

Roger Peter

## **Die Aktenführungspflicht im Sozialversicherungsrecht**

### **Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens**

---

Dürfen die Durchführungsorgane und Durchführungsstellen der Sozialversicherung die Akten nach ihren eigenen subjektiven Vorstellungen führen? Welche Normen haben sie bei der Aktenführung zu beachten? Welche beweisrechtlichen Rechtsfolgen treten bei Verletzung der Aktenführungspflicht ein? Der Beitrag nimmt zu diesen und weiteren Fragen Stellung und untersucht darüber hinaus die durch den Bundesrat per 1. Oktober 2019 revidierte Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) aus der Sicht der Aktenführungspflicht.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht; Verwaltungsverfahren

Zitiervorschlag: Roger Peter, Die Aktenführungspflicht im Sozialversicherungsrecht, in: Jusletter 14. Oktober 2019

## Inhaltsübersicht

- I. Welche Probleme stellen sich?
- II. Was ist eine Akte?
- III. Weshalb ist eine Akte zu führen?
- IV. Nach welchen Grundsätzen ist die Akte zu führen?
- V. Aus welchen Rechtsquellen ergibt sich eine Pflicht zur Aktenführung?
  - A. Rechtsgrundsätze und Bundesverfassung
  - B. Gesetze, Verordnungen und Weisungen
- VI. Welchen Inhalt und Umfang hat die Aktenführungspflicht?
  - A. Die Aktenbildungspflicht
    1. Die Aktenbildungspflicht nach Art. 46 ATSG
      - a. sämtliche «Unterlagen»
      - b. «massgeblich sein können»
    2. Die Aktenbildungspflicht nach Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG
  - B. Die Aktenordnungspflicht
  - C. Die Aktenaufbewahrungspflicht
  - D. Die Aktenvernichtungspflicht
- VII. Wer führt die Akte?
- VIII. Welche beweisrechtlichen Rechtsfolgen treten bei Verletzung der Aktenführungspflicht ein?
- IX. Fazit

### I. Welche Probleme stellen sich?

[1] Im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren treten die *mit der Durchführung der Sozialversicherung betrauten Organe und Stellen*<sup>1</sup> hoheitlich auf. Sie haben den rechtserheblichen Sachverhalt und letztlich die *anspruchsbegründenden, -vermindernden und -aufhebenden* Tatsachen von Amtes wegen mittels Urkunden, Auskünfte der versicherten Person oder Drittpersonen, Augenschein oder Gutachten abzuklären und festzustellen.<sup>2</sup>

[2] Die Abklärungen und Feststellungen sind aktenkundig zu machen.

[3] Da der Untersuchungsgrundsatz kein materieller Rechtsbegriff ist,<sup>3</sup> stellt sich die Frage, ob die Durchführungsorgane und -stellen der Sozialversicherung in der Aktenführung frei sind und folglich die Akten nach ihren eigenen subjektiven Vorstellungen führen können oder ob sie *sämtliche* getätigten Abklärungen (z.B. Auskünfte von Drittpersonen [Gutachtern, Versicherern etc.] und Observationen der versicherten Personen) zu den Akten zu nehmen haben und welche Rechtsquellen sie dabei zu beachten haben.

[4] Mit solchen und weiteren Fragen setzt sich der Autor im Lichte der Bundesverfassung, Gesetze und Weisungen nachfolgend auseinander und untersucht, was eine Akte ist (siehe hinten, II.), was der Sinn und Zweck des Führens einer Akte ist (siehe hinten, III.), nach welchen Grundsätzen die Akte zu führen ist (siehe hinten, IV.), aus welchen Rechtsquellen sich eine Pflicht zur Aktenführung ergibt (siehe hinten, V.), welchen Inhalt und Umfang die Aktenführungspflicht hat (siehe hinten, VI.), wer die Akte führt (siehe hinten, VII.) sowie welche beweisrechtlichen Rechtsfolgen bei Verletzung der Aktenführungspflicht eintreten (siehe hinten, VIII.). Am Schluss der

---

<sup>1</sup> Siehe hinten, VII.

<sup>2</sup> Siehe Art. 43 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 55 ATSG i.V.m. Art. 12 VwVG und Art. 44 ATSG.

<sup>3</sup> Siehe PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, Ziff. 15.325, sowie hinten, V. B.

Arbeit fasst der Autor die Ergebnisse seiner Arbeit zusammen und zieht ein Fazit (siehe hinten, IX.).

## II. Was ist eine Akte?

[5] Da die Akte der Gegenstand des Akteneinsichtsrechts ist, sollte der Begriff der Akte definiert werden; andernfalls besteht die Gefahr, dass das Recht auf Akteneinsicht aufgrund eines allenfalls nicht zutreffenden Aktenbegriffs der Verwaltung ausgehöhlt und verletzt wird.<sup>4</sup>

[6] Das ATSG<sup>5</sup> und das VwVG<sup>6</sup> verwenden den Begriff «Akte», ohne ihn zu definieren oder zu umschreiben.

[7] Gemäss WILLY HUBER ist unter Akte die Gesamtheit aller verfahrensbezogenen schriftlichen Unterlagen zu verstehen.<sup>7</sup> Darunter fallen u.a. Schriftstücke, zeichnerische Darstellungen, Pläne, Bilder, EDV-Produkte, Tonbänder, Filme, Mikrofilme, Fotos sowie auch Gegenstände, welche in einem Verwaltungsverfahren in inhaltlicher Beziehung zu den behördlichen Amtshandlungen bzw. Erledigungen stehen und bei der Verwaltung als Beweismittel verwahrt werden. Somit gehören nach HUBER alle Informationsträger zu den Akten, welche von der Behörde in einem bestimmten Verfahren angelegt und / oder verwendet werden.<sup>8</sup>

[8] Gemäss JÖRG PAUL MÜLLER stellt ein Aktenstück im Sinne des verfassungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts jede schriftliche oder elektronische Aufzeichnung dar, die geeignet ist, der Behörde oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen.<sup>9</sup>

[9] Die (Verfahrens-)Akte ist die geordnete Sammlung sämtlicher das Verfahren betreffenden Aktenstücke / Unterlagen.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> ALEXANDER DUBACH, Das Recht auf Akteneinsicht. Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht und seine Querverbindungen zum Datenschutz – unter besonderer Berücksichtigung der elektronischen Datenverarbeitung, Diss. Bern, Zürich 1990, S. 8 f. und 92 mit Hinweis.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1).

<sup>6</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

<sup>7</sup> WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht in Verwaltungsverfahren. Unter besonderer Berücksichtigung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und des Kantons Aargau, Diss. St. Gallen 1980, S. 69 mit Hinweis; gl. M. FRIEDHELM HUFEN/THORSTEN SIEGEL, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Auflage, Baden-Baden 2018, Rn. 379 mit Hinweis.

<sup>8</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 69; gl. M. THOMAS PALM, Akteneinsicht im öffentlichen Recht: eine Darstellung der Voraussetzungen für die Gewährung von Akteneinsicht in behördlichen und in gerichtlichen Verfahren, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2002, S. 56 f. mit Hinweisen.

<sup>9</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz – im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der Uno-Pakete und der EMRK, 3. Auflage, Bern 1999, S. 528 mit Hinweisen; ähnlich PALM, (Fn. 8), S. 52 f. mit Hinweisen; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 494 mit Hinweisen.

<sup>10</sup> Siehe auch PALM, (Fn. 8), S. 52 f. mit Hinweisen.

### III. Weshalb ist eine Akte zu führen?

[10] Das pflichtgemässe<sup>11</sup> Führen einer Akte sichert ein nachvollziehbares und transparentes Verwaltungshandeln.<sup>12</sup> Die Nachvollziehbarkeit ist geboten, damit die betroffene Person, die vorgesetzte Stelle und / oder die Rechtsmittelinstanz die Verwaltungsvorgänge und den Entscheid überprüfen können. Des Weiteren ermöglicht es der Verwaltung, die Übersicht zu wahren, das auf die Entscheidung ausgerichtete Verfahren voranzutreiben und sich selbst, der ihr vorgesetzten Stellen und der betroffenen Personen gegenüber «Rechenschaft» abzulegen.<sup>13</sup> Darüber hinaus dient es der Waffengleichheit, weil die betroffene Person im Rahmen des Akteneinsichtsrechts die Verwaltungsvorgänge erkennen, sich äussern und Beweisanträge stellen kann.<sup>14</sup>

### IV. Nach welchen Grundsätzen ist die Akte zu führen?

[11] Die öffentliche Verwaltung muss stets rechtsstaatlich handeln. Diese Pflicht zur Rechtsstaatlichkeit ist auf Verfassungsstufe in Art. 5 BV<sup>15</sup> normiert. Danach darf die öffentliche Verwaltung als staatliches Organ nur auf der Grundlage und in den Schranken des Rechts tätig werden.<sup>16</sup> Des Weiteren muss ihr Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.<sup>17</sup> Ebenso hat sie nach Treu und Glauben zu handeln,<sup>18</sup> dem Bürger gegenüber fair zu begegnen<sup>19</sup> und die Grundrechte zu verwirklichen.<sup>20</sup>

[12] Wenn das Recht Grundlage und Schranke des Handelns der öffentlichen Verwaltung ist, muss die Beachtung der aus Art. 5 und 35 BV fliessenden verfassungsmässigen Rechtsgebote überprüfbar sein. Dabei trägt die öffentliche Verwaltung die Beweislast.<sup>21</sup> Daher hat sie die Verwaltungsvorgänge von sich aus nach Treu und Glauben sichtbar / transparent, nachvollziehbar und überprüfbar zu machen. Zur Aufzeichnung der Verwaltungsvorgänge dient das Führen der

---

<sup>11</sup> Die Verwaltung handelt pflichtgemäss, wenn sie die anwendbaren Rechtsquellen beachtet und ihr Ermessen vernünftig, verhältnismässig und begründet im Rahmen der Rechtsordnung ausübt (siehe statt vieler: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 409 ff. sowie FELIX UHLMANN, Die Neutralität der Verwaltung, in: ZBl 108/2007 S. 217 mit Hinweis).

<sup>12</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13. Juli 1999 (BBl 1999 5428).

<sup>13</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a, b und c der Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13. Juli 1999 (BBl 1999 5428).

<sup>14</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c der Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13. Juli 1999 (BBl 1999 5428).

<sup>15</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>16</sup> Art. 5 Abs. 1 BV.

<sup>17</sup> Art. 5 Abs. 2 BV.

<sup>18</sup> Art. 5 Abs. 3 BV.

<sup>19</sup> Siehe PETER SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness. Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 86 ff.; Nach SALADIN ist der Grundsatz der Fairness essentieller Bestandteil der Rechtsstaatsidee. Er stelle sicher, dass der Bürger nicht Objekt des staatlichen Handelns wird, sondern stets Subjekt bleibt. Daher erblickt SALADIN im Grundsatz der Fairness die unerlässliche Waffe im Kampf um die Wahrung der Menschenwürde (siehe SALADIN, Verfassungsprinzip [Fn. 19], S. 86 f.).

<sup>20</sup> Art. 35 BV; JÖRG PAUL MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Bern 2018, S. 1 ff.

<sup>21</sup> Siehe hinten, VIII. A.

Akte. Die Aktenführungspflicht der öffentlichen Verwaltung ist daher Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips.<sup>22</sup>

[13] Das Rechtsstaatsprinzip stellt aber nicht nur die verfassungsrechtliche Grundlage für die Aktenführungspflicht der öffentlichen Verwaltung dar, sondern beinhaltet darüber hinaus auch die (Qualitäts-)Anforderungen an deren Aktenführung.

[14] Aus Art. 5 BV lassen sich die nachfolgenden Aktenführungsprinzipien ableiten:

[15] Das *Prinzip der Aktenwahrheit* gebietet, dass Verwaltungsvorgänge nach Treu und Glauben, tatsachengemäss bzw. wahrheitsgemäss in den Akten zu dokumentieren sind.<sup>23</sup>

[16] Das *Prinzip der Aktenvollständigkeit* verlangt, dass die wesentlichen und sachbezogenen Verwaltungsvorgänge vollständig / lückenlos in den Akten zu dokumentieren sind.<sup>24</sup> Daher ist es grundsätzlich unzulässig, die Akte in eine offizielle Hauptakte und in eine interne Nebenakte aufzuspalten.<sup>25</sup>

[17] Das *Prinzip der Aktenklarheit* gebietet, dass Verwaltungsvorgänge klar, verständlich, transparent zu dokumentieren sind, so dass sie durch Dritte nachvollzogen und überprüft werden können.<sup>26</sup>

[18] Das *Prinzip der Aktenbeständigkeit* erfordert, dass die Akten (inkl. Datenträger) unversehrt erhalten bleiben.<sup>27</sup>

[19] Aus diesen vier rechtsstaatlichen Aktenführungsgeboten folgt das Verbot des Führens informeller Nebenakten,<sup>28</sup> das Verbot der nachträglichen Aktenentfernung,<sup>29</sup> das Verbot der Aktenverfälschung<sup>30</sup> sowie das Verbot der Aktenvernichtung.

[20] Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Verwaltungsvorgänge gestützt auf das verfassungsmässige Rechtsstaatsprinzip (1.) tatsachen- / wahrheitsgemäss, (2.) vollständig, (3.) klar, nachvollziehbar, überprüfbar (= transparent) und (4.) beständig in der Akte zu dokumentieren sind.

## V. Aus welchen Rechtsquellen ergibt sich eine Pflicht zur Aktenführung?

[21] Nachfolgend wird geprüft, ob es *nebst Art. 5 BV*<sup>31</sup> allenfalls weitere Rechtsquellen gibt, welche Behörden, insbesondere die Durchführungsorgane und -stellen der Sozialversicherung, zur Aktenführung verpflichten.

---

<sup>22</sup> THERESA HÖHNE, Juristisches Prinzip der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit – Bedeutung rechtsstaatlicher Aktenführung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, in: Archive im Rechtsstaat. Zwischen Rechtssicherung und Verrechtlichung, 51. Rheinische Archivtag 6. – 7. Juli 2017 in Essen, Bonn 2018, S. 29 mit Hinweis.

<sup>23</sup> Siehe STEPHAN BRUNNER, Der Zugang zu Verwaltungsakten: Informationsrechtliche Betrachtungen, in: Claudia Kaufmann/Walter Leimgruber (Hrsg.), Was Akten bewirken können, Zürich 2008, S. 41 mit Hinweis und 47; HÖHNE, (Fn. 22), S. 31 mit Hinweis; HUFEN/SIEGEL, (Fn. 7), Rn. 381 mit Hinweis.

<sup>24</sup> Siehe BRUNNER, (Fn. 23), S. 41 mit Hinweis und 47; HÖHNE, (Fn. 22), S. 31 ff. mit Hinweisen; HUFEN/SIEGEL, (Fn. 7), Rn. 381 mit Hinweisen.

<sup>25</sup> Siehe HUFEN/SIEGEL, (Fn. 7), Rn. 381.

<sup>26</sup> Siehe BRUNNER, (Fn. 23), S. 41 mit Hinweis und 47; HÖHNE, (Fn. 22), S. 34; HUFEN/SIEGEL, (Fn. 7), Rn. 382 mit Hinweisen.

<sup>27</sup> Siehe HUFEN/SIEGEL, (Fn. 7), Rn. 383 mit Hinweisen.

<sup>28</sup> Siehe HÖHNE, (Fn. 22), S. 33 mit Hinweis; PALM, (Fn. 8), S. 60 mit Hinweisen.

<sup>29</sup> Siehe HÖHNE, (Fn. 22), S. 33 mit Hinweis; PALM, (Fn. 8), S. 62 mit Hinweisen.

<sup>30</sup> Siehe HÖHNE, (Fn. 22), S. 35; PALM, (Fn. 8), S. 62 mit Hinweisen.

<sup>31</sup> Siehe vorne, IV.

## A. Rechtsgrundsätze und Bundesverfassung

[22] Gemäss PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENGER/FABIO BABEY stellt die Aktenführungspflicht der Behörden eine Behördenpflicht dar, welche sich aus dem Untersuchungsgrundsatz ergibt.<sup>32</sup> Es fragt sich, ob dieser These gefolgt werden kann. Der Untersuchungsgrundsatz ist kein materieller, sondern ein ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff.<sup>33</sup> Er besagt an sich lediglich, (1.) *wer* (2.) *was zu tun hat* bzw. dass (1.) die Behörde (2.1) den rechtserheblichen Sachverhalt (2.2) von Amtes wegen (2.3.) festzustellen hat.<sup>34</sup> Der Untersuchungsgrundsatz gibt aber keine Auskunft darüber, *wie*<sup>35</sup> die Behörde ihre Untersuchungen zu führen und ihre Feststellungen zu treffen hat.<sup>36</sup> So ergibt sich beispielsweise die Vollständigkeit und Richtigkeit der Sachverhaltsermittlung nicht eo ipso durch die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes, sondern erst durch die Beachtung des materiellen Rechts, insbesondere des Beweisrechts, der Grundrechte und der grundrechtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 29 f. BV<sup>37</sup> sowie der aus Art. 5 BV fliessenden Rechtsstaatsprinzipien<sup>38</sup>.<sup>39</sup> Soweit Art. 12 VwVG die Behörde anhält, bei ihrer Tätigkeit nötigenfalls Beweismittel beizuziehen, ergibt sich diese behördliche Rechtspflicht nicht aus dem Untersuchungsgrundsatz, sondern aus dem Beweisrecht. Somit ergeben sich die *inhaltlichen* Anforderungen an die «Amtstätigkeit» der sachverhaltsfeststellenden Verwaltung und deren behördliche Aktenführungspflicht nicht aus dem Untersuchungsgrundsatz.

[23] Für die herrschende Lehre ist das Vorhandensein von Akten die wesentliche Voraussetzung des Akteneinsichtsrechts.<sup>40</sup> RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER verstehen das Akteneinsichtsrecht und die Aktenführungs-

<sup>32</sup> PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENGER/FABIO BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 12 N. 19 und N. 42.

<sup>33</sup> MICHAEL PFEIFFER, Der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime im Verwaltungsverfahren, Basel 1980, S. 61 und 64 ff.; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 3), Ziff. 15.12.

<sup>34</sup> PFEIFFER, (Fn. 33), S. 58 ff. und 65; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 3), Ziff. 15.325.

<sup>35</sup> Z.B. vollständig, richtig, fair, transparent, objektiv und / oder unter Beachtung der Gehörsrechte der betroffenen Person.

<sup>36</sup> Siehe PFEIFFER, (Fn. 33), S. 65 mit Hinweis.

<sup>37</sup> So z.B. Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, Verbot der Rechtsverweigerung und des überspitzten Formalismus, Anspruch auf rechtliches Gehör (Recht der versicherten Person am Beweisverfahren mitzuwirken).

<sup>38</sup> Siehe vorne, IV.

<sup>39</sup> Ähnlich PFEIFFER, (Fn. 33), S. 121 f.; SALADIN, Verwaltungsverfahrenrecht (Fn. 3), Ziff. 15.325 und 16.2.

<sup>40</sup> HANS DUBS, Stand und Ausbaumöglichkeiten der verwaltungsinternen Rechtspflege, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Heft 21, Aarau 1969, S. 276; HUBER, (Fn. 7), S. 129; THOMAS COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), in: recht 1984 S. 123; JÖRG PAUL MÜLLER/STEFAN MÜLLER, Grundrechte – Besonderer Teil, Bern 1985, S. 248; DUBACH, (Fn. 4), S. 8 f., 92 mit Hinweis und 96; GEORG MÜLLER, Art. 4 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, (Stand Mai 1995), Rz. 111 mit Hinweisen; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte (Fn. 9), S. 531 mit Hinweisen; OLIVER SCHNYDER, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht - In Abgrenzung zum Akteneinsichtsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Öffentlichkeitsprinzips in der Verwaltung, Diss. Bern 2002, S. 92; STEPHAN BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 26 VwVG N. 9 mit Hinweisen; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, (Fn. 9), Rz. 497; THOMAS GÄCHTER/THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Bern 2014, S. 545 mit Hinweis; GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung - St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 29 Rz. 55 mit Hinweis; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht - Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 339 mit Hinweis; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, N. 627; BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar - Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 29 N. 54 mit Hinweisen; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 46 N. 3 mit Hinweisen; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018, § 41 N. 61.

pflcht als Begriffspaar und als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör.<sup>41</sup> THOMAS COTTIER, THOMAS GÄCHTER/THOMAS LOCHER, ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHKE/MATHIAS KUHN, REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, MARKUS SCHEFER und RENÉ WIEDERKEHR handeln die Aktenführungspflicht ebenfalls beim Recht auf Akteneinsicht ab, weshalb anzunehmen ist, dass auch sie das Akteneinsichtsrecht und die Aktenführungspflicht als Begriffspaar und als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verstehen.<sup>42</sup> Allerdings fragt sich, ob die Aktenführungspflicht bereits deshalb einen Teilgehalt des Akteneinsichtsrechts darstellt, weil die Aktenführungspflicht eng mit dem Akteneinsichtsrecht verbunden ist und eine Vorbedingung für die Ausübung des Akteneinsichtsrechts ist. Wäre dieser Grund tatsächlich ausreichend, so müsste ebenso das Akteneinsichtsrecht als Teilgehalt des Rechts auf Äusserung und Stellungnahme gelten, weil auch das Akteneinsichtsrecht eng mit dem Äusserungsrecht verbunden und gleichsam dessen Vorbedingung ist.<sup>43</sup> Dies ist aber nicht der Fall. So gilt das Akteneinsichtsrecht gemäss Rechtsprechung und Lehre<sup>44</sup> als eigenständiger Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör.<sup>45</sup>

[24] Nach WILLY HUBER bezieht sich das Recht auf Akteneinsicht grundsätzlich auf die tatsächlich vorhandenen Akten und nicht auf diejenigen, welche aufgrund des Beweisrechts und anderer Verfahrensmaximen hätten angelegt werden sollen.<sup>46</sup> Daher kann nach HUBER das *Akteneinsichtsrecht* für die Verwaltung auch keine allgemeine Pflicht begründen, Akten zu führen bzw. Aussagen von Parteien, Zeugen und Auskunftspersonen oder Augenscheine schriftlich zu fixieren.<sup>47</sup> Eine Aktenführungspflicht der Behörde ergebe sich aber aus dem Beweisrecht und der Tatsache, dass der Verwaltungsprozess im Wesentlichen ein Aktenprozess sei.<sup>48</sup> Art. 12 VwVG zähle die Aktenstücke auf, welche als Beweismittel herangezogen werden könnten; Schriftlichkeit sei also ein Begriffsmerkmal des Beweismittels.<sup>49</sup> Ebenso hat die Behörde nach HUBER die Pflicht, die betroffene Person über die Entscheidungsgrundlagen und die Ergebnisse der amtlichen Erhebungen zu orientieren. Im Säumnisfalle verletze die Behörde nicht das Recht auf Akteneinsicht, sondern den Anspruch auf rechtliches Gehör und darüber hinaus allenfalls beweisrechtliche Grundsätze.<sup>50</sup>

[25] JÖRG PAUL MÜLLER sieht in der Behördenpflicht, alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört, einen für alle Verfahrensarten geltenden, aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessenden Rechtsgrundsatz.<sup>51</sup>

[26] Nach HANS DUBS ist die vollständige aktenmässige Fixierung aller entscheidrelevanter Tatsachen, Kenntnisse und Mitteilungen nicht nur für die Ausübung des Akteneinsichtsrechts und

---

<sup>41</sup> Siehe RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 317.

<sup>42</sup> COTTIER, (Fn. 40), S. 123; GÄCHTER/LOCHER, (Fn. 40), S. 545 mit Hinweis; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, (Fn. 9), Rz. 497; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 627; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, (Fn. 40), § 41 N. 61; MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage des gleichnamigen Werks von Jörg Paul Müller, Bern 2005, S. 526 ff.; RENÉ WIEDERKEHR, Öffentliches Verfahrensrecht, Bern 2016, Rz. 81.

<sup>43</sup> BGE 132 V 387 S. 388 f. Erw. 3.1; 115 V 297 S. 302 Erw. 2e.

<sup>44</sup> Siehe implizit BGE 144 II 427 S. 434 Erw. 3.1 und statt vieler: RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 317 und 331 ff.

<sup>45</sup> Siehe statt vieler: RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 317 und 331 ff.

<sup>46</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 132.

<sup>47</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 132.

<sup>48</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 132.

<sup>49</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 132 mit Hinweisen.

<sup>50</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 132.

<sup>51</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte (Fn. 9), S. 531 mit Hinweisen.

für die Stellungnahme der betroffenen Person, sondern auch für die Überprüfung der Verfügung durch eine obere Instanz wichtig.<sup>52</sup> Mit dieser Argumentation stellt DUBS implizit einen Bezug zum Anspruch auf ein faires Verfahren und die Waffengleichheit (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziffer 1 EMRK) her.

[27] Nach ATTILIO GADOLA verschafft das rechtliche Gehör als Orientierungsrecht einen Anspruch auf Information und Aufklärung. Daher sei die entscheidende Behörde nicht bloss zu einem passiven Gewähren, sondern in einem gewissen Rahmen zu einem positiven Tun verpflichtet.<sup>53</sup> Wenn die Behörde eine aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Informations- und Aufklärungspflicht der betroffenen Person gegenüber trifft, ergibt sich meines Erachtens daraus die Pflicht der Behörde, (1.) sämtliche Verwaltungsvorgänge von sich aus aktenkundig zu machen, welche geeignet sind, der Behörde oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen, (2.) die betroffene Person von sich aus über neue, potentielle Beweismittel zu orientieren und (3.) ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.<sup>54</sup> Dieser Vorgang ist vergleichbar mit dem durch JEAN NICOLAS DRUEY entworfenen Recht auf Information.<sup>55</sup> Dieses Recht auf Information ist ein subjektives Recht des Nichtwissenden gegenüber dem zur Rechenschaft- oder Aufklärungspflichtigen.<sup>56</sup> Nach DRUEY können Aufklärungspflichtigen einen Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben oder einer Schutzpflicht sein. Wer Partner in einem Sonderverhältnis irgendwelcher Art sei, solle dem anderen gegenüber nicht mit Informationen hintanhaltend, die ihm leicht verfügbar seien und welche andererseits den anderen vor Schaden bewahren könnten.<sup>57</sup> So gesehen soll durch die Aufklärung das Informationsgefälle ausgeglichen werden. Dieser Ausgleich kann nur aus dem Wissen des Pflichtigen selber befriedigt werden. Da der Nichtwissende vom Informationsgefälle keine Kenntnis hat, muss der Pflichtige von sich aus, ungefragt, spontan auf diese Informationslücke hinweisen, um den Empfänger in die Lage zu versetzen, die Initiative für die Beschaffung weiterer Informationen zu ergreifen.<sup>58</sup>

## B. Gesetze, Verordnungen und Weisungen

[28] Bestimmungen zur Aktenführung finden sich auf Gesetzesstufe in Art. 43 Abs. 1 Satz 2 und Art. 46 ATSG. Soweit diese Normen Fragen zur Aktenführung nicht abschliessend beantworten, sind gestützt auf Art. 55 ATSG das VwVG und gestützt auf Art. 19 VwVG auf das Beweisverfahren die Art. 37, 39 – 41 und 43 – 61 BZP<sup>59</sup> mit Ausnahme der Straffolgen<sup>60</sup> ergänzend und sinngemäss anwendbar.

---

<sup>52</sup> DUBS, (Fn. 40), S. 276.

<sup>53</sup> ATTILIO GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren – Eine Darstellung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Obwalden, Diss. Zürich 1991, S. 71 mit Hinweisen.

<sup>54</sup> Gl. M. BERNHARD WALDMANN, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 77 f. sowie WIEDERKEHR, (Fn. 42), Rz. 62 und 81 f.

<sup>55</sup> JEAN NICOLAS DRUEY, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, S. 217 ff.

<sup>56</sup> DRUEY, (Fn. 55), S. 220 ff.

<sup>57</sup> DRUEY, (Fn. 55), S. 232 ff. mit Hinweisen.

<sup>58</sup> DRUEY, (Fn. 55), S. 235 f. mit Hinweisen.

<sup>59</sup> Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP; SR 273).

<sup>60</sup> An die Stelle der Straffolgen, welche die BZP gegen säumige Parteien oder Dritte vorsieht, tritt die Straffolge nach Art. 60 VwVG.



[29] Die ATSV<sup>61</sup> enthält bis anhin keine Ausführungsbestimmungen zur in Art. 46 ATSG auf Gesetzesstufe verankerten Aktenbildung, -ordnung und -aufbewahrung. Dies soll sich mit der inzwischen *per 1. Oktober 2019*<sup>62</sup> in Kraft getretenen Revision der ATSV ändern.<sup>63</sup> So enthält die ATSV neu Bestimmungen zur Aktenführung (Art. 8 ATSV), zur Aktenaufbewahrung (Art. 8a ATSV) und zur Aktenvernichtung (Art. 9a ATSV). Bei der Analyse dieser Bestimmungen fällt allerdings auf, dass die ATSV keine Bestimmungen zur *Aktenbildung* enthält. Des Weiteren betrifft Art. 8 ATSV entgegen der Bezeichnung nicht die Aktenführung, welche sich aus der Aktenbildung, -ordnung, -aufbewahrung und Vernichtung zusammensetzt,<sup>64</sup> sondern die Aktenordnung.

[30] Die ATSV-Bestimmungen (Art. 8, 8a und 9a ATSV) zur Aktenführung (Ordnung, Aufbewahrung und Vernichtung) sind mangelhaft, weil sie den Gehalt und die Informationen von Art. 5 BV und Art. 46 ATSG sowie die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Aktenführung weder quantitativ noch qualitativ ausreichend und sachgerecht auf die Verordnungsstufe transponieren und die für die Aktenführung *relevanten Themen*<sup>65</sup> *nicht, nicht ausreichend klar und konkret* oder *verfassungswidrig* regeln.<sup>66</sup>

[31] Daher sollten diese ATSV-Bestimmungen auf der Basis der vier Aktenführungsprinzipien,<sup>67</sup> der aktuellen Bundesgerichtsrechtsprechung zur Aktenführung sowie der durch das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) gestützt auf Art. 46 ATSG und Art. 156 Abs. 2 AHVV<sup>68</sup> erlassenen *Weisung über die Aktenführung (WAF)*<sup>69</sup> für die Eidgenössische und Schweizerische Ausgleichskasse, kantonalen Ausgleichskassen und ihre Zweigstellen, Verbandsausgleichskassen und ihre Zweigstellen, IV-Stellen, Zentrale Ausgleichsstelle, kantonalen und kommunalen EL-Stellen und Familienausgleichskassen nach Art. 14 FamZG überarbeitet werden (*Variante-1*).

[32] Ebenso möglich ist, dass *vorab* nicht die ATSV, sondern die WAF des BSV im oben erwähnten Umfang überarbeitet würde (*Variante-2*). Diesfalls hätte aber das Bundesamt für Gesundheit (BAG), welches bisher keine Weisungen zur Aktenführung für die privaten UVG-Versicherer, die SUVA, die öffentlichen Unfallversicherungskassen und die Krankenkassen erliess,<sup>70</sup> analoge

---

<sup>61</sup> Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV; SR 830.11).

<sup>62</sup> Die neuen Verordnungsbestimmungen der ATSV traten gleichzeitig mit den Art. 43a und 43b ATSG am 1. Oktober 2019 in Kraft. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 8. August 2019 (versandt am 26. August 2019) die Abstimmungsbeschwerden im Zusammenhang mit der Referendumsabstimmung vom 25. November 2018 zu den Observationsartikeln abgewiesen. Aus diesem Grund konnte der Bundesrat die Abstimmungsergebnisse dieser Abstimmung erst am 29. August 2019 erwehren, weshalb die ATSV gestützt auf II Abs. 1 ATSV i.V.m. Abs. 2 per 1. Oktober 2019 in Kraft trat (siehe AS 2019 2838 sowie schriftliche Auskunft des BSV (Isabelle Rogg) an den Autor vom 19. September 2019 [zur Einsichtnahme beim Autor]).

<sup>63</sup> Siehe Erläuternder Bericht (nach der Vernehmlassung) des Departements des Innern (EDI) vom 7. Juni 2019 zur Änderung der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) sowie Ausführungsbestimmungen zur Überwachung von Versicherten (Art. 43a und 43b ATSG), Ziffer 3.13 S. 9.

<sup>64</sup> Siehe hinten, VI.

<sup>65</sup> Z.B. Begriffsdefinitionen, Aktenführungsprinzipien, Aktenbildung, Aufbewahrungsdauer von Akten.

<sup>66</sup> Siehe hinten, VI. B. ff.

<sup>67</sup> Siehe vorne, IV.

<sup>68</sup> Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101).

<sup>69</sup> Weisung über die Aktenführung in der AHV, IV, EO, EL, FamZLw und FamZ vom 1. Januar 2011 (WAF; 318.107.10).

<sup>70</sup> Mit schriftlichen Auskünften vom 12. und 18. Juni 2019 bestätigt das BAG diesen Sachverhalt dem Autor gegenüber.

Weisungen zur Aktenführung (WAF) auf die durch das BAG beaufsichtigten Sozialversicherungsträger zu erlassen.<sup>71</sup>

[33] Ebenso könnte das EDI Weisungen zur Aktenführung in der Sozialversicherung analog WAF des BSV sowie unter Einbezug der Aktenführungsprinzipien und der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlassen und anschliessend die WAF des BSV aufheben (*Variante-3*).

[34] Der Autor bevorzugt die *Variante-4*, wonach sämtliche relevanten Aspekte der Aktenführung (Begriffsdefinitionen, Aktenbildung, -ordnung, -aufbewahrung und -vernichtung) für sämtliche Durchführungsorgane / -stellen in einer bundesrätlichen Bundesvollziehungsverordnung rechtsstaatlich korrekt sowie *lege artis* auf dem neusten Stand von Lehre, Rechtsprechung und Akten- / Archivwissenschaft zu regeln sind. Es wäre nicht nur begrüssenswert, sondern aus Gründen der Verpflichtung der Verwaltung zur Neutralität und somit Einbezug sämtlicher relevanter Interessensgruppen geboten,<sup>72</sup> wenn nebst einem Vertreter der Versicherungslobby auch ein\*e Geschädigtenvertreter\*in (z.B. Anwält\*in der Rechtsberatungsstelle UP für Unfallopfer und Patienten) Einsitz in die Arbeitsgruppe «Aktenführungsverordnung (AV)» nehmen könnte.<sup>73</sup> Mit Inkrafttreten dieser Aktenführungsverordnung *de lege ferenda* könnte die WAF des BSV aufgehoben werden.

[35] Des Weiteren hat das Eidgenössische Departement des Innern gestützt auf Art. 8 RVOG<sup>74</sup> und in Ausführung der Art. 22 und 30 Abs. 2 lit. k RVOV Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung erlassen.<sup>75</sup> Diese Weisungen regeln zwar die Aktenführung der Verwaltungseinheiten der zentralen Bundesverwaltung, der Formationen der Armee und der schweizerischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland,<sup>76</sup> weshalb diese auf die Durchführungsorgane / -stellen der Bundessozialversicherung nicht unmittelbar anwendbar sind. Gleichwohl können diese Weisungen meiner Auffassung nach zur Schliessung planwidriger Unvollständigkeiten ergänzend und sinngemäss herangezogen werden, sofern dies sachlich geboten sowie mit dem Verfahrensrecht und den zu beachtenden materiellen Normen des jeweiligen Versicherungszweiges vereinbar ist.

## VI. Welchen Inhalt und Umfang hat die Aktenführungspflicht?

[36] Die Aktenführungspflicht setzt sich aus der Aktenbildungspflicht (siehe hinten, Ziffer VI. A.), der Aktenordnungspflicht (siehe hinten, Ziffer VI. B.), der Aktenaufbewahrungspflicht (siehe hinten, Ziffer VI. C.) sowie der Aktenvernichtungspflicht (siehe hinten, Ziffer VI. D.) zusammen.

---

<sup>71</sup> Siehe auch hinten, VI. C.

<sup>72</sup> Siehe UHLMANN, (Fn. 11), S. 222 mit Hinweis.

<sup>73</sup> Darüber hinaus müsste ein Vertreter des Bundesarchivs sowie ein im Bereich Aktenführung / Archivierung spezialisierter Fachmann (z.B. Stephan Brunner, Leiter Rechtdienst Bundeskanzlei, Bern, siehe [https://www.weblaw.ch/competence/people/b/brunner\\_stephan\\_c.html](https://www.weblaw.ch/competence/people/b/brunner_stephan_c.html)) der Arbeitsgruppe angehören.

<sup>74</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

<sup>75</sup> BBl 1999 5428 ff.

<sup>76</sup> Siehe Art. 1 Abs. 1 der Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 1. August 1999.

## A. Die Aktenbildungspflicht

[37] Die Aktenbildungspflicht lässt sich aus Art. 46 ATSG und Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG herauschälen.

### 1. Die Aktenbildungspflicht nach Art. 46 ATSG

[38] Die Aktenbildungspflicht erstreckt sich vorab auf (a.) *sämtliche Unterlagen*, welche (b.) *massgeblich sein können*.

#### a. sämtliche «Unterlagen»

[39] Es findet sich keine Definition des Begriffs «Unterlage» im ATSG. Meines Erachtens ist Unterlage im Sinne von Art. 46 ATSG deckungsgleich mit dem durch JÖRG PAUL MÜLLER definierten Aktenstück im Sinne des verfassungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts. Daher hat als Unterlage jede schriftliche oder elektronische Aufzeichnung zu gelten, welche geeignet ist, der Behörde oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen.<sup>77</sup> Dazu gehören in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 der Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13. Juli 1999<sup>78</sup> auch sämtliche Hilfsmittel und ergänzende Daten (z.B. Metainformationen, Historisierungsdaten), welche für das Verständnis der Aufzeichnung und deren Nutzung notwendig sind.

#### b. «massgeblich sein können»

[40] Gemäss Bundesgericht und Lehre hat die Verwaltung alles in der Akte festzuhalten, was zur Sache gehört<sup>79</sup> bzw. geeignet ist, Grundlage der späteren Entscheidung zu bilden, d.h. entscheidrelevant ist oder sein könnte.<sup>80</sup>

[41] Dagegen müssen gemäss Bundesgericht Unterlagen, die keinen Beweischarakter / keine Entscheidrelevanz haben *können*, weil sie beispielsweise ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit nur für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.), nicht in die Akte aufgenommen werden.<sup>81</sup> In Bezug auf solche Unterlagen soll gemäss Bundesgericht ebenso wenig ein Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 29 Abs. 2 BV bestehen.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte (Fn. 9), S. 528 mit Hinweisen sowie oben, II.; siehe die umfangreiche Aufzählung von Unterlagen bei UELI KIESER (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 14.

<sup>78</sup> BBl 1999 5429.

<sup>79</sup> BGE 138 V 218 S. 223 Erw. 8.1.2; 130 II 473 S. 477 Erw. 4.1; 124 V 372 S. 376 Erw. 3b; 115 Ia 97 S. 99 Erw. 4c; Pra 1999 Nr. 170 S. 886; Urteil des Bundesgerichts 2A.635/1998 vom 15. April 1999 Erw. 4a.

<sup>80</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 Erw. 3.2.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_814/2010 vom 23. September 2011 Erw. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 1C\_502/2009 vom 16. März 2010 Erw. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2A.132/2006 vom 20. Juli 2006 Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 1P.159/2000 vom 9. März 2001 Erw. 3b; KIESER (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 13 mit Hinweisen.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_159/2014 vom 10. Oktober 2014 Erw. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 Erw. 3.2.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_814/2010 vom 23. September 2011 Erw. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 1C\_502/2009 vom 16. März 2010 Erw. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2A.132/2006 vom 20. Juli 2006 Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 1P.159/2000 vom 9. März 2001 Erw. 3b.; BGE 125 II 473 S. 474 Erw. 4a mit Hinweisen; 115 V 297 S. 303 Erw. 2g/aa mit Hinweis.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_159/2014 vom 10. Oktober 2014 Erw. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_63/2011 vom 20. Oktober 2011 Erw. 3.2.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_814/2010 vom 23. September 2011 Erw. 3.3; Urteil

[42] Die Verwaltung darf die Akte weder selektiv führen noch selektiv weiterleiten.<sup>83</sup>

[43] Gemäss KIESER beurteilt sich die «*Massgeblichkeit*» im Sinne von Art. 46 ATSG nicht nach Ermessen des Sozialversicherungsträgers, sondern nach der objektiven Bedeutung eines Aktenstücks.<sup>84</sup> Die Massgeblichkeit müsse nicht bereits in demjenigen Zeitpunkt feststehen, in welchem sich die Frage nach der aktenmässigen Erfassung der Tatsache als Akte stellt; vielmehr sei relevant, dass sich die Massgeblichkeit ergeben *könne*. Daher sei grundsätzlich jede Unterlage (z.B. auch sog. interne Akten) in die Akte aufzunehmen.<sup>85</sup> Es sei denn, die Unterlage diene ausschliesslich der internen Meinungsbildung.<sup>86</sup>

[44] Gemäss Urs MÜLLER umfasst die Aktenführungspflicht nach Art. 46 ATSG sämtliche Unterlagen, die massgeblich sein können. Daher sei alles zu erfassen, was entscheidungswesentlich sein könne oder geeignet sei, Grundlage des Entscheids zu bilden.<sup>87</sup> Die Aktenführungspflicht umfasse auch Aktenstücke, welche für die versicherte Person sprechen.<sup>88</sup> Daher seien auch Sachverhaltsabklärungen (z.B. Observationen) zu den Akten zu nehmen, bei welchen sich ein anfänglicher Verdacht (z.B. auf Versicherungsmissbrauch) im Verlauf der Sachverhaltsabklärung nicht erhärtet habe.<sup>89</sup>

[45] Gemäss KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, KRAUSKOPF/EMMENGGER/BABEY und WIEDERKEHR hat die Behörde die Pflicht, Beweismassnahmen wie Augenscheine, Parteiauskünfte und mündliche Verhandlungen zu protokollieren. Dabei kann sich das Protokoll auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Punkte beschränken.<sup>90</sup>

## 2. Die Aktenbildungspflicht nach Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG

[46] Nach Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG sind mündliche Auskünfte schriftlich festzuhalten. Als mündliche Auskünfte haben nicht nur bloss einseitige, mündliche Anfragen oder Mitteilungen,<sup>91</sup> sondern auch Gespräche, Besprechungen, Telefonate und Äusserungen mittels anderer Kommunikationstools zu gelten, weil diese als gegenseitige Auskünfte zu qualifizieren sind und diese Art der Kommunikation vom Normzweck miterfasst zu gelten haben.

---

des Bundesgerichts 1C\_502/2009 vom 16. März 2010 Erw. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2A.132/2006 vom 20. Juli 2006 Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 1P.159/2000 vom 9. März 2001 Erw. 3b; BGE 125 II 473 S. 474 Erw. 4a mit Hinweisen; 115 V 297 S. 303 Erw. 2g/aa mit Hinweis.

<sup>83</sup> Siehe Urteil des Bundesgerichts 8C\_725/2012 vom 27. März 2013 Erw. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 8C\_269/2009 vom 13. November 2009 Erw. 5.2.2; Urteil des Bundesgerichts 8C\_751/2009 vom 24. Februar 2010 Erw. 4.3.2; U 422/00 Erw. 1b.

<sup>84</sup> KIESER, (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 15 mit Hinweis.

<sup>85</sup> KIESER, (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 16 mit Hinweis.

<sup>86</sup> KIESER, (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 19 mit Hinweis. Stützt sich der Sozialversicherungsträger in einer Fachfrage, wo ihm die Sachkunde fehlt, aber auf eine interne Meinung (z.B. eines SUVA-Kreisarztes oder eines beratenden Arztes) ab, so ist diese interne Meinung aufgrund des «*Massgeblichseinkönnens*» im Sinne von Art. 46 ATSG aktenkundig zu machen.

<sup>87</sup> Urs MÜLLER, Das Verwaltungsverfahren in der Invalidenversicherung, Bern 2010, Rz. 523 mit Hinweisen.

<sup>88</sup> Urs MÜLLER, (Fn. 87), Rz. 524.

<sup>89</sup> Urs MÜLLER, (Fn. 87), Rz. 524.

<sup>90</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 629 mit Hinweis; KRAUSKOPF/EMMENGGER/BABEY, (Fn. 32), Art. 12 N. 42 ff.; WIEDERKEHR, (Fn. 42), Rz. 81.

<sup>91</sup> Z.B. Nachricht auf Combox oder Mitteilung an die Telefonzentrale zur Weiterleitung an die zuständige sachbearbeitende Person.

[47] Wenn Art. 43 Abs. 1 Satz 2 ATSG festhält, dass mündliche Auskünfte schriftlich festzuhalten sind, hat die Verwaltung die relevanten Tatsachen der Auskunft aktenkundig zu machen und dabei eine sog. Unterlage<sup>92</sup> im Sinne von Art. 46 ATSG zu erstellen.

[48] Die schriftlich fixierte Auskunft ist Unterlage / Aktenstück. Sie kann Beweismittel sein und unterliegt dem Akteneinsichtsrecht.

[49] Da die Durchführungsorgane und -stellen der Sozialversicherung zu Neutralität<sup>93</sup> und Objektivität<sup>94</sup> verpflichtet sind und das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 5 BV zu beachten haben,<sup>95</sup> ist die Unterlage bzw. das Aktenstück entsprechend den rechtsstaatlichen Aktenführungsprinzipien<sup>96</sup> wahrheitsgemäss, vollständig, klar / nachvollziehbar und beständig zu erstellen. Dabei sind sämtliche relevanten Tatsachen festzuhalten. Daher hat aus der Unterlage hervorzugehen, (1.) wer, (2.) wann, (3.) was gesagt hat, (4.) wie lange die Auskunft / Besprechung gedauert hat und (5.) welche (Gegen-)Auskünfte allenfalls erteilt wurden.

[50] Der Detaillierungsgrad der schriftlich zu fixierenden Informationen hängt sowohl von der Art und Dauer der Auskunft als auch der möglichen Relevanz für den Ausgang des Verfahrens ab.

[51] Im Falle einer *kurzen, einseitigen Mitteilung*<sup>97</sup> der *betroffenen Person* genügt es grundsätzlich in einem Aktenvermerk / einer Aktennotiz festzuhalten, wer wann welche Erklärung abgegeben hat.

[52] Bei einem Gespräch (*gegenseitige Auskunft*) mit der *betroffenen Person* im Rahmen eines Telefonates, Besprechung oder Augenscheins muss die schriftliche Fixierung der *relevanten Tatsachen* detaillierter als bei einer kurzen, bloss einseitigen Mitteilung sein. Insbesondere sind hier festzuhalten, wann und wo die Besprechung mit welchen Teilnehmern stattfand, welche Gesprächsteilnehmer sich wie geäußert haben und welches die Ergebnisse / Beschlüsse der Besprechung sind.

[53] Da eine solche Besprechung geeignet ist, der Behörde oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen, ist zur Gewährleistung des Anspruchs auf Transparenz, Waffengleichheit sowie des *Rechts auf spontane passive Information durch die Behörde*<sup>98</sup> ein Besprechungsprotokoll über die relevanten Gesprächstatsachen zu verfassen und sämtlichen Besprechungsteilnehmern ungefragt zur allfälligen Berichtigung / Stellungnahme zuzustellen.<sup>99</sup>

[54] Auskünfte *von Drittpersonen* (z.B. Sachverständigen) sind aus Gründen der Waffengleichheit und zur Wahrung der Neutralität und Objektivität bzw. zur Vermeidung eines Ablehnungs- / Ausstandsgrundes grundsätzlich schriftlich einzuholen.<sup>100</sup> Muss von diesem Grundsatz begründet abgewichen werden, so darf das Gespräch mit der Drittperson aus den erwähnten Gründen nur in Anwesenheit der betroffenen Person geführt werden. Das Gespräch ist zu protokollieren.

---

<sup>92</sup> Siehe vorne, VI. A. 1. a.

<sup>93</sup> Siehe zur Neutralität der Verwaltung UHLMANN, (Fn. 11), S. 211 ff. und 221 f. mit Hinweis.

<sup>94</sup> BGE 136 V 376 S. 378 Erw. 4.1.2 mit Hinweisen.

<sup>95</sup> Siehe vorne, IV.

<sup>96</sup> Siehe vorne, IV.

<sup>97</sup> Z.B. Nachricht auf Combox oder Mitteilung an die Telefonzentrale zur Weiterleitung an die zuständige sachbearbeitende Person.

<sup>98</sup> Siehe vorne, V. B. unten.

<sup>99</sup> Siehe vorne, V. B. unten.

<sup>100</sup> KRAUSKOPF/EMMENGGER/BABEY, (Fn. 32), Art. 12 N. 48.

ren<sup>101</sup> und der betroffenen Person ungefragt zur allfälligen Berichtigung / Stellungnahme zuzustellen.<sup>102</sup>

## B. Die Aktenordnungspflicht

[55] Die Aktenordnungspflicht ergibt sich aus dem Umstand, dass die Akten systematisch zu erfassen sind.

[56] Gemäss KIESER beinhaltet die Aktenführung nach Art. 46 ATSG eine systematische Erfassung der Akten.<sup>103</sup> Dies setze voraus, dass die Aktenführung nach festgelegten, allgemeinen, sachgerechten und zweckmässigen Kriterien erfolgen müsse, so dass nachvollzogen werden könne, wie die Sachverhaltsabklärung erfolgt und die Entscheidungsfindung verlaufen sei.<sup>104</sup>

[57] Gemäss Rechtsprechung sind die eingebrachten und erstellten Akten *vollständig*<sup>105</sup> und *systematisch*<sup>106</sup> zu führen.

[58] Der *per 1. Oktober 2019*<sup>107</sup> in Kraft gesetzte Art. 8 Abs. 1 ATSV verlangt lediglich, dass die Akten systematisch und chronologisch geordnet zu führen sind. Art. 8 Abs. 1 ATSV ist in der erwähnten Form ungenügend und stellt eine Verletzung von Art. 5 BV und der daraus fließenden rechtstaatlichen Aktenführungsprinzipien dar, weil er nicht als Minimalstandard sinngemäss fordert, dass die Akten tatsachen- / wahrheitsgemäss (Prinzip der Aktenwahrheit), vollständig (Prinzip der Aktenvollständigkeit), klar / nachvollziehbar (Prinzip der Aktenklarheit) und beständig (Prinzip der Aktenbeständigkeit) zu führen sind.<sup>108</sup>

[59] Gemäss Rechtsprechung sind die Akten von Beginn weg *in chronologischer Reihenfolge abzulegen*; bei Vorliegen eines Gesuchs um Akteneinsicht und spätestens im Zeitpunkt des Entscheids ist das Dossier zudem *durchgehend zu paginieren*<sup>109, 110</sup>. Meines Erachtens sind die Akten zur Sicherstellung der Aktenwahrheit, -vollständigkeit und -beständigkeit nicht erst ab Vorliegen eines Akteneinsichtsgesuchs oder des Entscheids, sondern von Beginn weg bzw. unmittelbar nach Eingang / Erstellen des Dokumentes zu paginieren, weil andernfalls die Möglichkeit besteht, dass Aktenstücke entfernt, hinzugefügt oder an einer anderen Stelle angeheftet werden.<sup>111</sup> Art. 8 ATSV ignoriert die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung. Insbesondere fordert Art. 8 ATSV nicht, dass die Akten von Beginn weg bzw. unmittelbar nach Eingang / Erstellen des Dokumentes in chronologischer Reihenfolge zu erfassen und zu paginieren sind. Dies ist aber

---

<sup>101</sup> KRAUSKOPF/EMMENGGER/BABEY, (Fn. 32), Art. 12 N. 48.

<sup>102</sup> Siehe vorne, V. B. unten.

<sup>103</sup> KIESER, (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 20.

<sup>104</sup> KIESER, (Fn. 40), ATSG-Kommentar, Art. 46 N. 21.

<sup>105</sup> SVR 2011 IV Nr. 44 S. 131 Erw. 2.2.1, Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 Erw. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2009 vom 30. Juni 2009 Erw. 5.2.

<sup>106</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_616/2013 vom 28. Januar 2014 Erw. 2.1; BGE 138 V 218 S. 223 Erw. 8.1.2.

<sup>107</sup> Siehe vorne, Fn. 62 mit Hinweisen.

<sup>108</sup> Siehe vorne, IV.

<sup>109</sup> Mit Seitennummern versehen.

<sup>110</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_616/2013 vom 28. Januar 2014 Erw. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_725/2012 vom 27. März 2013 Erw. 4.1.2; SVR 2011 IV Nr. 44 S. 131 Erw. 2.2.2, Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 Erw. 2.2.

<sup>111</sup> Gl. M. HÖHNE, (Fn. 22), S. 33 mit Hinweis und S. 34.

zur Sicherstellung der Aktenwahrheit, Vollständigkeit und -beständigkeit gestützt auf Art. 5 BV geboten.

[60] Des Weiteren ist gemäss Bundesgericht in der Regel ein *Aktenverzeichnis zu erstellen*, welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachter Eingaben enthält.<sup>112</sup> Das Aktenverzeichnis hat aus einer Laufnummer, der Anzahl Seiten jedes erfassten Dokumentes, dem Eingangsdatum des Dokumentes, einer Dokumenten-ID sowie einer kurzen Beschreibung der Art oder des Inhalts eines Dokumentes zu bestehen.<sup>113</sup> Art. 8 Abs. 2 ATSV verlangt zwar das Führen eines vollständigen Aktenverzeichnisses, welches klare Hinweise auf den Inhalt der Unterlagen liefern soll. Diese Aussage ist für eine Ausführungsbestimmung aber nicht ausreichend konkret und ignoriert die durch das Bundesgericht skizzierten Anforderungen an ein Aktenverzeichnis. Diese bundesgerichtlichen Anforderungen an ein Aktenverzeichnis gehören als Minimalstandard in die ATSV-Ausführungsverordnung.

### C. Die Aktenaufbewahrungspflicht

[61] Nach WILLY HUBER darf die Verwaltung das Akteneinsichtsrecht nicht aushöhlen, indem sie Akten vernichtet. Insofern begründe das Akteneinsichtsrecht eine Pflicht, vorhandene Akten aufzubewahren. Wie Akten anzulegen und aufzubewahren seien, wie lange Akten eines abgeschlossenen Verfahrens verwahrt werden müssten, bestimme nicht das Verfahrens-, sondern das Verwaltungsorganisationsrecht. Aus dem Akteneinsichtsrecht lasse sich lediglich ableiten, dass die Verwaltung Akten auch nach Beendigung des Verfahrens, das Anlass zu deren Anlegung gegeben habe, aufzubewahren habe, wenn eine Vernichtung derselben nicht gesetzlich vorgesehen sei.<sup>114</sup>

[62] Nach THOMAS PALM sind Akten und Aktenteile<sup>115</sup> grundsätzlich solange aufzubewahren, wie sie der wahrheitsgetreuen Dokumentationsfunktion im Einzelfall gerecht werden.<sup>116</sup>

[63] Als Aufbewahrung gilt die eigentliche Datenhaltung in der Durchführungsstelle.<sup>117</sup>

[64] Die Integrität der Akten ist während des ganzen Lebenszyklus sicherzustellen.<sup>118</sup> Der Lebenszyklus umfasst das Erstellen bzw. Empfangen, die Registrierung und Bearbeitung, die Aufbewahrung, Archivierung oder Vernichtung der Akten.<sup>119</sup>

[65] Die *Aktenaufbewahrungspflicht* wird nebst in der WAF<sup>120</sup> *seit 1. Oktober 2019*<sup>121</sup> zusätzlich in Art. 8a ATSV geregelt. Nach Art. 8a ATSV müssen die Akten sicher, sachgemäss und vor schäd-

---

<sup>112</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_616/2013 vom 28. Januar 2014 Erw. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 8C\_725/2012 vom 27. März 2013 Erw. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_327/2010 vom 19. Mai 2011 Erw. 3.2; SVR 2011 IV Nr. 44 S. 131 E. 2.2.2, Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 Erw. 2.2.

<sup>113</sup> Urteil des Bundesgerichts 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 Erw. 2.2 mit Hinweis.

<sup>114</sup> HUBER, (Fn. 7), S. 133.

<sup>115</sup> Ein Synonym für «Aktenteile» ist «Aktenstücke» (siehe zum Begriff «Aktenstück» vorne, II.).

<sup>116</sup> PALM, (Fn. 8), S. 62 mit Hinweisen.

<sup>117</sup> Siehe explizit Rz. 1203 WAF.

<sup>118</sup> Siehe explizit Rz. 1302 Satz 2 WAF.

<sup>119</sup> Siehe explizit Rz. 1205 WAF.

<sup>120</sup> Rz. 1203 sowie 1301 – 1705 WAF.

<sup>121</sup> Siehe vorne, Fn. 62 mit Hinweisen.

lichen Einwirkungen geschützt aufbewahrt<sup>122</sup> und durch angemessene bauliche, technische und organisatorische Massnahmen vor unberechtigten Zugriffen, vor unprotokollierten Veränderungen und vor Verlust geschützt werden.<sup>123</sup>

[66] Art. 8a ATSV regelt die Aktenaufbewahrung nur fragmentarisch und unvollständig. So enthält Art. 8a ATSV im Gegensatz zur WAF Bestimmungen weder zur Form der Aufbewahrung (siehe Rz. 1401 ff. WAF) noch zum Ort der Aufbewahrung (siehe Rz. 1501 f. WAF) noch zum Beginn und zur Dauer der Aufbewahrung (siehe Rz. 1601 f. WAF), noch zur Anbietepflicht und Archivierung (siehe Rz. 1701 ff. WAF). Des Weiteren sind nach Rz. 1104 i.V.m. Rz. 1301 f. WAF die Akten sorgfältig und *systematisch geordnet* sowie vor schädlichen Einwirkungen geschützt *aufzubewahren*. Eine systematisch geordnete Aufbewahrung setzt Art. 8a ATSV hingegen nicht voraus. Dies ist bemerkenswert. Werden Akten nicht systematisch geordnet aufbewahrt, so sind diese entweder nicht mehr oder nur mit übermässigem Aufwand auffindbar. Diesfalls sind die Akten / Daten faktisch verloren. Daher ist eine *systematisch geordnete Aufbewahrung* unverzichtbar.

[67] Darüber hinaus werden die in Art. 8a ATSV verwendeten Begriffe weder umschrieben noch definiert. Demgegenüber definiert die WAF sämtliche in der WAF verwendeten Begriffe.<sup>124</sup>

[68] Somit erhellt, dass Art. 8a ATSV die Aktenaufbewahrung weniger klar, vollständig, präzise und dicht als die WAF regelt. Es stellt sich die Frage, ob die WAF mit in Kraft treten von Art. 8a ATSV aufgehoben wird oder fortbesteht. Das Letztere wäre aufgrund der planwidrigen Unvollständigkeit von Art. 8a ATSV und der Regelungsqualität und -dichte der WAF an sich geboten; allerdings sind vom Geltungsbereich der WAF nicht sämtliche Durchführungsorgane / stellen der Sozialversicherung, sondern lediglich die Eidgenössischen und Schweizerischen Ausgleichskassen, die kantonalen Ausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die Verbandsausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die IV-Stellen, die Zentrale Ausgleichsstelle, die kantonalen und kommunalen EL-Stellen sowie die Familienausgleichskassen nach Art. 14 FamZG erfasst.<sup>125</sup> Da die WAF durch die ATSV nicht explizit aufgehoben wird, ist die WAF meines Erachtens weiterhin anwendbar, soweit diese BV-, ATSG- und ATSV-konform ist. Die dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) unterstellten Durchführungsorgane (SUVA, Unfallversicherer nach Art. 68 UVG [Privatversicherer nach VAG, öffentliche Unfallversicherungskassen und Krankenkassen], Ersatzkasse UVG sowie Krankenversicherer nach KVG) sind vom Geltungsbereich der WAF allerdings nicht erfasst, weshalb sich de lege ferenda aufdrängt, sämtliche relevanten Aspekte der Aktenführung (Begriffsdefinitionen, Aktenbildung, ordnung, -aufbewahrung und vernichtung) für sämtliche Durchführungsorgane / -stellen in einer bundesrätlichen Bundesvollziehungsverordnung (Aktenführungsverordnung [AV]) rechtsstaatlich korrekt sowie lege artis auf dem neusten Stand von Lehre, Rechtsprechung und Akten- / Archivwissenschaft zu regeln.<sup>126</sup> Mit Inkrafttreten dieser Aktenführungsverordnung de lege ferenda könnte die WAF des BSV aufgehoben werden.

---

<sup>122</sup> Art. 8a Abs. 1 ATSV.

<sup>123</sup> Art. 8 Abs. 2 ATSV.

<sup>124</sup> Siehe Rz. 1201 ff. WAF.

<sup>125</sup> Siehe Rz. 1104 WAF.

<sup>126</sup> Siehe vorne, V. B.



## D. Die Aktenvernichtungspflicht

[69] Nach PALM kommt eine Aktenentfernung oder -vernichtung nur dann in Betracht, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Dokumentationsfunktion der Akte und ihre Verständlichkeit nicht mehr beeinträchtigt werden kann,<sup>127</sup> wenn Akten rechtswidrig angelegt oder aufbewahrt worden sind bzw. wenn eine Vernichtung nach Ablauf bestimmter Fristen gesetzlich bzw. nach den Vorschriften einer Aktenordnung vorgesehen ist.<sup>128</sup>

[70] Die Aktenvernichtung wird nebst in der WAF<sup>129</sup> seit 1. Oktober 2019<sup>130</sup> zusätzlich in Art. 9a ATSV geregelt.

[71] Art. 9a ATSV lässt sich keine Regelung betreffend *Zeitpunkt der Aktenvernichtung* entnehmen. Die WAF gibt auch auf diese Frage eine Antwort. So haben die *Durchführungsstellen gemäss WAF*<sup>131</sup> die Akten so aufzubewahren, dass sie zehn Jahre nach dem Erlöschen des letzten Leistungsanspruchs vernichtet werden können, *falls sie mit Bestimmtheit* nicht mehr für später entstehende Leistungen benötigt werden.<sup>132</sup> Da im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung gesundheitliche Veränderungen die Regel sind, kann ein Neuanmeldungs- oder Revisionsgesuch der versicherten Personen nicht ausgeschlossen werden. Daher ist meines Erachtens eine Aktenvernichtung im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung an sich erst zehn Jahre nach Erreichen des AHV-Alters unter Vorbehalt von Rz. 1702 ff. WAF rechtlich zulässig. Eine überstürzte oder unüberlegte Vernichtung der Akten der Zentralen Ausgleichsstelle, der Ausgleichskassen und der IV-Stellen ist auch deshalb ausgeschlossen, weil nicht mehr ständig benötigte Akten dem Bundesarchiv und den kantonalen Archiven zur Übernahme angeboten werden müssen.<sup>133</sup> Werden Akten vom zuständigen Archiv als nicht archivwürdig bewertet, müssen sie nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer vernichtet werden, *sofern* die Durchführungsstelle *nicht ein berechtigtes Interesse* an der Verlängerung der Aufbewahrungsdauer nachweisen kann.<sup>134</sup> Ein berechtigtes Interesse besteht insbesondere dann, wenn die Akten im Rahmen eines hängigen oder *möglichen* Rechtsstreits als Beweismittel benötigt werden.<sup>135</sup> Da im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung grundsätzlich bis Erreichen des AHV-Alters ein Anspruch auf Leistungen besteht und revisionsrechtlich relevante Sachverhalte nicht ausgeschlossen werden können, sind Rechtsstreitigkeiten bis Erreichen des AHV-Alters *möglich*, weshalb eine Aktenvernichtung nach Rz. 1802 WAF kaum zur Anwendung kommt.

[72] Im *Bereich der obligatorischen Unfallversicherung gemäss UVG*<sup>136</sup> sowie in der *obligatorischen Krankenversicherung gemäss KVG*<sup>137</sup> hat das Bundesamt für Gesundheit keine analogen Weisun-

---

<sup>127</sup> PALM, (Fn. 8), S. 62 f. mit Hinweisen.

<sup>128</sup> PALM, (Fn. 8), S. 62 f. mit Hinweisen.

<sup>129</sup> Siehe Rz. 1801 – 1806 WAF.

<sup>130</sup> Siehe vorne, Fn. 62 mit Hinweisen.

<sup>131</sup> Die Eidgenössische und Schweizerische Ausgleichskasse, die kantonalen Ausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die Verbandsausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die IV-Stellen, die Zentrale Ausgleichsstelle, die kantonalen und kommunalen EL-Stellen und Familienausgleichskassen nach Art. 14 FamZG (siehe Rz. 1104 WAF).

<sup>132</sup> Rz. 1602 WAF.

<sup>133</sup> Rz. 1702 f. WAF.

<sup>134</sup> Rz. 1802 Satz 1 WAF.

<sup>135</sup> Rz. 1802 Satz 2 WAF.

<sup>136</sup> Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20).

<sup>137</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

gen zur Aktenführung erlassen.<sup>138</sup> Da die Aufbewahrung der Unfallakten ebenso wenig durch die ATSV (rechtsverbindlich) geregelt wird, hat das BAG zur WAF auch zur Vermeidung einer Staatshaftung analoge Weisungen zur Aktenführung zu erlassen, sofern weder der Bundesrat im ATSV noch das EDI selber Weisungen zur Aktenführung analog zur WAF erlassen sollten. Dies drängt sich auch deshalb auf, weil im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung betreffend Aufbewahrung der Unfallakten zurzeit lediglich eine (unverbindliche) Empfehlung Nr. 09/87 der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG besteht. Danach wird empfohlen, die Unfallakten während 30 Jahren bei schweren Verletzungen am Kopf und an der Wirbelsäule, Frakturen sowie Luxationen grosser Gelenke, bei Meniskus- oder Bänderverletzungen, Berufskrankheiten, Nichteignungsverfügungen, Hörschädigungen, Zahnschäden und Prozessfällen sowie während zehn Jahren in allen übrigen Fällen nach Fallabschluss aufzubewahren. Bei Rückfällen beginne die Frist neu zu laufen. Da im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung gestützt auf Art. 11 UVV<sup>139</sup> Versicherungsleistungen auch für Rückfälle und Spätfolgen zu gewähren sind und sich insbesondere Spätfolgen in der Regel erst Jahrzehnte später und daher auch noch 30 Jahre nach einem Unfall einstellen können, sollten Unfallakten nicht bereits nach zehn bzw. 30 Jahren, sondern nur dann vernichtet werden dürfen, sofern sie *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* nicht mehr für später entstehende Leistungen benötigt werden. Dieser Grad an Wahrscheinlichkeit besteht in der Regel erst nach Ableben der versicherten Person. Daher ist die Empfehlung Nr. 09/87 der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG als nicht ausreichend sachgerecht zu qualifizieren.

[73] Nach Art. 9a Abs. 1 ATSV müssen Akten, welche nicht archivwürdig sind, nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer vernichtet werden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Art. 9a Abs. 1 ATSV regelt nicht, (1.) wer über die Frage der Archivwürdigkeit der Akten zu entscheiden hat, (2.) wann Akten als archivwürdig zu gelten haben, (3) ob die Durchführungsstelle allenfalls ein Mitspracherecht an der Verlängerung der Aufbewahrungsdauer hat und (4.) wer nicht «archivwürdige» Akten (5.) wie und (6.) mit welchem Resultat zu vernichten hat. Diese Fragen werden in Rz. 1802 ff. WAF klar beantwortet und normiert.

[74] Nach Art. 9a Abs. 2 ATSV, welcher mit Rz. 1803 WAF identisch ist, muss die Vernichtung der Akten kontrolliert und unter Wahrung der Vertraulichkeit aller in den Akten enthaltenen Informationen erfolgen. Dabei muss sichergestellt werden, dass vernichtete Akten nicht wiederhergestellt werden können bzw. unwiderruflich vernichtet werden.<sup>140</sup>

[75] Die Aktenvernichtungsvorgänge müssen protokolliert werden.<sup>141</sup>

[76] Nach Art 9a Abs. 4 Satz 1 ATSV sind Observationsakten, die unmittelbar im Anschluss an die Observation nicht als Beweismittel für eine Leistungsänderung benötigt werden, innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft der Verfügung (Art. 43a Abs. 8 ATSG) zu vernichten. Die Vernichtung muss der observierten Person schriftlich bestätigt werden (Art. 9a Absatz 4 Satz 2 ATSV).

[77] Art. 43a Abs. 8 lit. b und Abs. 9 lit. b ATSG i.V.m. Art. 9a Abs. 4 ATSV sind meines Erachtens mit Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 35 f. BV kaum vereinbar, soweit sie verlangen, dass Observationsakten, welche unmittelbar im Anschluss an die Observation nicht als Beweismittel

---

<sup>138</sup> Mit schriftlichen Auskünften vom 12. und 18. Juni 2019 bestätigt das BAG diesen Sachverhalt dem Autor gegenüber (siehe auch vorne, V. B.).

<sup>139</sup> Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV; SR 832.202).

<sup>140</sup> Siehe explizit Rz. 1804 WAF.

<sup>141</sup> Rz. 1805 WAF und Art. 9 Abs. 3 ATSV.

für eine Leistungsänderung benötigt werden, innerhalb von drei Monaten nach Rechtskraft der Verfügung zu vernichten sind. Das Vernichten solcher Akten ist meines Erachtens weder verhältnismässig noch in einem überwiegenden öffentlichen Interesse.

[78] Des Weiteren ist das Vernichten von Akten aus rechtstaatlicher Sicht der falsche Ansatz mit sog. nicht beweisdienlichen, -tauglichen und / oder -würdigen Observationsakten umzugehen, weil dadurch das durch die Herstellung dieses Materials geschaffene Unrecht weder zu Recht noch ungeschehen gemacht wird, noch eine Genugtuung für die betroffenen Personen darstellt. Hingegen verunmöglicht die Aktenvernichtung sowohl eine schadenersatzrechtliche als auch eine spätere wissenschaftliche oder politische Aufarbeitung des dunklen Kapitels der «sozialversicherungsrechtlichen Observationen». Damit widerfährt den betroffenen Personen erneut Unrecht. Sie bleiben Opfer. Im Übrigen ist zu bedenken, dass nur Unrechtsstaaten Akten vernichten. Daher sollten *sämtliche sozialversicherungsrechtlichen* Observationsakten, d.h. sowohl die als Beweismittel nicht verwendeten als auch die als Beweismittel verwendeten Observationsakten, nach Rechtskraft des Endentscheids *nicht vernichtet* werden dürfen, *sondern durch das Bundesarchiv aufbewahrt werden müssen*. Daher sind Art. 43a Abs. 8 lit. b und Abs. 9 lit. b ATSG i.V.m. Art. 9a Abs. 4 ATSV verfassungskonform in dem Sinne auszulegen, dass das als Beweismittel tatsächlich und / oder rechtlich nicht verwendete bzw. verwertbare Observationsmaterial nicht vernichtet werden darf, sondern dem Bundesarchiv zur Aufbewahrung übergeben werden muss. Ebenso sind die verwertbaren Observationsakten nach rechtskräftiger Erledigung des Leistungsbegehrens dem Bundesarchiv zur Aufbewahrung zu übergeben.

[79] Es stellt sich auch bei Art. 9a ATSV die Frage, ob die WAF mit in Kraft treten von Art. 9a ATSV aufgehoben wird oder fortbesteht. Das Letztere wäre aufgrund der planwidrigen Unvollständigkeit von Art. 9a ATSV und der Regelungsqualität und -dichte der WAF an sich geboten; allerdings sind vom Geltungsbereich der WAF nicht sämtliche Durchführungsorgane / -stellen der Sozialversicherung, sondern lediglich die Eidgenössischen und Schweizerischen Ausgleichskassen, die kantonalen Ausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die Verbandsausgleichskassen und ihre Zweigstellen, die IV-Stellen, die Zentrale Ausgleichsstelle, die kantonalen und kommunalen EL-Stellen sowie die Familienausgleichskassen nach Art. 14 FamZG erfasst.<sup>142</sup> Da die WAF durch die ATSV nicht explizit aufgehoben wird, ist die WAF meines Erachtens weiterhin anwendbar, soweit diese BV-, ATSG- und ATSV-konform ist. Die dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) unterstellten Durchführungsorgane (SUVA, Unfallversicherer nach Art. 68 UVG, Ersatzkasse UVG sowie Krankenversicherer nach KVG) sind vom Geltungsbereich der WAF allerdings nicht erfasst, weshalb sich de lege ferenda aufdrängt, sämtliche relevanten Aspekte der Aktenführung (Begriffsdefinitionen, Aktenbildung, -ordnung, -aufbewahrung und vernichtung) für sämtliche Durchführungsorgane / -stellen in einer bundesrätlichen Bundesvollziehungsverordnung (Aktenführungsverordnung [AV]) rechtstaatlich korrekt sowie lege artis auf dem neusten Stand von Lehre, Rechtsprechung und Akten- / Archivwissenschaft zu regeln.<sup>143</sup> Mit Inkrafttreten dieser Aktenführungsverordnung de lege ferenda könnte die WAF des BSV aufgehoben werden.

---

<sup>142</sup> Siehe Rz. 1104 WAF.

<sup>143</sup> Siehe vorne, V. B.

## VII. Wer führt die Akte?

[80] Die Schweiz kennt auf Bundesebene zurzeit die nachfolgenden Sozialversicherungen: Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung, Ergänzungsleistungen, Berufliche Vorsorge, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Militärversicherung, Erwerbsersatzordnung, Familienzulagen in der Landwirtschaft, Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung.<sup>144</sup>

[81] Diese Sozialversicherungen werden sowohl durch Sozialversicherungsträger<sup>145</sup> als auch *Institutionen und Personen durchgeführt, welche nicht Sozialversicherungsträger sind*<sup>146,147</sup>.

[82] Diesen Durchführungsorganen und -stellen der Sozialversicherungen obliegt die Leitung des Verwaltungsverfahrens von der Anmeldung bzw. Revision bis zum begründeten Entscheid mittels *formlosem Schreiben oder Verfügung*<sup>148</sup> bzw. *Einspracheentscheid*.<sup>149</sup>

[83] Dabei sind die rechtserheblichen Tatsachen unter Beachtung der durch EMRK, Bundesverfassung, Gesetz und Rechtsprechung gewährten Mitwirkungs- und Beweisführungsrechte der versicherten Personen abzuklären und festzustellen.

[84] Das ATSG findet unter den Voraussetzungen von Art. 2 ATSG auf die Durchführungsorgane und stellen der Sozialversicherungen Anwendung. Da sich in dem durch den Anhang zum ATSG revidierten BVG<sup>150</sup> keine Norm findet, welche das ATSG generell als anwendbar erklärt, ist das ATSG gestützt auf Art. 34a BVG grundsätzlich lediglich bei der Koordination von Leistungen gemäss Art. 66 Abs. 2 ATSG und der Vorleistung nach Art. 70 f. ATSG anwendbar.<sup>151</sup> Nichtsdestotrotz kann das ATSG gestützt auf Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB<sup>152</sup> zur Auslegung oder Lückenfüllung beigezogen werden, obwohl die Bestimmungen des ATSG auf die Berufliche Vorsorge an sich nicht anwendbar sind.<sup>153</sup>

---

<sup>144</sup> CHRISTIAN SCHÜRER, «Sozialversicherer», «Durchführungsorgan», «Versicherungsträger» usw.: Hinweise zur Terminologie des ATSG, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Referate der Tagungen vom 16. September sowie 6. Dezember 2002 (Band 15), St. Gallen 2003, S. 82.

<sup>145</sup> Der Begriff «Sozialversicherungsträger» wird weder im ATSG noch den Materialien zum ATSG definiert (SCHÜRER, [Fn. 144], S. 83). ALFRED MAURER versteht unter einem «Versicherungsträger» diejenige Einheit, welche für die Hauptfunktion einer Sozialversicherung, die Gewährung der Leistungen, zuständig ist (ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Basel 1994, S. 51). Nach dieser Auffassung könnten die Ausgleichskassen, das Bundesamt für Militärversicherung, die Krankenkassen nach KVG, die Suva, Unfallversicherer nach Art. 68 UVG, die Ersatzkasse nach Art. 72 UVG sowie die Arbeitslosenkassen als Sozialversicherungsträger bezeichnet werden. Bei den Arbeitslosenkassen ist auf Art. 77 Abs. 2 AVIG hinzuweisen, wonach Träger der öffentlichen Kasse der Kanton ist, weshalb die öffentliche Arbeitslosenkasse eher als Durchführungsorgan (der Arbeitslosenversicherung) zu qualifizieren ist.

<sup>146</sup> Z.B. Arbeitslosenkasse (Art. 76 Abs. 1 AVIG), Kantonale Amtsstellen (Art. 85 AVIG), Regionale Arbeitsvermittlungszentren (Art. 85b AVIG) (siehe SCHÜRER, [Fn. 144], S. 82).

<sup>147</sup> SCHÜRER, (Fn. 144), S. 82 f.

<sup>148</sup> Art. 49 ATSG.

<sup>149</sup> Art. 52 Abs. 2 ATSG.

<sup>150</sup> Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40).

<sup>151</sup> SUSANNE LEUZINGER-NAEF, Die Leistungskoordination gemäss Art. 63 – 71 ATSG, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Referate der Tagungen vom 16. September sowie 6. Dezember 2002 (Band 15), St. Gallen 2003, S. 193 f. und 195; THOMAS LOCHER, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts – Entwicklung, Zielsetzung und Aufbau, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Referate der Tagungen vom 16. September sowie 6. Dezember 2002 (Band 15), St. Gallen 2003, S. 24.

<sup>152</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

<sup>153</sup> Gl. M. UELI KIESER, ATSG und sozialversicherungsrechtliches Einzelgesetz, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), Referate der Tagungen vom 16. September sowie 6. Dezember 2002 (Band 15), St. Gallen 2003, S. 43; LEUZINGER-NAEF, (Fn. 151), S. 194.

## VIII. Welche beweisrechtlichen Rechtsfolgen treten bei Verletzung der Aktenführungspflicht ein?

[85] Da die Durchführungsorgane und -stellen der Sozialversicherungen gestützt auf Art. 43 Abs. 1 ATSG die rechtserheblichen Tatsachen von Amtes wegen festzustellen haben, obliegt ihnen im Verwaltungsverfahren die Verantwortung für das Zusammentragen des Beweismaterials (Beweisführungslast).<sup>154</sup>

[86] Wenn eine rechtserhebliche Tatsache nicht bewiesen werden kann, stellt sich im Rahmen der Rechtsanwendung die Frage, ob die versicherte Person oder das Durchführungsorgan bzw. die Durchführungsstelle die Folgen der Beweislosigkeit (Beweislast) zu tragen hat.<sup>155</sup>

[87] In der Regel trägt auch im öffentlichen Recht analog zu Art. 8 ZGB derjenige die Beweislast, welcher aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können.<sup>156</sup>

[88] Somit trägt die versicherte Person die Beweislast in Bezug auf sämtliche rechtlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Recht der versicherten Person bejaht bzw. eine Pflicht der versicherten Person verneint wird.<sup>157</sup> Die Behörde trägt die Beweislast in Bezug auf jene Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Recht der Behörde bejaht bzw. eine Pflicht der Behörde verneint wird.<sup>158</sup>

[89] Diese allgemeine Beweislastregel kann spezialgesetzlichen Beweislastregeln weichen.<sup>159</sup>

[90] Ausnahmsweise kann sich die Beweislast auch umkehren. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt eine Umkehr der Beweislast dann ein, wenn eine Partei einen Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, die nicht von ihr, sondern von der Behörde zu verantworten sind.<sup>160</sup> Eine Umkehr der Beweislast kann gemäss Bundesgericht mangels gesetzlicher Grundlage allein gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben erfolgen.<sup>161</sup> Eine Beweislastumkehr ist insbesondere in Fällen gerechtfertigt, in denen der Gegner der beweisbelasteten Partei durch eine Sorgfaltspflichtverletzung und / oder eine Aufklärungs- und Informationspflichtverletzung die Beweisführung verunmöglicht. Die Beweislastumkehr ist ein Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher seine Verankerung in Art. 5 Abs. 3 BV hat.

[91] Das Bundesgericht erkannte in BGE 124 V 372 ff., wenn die Behörde einen Briefumschlag in Verletzung der Aktenführungspflicht gemäss Art. 4 BV<sup>162</sup> nicht zu den Akten nehme, habe eine

---

<sup>154</sup> Siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 683; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, (Fn. 9), Rz. 142; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 996; WIEDERKEHR, (Fn. 42), Rz. 206.

<sup>155</sup> KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 781 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, (Fn. 9), Rz. 142 mit Hinweisen; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 997; WIEDERKEHR, (Fn. 42), Rz. 206.

<sup>156</sup> Siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 783 mit Hinweis; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 997.

<sup>157</sup> Siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 783; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 997 mit Hinweisen.

<sup>158</sup> Siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 783; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 997 mit Hinweisen.

<sup>159</sup> Siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, (Fn. 40), N. 783; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, (Fn. 40), Rz. 998.

<sup>160</sup> BGE 92 I 253 S. 257 Erw. 3; SVR 2011 UV Nr. 11 S. 39; Bundesgerichtsurteil 8C\_693/2010 vom 25. März 2011 Erw. 12; Bundesgerichtsurteil 8C\_762/2008 vom 7. Mai 2009 Erw. 4.1; Bundesgerichtsurteil U 509/05 vom 18. Oktober 2006 Erw. 1.2; Bundesgerichtsurteil C 155/05 vom 18. Juli 2005 Erw. 2.3; Bundesgerichtsurteil 4P.197/2003 vom 16. Januar 2004 Erw. 3.2; Bundesgerichtsurteil C 405/97 vom 29. September 1998 Erw. 3.

<sup>161</sup> Bundesgerichtsurteil 8C\_693/2010 vom 25. März 2011 Erw. 12; Bundesgerichtsurteil U 235/04 vom 18. Januar 2005 Erw. 3.2.

<sup>162</sup> Art. 4 der alten Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 wurde mit Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 per 1. Januar 2000 (AS 1999 2556 ff.) aufge-

allfällige Beweislosigkeit der Rechtzeitigkeit nicht die versicherte Person, sondern die Behörde zu tragen. Das Bundesgericht begründet seine Erkenntnis in Wesentlichen damit, dass die betroffene Person gestützt auf Art. 4 BV das Recht habe, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. In diesem Sinne habe die rechtsuchende Person u.a. Anspruch darauf, die aus dem Poststempel folgende Vermutung verspäteter Postaufgabe mit allen tauglichen Beweismitteln zu widerlegen. Gegenstück dieses aus Art. 4 BV fließenden Akteneinsichts- und Beweisführungsrechts sei die Aktenführungspflicht von Verwaltung und Behörden. Danach habe eine Behörde alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört. Dazu zählten auch die vollständigen Briefumschläge, welche rechtserhebliche Aktenstücke enthielten. Einem Briefumschlag könne unter Umständen eine entscheidende Bedeutung zukommen, nicht nur hinsichtlich der Rechtzeitigkeit, sondern etwa auch, wenn eine Beschwerdeschrift nicht unterzeichnet, der Briefumschlag jedoch mit der Unterschrift des Beschwerdeführers versehen sei. Werde bei rechtserheblichen Aktenstücken der Briefumschlag nicht oder nur zum Teil zu den Akten genommen, könnten möglicherweise wichtige Tatsachen nachträglich nicht mehr bewiesen werden. Dies zeige gerade der vorliegende Fall, in welchem der Beschwerdeführer geltend mache, er habe die am 30. August 1996 datierte Eingabe noch gleichentags der Post übergeben. Es gehe nicht an, in Verletzung der aufgrund von Art. 4 BV bestehenden Aktenführungspflicht den Briefumschlag nicht zu den Akten zu nehmen und hernach dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, er könne den Beweis für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe nicht erbringen. Dieses Verhalten, welches das Beweisführungsrecht nach Art. 4 BV verunmögliche, widerspreche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess. Daraus folge, dass der Beschwerdeführer die Nachteile der von ihm nicht verschuldeten Beweislosigkeit nicht zu tragen und die Einsprache vom 30. August 1996 als rechtzeitig zu gelten habe.<sup>163</sup>

## IX. Fazit

[92] Als Akte im Sinne des verfassungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts gilt jede schriftliche oder elektronische Aufzeichnung, welche geeignet ist, der Verwaltung oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen.<sup>164</sup>

[93] Die Verwaltung hat alles in der Akte festzuhalten, was zur Sache gehört bzw. geeignet ist, Grundlage der späteren Entscheidung zu bilden, bzw. was entscheiderelevant sein kann.<sup>165</sup>

[94] Die Akte ist (1.) tatsachen- / wahrheitsgemäss, (2.) vollständig, (3.) transparent (klar, nachvollziehbar und überprüfbar) und (4.) beständig zu führen.<sup>166</sup>

---

hoben. Art. 4 der *alten* BV entspricht Art. 29 Abs. 2 der *neuen* Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>163</sup> BGE 124 V 372 S. 375 f. Erw. 3b mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>164</sup> Siehe vorne, II. mit Hinweisen.

<sup>165</sup> Siehe vorne, VI. A 1.

<sup>166</sup> Siehe vorne, IV. mit Hinweisen sowie V.A.

[95] Die Behörde trifft eine aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Informations- und Aufklärungspflicht, weshalb sie die Pflicht hat, (1.) sämtliche potentiell entscheiderelevanten Verwaltungsvorgänge aktenkundig zu machen, (2.) die betroffene Person von sich aus über die neuen, möglicherweise entscheiderelevanten Verwaltungsvorgänge zu orientieren und (3.) ihr die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen.<sup>167</sup>

[96] Verunmöglicht die Behörde durch eine Sorgfaltspflichtverletzung oder eine Verletzung der Informations- und Aufklärungspflicht der beweisbelasteten Person die Beweisführung, erfolgt eine Umkehr der Beweislast.<sup>168</sup>

[97] Die per 1. Oktober 2019 in Kraft gesetzten revidierten Art. 8, 8a und 9a ATSV sind mangelhaft, weil sie die Aktenbildung, -ordnung, -aufbewahrung und -vernichtung nicht, nicht ausreichend klar oder verfassungswidrig regeln.<sup>169</sup> Daher sollten entweder diese ATSV-Bestimmungen auf der Basis der vier Aktenführungsprinzipien, der WAF sowie dem neusten Stand von Lehre, Rechtsprechung und Akten- / Archivwissenschaft lege artis überarbeitet oder die Aktenbildung, -ordnung, -aufbewahrung und -vernichtung in einer separaten Aktenführungsverordnung geregelt werden.<sup>170</sup>

---

ROGER PETER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich, roger.peter@peteranwalt.ch.

---

<sup>167</sup> Siehe vorne, V. A. mit Hinweisen.

<sup>168</sup> Siehe vorne, VIII mit Hinweisen.

<sup>169</sup> Siehe vorne, V. B. mit Hinweisen sowie VI.

<sup>170</sup> Siehe vorne, V. B. mit Hinweisen sowie VI.