

# **BE\_BVD 120 2022 61 vom 7. September 2012**

Be Bvd, 2012-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_bvd\\_120\\_2022\\_61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_bvd_120_2022_61)

FR: BE\_BVD 120 2022 61 du 7 septembre 2012

IT: BE\_BVD 120 2022 61 del 7 settembre 2012

## **Regeste**

Rechtsverweigerung, Akteneinsicht | Ipsach

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eintretensvoraussetzungen a) Die Beschwerdeführerin macht eine Rechtsverweigerung geltend und bringt u.a. vor, gemäss Art. 28 KDSG<sup>15</sup> sei die Verweigerung des Erlasses einer Verfügung oder Bescheids über Gesuche nach Art. 21 bis Art. 24 KDSG anfechtbar. Die Gemeinde habe über ihren Antrag auf Aktenergänzung und -einsicht nicht mittels anfechtbarer Verfügung entschieden, sondern lediglich mittels brieflicher Absage mit Schreiben vom 25. August 2022. Ihr Schreiben vom 6. September 2022, mit welchem sie erneut um die Herausgabe aller bekannten Daten ersucht habe, sei unbeantwortet geblieben. Gemäss Art. 28 Abs. 1 KDSG sind nicht nur Verfügungen der verantwortlichen Behörde, insbesondere Bescheide über Gesuche nach Artikel 21 bis 24 KDSG anfechtbar, sondern auch deren Verweigern und Verzögern. Für den Rechtsschutz gelten nach Art. 26 Abs. 1 KDSG die für das betreffende Rechtsgebiet anwendbaren Verfahrensordnungen, womit nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens der Rechtsmittelzug in der Sache gilt, und zwar auch bei eigenständigen datenschutzrechtlichen Einsichts- und Berichtigungsgesuchen, wie dies hier der Fall ist. Das vorliegend strittige Aktenergänzungs- und Akteneinsichtsgesuch stellte die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit einem baupolizeilichen Verfahren. Baupolizeiliche Verfügungen sind nach Art. 49 Abs. 1 BauG<sup>16</sup> mit Beschwerde bei der BVD anfechtbar. Als Verfügung gilt gemäss Art. 49 Abs. 2 VRPG<sup>17</sup> auch das Verweigern und Verzögern einer Verfügung (vgl. auch Art. 28 Abs. 1 KDSG, oben). Damit steht fest, dass die BVD für die Beurteilung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde zuständig ist. b) Das schutzwürdige Interesse, welches eine Rechtsverweigerungsbeschwerde voraussetzt, beurteilt sich unabhängig vom Interesse in der Hauptsache. Es ergibt sich vielmehr aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Behörde auf ihre Eingabe zeitgerecht reagiert und sie damit ihrem Rechtsschutzbedürfnis ernst nimmt.<sup>18</sup> Die Beschwerdeführerin ist damit zur Erhebung der Rechtsverweigerungsbeschwerde legitimiert. c) Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann grundsätzlich jederzeit Beschwerde geführt werden. Sie ist nicht fristgebunden. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet jedoch, eine Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung innert nützlicher Frist zu rügen. Als Anhaltspunkt dienen die für den konkreten (verzögerten oder verweigerten) Akt massgeblichen Beschwerdefristen. Für den Beginn des Fristenlaufs massgebend ist der Zeitpunkt, in dem die betroffene Person mit zureichenden Gründen annehmen muss, dass die Behörde Recht verweigert oder verzögert. Auf die Verwirkung dieses Beschwerderechts dürfte freilich, besondere Umstände vorbehalten, nur mit

Zurückhaltung zu schliessen sein.<sup>19</sup> Die Gemeinde bringt in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2022 mit Verweis auf diese Rechtsprechung vor, die Rechtsverweigerungsbeschwerde sei zu spät erfolgt, weshalb nicht darauf einzutreten sei. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin habe spätestens nach Erhalt des Schreibens der Gemeinde vom 25. August 2022 erkennen müssen, dass die Gemeinde nach bereits schon gewährter Akteneinsicht und wegen einer nicht möglichen Angabe von Personendaten keine Verfügung erlassen werde. Daran habe auch das Schreiben der 15 Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (KDSG; BSG 152.04). 16 Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0). 17 Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21). 18 Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 100. 19 Müller, a.a.O., Art. 49 N. 99.

BVD 120/2022/61 5/15 Beschwerdeführerin vom 6. September 2022 nichts geändert, mit welchem diese nochmals Nachweise zur meldenden Person innert Wochenfrist verlangt habe. Dieser Ansicht der Gemeinde kann nicht gefolgt werden: Mit dem erwähnten Schreiben vom 25. August 2022 hat die Gemeinde zwar zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Aktenergänzung und Einsicht Stellung genommen und dabei ausgeführt, dass dem Akteneinsichtsgesuch bereits vor längerer Zeit entsprochen worden sei und die Meldung über eine an der G.\_\_\_\_\_strasse 3a zur Miete ausgeschriebene Wohnung anonym ergangen sei, weshalb die Akten nicht mit Personendaten ergänzt werden könnten (vgl. I. Sachverhalt I, Ziff. 2). Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Rechtsverweigerung betrifft jedoch nicht die aus deren Sicht zu Unrecht verweigerte Aktenergänzung mit den Namen der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen und der darauffolgenden Bekanntgabe dieser Personalien durch Gewährung der Akteneinsicht, sondern die Weigerung der Gemeinde, über diese datenschutzrechtlichen Streitpunkte eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Dass die Gemeinde auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verzichtet wird, lässt sich dem Schreiben vom 25. August 2022 weder explizit noch sinngemäss entnehmen. Es lässt sich auch nicht sagen, dass die Beschwerdeführerin diesen Schluss aus den Ausführungen in diesem Brief hätte ziehen müssen, wonach die Gemeinde ihrem datenschutzrechtlichen Anliegen (Aktenergänzung und -einsicht) nicht nachkommen kann/will. Dies gilt umso mehr, als von der Verwirkung des Beschwerderechts – wie ausgeführt (vgl. diese Erwägung, oben) – nur zurückhaltend auszugehen ist. Damit steht fest, dass der Brief der Gemeinde vom 25. August 2022 für die Rechtsverzögerungsbeschwerde keine Frist auslöste, und diese damit – mangels Fristgebundenheit – auch mehr als 30 Tage nach Zustellung des erwähnten Briefs und noch rechtmässig eingereicht werden konnte. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Rechtsverweigerungsbeschwerde ist damit einzutreten.

## **E. 2**

Rechtsverweigerung a) Die Beschwerdeführerin erblickt eine Rechtsverweigerung darin, dass die Gemeinde es trotz mehrfacher Aufforderung ihrerseits unterlassen hat, über das von ihr gestellte Gesuch um Aktenergänzung und -einsicht mittels anfechtbarer Verfügung zu entscheiden. Das Gesuch sei lediglich mittels Schreiben vom 25. August 2022 beantwortet worden, eine anfechtbare Verfügung sei ausgeblieben. b) Art. 26 Abs. 2 KV20 gibt den Parteien eines Verfahrens das Recht auf einen begründeten Entscheid innert angemessener Frist. Eine formelle Rechtsverweigerung im Sinn dieser in Art. 49 Abs. 2 VRPG konkretisierten Garantie liegt vor, wenn die Behörde in einer ihr form- und fristgerecht unterbreiteten Angelegenheit keine Verfügung bzw. keinen Entscheid trifft,

obwohl sie dazu verpflichtet wäre.<sup>21</sup> Gemäss Art. 49 Abs. 1 VRPG regelt die zuständige Behörde öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse von Amtes wegen oder auf Gesuch hin mit einer Verfügung, es sei denn, das Gesetz sehe ausdrücklich etwas anderes vor oder verweise für die Streiterledigung auf den H. \_\_\_\_\_ weg. Dies ist im Bereich des Datenschutzrechts nicht der Fall, so dass der Vorrang der Verfügung auch hier gilt (vgl. auch Art. 28 Abs. 1 KDSG). c) Nach dem Gesagten ist damit die Gemeinde bei datenschutzrechtlichen Begehren wie dem vorliegend von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuch um Aktenergänzung und -einsicht 20 Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1). 21 Müller, a.a.O., Art. 49 N. 92.

BVD 120/2022/61 6/15 verpflichtet, in Verfügungsform zu handeln. Ob eine Rechtsverweigerung vorliegt, beurteilt sich daher danach, ob das Schreiben der Gemeinde vom 25. August 2022 an die Beschwerdeführerin als Verfügung zu qualifizieren ist. Als Verfügung gelten behördliche Einzelfallanordnungen, die sich auf öffentliches Recht stützen und Rechtswirkungen erzeugen. In welcher äusseren Form eine Anordnung gekleidet und wie sie bezeichnet wird, spielt für ihre Qualifikation als Verfügung keine Rolle. Auch ein in Briefform abgefasster Bescheid kann daher eine Verfügung darstellen. Unerheblich für die Qualifikation ist ferner, ob eine schriftliche behördliche Äusserung alle Elemente einer Verfügung enthält oder ob einzelne davon fehlen. Die Elemente, die eine Verfügung enthalten muss, ergeben sich aus Art. 52 Abs. 1 VRPG. Fehlen Elemente oder sind die erforderlichen Angaben unvollständig, so ist der Verwaltungsakt mangelhaft. Die Folgen solcher Mängel sind unterschiedlich. Sie richten sich nach der Bedeutung der Fehler. Bei untergeordneten Mängeln genügt es, wenn den Betroffenen daraus keine Rechtsnachteile erwachsen. Gewichtigere Fehler führen in vielen Fällen zur Aufhebung der Verfügung, wenn diese angefochten wird. Schwere Mängel bewirken die Nichtigkeit.<sup>22</sup> Mit dem Schreiben vom 25. August 2022 (Wortlaut, vgl. I. Sachverhalt, Ziff. 2) hat die Gemeinde zwar ihren Standpunkt zum Ersuchen der Beschwerdeführerin um Aktenergänzung und -einsicht geäussert und der Beschwerdeführerin dabei mitgeteilt, dass dem Gesuch um Akteneinsicht bereits entsprochen worden sei, die Meldung anonym erfolgt sei die Akten entsprechend nicht mit Personendaten ergänzt werden können. Eine klare und unmissverständliche Anordnung mit Rechtswirkung durch Ablehnung des von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuchs fehlt jedoch. Der Brief ist daher eher als Information zu verstehen, welche (so auch der abschliessende Satz) der Kenntnisnahme dient. Weiter enthält der Brief weder Angaben über die massgebenden Rechtsätze (Art. 52 Abs. 1 Bst. b VRPG) noch eine Verfügungsformel (Art. 52 Abs. 1 Bst. c VRPG) und eine Rechtsmittelbelehrung (Art. 52 Abs. 1 Bst. d VRPG). Drei wichtige Bestandteile einer Verfügung fehlen damit. Zu beachten ist vorliegend sodann, dass die Beschwerdeführerin zuvor für den Fall einer Ablehnung ihres Gesuchs mehrfach und ausdrücklich eine anfechtbare Verfügung verlangte. Es macht den Anschein, dass sich die Gemeinde im Anschluss bewusst – aber zu Unrecht – gegen den Erlass einer Verfügung und vielmehr für ein Informationsschreiben ohne Verfügungscharakter entschieden hat. Dass es sich beim Schreiben vom 25. August 2022 um eine Verfügung handelt, wird denn auch von der Gemeinde selber nicht behauptet. Vielmehr wirft sie in der Stellungnahme vom 8. Dezember 2022 (Ziff. 3.3) die Frage auf, welchen Sinn der Erlass einer förmlichen Verfügung vorliegend überhaupt gemacht hätte. Insgesamt kann damit das Schreiben vom 25. August 2022 nicht als Verfügung bewertet werden. Eine solche unterblieb auch, als sich die Beschwerdeführerin mit der Antwort in diesem Schreiben nicht zufriedengab und mit Eingabe vom 8. September 2022 weitere Nachweise verlangte. Dieses Schreiben blieb

unbeantwortet. d) Durch ihre Weigerung, eine Verfügung zu erlassen, hat die Gemeinde damit eine Rechtsverweigerung begangen. Soweit die Beschwerdeführerin daher eine Rechtsverweigerung rügt, erweist sich ihre Beschwerde demnach als begründet.

### **E. 3**

Folgen der Rechtsverweigerung a) Die Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde führt grundsätzlich nicht zur Gutheissung des Begehrens in der Hauptsache, sondern nur zur Anweisung der fehlbaren Behörde, unverzüglich mit einem förmlichen Entscheid über die Sache zu befinden. Nur 22 Müller, a.a.O., Art. 49 N. 7 ff; Michel Daum, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 52 N. 1.

BVD 120/2022/61 7/15 ausnahmsweise fällt die Rechtsmittelinstanz auch gleich den Entscheid in der Hauptsache. Dies fällt nach der Rechtsprechung namentlich dann in Betracht, wenn der entscheidwesentliche Sachverhalt erstellt ist, die beschwerdeführende Partei eine materielle Auseinandersetzung mit ihrem Anliegen beantragt und die Verkürzung des Instanzenzugs für die Verfahrensbeteiligten keinen erheblichen Nachteil darstellt. In diesem Fall besteht kein zusätzliches Interesse an einer separaten Feststellung der Rechtsverweigerung und rechtfertigt es sich, die Entscheidzuständigkeit der Rechtsmittelinstanz auszudehnen.<sup>23</sup> b) Diese Ausnahmekonstellation ist vorliegend erfüllt: Der aus Sicht der BVD entscheidrelevante Sachverhalt ist erstellt und sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Gemeinde haben sich im Beschwerdeverfahren zum Streitpunkt in der Hauptsache (Aktenergänzung und -Einsicht nach Datenschutzrecht) geäußert. Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihren Hauptanträgen die Vervollständigung / Berichtigung der amtlichen Akten der Gemeinde und die Gewährung der uneingeschränkten Akteneinsicht insbesondere unter Herausgabe sämtlicher Angaben zur meldenden Person. Damit hat sie eine Auseinandersetzung mit ihrem Anliegen in der Hauptsache ausdrücklich beantragt. Die Verkürzung des Instanzenzugs stellt für die Verfahrensbeteiligten keinen erheblichen Nachteil dar. Vielmehr würde die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz einen formalistischen Leerlauf bedeuten und lediglich bewirken, dass die Gemeinde ihre bereits bekannte Haltung mittels Verfügung bestätigen würde. Die damit verbundene Verfahrensverlängerung wäre für die Beschwerdeführerin ohne Gewinn. Unter diesen Umständen ist es im Interesse der Prozessökonomie angezeigt, ungeachtet der Rechtsverweigerung auf eine Rückweisung an die Gemeinde zum Erlass einer Verfügung zu verzichten. Der Rechtsverweigerung ist aber im Kostenpunkt Rechnung zu tragen.

### **E. 4**

Akteneinsicht und Aktenergänzung a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, ihr sei durch das Handeln der Gemeinde de facto das Recht auf Akteneinsicht und Berichtigung der Akten nach Art. 21 und 23 KDSG verweigert worden. Neben diesen datenschutzrechtlichen Grundlagen sei der verfahrensrechtliche Anspruch auf Akteneinsicht in Art. 26 Abs. 2 KV und Art. 23 Abs. 1 VRPG verankert. Das Akteneinsichtsrecht beziehe sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht sei auch dann zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermöge. Die Gemeinde unterliege der Aktenführungspflicht und damit einer Pflicht zur vollständigen Aktenführung, womit sich auch die Daten einer anzeigenden Person Eingang in die Akten finden müssten. Die Akteneinsicht könne nur verweigert werden, wenn ein überwiegendes

Geheimhaltungsinteresse bestehe oder wichtige und überwiegende private oder öffentliche Interessen entgegenstehen würden (Art. 23 Abs. 2 VRPG, Art. 21 Abs. 4 KDSG). Ein solch überwiegendes privates oder öffentliches Interesse sei vorliegend nicht auszumachen und werde von der Gemeinde auch nicht geltend gemacht. Diese beharre auf dem Standpunkt, dass man die Akten nicht ergänzen könne, weil man über zu wenig bis keinerlei Informationen über die meldende Person verfüge. Dies sei zumindest als Verletzung der Sorgfaltspflicht bei der Aktenführungspflicht zu werten. Es gelte weiter der aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entwickelte Grundsatz, dass eine Informantin bzw. ein Informant kein Anspruch auf Anonymität habe. Dieser Grundsatz könne nur ausnahmsweise aufgrund des Vertrauensschutzes durchbrochen werden, mit anderen Worten wenn eine Zusicherung seitens einer Behörde vorliege. Eine solche Zusicherung lasse sich aber weder der Aktennotiz noch der Korrespondenz entnehmen. Sie habe ein legitimes und schutzwürdiges Interesse daran, Details zur meldenden Person zu erfahren, zumal die Motive hinter der Meldung unklar seien. Eine bewusste Denunziation könne derzeit nicht ausgeschlossen 23 Müller a.a.O., Art. 49 N. 101, mit weiteren Hinweisen.

BVD 120/2022/61 8/15 werden und verdiene keinen Schutz. Insgesamt seien keine Gründe ersichtlich, wonach die Akten nicht um die verfügbaren Daten (falls notwendig durch nachträgliche Nachforschungen) zu ergänzen seien und ihr vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren sei. b) Vorab stellt sich die Frage, auf welche Grundlage sich die Beschwerdeführerin für ihr Gesuch um Ergänzung der Akten mit den Angaben zur anzeigenden Person / zu den anzeigenden Personen sowie um anschliessende vollständige Akteneinsicht berufen kann. In Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren steht den Parteien, abgeleitet aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, Einsicht in die (gesamten) Verfahrensakten zu (Art. 29 Abs. 2 BV24, Art. 26 Abs. 2 KV, Art. 23 Abs. 1 VRPG). Das Gegenstück zum Akteneinsichtsrecht der Verfahrensparteien bildet die Aktenführungspflicht der Behörden. Akteneinsicht setzt voraus, dass die Behörde überhaupt Akten anlegt und führt. Entsprechend ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens (Art. 31 VRPG) die Pflicht der Verwaltung zur vollständigen Aktenführung. Die Aktenführungspflicht ist demgemäss Teilgehalt von Art. 23 Abs. 1 VRPG. Die aus Art. 23 Abs. 1 VRPG abgeleitete Aktenführungspflicht erfüllt damit eine verfahrensrechtliche Funktion; sie dient insbesondere der korrekten Entscheidungsfindung.<sup>25</sup> Die Beschwerdeführerin hat den inzwischen ergangenen Bauabschlag vom 22. Dezember 2022 mit Wiederherstellungsverfügung zwar in der Sache angefochten. Weder in ihrer hier zu beurteilenden Beschwerde noch in der Beschwerde vom 26. Januar 2023 in der Hauptsache macht sie jedoch geltend, dass die Personalien der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen für den Ausgang des Baupolizeiverfahrens und damit materiell bedeutsam sind. In ihrer Stellungnahme vom 30. Januar 2023 führt sie vielmehr selber ausdrücklich aus, dass ihre Rechtsverweigerungsbeschwerde nichts mit der Wiederherstellungsverfügung bzw. dem nachträglichen Baubewilligungsverfahren zu tun habe, sondern vielmehr ein davon unabhängiges Verfahren darstelle. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin zwar als Partei die Ergänzung von Verfahrensakten verlangt, ihre Parteirechte aber nach dem Gesagten im vorliegenden Verfahren allein mit dem Zweck ausübt, nähere Angaben zur anzeigenden Person / zu den anzeigenden Personen bzw. deren Personalien zu erhalten. Ihr Anliegen stellt sie damit unabhängig vom zugrundeliegenden Baupolizeiverfahren. Das hier zu beurteilende, strittige Gesuch ist damit nicht ein verfahrensrechtliches Akteneinsichtsgesuch, sondern ein rein datenschutzrechtliches. Art. 23 Abs. 1 VRPG ist

daher vorliegend nicht anwendbar. Ebenso wenig gelangt das IG26 zur Anwendung, enthält dieses doch für nicht rechtskräftig abgeschlossene Verwaltungs- und Justizverfahren kein Einsichtsrecht (Art. 27 Abs. 3 IG). Damit steht fest, dass der Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht und -ergänzung einzig nach datenschutzrechtlichen Grundlagen zu prüfen ist. Der Zweck des Datenschutzrechts beruht auf dem in Art. 13 Abs. 2 BV enthaltenen Grundrecht auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten. Dieser Zweck findet sich auch in Art. 1 KDSG, wonach dieses Gesetz dem Schutz von Personen vor missbräuchlicher Datenbearbeitung durch Behörden dient. Gemäss Art. 18 Abs. 2 KV hat daher jede Person das Recht, die über sie bearbeiteten Daten einzusehen und zu verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt und ungeeignete oder unnötige Daten vernichtet werden. Nach Art. 21 Abs. 1 KDSG kann jede Person von der verantwortlichen Behörde darüber Auskunft verlangen, welche Daten über sie in einer Datensammlung bearbeitet werden. Die Auskunft kann gemäss Art. 22 Abs. 1 KDSG soweit verweigert oder aufgeschoben werden, als ein Gesetz dies verlangt oder besonders schützenswerte Interessen Dritter es erfordern. Zudem erhält die betroffene Person gestützt auf Art. 21 Abs. 4 KDSG auf Verlangen Einsicht in ihre Daten, wenn nicht wichtige und überwiegende Interessen oder besonders schützenswerte Interessen 24 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). 25 VGE 2019/424/425 vom 14. Juni 2021. E. 4.3 f. mit weiteren Hinweisen. 26 Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG; BSG 107.1).

BVD 120/2022/61 9/15 Dritter entgegenstehen. Die Akten eines Verwaltungsverfahrens enthalten auch personenbezogene Informationen über die Verfahrenspartei(en). Geben sie Auskunft über die Identität von Anzeigerinnen oder Anzeigern, handelt es sich dabei um Daten mit einem Bezug zur angezeigten Person; diese kann in einem Verwaltungsverfahren folglich auch gestützt auf das KDSG Einsicht in die Akten verlangen, wenn sie darin vermerkte Namen von Anzeigerinnen oder Anzeigern einsehen will.<sup>27</sup> Mit dem Auskunfts- und Einsichtsrecht soll verhindert werden, dass bei Amtsstellen falsche Personendaten vorhanden sind und sich die Behörden gestützt darauf ein unzutreffendes Bild über die betroffene Person machen.<sup>28</sup> Art. 7 KDSG verlangt entsprechend, dass Personendaten richtig, und soweit es der Zweck des Bearbeitens verlangt, auch vollständig sein müssen (Grundsätze der Datenrichtigkeit und Datenvollständigkeit). Das Auskunfts- und Einsichtsrecht ermöglicht es den Betroffenen, die Einhaltung der materiellen Grundsätze des Datenschutzes zu überprüfen und gegebenenfalls ihre Rechte wahrzunehmen.<sup>29</sup> So hat jede Person Anspruch darauf, dass unrichtige oder nicht notwendige Personendaten über sie berichtigt oder vernichtet werden (Art. 23 Abs. 1 KDSG). c) Vorliegend behauptet die Gemeinde, die Anzeige sei anonym erfolgt, weshalb sie keine Kenntnis über die Personendaten der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen habe. Die Beschwerdeführerin zweifelt dies an, habe die Gemeinde doch anfänglich festgehalten, die Identität der meldenden Person sei irrelevant und es sei ihr nicht möglich, weitere Informationen herauszugeben. Erst in der späteren Korrespondenz habe sie angegeben, dass es sich um eine anonyme Meldung gehandelt haben solle. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen: Wenn man – entgegen der Behauptung der Gemeinde und der Ansicht der Beschwerdeführerin folgend – davon ausgeht, dass einer oder mehrerer Personen der Gemeinde die Personendaten der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen bekannt sind, so stellt sich die Frage, ob diese Personalien, welche nicht verschriftlicht wurden, sondern sich einzig im Kopf der betreffenden Person/en der Gemeinde befinden, vom datenschutzrechtlichen

Auskunftsrecht erfasst sind. Das Bundesgericht befasste sich mit dieser Frage in BGE 147 III 139 vom 10. Dezember 2020. Gestützt auf die Grundlagen des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG30) und insbesondere Art. 8 Abs. 2 Bst. a DSG kam das oberste Gericht zum Schluss, dass nur vorhandene Daten, nicht aber «Daten, die allenfalls im Gehirn unter den gewöhnlichen Erinnerungen einer Person gespeichert sein könnten» vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht erfasst werden, denn über derartige Informationen kann der Inhaber der Datensammlung nicht verfügen (E. 3.4.6). Dem Gesetzgeber gehe es darum, «schriftlich bzw. physisch vorhandene, und deshalb auf Dauer objektiv einsehbare Datensammlungen zu erfassen, nicht aber bloss im Gedächtnis abrufbare Daten» (E. 3.4.3). Das hier anwendbare KDSG spricht im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht in Art. 21 Abs. 1 – im Unterschied zu Art. 8 Abs. 2 Bst. a DSG – zwar nicht ausdrücklich von «vorhandenen» Daten oder «verfügbaren» Herkunftsangaben. Dennoch muss diese bundesgerichtliche Rechtsprechung auch beim Auskunftsrecht nach KDSG zur Anwendung gelangen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Sinn und Zweck des Datenschutzrechts, welcher in erster Linie im Schutz vor dem Missbrauch von vorhandenen persönlichen Daten und im Recht auf Berichtigung oder Vernichtung unrichtiger oder unnötiger Daten besteht (vgl. oben, E. 4b). Bei physisch nicht vorhandenen Daten besteht diese Problematik / dieses Bedürfnis nicht, weshalb sie folgerichtig nicht vom Auskunftsrecht erfasst sind. Dass sich Art. 21 Abs. 2 KDSG ebenfalls nur auf tatsächlich 27 VGE 2019/424/425 vom 14. Juni 2021, E. 4.6 mit Verweis auf VGE 2016/315 vom 9. Juli 2018, E. 3.3, in BVR 2018 S. 497. 28 VGE 2016/315 vom 9. Juli 2018, E. 3.1, in BVR 2018 S. 497. 29 VGE 2016/315 vom 9. Juli 2018, E. 3.1, in BVR 2018 S. 497. 30 Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

BVD 120/2022/61 10/15 vorhandene Daten bezieht, ergibt sich auch aus dem Vortrag zum KDSG. Darin wird zu dieser Bestimmung festgehalten, dass die verantwortliche Behörde grundsätzlich nur Auskunft über Personendaten erteilt, die in einer bestimmten Datensammlung enthalten sind.<sup>31</sup> Zu diesem Schluss kam schliesslich auch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in einem älteren VGE<sup>32</sup>, wo dieses in E. 4c Folgendes festhielt: «[...] Die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung von Personendaten ist dann besonders gering, wenn ein Mitarbeiter einer Behörde Personendaten zu ausschliesslich persönlichem Gebrauch bearbeitet, namentlich um über ein persönliches Arbeitsmittel zu verfügen (Agenda, Notizheft). In diesem Fall werden die Daten in der Verwaltung nicht abgelegt und können daher von Dritten weder eingesehen noch weiterverwendet werden. Im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Beamten werden sie, weil datenschutzrechtlich wenig interessant, auch vom Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes ausgenommen (Art. 4 Abs. 2 Bst. b DSG [heute KDSG]). Um so weniger werden grundsätzlich auch Informationen vom Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes erfasst, welche überhaupt nirgends niedergelegt, sondern ausschliesslich im Gedächtnis eines Beamten (bis zum Vergessen) gespeichert sind. Personendaten im Sinne des Datenschutzrechts sind deshalb ausschliesslich handschriftlich oder maschinell (auch elektronisch) festgehaltene Angaben über eine Person [...], nicht aber solche, welche in persönlichen Notizen oder gar bloss in den Köpfen von Beamten vorhanden sind.» Damit steht als Zwischenergebnis fest, dass nur im Gedächtnis der betreffenden Person/en der Gemeinde vorhandene Personalien der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen nicht als Personendaten im Sinne des Datenschutzrechts gelten und entsprechend nicht vom datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Einsichtsrecht erfasst sein können. Der datenschutzrechtliche Anspruch auf Bekanntgabe der Daten besteht damit nur,

wenn diese Daten in einer Datensammlung physisch vorhanden sind. d) Damit stellt sich – weiterhin zugunsten der Beschwerdeführerin von der Annahme ausgehend, dass der Gemeinde die Personendaten der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen bekannt sind – in einem zweiten Schritt die Frage, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf das Datenschutzrecht Anspruch auf Ergänzung der Akten und damit auf schriftliches Festhalten der Personalien hat. Wie bereits festgehalten (E. 4a), lässt sich dieser Anspruch hier nicht auf Art. 23 Abs. 1 VRPG und der aus dieser Bestimmung abgeleiteten Aktenführungspflicht stützen. Damit ist auch die Frage der Aktenergänzung einzig nach Datenschutzrecht und damit vorliegend nach Art. 7 KDSG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KDSG zu beurteilen. Ein datenschutzrechtlicher Anspruch auf Vervollständigung der Akten besteht nicht in jedem Fall. Wie ausgeführt (E. 4b) besteht der Zweck des Datenschutzrechts im Schutz vor dem Missbrauch persönlicher Daten. Um einen Missbrauch zu vermeiden, hat jede Person Anspruch darauf, dass unrichtige oder nicht notwendige Personendaten über sie berichtigt oder vernichtet werden (vgl. Art. 23 Abs. 1 KDSG). Der datenschutzrechtliche Anspruch auf Aktenvervollständigung nach Art. 7 KDSG hat sich auch nach diesen Grundsätzen zu richten. Er besteht mit anderen Worten nur, wenn ohne die fehlenden Daten ein unrichtiges Bild entsteht, welches zwecks Schutz der persönlichen Daten Anlass zu einer Berichtigung mittels Vervollständigung der Akten gibt. Aus Art. 7 KDSG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 KDSG lässt sich damit keinen absoluten bzw. fallunabhängige datenschutzrechtlichen Anspruch auf Ergänzung unvollständiger Akten ableiten. Zu diesem Schluss kam auch das Verwaltungsgericht in einem älteren Entscheid (BVR 1992 S. 80 E. 5), wo Folgendes festgehalten wird: 31 Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern vom 26. Juni 1985 betreffend das Datenschutzgesetz, S. 7, Ausführungen zu Art. 21 Abs. 1. 32 VGE 18226 vom 26. August 1991, in BVR 1992 S. 80.

BVD 120/2022/61 11/15 «5.a) Der Beschwerdeführer beruft sich auf Art. 7 DSG [heute KDSG], der vorschreibt, dass Personendaten richtig und, soweit es der Zweck des Bearbeitens verlangt, auch vollständig sein müssen. Anschliessend begehrt er Einsicht in die vervollständigten Akten. Im Lichte der soeben dargestellten grundsätzlichen Überlegungen will diese Bestimmung die betroffenen Personen vorab vor unrichtigen Angaben in amtlichen Unterlagen, insbesondere in Datensammlungen, schützen und vor Personendaten, welche wegen ihrer Unvollständigkeit unrichtig sind. So ist beispielsweise ein Auszug aus dem Vorstrafenregister, welcher nicht auch Hinweise auf die Löschung der Strafe gibt, in einer Weise unvollständig, dass er falsch ist. Dagegen sind gestützt auf Art. 7 DSG nicht alle erheblichen, be- und entlastenden Daten über eine Person bzw. über einen sie betreffenden Sachverhalt, alle dahingehenden Abklärungen, Korrespondenzen und die Befragung potenzieller Zeugen vollständig festzuhalten, wie der Beschwerdeführer meint. Solche Gewährleistungen enthalten allenfalls die Verfahrensgesetze, nicht aber das Datenschutzgesetz.» Vorliegend verlangt die Beschwerdeführerin eine Ergänzung der Akten durch Aufnahme der Personendaten der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen. Anders als bei dem im zitierten VGE erwähnten Beispiel des fehlenden Hinweises auf die Löschung einer im Strafregister enthaltenen Strafe führt die fehlende Information hier nicht dazu, dass die Akten wegen ihrer Unvollständigkeit ein falsches Bild vermitteln. Hier entsteht ohne die Ergänzung der Akten mit diesen Personalien nicht ein unrichtiges Bild über eine Person, welches eine Vervollständigung gebieten würde. Im Unterschied zum erwähnten Beispiel des Strafregisterauszugs besteht daher hier kein datenschutzrechtlicher Anspruch auf Aktenergänzung im Sinne von Art. 7 KDSG. Hier dient der Antrag auf Vervollständigung nicht dem Schutz vor dem Missbrauch persönlicher

Daten und entspricht damit nicht dem Zweck des Datenschutzrechts. Entsprechend besteht gestützt auf das Datenschutzrecht – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – kein Anlass und auch kein Recht auf Aktenergänzung. e) Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin vorliegend keinen datenschutzrechtlichen Anspruch auf Vervollständigung der Akten durch schriftliches Festhalten der Personalien der anzeigenden Person / der anzeigenden Personen hat, sollten diese Personendaten der Gemeinde überhaupt bekannt sein. Gleiches gilt für allfällige weitere Angaben, welche die Beschwerdeführerin über die Anzeige erfahren möchte (Form der Anzeige, Uhrzeit der Meldung, usw.). Selbst wenn – entgegen diesen Ausführungen – ein solcher Anspruch bestehen würde, so stellt sich die Frage, wie ein Vervollständigungsanspruch überhaupt durchsetzbar wäre.

In diesem Zusammenhang interessiert, in welchem Umfang weitere Beweismassnahmen getroffen werden müssen, um an solche Daten zu gelangen. Das Bundesgericht hat sich im bereits erwähnten Entscheid BGE 147 III 139 vom 10. Dezember 2020 auch mit dieser Frage befasst. Es kam gestützt auf die Ausgestaltung des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts als «voraussetzungs- und kostenloses Auskunftsrecht» zum Schluss, dass der datenschutzrechtliche Ankunftsanspruch kein allgemeines Recht erfasse, durch Partei- und Zeugenbefragung zu erfahren, zwischen wem wann worüber ein personenbezogenes Gespräch stattgefunden habe (E. 3.4.3). Weiter führte das oberste Gericht aus (E. 3.4.6), die im Gehirn gespeicherten Daten seien nicht vom Auskunftsrecht erfasst, denn über derartige Informationen könne der Inhaber der Datensammlung nicht verfügen. Im Rahmen der voraussetzungslos geschuldeten Auskunft könne von ihm nicht verlangt werden, dass er diesbezüglich bei jedem Auskunftsbegehren Abklärungen vornehme. Da die zu erteilende Auskunft wahr und vollständig sein müsse, wäre er dazu aber verpflichtet und zwar selbst dann, wenn die Herkunftsangaben für den Auskunftsberechtigten gar nicht von Interesse sind. Dass sich die Herkunft der Daten im Rahmen entsprechender Abklärungen allenfalls rekonstruieren lasse, bedeute mithin nicht, dass diese Angaben verfügbar im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a DSGVO seien. Werde vom Inhaber der Datensammlung nicht verlangt, die Herkunftsangaben zu speichern, könne von ihm im Rahmen vom Art. 8 DSGVO auch nicht verlangt werden, dass er Nachforschungen nach Herkunftsangaben anstelle, die er nicht aufbewahrt habe. Dass diese Ausführungen auch bei der Auslegung von Art. 7 KDSG zu beachten

BVD 120/2022/61 12/15 sind, bestätigen die Ausführungen des Bundesgerichts in einem weiteren Entscheid<sup>33</sup>, wo es um die Akteneinsicht und -ergänzung nach Datenschutzgesetz des Kantons St. Gallen ging, welches hierzu eine vergleichbare Regelung wie der Kanton Bern im KDSG kennt. Das Bundesgericht erachtete dort die Ausführungen der Vorinstanz, wonach sich der datenschutzrechtliche Einsichtsanspruch nur auf tatsächlich vorhandene und bearbeitete Daten beziehe und sich ein Verfahren nach Art. 17 DSGVO (Bestimmung zur Auskunft und Einsicht) nicht dafür verwenden lasse, eine allfällige Verletzung der Aktenführungspflicht in einem rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren zu rügen und eine nachträgliche Datenaufbearbeitung bzw. -herstellung zu verlangen, unbesehen vom Recht auf Vollständigkeit und Richtigkeit der Akten nicht als willkürlich. Das Bundesgericht beanstandete daher nicht, dass die Vorinstanz den Antrag des Beschwerdeführers auf Befragung oder schriftliche Anfragen zur Rekonstruktion von nicht aktenkundigen Ereignissen abwies. Dasselbe muss vorliegend gelten, wo das baupolizeiliche Verfahren zwar aufgrund der hängigen Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Bauabschluss

mit Wiederherstellungsverfügung der Gemeinde noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, das Aktenergänzungs- und Einsichtsgesuch jedoch einzig mit dem vom Baupolizeiverfahren unabhängigen Zweck gestellt wurde, nähere Angaben zur anzeigenden Person / zu den anzeigenden Personen bzw. deren Personalien zu erhalten und die Beschwerdeführerin selber nicht geltend macht, dass diese Angaben materiell bedeutsam sind. (vgl. E. 4b). Der aufgeführten Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass sich aus dem Datenschutzrecht und dem darin enthaltenen Recht auf Vollständigkeit der Akten (Art. 7 KDSG) kein Anspruch auf Abklärungen oder weitere Beweismassnahmen ableiten lässt, um fehlende Akten zu vervollständigen. Es kann daher weder von der Gemeinde als Inhaberin der Datensammlung noch von der BVD als Beschwerdeinstanz gestützt auf das Datenschutzrecht verlangt werden, dass diese im Rahmen des rein datenschutzrechtlichen Einsichtsbegehrens weitere Massnahmen treffen, um die Personalien der anzeigenden Person herauszufinden.

## **E. 5**

Ergebnis und Kosten a) Im Ergebnis sind die von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Rechtsverweigerungsbeschwerde gestellten Hauptbegehren um Vervollständigung und Berichtigung der amtlichen Akten und Gewährung Herausgabe sämtlicher Angaben zur meldenden Person durch vollständige Akteneinsicht abzuweisen. Die Beschwerde ist einzig insofern gutzuheissen, als damit zu Recht eine Rechtsverweigerung geltend gemacht wurde. b) Die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Pauschalgebühr wird festgesetzt auf CHF 1200.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV34). Bei diesem Ergebnis unterliegt die Beschwerdeführerin mit ihren Hauptanliegen. Zu berücksichtigen ist im Kostenpunkt jedoch, dass sie aufgrund des fehlenden Erlasses einer anfechtbaren Verfügung durch die Gemeinde zu Recht eine Rechtsverweigerung geltend gemacht hat (E. 2 und 3b). Behördliche Fehlleistungen stellen besondere Umstände im Sinn von Art. 108 Abs. 1 VRPG dar, die sich auf die Kostenverlegung auswirken können.<sup>35</sup> Dieser Aspekt ist jedoch 33 BGer 1C\_443/2019 vom 30. Dezember 2020. E. 4.3. 34 Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21). 35 Ruth Herzog, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 20.

BVD 120/2022/61 13/15 im Vergleich zu den gestellten Hauptanträgen der Beschwerdeführerin auf Aktenergänzung und Akteneinsicht von untergeordneter Natur. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin zu zwei Dritteln als unterliegend und zu einem Drittel als obsiegend zu bezeichnen. Sie hat damit zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 800.00, zu tragen. Die Gemeinde ist nicht in ihren Vermögensinteressen betroffen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 108 Abs. 2) Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 400.00 trägt daher der Kanton. c) Dem erwähnten Umfang des Unterliegens entsprechend hat die Beschwerdeführerin Anrecht auf einen Drittel der Parteikosten. Wegen der begangenen Rechtsverweigerung wird die Gemeinde verpflichtet, der Beschwerdeführerin diesen Drittel der Parteikosten zu ersetzen. Die Kostennote der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin beläuft sich auf CHF 4582.75 (Honorar CHF 4185.00, Auslagen CHF 70.10, Mehrwertsteuer CHF 327.65). Mit Schreiben vom 9. Januar 2023 (richtig: 9. Februar 2023) beantragt die Gemeinde eine Reduktion des Honorars um zwei Drittel, eine Kürzung der darin aufgeführten Auslagen und eine

Streichung der zu Unrecht in Rechnung gestellten Mehrwertsteuer, soweit die Honorarnote für den Entscheid überhaupt relevant sein sollte. Die Parteikosten umfassen den durch die berufsmässige Parteivertretung anfallenden Aufwand (Art. 104 Abs. 1 VRPG). Nach Art. 11 Abs. 1 PKV<sup>36</sup> beträgt das Honorar in verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren CHF 400.00 bis CHF 11 800.00 pro Instanz. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostensatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand sowie der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG<sup>37</sup>). Im vorliegenden Fall ist der gebotene Zeitaufwand als unterdurchschnittlich zu werten, da nur ein Schriftenwechsel stattfand und kein Beweisverfahren durchgeführt wurde. Die Bedeutung der Streitsache ist als klar unterdurchschnittlich zu werten und die Schwierigkeit des Prozesses ist insgesamt als knapp durchschnittlich einzustufen. Daher erscheint ein Honorar von CHF 3000.00 als angemessen. Eine noch weitergehende Reduktion des Honorars um zwei Drittel, wie dies die Gemeinde beantragt, lässt sich jedoch bei dieser Einstufung nach Art. 41 Abs. 3 KAG nicht rechtfertigen. Dem Antrag der Gemeinde entsprechend ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin mehrwertsteuerpflichtig ist<sup>38</sup> und somit die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwältzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen kann. Ihr fällt daher betreffend Mehrwertsteuer kein Aufwand an und eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme einer mit Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG unvereinbaren Überentschädigung gleich. Die in der Kostennote der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin aufgeführte Mehrwertsteuer ist daher bei der Bestimmung des Parteikostensatzes nicht zu berücksichtigen.<sup>39</sup> Nicht zu hoch und damit nicht zu beanstanden ist dagegen die Höhe der aufgeführten Auslagen von CHF 70.10 (Fotokopien CHF 57.00, Porti CHF 13.10), auch wenn die Höhe des Betrags für die Fotokopien nicht näher substantiiert wird. Die Parteikosten der Beschwerdeführerin betragen damit CHF 3070.10 (Honorar CHF 3000.00, Auslagen CHF 70.10). Davon hat die Gemeinde einen Drittel zu übernehmen. Die Gemeinde hat damit der Beschwerdeführerin Parteikosten in der Höhe von CHF 1023.35 zu ersetzen. <sup>36</sup> Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811). <sup>37</sup> Kantonales Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11). <sup>38</sup> Siehe Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>. <sup>39</sup> BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6.

BVD 120/2022/61 14/15 III. Entscheid

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.