

Recht informiert.

## Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte, Juni 2024

**Quod non est in actis...**

«**Quod non est in actis, non est in mundo**», ist eine Regel aus dem römischen Recht und heisst so viel wie «**was nicht in den Akten steht, ist auch nicht in der Welt**». Ganz so streng gilt dies heute nicht mehr. Aber die Pflicht zur Akten- und Protokollführung gilt auch heute noch.



Die Wahrung des rechtlichen Gehörs ist eines der grundlegenden Verfahrensrechte in sämtlichen Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör ist daher in der Bundesverfassung enthalten (Art. 29 Abs. 2 BV). Der Anspruch umfasst das Recht auf Äusserung und Anhörung im Verfahren, das Recht auf Vertretung und Verbeiständung, der Anspruch auf Begründung eines Entscheids und insbesondere auch der Anspruch auf Akteneinsicht.

Das Recht auf Akteneinsicht bedingt auf der anderen Seite eine Pflicht zur Aktenführung. Die **Aktenführungspflicht** von Verwaltung und Behörde bildet damit das Gegenstück zum Akteneinsichtsrecht. Was auf den ersten Blick einleuchtend klingt, führt bei genauerer Betrachtung schnell zur Frage: Was gehört in die Akten?

Gemäss Rechtsprechung ist die Behörde verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. Die betroffene Person hat einen Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung (Urteil des Verwaltungsgerichts [WBE.2022.216](#) vom 26. Oktober 2022, E.3.3 mit Verweisen auf diverse BGE).

Positiv ausgedrückt haben die Behörden alles in den Akten festzuhalten, was entscheidungswesentlich sein kann. Negativ ausgedrückt werden Unterlagen, denen für die Behandlung des Falls kein Beweischarakter zukommt, nicht vom Akteneinsichtsrecht erfasst. Diese Unterlagen dienen ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung und sind für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt. Es handelt sich dabei etwa um Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte oder Hilfsbelege. Massgebend für die Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht ist, ob eine Unterlage Sachverhaltsfeststellungen enthält oder Beweischarakter aufweist. Können die Akten für den Ausgang des Verfahrens wesentlich sein, ist die Einsicht zu gewähren. Wird die Akteneinsicht zur Wahrung wichtiger öffentlicher oder schutzwürdiger privater Interessen verweigert, ist der betroffenen Partei der belastende Inhalt mitzuteilen, wenn zu ihrem Nachteil darauf abgestellt werden soll (§ 22 Abs. 3 VRPG; Urteil des Spezialverwaltungsgerichts [4-BE.2021.17](#) vom 14. Februar 2024, E. 4.4)

Da in den Akten alles festgehalten werden muss, was entscheidungswesentlich sein kann, ergibt sich aus der Pflicht zur Aktenführung auch eine Pflicht zur **Protokollführung**. Die Behörden sind gemäss Rechtsprechung verpflichtet, über entscheidungswesentliche Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen Protokoll zu führen (Urteil des Spezialverwaltungsgerichts [4-BE.2021.17](#) vom 14. Februar 2024, E. 4.4). Dies gilt auch für durchgeführte Augenscheine oder Einspracheverhandlungen.

Die Verwaltungsbehörde (bspw. der Gemeinderat) hat daher über die wesentlichen Ergebnisse des Augenscheins immer ein Protokoll zu erstellen, das den Parteien auch jederzeit zur Einsichtnahme offenstehen muss. Die beim Augenschein gemachten Feststellungen sind so weit zu protokollieren, als sie für den Entscheid erheblich sein können. Ein Wortprotokoll ist in der Regel nicht erforderlich. Das Protokoll ist auszufertigen, *bevor* der Entscheid gefällt wird. Auf die Ausfertigung

des Protokolls kann nur verzichtet werden, wenn kein Sachentscheid gefällt werden muss, beispielsweise bei einem Rückzug des Gesuchs. Aber auch in diesem Fall empfiehlt sich, eine Aktennotiz anzulegen mit dem Vermerk, wann und wo der Augenschein durchgeführt wurde und welche Personen anwesend waren. Eine separate Zustellung des Protokolls (vor der Zustellung des Entscheids) muss nur auf ausdrücklichen Wunsch der Parteien hin erfolgen.

Die Protokollführungspflicht gilt gleichermaßen für Einsprache- und Einwendungsverhandlungen des Gemeinderats. Die Verhandlung ist in den wesentlichen Punkten zu protokollieren und den Einsprechern ist auf Verlangen Einsicht in das Protokoll zu geben. Da die Parteien die Möglichkeit haben, sich an der Verhandlung zu den Ausführungen der Gegenpartei bzw. der Behörde direkt zu äussern, genügt auch hier ein zusammenfassendes Protokoll. Ein Wortprotokoll ist nicht zwingend.

Besteht ein Akten- und Protokollführungspflicht, stellt sich zwangsläufig die Frage, was die Folgen sind, wenn die Behörde dieser Pflicht nicht nachkommt.

Die Vernachlässigung der Akten- und/oder Protokollführungspflicht stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, d.h. von der (materiellen) Sache unabhängig. Wird die Verletzung des Gehörsanspruchs erfolgreich gerügt, führt dies zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Dabei spielt es keine Rolle, ob die korrekte Akten- oder Protokollführung im konkreten Fall einen Einfluss auf den Ausgang des Entscheids in der Sache hatte. Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden. In jedem Fall wird die Gehörsverletzung aber bei der Kostenverteilung berücksichtigt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Behörden sämtlicher Instanzen, vom Gemeinderat bis zu den Gerichtsbehörden, verpflichtet sind, ein vollständiges Aktendossier zu führen. Daraus resultiert auch die Pflicht zur Protokollführung. Das Protokoll muss die entscheiderelevanten Tatsachen festhalten. Werden entscheiderelevante Handlungen oder Aussagen nicht protokolliert, stellt dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Im Zweifel empfiehlt sich daher: lieber eine Aktennotiz zu viel als eine zu wenig.