde die von der Klägerin für rechtens und geboten gehaltene Handhabung – die jedem Beteiligten nur erlauben würde, die Vernichtung der gerade ihn betreffenden Aktenteile zu verlangen – zur Unvollständigkeit und damit zur teilweisen oder gar vollständigen Unbrauchbarkeit der Akten führen. [...] Eine Vernichtung von Akten kann deshalb nur für einen Zeitpunkt in Betracht gezogen werden, in dem mit Sicherheit feststeht, daß die Akten ihre die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*

sichernde Dokumentationsfunktion nicht mehr erfüllen“ (Beschluss vom 16.03.1988, 1 B 153/87).

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Akten – vorbehaltlich der archivrechtlichen Vorschriften – jedenfalls nicht auf Dauer aufbewahrt werden müssen. Aus der Sicherungs- und Dokumentationsfunktion von Akten ergibt sich, dass Akten jedenfalls solange aufbewahrt werden müssen, bis sie diese Funktion nicht mehr erfüllen können müssen. Die Aufbewahrung des physischen Originalakts erscheint deshalb de lege late in jedem Fall für solche Akten erforderlich, die für die laufende Verwaltungstätigkeit noch erforderlich sind (vgl auch 14.3 GOM 2005). Konkret betrifft das insb Akten über Verwaltungsverfahren

- in denen ein Rechtsmittel noch möglich oder bereits anhängig ist, wobei im Bauverfahren insb die Einjahresfrist gemäß § 33 Abs 4 iVm Abs 2 Z 2 Oö. BauO 1994 für Rechtsmittel übergangener Parteien beachtet werden muss;
- in denen ein Antrag auf (Quasi-)Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 42 Abs 3, § 71 AVG) oder auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 69 AVG; Dreijahresfrist) noch möglich ist oder bereits erhoben wurde;
- in denen ein sekundäres Rechtsmittel (insbesondere zur Geltendmachung von Amtshaftung) de iure im Licht des konkreten Sachverhalts noch möglich ist.

Die Nachfragen der Auftraggeberin zeigen gleichwohl die Problematik der geltenden Rechtslage deutlich auf. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass über die genannten Fälle hinaus Akten für die konkrete Verwaltungstätigkeit noch erforderlich sind. Zu denken ist beispielsweise an die Erhebung eines Rechtsmittels durch eine übergangene Partei in Rechtsmaterien, die – im Unterschied zur Oö. BauO 1994 – keine Befristung des Rechtsschutzes übergangener Parteien vorsehen, oder – mit besonders „langer“ Relevanz – an die Klärung des strittigen baurechtlichen Konsenses eines Gebäudes anhand der Urschriften der bezughabenden Baubewilligungsbescheide.

Zu diesen Unsicherheiten kommen die archivrechtlichen Vorgaben (zu diesen näher noch unten III). Für oberösterreichische Gemeinden ist primär das Oö. Archivgesetz, LGBl 83/2003 idF LGBl 55/2018, von Relevanz. Dieses regelt auch den Umgang mit kommunalen Archivgut. Dieses umfasst alle archiwürdigen Unterlagen, die bei Gemeinden oder Gemeindeverbänden oder deren Rechts- und Funktionsvorgängern angefallen sind (§ 2 Z 7 Oö. Archivgesetz). Als Unterlagen gelten alle analog oder digital aufge-

zeichneten Informationen (Schrift-, Bild- und Tonaufzeichnungen) sowie alle Findmittel (§ 2 Z 10 Oö. Archivgesetz). Gemeinden und Gemeindeverbänden haben archivwürdige Unterlagen, die sie nicht mehr ständig benötigen, nach Ablauf einer durch die Organisationsvorschriften festgelegten Frist oder spätestens nach 30 Jahren zu archivieren. Für digitale Unterlagen gilt eine Frist von drei Jahren (§ 3 Abs 2 Oö. Archivgesetz). Das Oö. Archivgesetz regelt zwar die Form der Übergabe von Archivgut nicht, es ist jedoch nach dem Telos des Gesetzes eindeutig davon auszugehen, dass es jeweils im Original anzubieten ist (so ausdrücklich § 5 Abs 5 Bundesarchivgesetz). Akten, die archivwürdige Unterlagen zumindest potentiell enthalten, müssen demnach jedenfalls so lange im Original aufbewahrt werden, bis sie dem Archiv angeboten und von diesem entweder übernommen oder abgelehnt werden.

Die Bestimmung der gebotenen Aufbewahrungsdauer von Originalakten ist daher – außer bei Verordnungsakten – mit Unsicherheiten behaftet. Konkrete Anhaltspunkte, die es der Verwaltung ermöglichen würden, den jeweiligen Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem die Originalakten vernichtet werden dürfen, fehlen.

6. Ergebnis

Insgesamt gesehen besteht damit – seit der Aufhebung des § 13 Abs 9 AVG idFd Verwaltungsreformgesetzes 2001 – eine defizitäre und im Einzelnen unklare Rechtslage, die eine Empfehlung für die Digitalisierung und anschließende Skartierung physischer Originalakten nicht zulässt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass häufig zwar der Rückgriff auf eine oder die Vorlage einer digitalen Kopie eines Akts ohne weiteres als ausreichend angesehen wird, in Einzelfällen jedoch die Vernichtung des Papierakts problematisiert wird, so etwa dann, wenn Divergenzen zwischen der digitalen Kopie und dem ursprünglichen physischen Originalakt behauptet werden.

Das nicht beglaubigte Scan-Produkt von physischen Originalen öffentlicher Urkunden besitzt nicht deren volle (qualifizierte) Beweiskraft gemäß (§ 47 AVG iVm) § 292 Abs 1 ZPO. § 20 E-GovG ändert daran nichts, weil diese Bestimmung lediglich Regelungen über Ausdrücke von elektronischen Originaldokumenten trifft. Ebenso sind gescannte (interne) Erledigungen gemäß § 18 AVG hinsichtlich der Unterschrift des Genehmigenden nicht den physischen Originalen dieser Erledigungen gleichwertig.

Ersetzendes Scannen ohne rechtliche Unsicherheiten kommt de lege lata nur für solche Papierakten in Betracht, die 1. für die Verwaltungstätigkeit nicht mehr benötigt werden,

2. nicht mehr Gegenstand einer Aktenvorlage sein können und 3. keine (potentiell) archivwürdigen Unterlagen enthalten. Die Einbußen bei der Beweiskraft müssen auch in diesen Fällen beachtet werden.

An diesem rechtlichen Befund kann der Umstand nichts ändern, dass dieses Ergebnis rechtspolitisch problematisch ist. Das ersetzende Scannen sollte aus mehreren Gründen, insbesondere im Interesse der Sparsamkeit der Verwaltung, unter Beachtung aller notwendigen Maßnahmen zur Gewährleistung der unveränderbaren Übereinstimmung des Scan-Produkts mit dem Original rechtlich eindeutig geregelt und zulässig sein. Der seinerzeitige § 13 Abs 9 AVG und vor allem die Rechtslage in Deutschland zeigt, dass dies ohne weiteres möglich wäre.

III. Digitalisierung archivierter Papierakten

Die Frage der Form der Archivierung physischer Unterlagen (Akten) ist in erster Linie aufgrund des Oö. Archivgesetzes zu beantworten. Die „*Erhaltung und [den] Schutz des Archivguts*“ regelt § 9 Oö. Archivgesetz wie folgt:

„(1) Das öffentliche Archivgut und Archivgut von öffentlichem Interesse ist durch geeignete technische, konservatorische und organisatorische Maßnahmen sicher und sachgemäß auf Dauer zu erhalten sowie vor unbefugter Benutzung, Veränderung, Beschädigung oder Vernichtung zu schützen.

(2) Öffentliches Archivgut und Archivgut von öffentlichem Interesse ist geordnet zu lagern und durch geeignete Findmittel so zu erschließen, dass die Benutzung durch Berechtigte ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich ist.

(3) Digitales öffentliches Archivgut und digitales Archivgut von öffentlichem Interesse ist durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so zu speichern, dass seine Lesbarkeit dauerhaft sichergestellt ist.“

§ 9 Abs 1 Oö. Archivgesetz wurde und wird in der Praxis offenbar bislang als geeignete Rechtsgrundlage für die Mikroverfilmung von Schriftgut erachtet. Dieser Auslegung folgend, könnte auch die Digitalisierung von Archivgut (und die anschließende Vernichtung der physischen Dokumente) auf die zitierte Bestimmung gestützt werden. Diese Deutung des § 9 Abs 1 Oö. Archivgesetz ist jedoch problematisch. Anders als beispielsweise § 59 Abs 3 Personenstandsgesetz („*Anstelle der Schriftstücke gemäß*

Abs. 1 können auch Mikrofilme oder elektronische Informationsträger aufbewahrt werden.“) erlaubt diese Bestimmung jedenfalls nicht eindeutig die Digitalisierung und anschließende Vernichtung von physischen Dokumenten.

Nach der Legaldefinition des § 2 Z 3 Oö. Archivgesetz ist Archivieren *„eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse, die das Erfassen, Bewerten, Übernehmen, dauernde Verwahren oder Speichern sowie das Erhalten, Restaurieren, Ordnen, Erschließen und Nutzbarmachen von Archivgut umfasst“*. Es ist fraglich, ob eine Digitalisierung als dauernde Verwahrung oder als das Erhalten von Archivgut angesehen werden kann. Diese Sichtweise könnten allenfalls teleologische und systematische Erwägungen nahelegen, wenn und soweit man annimmt, dass es dem Archivgesetz um die Erhaltung von Inhalten und nicht um die Erhaltung bestimmter Trägermedien (Papier, bestimmte Disketten oder CD-ROMs usw) geht. Insofern könnte die Digitalisierung – in Übereinstimmung mit der eingangs zitierten Rechtsmeinung – als eine technische Maßnahme iSd § 9 Abs 1 Oö. Archivgesetz zur Erhaltung von Inhalten angesehen werden.

Die Regelungen des Bundesarchivgesetzes, die dem Oö. Archivgesetz teils als Vorbild dienten (AB 1751/2003 BlgLT XXV. GP zu § 2), sprechen weder für noch gegen diese Auslegung. Dieses Bundesgesetz ist lediglich im Zusammenhang mit dem Schriftgut, das bei obersten Organen der Bundesverwaltung anfällt, deutlicher, zumal dieses gemäß § 6 Abs 3 leg cit *„vom Österreichischen Staatsarchiv bis zum Ablauf von 25 Jahren nach dem Ausscheiden aus der Funktion gesondert unter Verschluss und versiegelt aufzubewahren“* ist.

Aus den Gesetzesmaterialien zu § 9 ist für diese Auslegung freilich nichts zu gewinnen. Sie sprechen (wenn, dann) eher dafür, dass es um den Schutz des Archivgutes in seiner ursprünglichen Form geht: *„Diese Bestimmungen regeln die zu Sicherung und Schutz, zu dauerhafter und datensicherer Verwahrung sowie für die Benutzung des Archivguts erforderlichen Maßnahmen“* (AB 1751/2003 BlgLT XXV. GP zu § 9).

2. Ergebnis

Es ist de lege lata fraglich, ob physische Akten anlässlich und nach ihrer Archivierung im Kommunalarchiv digitalisiert und anschließend vernichtet werden dürfen. Diese Vorgangsweise käme nur dann in Betracht, wenn man § 9 Abs 1 Oö. Archivgesetz so verstünde, dass es auf die Erhaltung des Inhalts von Archivgut, nicht jedoch auch auf die Erhaltung des ursprünglichen Trägermediums Papier ankommt. Da die Frage der Archivwürdigkeit bloß des Inhalts oder auch des Trägermediums jedoch nicht rechtlich,

sondern nach archivwissenschaftlichen Kriterien zu beantworten ist, wird man ein derart pauschales Verständnis an § 9 Abs 1 Oö. Archivgesetz nicht anlegen können.

Es ist gleichwohl darauf hinzuweisen, dass diese Auslegung angreifbar und eine Vernichtung von physischen Akten anlässlich ihrer Archivierung daher nicht unbedenklich ist.

IV. Digitalisierung von physischen Dokumenten bei elektronisch geführten Akten

1. Problemstellung

Zu klären ist schließlich die Frage, ob Dokumente (insb Anbringen von Parteien), die physisch eingebracht werden, nach ihrer Digitalisierung (durch Scannen) vernichtet werden dürfen.

2. Relevante Regelungen des AVG und des E-GovG

Das Organisationshandbuch ELAK – Acta Nova (Dienstanweisung [DA] 174/2017) der Stadt Wels entscheidet diese Frage innenrechtlich. Es geht davon aus, dass es Dokumente gibt, „die zwar gescannt werden, deren Aufbewahrung im Original jedoch erforderlich ist“ (IV.). Solche Objekte sind insbesondere:

- „1. sämtliche Eingaben in Zusammenhang mit gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren,*
- 2. sämtliche Eingaben, Anträge und sonstigen Erklärungen der politischen Organe der Stadt Wels, welche sich auf das StW 1992 oder seine Durchführungsvorschriften stützen,*
- 3. sämtliche Verträge und rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche mit einer eigenhändigen Unterschrift versehen sind,*
- 4. Dokumente deren Aufbewahrung im Original sonst auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder zu Beweis Zwecken notwendig ist,*
- 5. Dokumente, die dem Absender wieder rückübermittelt werden müssen, und physische Akten, die nach Einsicht wieder zurückgegeben werden.“*

Daraus folgt, dass aufgrund der internen DA 174/2017 derzeit physische Eingaben bspw in baurechtlichen Verfahren zwar für die Aufnahme in den ELAK gescannt werden dürfen, dennoch jedoch weiterhin im Original aufzubewahren sind.

Für alle anderen Dokumente gilt, dass sie „*bei der scannenden Stelle für sechs Wochen aufzubewahren [sind]. Nach Fristablauf sind sie zu vernichten. Die für die Bearbeitung zuständige Organisationseinheit hat – falls erforderlich – das Original vor Ablauf dieser Frist anzufordern.*“

3. Die restriktive Vorgabe der DA 174/2017 hat rechtliche Gründe für sich. Die oben (II.) dargestellte Genese des AVG zeigt, dass der Gesetzgeber eine Rechtsgrundlage für das Scannen und Vernichten von Eingaben gemäß § 13 AVG für erforderlich angesehen hat. Er hat diese Grundlage, die seit dem Verwaltungsreformgesetz 2001 zunächst im Abs 9 und dann mit dem Inkrafttreten des E-GovG im Abs 1 des § 13 AVG etabliert war, jedoch – wohl versehentlich – 2008 wieder beseitigt.

Anders als für physische Akten gibt es gleichwohl auch Argumente dafür, dass das ersetzende Scannen von Eingaben nach wie vor rechtlich in Betracht kommt:

- Sowohl das AVG (vgl zB § 17 Abs 1, § 44b Abs 2) als auch das E-GovG (5. Abschnitt über die „Besonderheiten elektronischer Aktenführung“) rechnen damit, dass Akten elektronisch geführt werden. Da die elektronische Aktenführung das Einscannen physischer Eingaben de facto zur Voraussetzung hat, können diese Bestimmungen als geeignete Grundlage angesehen werden.
- Dazu kommt, dass gemäß § 21 E-GovG bei elektronisch erzeugten und geführten Akten das Original stets die elektronische Form darstellt. Daraus kann geschlossen werden, dass auch die für die Aufnahme in einen solchen Akt gescannte Eingabe das „Schicksal“ des elektronischen Aktes an sich teilt, dh als Original zu gelten hat.
- Diese Sichtweise erleichtern zwei rechtliche Umstände: Erstens benötigen schriftliche Eingaben im Unterschied zu (internen) Erledigungen gemäß § 18 AVG keine Unterschrift, weshalb das Einscannen von Unterschriften auf physischen Eingaben grundsätzlich unproblematisch ist. Zweitens kommt Privaturkunden nach § 47 AVG im Unterschied zu öffentlichen Urkunden von vornherein keine volle (qualifizierte) Beweiskraft zu (*Hengstschläger/Leeb*, AVG § 47 Rz 23). Sie könne diese durch den Scanvorgang daher auch nicht einbüßen. Öffentliche Urkunden hingegen, die von einer Partei vorgelegt werden (zB Geburtsurkunde usw), wurden schon bei Papierakten häufig bloß in Kopie zum Akt genommen (ErlRV 772 BlgNR 18. GP 39), was wohl deshalb unproblematisch ist,

weil im Streitfall auch anderweitig auf die Originale solcher Urkunden zurückgegriffen werden kann.

4. Ergebnis

Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das ersetzende Scannen von Eingaben iSd § 13 AVG, die zu einem elektronischen Akt genommen werden sollen, fehlt. Die Zulässigkeit des ersetzenden Scannens kann daher insbesondere im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber des Verwaltungsreformgesetzes 2001 und des E-GovG eine solche Rechtsgrundlage für notwendig erachtet hat, bestritten werden. Umgekehrt kann ein Argument für die Zulässigkeit mittelbar aus jenen Vorschriften des AVG und des E-GovG abgeleitet werden, nach denen die elektronische Aktenführung an sich in Betracht kommt. Eine eindeutige, über jeden Zweifel erhabene Deutung des Rechtsmaterials ist gleichwohl nicht möglich.

Bad Leonfelden, am 18. August 2019

Univ.-Prof. Dr. Michael Mayrhofer