



# **25 JAHRE OMBUDSMANN / OMBUDSPERSON DES KANTONS ZÜRICH**



## **FESTSCHRIFT ZUM JUBILÄUM 1977 – 2002**

mit Beiträgen aus Parlament, Regierung,  
Lehre und Ombudseinrichtungen

# Aus dem Leitbild der Zürcher Kantonalbank

- Profil** Die Zürcher Kantonalbank ist eine grosse Bank, aber keine Grossbank.
- Leistung** Die Zürcher Kantonalbank begleitet Menschen und Unternehmen durchs Leben.
- Verantwortung** Die Zürcher Kantonalbank macht sich für den Wirtschaftsraum Zürich stark.
- Zusammenarbeit** Die Zürcher Kantonalbank orientiert sich an ihren Kundinnen und Kunden – extern wie intern.

Diese Festschrift wurde ermöglicht durch

[www.zkb.ch](http://www.zkb.ch)

Die nahe Bank



**Zürcher  
Kantonalbank**

**Inhaltsverzeichnis**

Vorwort	Seite 3–4
THOMAS DÄHLER: Die Institution Ombudsperson aus der Sicht des Parlamentes	Seite 5–14
PROF. DR. ERNST BUSCHOR: Der Ombudsmann als Helfer und Seismograph	Seite 15–20
DR. ADOLF WIRTH: Die parlamentarische Entstehungsgeschichte der kantonalzürcherischen Ombudsstelle	Seite 21–28
LIC. IUR. ANDREAS NABHOLZ: Die Schweizerische Vereinigung der parlamentarischen Ombudsleute (SVPO)	Seite 29–34
DR. WERNER PALLA: Das Europäische Ombudsmann-Institut (EOI) Innsbruck: Zweck, Beziehungen zur Schweiz und zur Ombudsperson des Kantons Zürich	Seite 35–44
PROF. DR. WALTER HALLER: Der kantonalzürcherische Ombudsmann im geschichtlichen und rechtsvergleichenden Kontext	Seite 45–56
PROF. DR. TOBIAS JAAG: Die Ombudsperson des Kantons Zürich und der Bürgerbeauftragte der Europäischen Union – Gemeinsamkeiten und Unterschiede	Seite 57–74
PD DR. ISABELLE HÄNER: Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe	Seite 75–94

DR. BRUNO BAERISWYL:

Ombudsperson und Datenschutz:

Braucht es eine explizite Schweigepflicht?

Seite 95–116

PROF. DR. CYRIL HEGNAUER:

Ombudsmann und Vormundschaftsrecht

Seite 117–127

## Vorwort



Die Ombudsstelle des Kantons Zürich feiert ihr 25jähriges Bestehen. Ein solches Jubiläum bietet – nebst Freude über die gewachsene Einbettung dieser Institution in Staat und Gesellschaft des Kantons Zürich - gute Gelegenheit für ein kurzes Innehalten, mit Blick zurück auf ihre Entstehung, auf ihren heutigen Wirkungsbereich und auf künftige Entwicklungsmöglichkeiten.

*"Die Ombudsperson prüft, ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren"*: Mit diesem in § 89 Abs. 1 des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; LS 175.2) formulierten Kerngedanken hat der Gesetzgeber des Kantons Zürich für die Ombudsperson die Grundlage geschaffen, in Konfliktfällen zwischen Bürger/innen und Staat sowohl vermittelnd als auch kontrollierend einzuwirken. Schliessen sich aber Vermittlung und Kontrolle nicht gegenseitig aus? Nein! Vielmehr ergänzen sie sich, da eine solide, nachhaltige Vermittlung nur auf der Basis zuverlässig erhobener und überprüfter Daten funktionieren kann: Ein Vermittlungsvorschlag kann sich daher immer nur auf die vollständigen behördlichen Verfahrensakten und auf sorgfältige Befragung aller Beteiligten, also der Beschwerdeführer/innen ebenso wie der Verwaltung, abstützen. Die Ombudsinstiution lebt aber nicht vom Beschwerdeverfahren allein. Ihr Amtsinhaber pflegt auch regen Kontakt mit Parlament, Regierung, Vertretern von Lehre und Praxis und anderen, einerseits nationalen und internationalen, andererseits parlamentarischen und nicht-parlamentarischen Ombudsinstitutionen. Dieser allseitig ebenso kritische wie befruchtende Gedankenaustausch ist ausserordentlich wertvoll und gibt immer wieder neue Impulse für die tägliche Arbeit.

Bei der Behandlung von Beschwerden tauchen auch heute immer wieder neue, teilweise noch unbeantwortete Rechtsfragen auf. Zu vielen Themen existiert zwar reichhaltige staats- und verwaltungs-

rechtliche Literatur und Praxis; auf die Institution der Ombudsperson lässt sie sich aber, da "*Staatsorgan sui generis*", nicht ohne weiteres übertragen. Bedeutsame Fragen ergeben sich etwa als Folge der ausgesprochenen Vertrauensposition der Ombudsperson, ihrem eigentlichen, "originären Lebenselixier".

Das Jubiläum hat mich deshalb in der Idee bestärkt, unter dem Dach einer Festschrift Beiträge von namhaften Autoren aus Parlament, Regierung, Wissenschaft und Institutionen zu vereinen, die mit der Ombudsstelle funktionell bzw. thematisch verbunden sind. Entstanden sind alsdann Abhandlungen zu verschiedenen Themen, aus verschiedener Perspektive sowie mit aufschlussreichen und wertvollen Erkenntnissen: Historisches kommt ebenso zur Sprache wie der gegenwärtige Puls der Zeit in Politik und Verwaltung; Rechtsvergleichendes ebenso wie mit anderen Ombudsinstitutionen Verbindendes.

Ich danke allen Autor(in)en dieser Festschrift, die sich spontan und uneigennützig verpflichtet haben, die angeregten Aufsätze zu erarbeiten, sehr herzlich für ihre fundierte und bereichernde Arbeit. Gleichzeitig danke ich meinem Vorgänger, Dr. Adolf Wirth, und den engagierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für ihren grossen Einsatz bei der Behandlung der oftmals schwierigen Beschwerdefälle, die durch ratsuchende Bürgerinnen und Bürger an die Ombudsstelle herangetragen werden.

Insbesondere danke ich meiner Stellvertreterin, RAin lic.iur. Regine Aepli Wartmann sowie meinem derzeitigen Team – Dr. phil. et lic. iur. Helen Wormser, RA lic.iur. Simon Gerber (der diese Festschrift bestens redigiert hat), Stephanie Zöbeli und Elisabeth Behrens – für die engagierte und tatkräftige Arbeit, die wir zusammen für die Bevölkerung unseres Kantons Zürich erbringen.

Zürich, im Januar 2003

Markus Kägi

## Die Institution Ombudsperson aus der Sicht des Parlamentes

von Thomas Dähler<sup>1</sup>



Seit 25 Jahren besteht im Kanton Zürich eine in jeder Beziehung erfolgreich tätige kantonale Ombudsstelle. Ihre Rechtsgrundlage findet sich im Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG)<sup>2</sup>.

Das Gesetz weist dem Kantonsparlament (Kantonsrat) eine Anzahl Pflichten und Rechte in Bezug auf die Ombudsstelle zu. Der Kantonsrat wählt demnach die Ombudsperson und ihre Ersatzleute, er setzt ihre Besoldung fest, er bestimmt den Amtssitz und den Stellenplan der Ombudsstelle und nimmt den Jahresbericht der Ombudsperson ab.

### Unterstellung oder Angliederung?

Im Kanton Zürich ist die Ombudsperson nicht der kantonalen Verwaltung, sondern dem Parlament zugeordnet. Diese Zuordnung ist nicht eine "Unterstellung" unter das Parlament, sondern vielmehr eine administrative "Angliederung", um die Ombudsperson an eine Behörde zu binden, welche die unabhängige Amtstätigkeit der Ombudsperson sicherstellen und gegebenenfalls durchsetzen kann. Der Kantonsrat selber und seine Organe sind (ebenso wie die Kirchensynode und die Gerichte) dem Einflussbereich der Ombudsperson entzogen. Damit ist die Unabhängigkeit ihrer Tätigkeit gewährleistet. Eine ähnliche Regelung der Angliederung an das Parlament findet sich auch bei den übrigen Ombudspersonen schweizerischer Kantone und Gemeinden sowie in den meisten deutschen Bundesländern. Und auch der Ombudsmann auf europäischer Ebene (deutsch lautet die offizielle Bezeichnung "Europäischer Bürgerbeauftragter") ist an das Europäische Parlament angegliedert.

<sup>1</sup> Dipl. Ing. ETH, Präsident des Zürcher Kantonsrates 2002/2003

<sup>2</sup> LS 175.2, §§ 87 ff.

Die Beziehungen der Ombudsperson zum Parlament spielen sich im Falle des Kantons Zürichs unkompliziert ab. Zwar ist eine jährliche Kontaktaufnahme zur gegenseitigen Information – nicht über einzelne Fälle, sondern über allgemeine Feststellungen und Tendenzen – zwischen der Ombudsperson und dem Präsidium des Parlamentes institutionalisiert. Daneben ergeben sich aber in unregelmässigen Abständen Kontakte auf informeller Ebene. Sowohl der heutige Ombudsmann, als auch sein Vorgänger waren vor ihrer Wahl in dieses Amt selber Mitglieder des Parlamentes. Dieser Umstand erleichtert die gegenseitige Kontaktpflege und das gegenseitige Verständnis zwischen Parlament und Ombudsstelle erheblich.

Eine vergleichbare Stellung wie die Ombudsstelle haben im Kanton Zürich auch die Parlamentsdienste und – seit Anfangs 2001 – die Finanzkontrolle. Im Gegensatz zur Ombudsstelle und zur Finanzkontrolle sind die Parlamentsdienste dem Kantonsrat jedoch nicht "angegliedert", sondern "unterstellt"<sup>3</sup>. Vorgesetzte Stelle des Leiters der Parlamentsdienste ist eine Kommission, welche aus dem jährlich wechselnden Präsidium des Kantonsrates (Präsident/Präsidentin sowie zwei Vizepräsidenten/Vizepräsidentinnen) besteht<sup>4</sup>.

In einigen deutschen Bundesländern findet man neben den Parlamentsdiensten (Landtagsdirektionen), den Finanzkontrollen (Rechnungshöfen) und den Ombudsstellen (diverseste Bezeichnungen) auch die Datenschutzbeauftragten. Dieser vierte Dienstzweig, welcher zur effizienten Aufgabenerfüllung wie die Ombudsstelle über eine besondere Verwaltungsunabhängigkeit verfügen sollte, ist im Kanton Zürich – vorläufig noch – in die Verwaltung integriert, in der Stadt Zürich dagegen formell dem Parlament angegliedert.

### **Das Parlament als Wahlgremium**

Die Wahl der Ombudsperson obliegt im Kanton Zürich dem Kantonsrat.

<sup>3</sup> LS 171.3, Ziffer 4

<sup>4</sup> LS 171.31, § 3

Gemäss Wahlgesetz<sup>5</sup> muss die Wahl nur dann im geheimen Verfahren durchgeführt werden, wenn mehr als ein Vorschlag vorliegt. Das war sowohl bei der ersten Besetzung 1978, als auch bei der Ersatzwahl für den zurückgetretenen Ombudsmann im Jahr 1996 der Fall. Die jeweiligen Bestätigungswahlen durch den Kantonsrat alle vier Jahre (früher alle sechs Jahre) erfolgten jeweils ohne Gegenkandidaturen und damit auch ohne geheime Wahlgänge. Sowohl 1978 als auch 1996 wurde die Stelle der Ombudsperson öffentlich ausgeschrieben. In beiden Fällen ging eine grosse Zahl von Bewerbungen ein, die durch eine Kommission des Büros des Kantonsrates (heute: Geschäftsleitung) gesichtet und auf wenige Personen reduziert wurde.

Wenn Personalentscheidungen durch die Wahl in einem Parlament oder gar durch Volkswahl herbeigeführt werden, ergibt sich ein Problem, das bei der Begründung von privaten oder öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen sonst nicht auftritt: das Risiko einer allfälligen öffentlich bekannt werdenden Nichtwahl ist nicht nach jedermanns Geschmack. Diesem Umstand ist es zuzuschreiben, dass die in der letzten Runde verbleibenden Kandidatinnen und Kandidaten solcher Wahlen in der Regel erfahrene Mitglieder politischer Parteien sind, die das Risiko kennen und das Bad im eisigen Wasser einer öffentlichen Niederlage tapfer zu ertragen bereit sind.

Der erste Amtsinhaber der zürcherischen kantonalen Ombudsstelle war bei seiner Wahl Parlamentsmitglied und gehörte der CVP an<sup>6</sup>. Bei der Wahl des heute amtierenden Ombudsmanns Markus Kägi am 8. Juni 1996 brauchte es drei Wahlgänge, wobei gemäss Wahlgesetz im dritten Wahlgang nur noch das relative Mehr entscheidend war. Markus Kägi wurde mit 80 Stimmen neuer Ombudsmann. Erika Strobel kam auf 75 Stimmen<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> LS 161, §72

<sup>6</sup> siehe hernach Beitrag von Dr. ADOLF WIRTH: die parlamentarische Entstehungsgeschichte der kantonalzürcherischen Ombudsstelle.

<sup>7</sup> Einen Fotofinish hatte es bereits bei der ersten Ombudsmann-Wahl gegeben: 1978 kam Adolf Wirth ebenfalls auf 80, sein Mitbewerber Dieter Keller auf 78 Stimmen.

Neben dem damals 42jährigen SVP-Kantonsrat und Notar-Stellvertreter Markus Kägi aus Niederglatt lagen in der letzten Runde die Juristin und ehemalige Stadtzürcher CVP-Gemeinderätin Erika Strobel, der 43jährige Berufsschullehrer Thomas Büchi (Kantonsrat, Fraktion der Grünen) sowie der 51jährige Jugendanwalt Christophe Weilenmann (Mitglied der FDP) im Rennen.

Vorgängig hatte der Kantonsrat die Frage einer möglichen Teilamt-Lösung beraten und diese für die Funktion der Ombudsperson bejaht. Allerdings war unter den ernstzunehmenden Bewerbungen lediglich Thomas Büchi bereit, die Funktion der Ombudsperson zusammen mit einer allfälligen zweiten Person im Job-Sharing als Teilamt auszuüben. Wäre er damals gewählt worden, hätte der Kantonsrat für die Besetzung der zweiten Teilstelle erneut ein Bewerbungsverfahren einleiten müssen.

Dass die Wahl durch ein Parlament Bewerbungen aus dem politischen Umfeld bevorzugt, liegt auf der Hand. Man kann das zwar hinterfragen. Denn es gibt zweifellos auch ausserhalb der Parlamente und der politisch engagierten Klasse kompetente, kommunikative und vermittelnd wirkende Persönlichkeiten. Wer aber die politischen Mühlen aus eigener Anschauung kennt, findet möglicherweise leichter Zugang zu "Hohen Würdenträgern" in der staatlichen Verwaltung.

Im Hinblick auf die damals absehbare Wahl eines Nachfolgers oder einer Nachfolgerin äusserte sich Adolf Wirth in seinem Bericht an den Kantonsrat zur Frage, ob die Ombudsperson juristisch ausgebildet sein müsse<sup>8</sup>. Dabei hielt er fest, dass andere Eigenschaften mindestens ebenso wichtig seien wie ein juristischer Abschluss.

Wenn Bürgerinnen und Bürger mit der Verwaltung ein gröberes Kommunikationsproblem haben und deshalb die Ombudsstelle aufsuchen, liegt es gelegentlich auch daran, dass juristische Begriffe durch die Kunden der Verwaltung missverstanden oder in ihrer Bedeutung falsch eingeschätzt werden. Das kann zu Vorbehalten im Verkehr mit Juristinnen und Juristen führen. Wenn dann die Om-

<sup>8</sup> Tätigkeitsbericht 1994, Seite 9 f.

budsperson auch noch als "Dr. iur." in Erscheinung tritt, ist dies ihrer vermittelnden und erklärenden Tätigkeit allenfalls nicht zuträglich.

Wesentlicher als die politische Provenienz einer Ombudsperson, die juristische Ausbildung oder die langjährige Erfahrung in der staatlichen Verwaltung sind menschliches Einfühlungsvermögen, kommunikative Fähigkeiten, ein gesundes Augenmass für die Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme und nicht zuletzt ein Minimum an Volksverbundenheit. Dass ein Parlament in der Lage ist, trotz Fixierung auf die Interessen politischer Macht bei der Wahl einer Ombudsperson solche Eigenschaften zu berücksichtigen, ist die Stärke einer geheimen Wahl.

### **Berichterstattung**

§87 Abs. 3 VRG lautet: "*Die Ombudsperson erstattet dem Kantonsrat jährlich Bericht über seine Tätigkeit*"<sup>9</sup>.

Diese Berichterstattung könnte sich darauf beschränken, die personellen Aufwendungen ihrer Dienststelle und die Statistik der erledigten Fälle in ein paar trockenen Zahlenreihen niederzuschreiben. Die Ombudsperson des Kantons Zürich begnügt sich aber nicht mit dieser Formalität. Die Berichterstattung erfolgt vielmehr durch die Abfassung eines Tätigkeitsberichts<sup>10</sup>, in welchem neben den formalen Angaben eine ganze Reihe von dafür geeigneten Fällen unter Beachtung des Persönlichkeitsschutzes erläutert werden. Die Ombudsperson leitet diesen Bericht in der Regel im Juni oder Juli des Folgejahres dem Kantonsrat zu und stellt ihn gleichzeitig an einer Pressekonferenz vor. Diese Pressekonferenz ist eine gute

<sup>9</sup> § 87 Abs. 3 VRG; tatsächlicher Wortlaut des Gesetzes (bei den Änderung des Personalrechts am 08.06.1998 wurde der Begriff *Ombudsmann* im ganzen VRG in Ombudsperson geändert; die übrigen damit verbundenen grammatikalischen Anpassungen wurden jedoch leider unterlassen; KR-Protokoll Nr. 167/1995-99, Seite 12333).

<sup>10</sup> Prof. WALTER HALLER analysiert in seinem Beitrag "Der kantonalzürcherische Ombudsmann im geschichtlichen und rechtsvergleichenden Kontext" in dieser Festschrift den Inhalt und den Umfang der Tätigkeitsberichte zürcherischer Ombudspersonen.

Gelegenheit, für das Produkt "Ombudsstelle" Werbung zu machen. Eine hilfreiche Institution, von deren Existenz niemand weiss, nützt gar nichts, auch wenn sie qualitativ noch so gute und kompetente Arbeit leistet.

Daneben greift die Ombudsperson in ihrem Bericht an das Parlament jeweils auch noch ein Schwerpunktthema auf, welches sich aus der Entwicklung der Fälle ergibt. Im Bericht über das Jahr 2000 waren dies beispielsweise die Belastungen des Arbeitsklimas, welche private Beziehungen am Arbeitsplatz nach sich ziehen können, insbesondere, wenn sich solche Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Unterstellten ergeben<sup>11</sup>. Ein anderes brisantes Schwerpunktthema waren beispielsweise die Fragen, die sich im Zusammenhang mit Privatisierungen stellen: nach welchen Kriterien darf die Ombudsstelle bei privaten Firmen intervenieren, wenn diese als ehemalige Verwaltungsabteilungen ausgegliedert wurden und ihre Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht regeln.

Im Kanton Zürich prüft die Geschäftsleitung des Kantonsrates den Bericht der Ombudsperson und beantragt dem Parlament dessen Abnahme. Bei dieser Gelegenheit findet auch der jährliche institutionalisierte Kontakt zwischen dem Präsidium des Kantonsrates und der Ombudsperson statt. Die Berichterstattung über die Prüfung des Tätigkeitsberichts vor dem Kantonsrat überträgt die Geschäftsleitung in der Regel dem zweiten Vizepräsidenten oder der zweiten Vizepräsidentin.

Bei der Beratung des Tätigkeitsberichtes im Kantonsrat ist die Ombudsperson im Ratsaal anwesend und beantwortet allfällige an sie gestellte Fragen. Einzelne Fälle, auch wenn diese im Tätigkeitsbericht erläutert werden, kommen im öffentlich tagenden Parlament aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes in der Regel nicht zur Sprache. Dagegen wird gelegentlich auf das im Tätigkeitsbericht erläuterte Schwerpunktthema eingegangen.

Lange und ausufernde Debatten ziehen die Tätigkeitsberichte der Ombudsstellen in den Parlamenten von Brüssel über Zürich bis

<sup>11</sup> KR-Protokoll Nr. 117/1999-2003, Seite 9788

nach Winterthur in der Regel nicht nach sich. Das heisst aber nicht, dass die Ombudsstelle für das Parlament eine unwichtige Angelegenheit wäre. Gerade wenn die Ombudsstellen ihre wichtige Tätigkeit ohne grössere Probleme erfüllen können, gibt diese zu keinen grösseren Diskussionen in den Parlamenten Anlass.

### **Rechtsgrundlage der Ombudsstelle**

Die derzeitige Rechtsgrundlage für die zürcherische Ombudsstelle besteht aus einigen Paragraphen, welche in das Verwaltungsrechtspflegegesetz eingefügt wurden. Für eine von der Verwaltung unabhängige Institution, auch wenn sie personell schwach dotiert ist, scheint das vielleicht etwas dürftig.

Grundsätzlich ist die Bedeutung einer Amtsstelle aber nicht davon abhängig, ob ihre Rechtsgrundlage in der Verfassung, in einem Gesetz oder gar nur in einem einfachen Beschluss des Parlamentes besteht, wie beispielsweise diejenige der kantonalen Parlamentsdienste<sup>12</sup>. Ebenso wenig ist die Arbeitsqualität eines Zahnarztes daran messbar, ob sein Diplom im Wartezimmer in einem vergoldeten Rahmen oder in einem Wechselrahmen aus dem Warenhaus hängt. Der Verfassungsrat des Kantons Zürich, welcher bis Mitte 2005 dem Volk eine neue Verfassung zur Abstimmung vorlegen soll, beabsichtigt im jetzigen Stand der Beratungen<sup>13</sup>, der Ombudsstelle folgende Verfassungsgrundlage zu geben: *"Die kantonale Ombudsperson ist von der Verwaltung unabhängig und vermittelt zwischen Privatpersonen und Verwaltungsorganen oder Privaten, die kantonale öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Ombudsperson wird auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt."*

Eine solche Verfassungsgrundlage wäre zu begrüssen, weil sie die Verwaltungsunabhängigkeit der Ombudsperson nach aussen dokumentiert. Zudem würde sie die Öffentlichkeitsarbeit der Ombudsperson erleichtern, weil bereits im Staatskundeunterricht an

<sup>12</sup> LS 171.3

<sup>13</sup> anfangs 2003. Aktueller Stand siehe hierzu [www.verfassungsrat.zh.ch](http://www.verfassungsrat.zh.ch)

Berufs- und Mittelschulen auf die Institution der Ombudsstelle aufmerksam gemacht wird. Mindestens dort, wo die neue Verfassung des Kantons als Lehrmittel zum Einsatz kommt.

### **Aufgabenabgrenzung zwischen Ombudsstelle und Parlament**

Die Institution der Ombudsstelle lässt sich nicht richtig in das klassische Modell der Gewaltenteilung einordnen. Sie ist keine vierte Gewalt, auch wenn sie (wie die Medien, die Landeskirchen oder die politischen Parteien) eine staatspolitisch bedeutsame Aufgabe wahrnimmt. Sie verfügt aber wie die Aufsichtsorgane des Parlamentes über volles Akteneinsichtsrecht bei der Exekutive. Unabhängigkeit und hierarchische Stellung entsprechen dagegen eher derjenigen der obersten kantonalen Gerichte.

Prof. Walter Haller stellte 1982 die These auf, dass die Ombudsperson nicht nur eine Vermittlerrolle zwischen Privatpersonen und der Verwaltung ausübe, sondern auch als Teil der Verwaltungskontrolle die herkömmliche hierarchische Aufsicht der Parlamentsorgane über die Verwaltung ergänze<sup>14</sup>.

Dass die Stärkung der parlamentarischen Verwaltungskontrolle über Regierung und Verwaltung ein wesentliches Motiv für die erstmalige Einführung der Ombudsmann-Einrichtung in Schweden im Jahr 1809 gewesen ist, mag sein und damals wohl auch seine Richtigkeit gehabt haben. Weder im zürcherischen Verwaltungsrechtspflegegesetz, der Rechtsgrundlage für die Ombudsperson, noch im Kantonsratsgesetz<sup>15</sup>, welches die Modalitäten der parlamentarischen Aufsicht regelt, lässt sich aber ein Hinweis darauf finden, dass der Gesetzgeber die Ombudsperson als Ergänzung der parlamentarischen Aufsicht über die Verwaltung eingesetzt hätte. Zwar lautet § 89 VRG "*Die Ombudsperson prüft, ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren.*" Das kann aber nicht als Auftrag zur Ergänzung der parlamentarischen Verwaltungskontrolle verstan-

<sup>14</sup> WALTER HALLER: Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel 1982

<sup>15</sup> LS 171.1 § 34a. bis § 34 n.

den werden, da die Ombudsperson nur auf Beschwerde einer an der Überprüfung rechtlich oder tatsächlich interessierten Person hin (oder auch von sich aus) tätig werden kann, nicht aber auf Antrag oder gar auf Weisung der mit der Oberaufsicht betrauten Organe des Parlamentes.

Mindestens aus der Sicht des Parlamentes liegt die Hauptfunktion der Ombudsperson zürcherischer Prägung vielmehr in der Gewährung von Rechts- und Interessenschutz des Individuums gegenüber dem Staat, als in der Unterstützung des Parlamentes bei dessen Kontrolle über die Verwaltung<sup>16</sup>.

Auch wenn die Wahl der Ombudsperson durch das Parlament und ihre Berichterstattungspflicht an die Legislative zweifellos die Stellung der Ombudsperson gegenüber der Verwaltung stärken, darf durch die Handlungen der Ombudsperson nicht der Eindruck entstehen, dass diese dem Parlament vorbehaltene Kontrollfunktionen wahrnehme. Die Verwaltung muss sich über die Rolle der Ombudsstelle (auch über die Grenzen ihrer Einflussnahme) im Klaren sein. Nur so kann die Ombudsperson sowohl gegenüber dem rechtsuchenden Individuum, als auch gegenüber der Verwaltung die vermittelnde Rolle als Freund und Helfer glaubwürdig wahrnehmen.

### **Ausblick**

Zu prüfen wäre – vielleicht gar im Zuge der laufenden Revision der Kantonsverfassung – eine subsidiäre Zuständigkeit der kantonalen Ombudsperson auch für kommunale Verwaltungen, soweit diese nicht über eigene entsprechende Instrumente verfügen. Bekanntlich spielen sich die weitaus meisten Kontakte zwischen der Bevölkerung und dem Staat auf der kommunalen Ebene ab. Dort hat man zwar eher Zugang zu den politisch Verantwortlichen, wenn sich im Kontakt mit der Verwaltung Probleme ergeben.

<sup>16</sup> ALFRED KÖLZ / JÜRIG BOSSHARD / MARTIN RÖHL: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Seite 856

Andererseits ist die Trennung der Staatsgewalten in kleinräumigen Verhältnissen vielfach nicht streng durchführbar und wenn der Gemeindepräsident mit dem Gemeindegliedern eng befreundet ist, kann ein als "renitent" abqualifizierter Bürger ohne unabhängige Beratung von aussen schnell hilflos werden.

Im Kanton Zürich ist die Ombudsstelle nach 25-jährigem Bestehen nicht mehr wegzudenken. Sie hat in vielen Fällen Konflikte an der Schnittstelle zwischen Bürgerinnen und Bürgern und dem Staat entschärft und dabei entscheidend mitgeholfen, Prozesse und Kommunikationsformen zu verbessern oder mindestens zu optimieren.

Die Ombudsstelle hat keine "Alibifunktion", sondern wirkt als vertrauensbildende und vertrauensfördernde Anlaufstelle zwischen den Individuen und dem Staatsapparat. Die bescheidene personelle Ausgestaltung der zürcherischen Ombudsstelle darf nicht über die Wirkung hinwegtäuschen, die sie allein durch ihre Existenz, ihren Eintrag im Telefonbuch und ihre übrigen Kommunikationskanäle entfaltet: die Bevölkerung weiss, dass sie im Konfliktfall gegenüber der Verwaltung nicht allein gelassen ist und die Verwaltung weiss, dass die Ombudsperson keine Probleme verursacht, sondern allenfalls solche lösen helfen kann.

Für den Kanton Zürich ist die strukturell optimal ausgestaltete Ombudsstelle ein Gewinn. Die Anbindung dieser Stelle an das Präsidium des Parlamentes ist die denkbar beste Lösung und durchaus als Vorbild für analoge Strukturen in anderen Staatsgebilden geeignet.

## Der Ombudsmann als Helfer und Seismograph

von Prof. Dr. Ernst Buschor<sup>1</sup>



### Der Ombudsmann als zunehmend gefragte Zürcher Institution

Die Institution des Ombudsmann im Kanton Zürich feiert ihr 25-jähriges Bestehen. Dies ist ein Anlass, um über die Entwicklung der 1978 eingerichteten Ombudsstelle aus der Sicht der Regierung einige Überlegungen anzubringen. Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat in der Schweiz relativ spät und nur zögernd Fuss gefasst. Die Stadt Zürich hat als Schweizer Pionierin 1971 einen Ombudsmann eingesetzt. Der kantonale Zürcher Ombudsmann war 1978 der Zweite seiner Art in der Schweiz. Bis heute gibt es in der Schweiz sechs parlamentarische Ombudsstellen. Das Konzept einer Bundesombudsstelle ruht seit Jahren in den Schubladen. Die Institution des Ombudsmanns stammt aus dem europäischen Norden. Sie versteht sich als Bürgerbeauftragter. Der Ombudsmann soll dafür sorgen, dass das Recht eingehalten wird, wobei er in einem bürgerfreundlichen Verfahren Betroffene beraten und ihnen im Umgang mit Verwaltungsstellen unbürokratisch helfen soll. Er entschärft und vermeidet damit Konflikte zwischen den Betroffenen und der Verwaltung. Mit seinen Jahresberichten wirkt er in dem Sinne präventiv in der Verwaltung, als er typische Fehlleistungen des Verwaltungshandelns darstellt. Seine Berichte sind daher auch als ein Frühwarnsystem oder Seismograph für das Verwaltungshandeln zu verstehen. Zu diesem Zweck findet auch jährlich eine Aussprache des Regierungsrates mit dem Ombudsmann statt. Im folgenden sollen wesentliche Entwicklungsmerkmale dargestellt werden, welche die Jahresberichte des Ombudsmanns prägen.

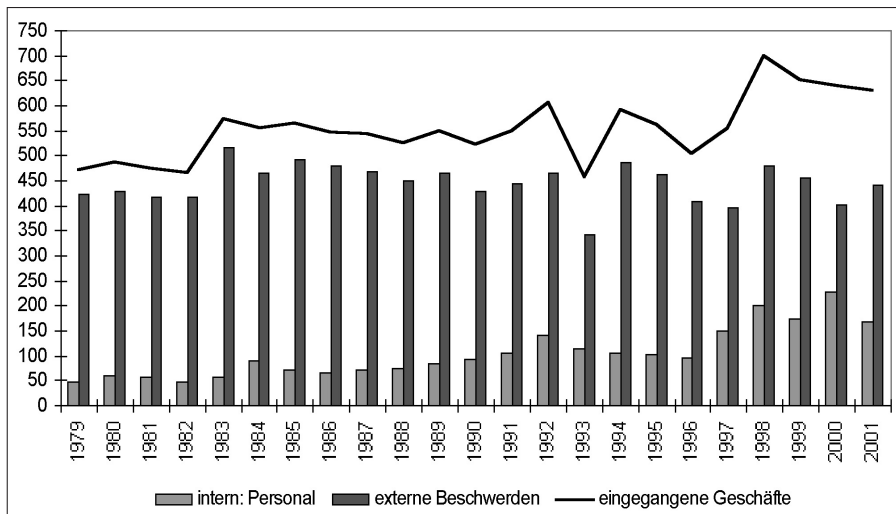
Dem Ombudsmann kommt als Mittler zwischen Bürger und Verwaltung grosse Bedeutung zu. Neben den Rekurs- und Gerichts-

<sup>1</sup> Regierungspräsident des Kantons Zürich 2002/2003

instanzen haben in ihm die Verwaltungen einen weiteren starken Vertreter der Anliegen von Bürgerinnen und Bürgern erhalten. Streitfälle finden so eine neutrale Vermittlung.

Zu den klassischen und immer wiederkehrenden Beschwerdefällen zwischen den Bürgerinnen und Bürgern und der Verwaltung gehören Steuereinschätzungsentscheide, Baubewilligungen und Personalentscheide. Neben den "klassischen" Fällen gibt es auch Beschwerden, die Zeitphänomene illustrieren. So waren in den Jahren 1990 bis 1993 Beschwerden betreffend der Staatsschutzakten sehr zahlreich. Dies ist auf die Fichenaffäre zurückzuführen.

Seit Beginn vor 25 Jahren gab es mit einigen Ausnahmejahren eine kontinuierliche leichte Zunahme der Beschwerden. Gestartet ist die Ombudsstelle im ersten Volljahr 1979 mit rund 470 Beschwerden. 1989 waren es bereits rund 550 Beschwerden und 1999 rund 650. Dies entspricht einer Zunahme von 18% alle 10 Jahre und somit einer im Trend konstanten leichten jährlichen Zunahme.



Bei dieser regelmässigen Zunahme von Beschwerdefällen fällt allerdings auf, dass gleichzeitig eine starke Zunahme von Beschwerden des Verwaltungspersonals stattfindet. Machten die Beschwerden von innerhalb der Verwaltung 1979 rund 10% aus, so sind sie auf über 25% aller Beschwerdefälle im Jahre 2001 angestiegen.

Die Beschwerden aus der Bevölkerung nehmen seit 1994 leicht ab. Für die Zunahme der Fälle verantwortlich sind die internen Beschwerden. Die starke Zunahme der Beschwerden des Staatspersonals kann auf verschiedene – sich gegenseitig unterstützende Gründe – zurückgeführt werden. Mit der Abschwächung der Konjunktur hat sich ab Mitte der 90er Jahre der Spardruck auf die Verwaltung erhöht. Dies hat sich auf die Situation des Personals ausgewirkt:

Die zunehmenden Beschwerdefälle von Verwaltungspersonal deuten auf den vermehrten Druck innerhalb der Verwaltung hin. Die leichte Abnahme bei den externen Beschwerden ist bemerkenswert. Trotz der Tendenz zu einer kritischeren Haltung der Bürger gegenüber der Verwaltung in den letzten Jahrzehnten, sind die externen Beschwerden stagniert bis gesunken. Dies deutet darauf hin, dass sich das Verhältnis zwischen Verwaltung und Bürgerinnen und Bürgern verbessert hat. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass die Tätigkeit des Ombudsmanns das Handeln der Verwaltungsstellen günstig beeinflusst und mit der Verwaltungsreform *wif!* die Bürgerfreundlichkeit gesteigert worden ist.

### **Die Entwicklung des Selbstverständnisses des Zürcher Ombudsmanns**

Interessant ist die Entwicklung des Selbstverständnisses und der Schwerpunkte des jeweiligen Ombudsmanns. In seinem sechsten Tätigkeitsbericht weist der Ombudsmann Dr. A. Wirth auf die wachsende kritische Einstellung der Ratsuchenden hin, die "Auskünfte und Entscheide von Verwaltungsstellen nicht einfach kommentarlos entgegennehmen und von den staatlichen Organen ein faires, ihren spezifischen persönlichen Verhältnissen angepasstes Verhalten und auch ein entsprechendes Benehmen erwarten"<sup>2</sup>. Eine erfreuliche Folge sei, dass oft Änderungen der rechtlichen Grundlagen oder Weisungen aus eigenem Antrieb beschlossen würden und der Ombudsmann "oft Wegbereiter für solche Änderungen" sei<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1986 S. 11

<sup>3</sup> a.a.O. S. 12

Schon früh wies der Ombudsmann auf den wachsenden Anteil der Beschwerden des Verwaltungspersonals hin. Er führt dazu aus<sup>4</sup>: "Die Gründe, die zu dieser Zunahme geführt haben, liegen ... in der deutlich härteren Gangart im Personalbereich. Die verstärkten Bestrebungen zur Plafonierung des Personalbestandes führen dazu, dass vor allem bei den Angestellten vermehrt zu Kündigungen gegriffen wird." Im Jahresbericht 1992 weist der Ombudsmann aber auch auf die positive Seite von Sparprogrammen hin, die eine "Entbürokratisierung der Verwaltung" fördern können<sup>5</sup>.

In seinem Tätigkeitsbericht 1988 führt der Ombudsmann zur wachsenden Zahl verwaltungsexterner Beschwerden und Hilfsgesuche aus, dass der Staat "mit seinen zahlreichen Gesetzen, Verordnungen und Weisungen, das heisst mit unzähligen Vorschriften verschiedenster Art allgegenwärtig ist. Der Bürger ist verunsichert und steht seinem Staat mehr und mehr kritisch gegenüber"<sup>6</sup>. (vgl. FN2) Auch im folgenden Jahresbericht befasst sich der Ombudsmann mit dieser Problematik. Er weist auf die zunehmende "Staatsverdrossenheit" und wachsende Distanz zum Staat hin<sup>7</sup>.

In den Jahresberichten 1993 und 1996 äusserst sich der damals scheidende Ombudsmann Dr. A. Wirth zu den Anforderungen an einen Ombudsmann. Er hält 10 Grundsätze fest<sup>8</sup>:

- Jeden Menschen ernst nehmen und korrekt handeln
- Die Anliegen offen und vorurteilslos anhören
- Speditiv nach einer sachgemässen und fairen Lösung suchen
- Die Betroffenen über den Ablauf und den voraussichtlichen zeitlichen Abschluss eines Verfahrens orientieren
- Grosszügige Ansetzung von Fristen und Terminen
- Bürgernahe Regelungen, einfache Sprache, kein Amtsdeutsch
- Fehler zugeben, beheben und künftig vermeiden

<sup>4</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1984 S. 10

<sup>5</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1992 S. 8 ff

<sup>6</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1988 S. 10

<sup>7</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1989 S. 8 ff

<sup>8</sup> Vgl. Tätigkeitsberichte 1993 S. 10 ff und 1996 12 ff

- Kritik und schwierige Situationen gelassen ertragen
- Kritische Leute nicht als Querulanten betrachten
- Hartes Durchgreifen gegen jede Art von Korruption.

Während der erste Ombudsmann, Dr. A. Wirth, noch stark darauf bedacht war, das Profil und die Vorteile der neuen Institution zu unterstreichen, hat sein Nachfolger M. Kägi im Tätigkeitsbericht die thematische Ausrichtung verstärkt. Im Jahresbericht 1997 widmete er breite Ausführungen dem Thema des Mobbings in der Verwaltung. Er umschreibt die Formen und unterstreicht die Möglichkeiten der Prävention und Bewältigung solcher Probleme<sup>9</sup>. Im Tätigkeitsbericht 1998 befasst er sich mit dem Problem der Verwaltungsmacht und verweist auf Gefahren falsch verstandener Beamten-solidarität und der Verschleppung unangenehmer Fälle. Er verweist auf die vielfältigen Formen der Machtkontrolle durch Gerichte, aber auch der Verwaltungsaufsicht durch das Parlament und die vorgesetzten Behörden<sup>10</sup>. Im Tätigkeitsbericht 2000 behandelt er in ähnlicher Weise das Problem des "Eros an der Arbeit" und drückt mit Recht seine Verärgerung darüber aus, dass nach den Rückmeldungen Vorgesetzte unverholen negative Sanktionen und starke Missbilligungen androhen, wenn man zum Ombudsmann gehe<sup>11</sup>. Im neusten Tätigkeitsbericht befasst sich der Ombudsmann mit den "Feindbildern", die in wachsendem Masse das Verwaltungshandeln und die Zusammenarbeit erschweren<sup>12</sup>.

### **Wandel und Konstanten einer neuen, bewährten Institution**

Aus diesem kurzen Überblick wird deutlich, dass sich der allgemeine Teil der Berichtserstattung des Ombudsmanns, nach einer Phase der Festigung des Verständnisses für die neue Institution, in wachsendem Masse auf Hinweise zu aktuellen Problemfeldern der

<sup>9</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1997 S. 6 ff

<sup>10</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 1998 S. 6 ff

<sup>11</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht S. 6 ff

<sup>12</sup> Vgl. Tätigkeitsbericht 2001 S. 7 f

Verwaltung und entsprechenden Lösungsansätzen verlagert hat. Er ist damit nicht nur Helfer beim problemhaften Umgang mit Verwaltungsstellen sondern in wachsendem Masse auch Seismograph für kritische Entwicklungen, die hoher Aufmerksamkeit bedürfen. Diese Dimension der Tätigkeit steht in der Regel auch im Mittelpunkt des jährlichen Gesprächs des Regierungsrates mit dem Ombudsmann.

Die zuweilen auch bohrenden Fragen des Ombudsmanns mögen Regierung und Verwaltung manchmal lästig erscheinen, vor allem in einer Zeit wachsenden Arbeitsdrucks bei gleichzeitig kritischerer Haltung gegenüber Verwaltungsstellen. Die wachsende Beanspruchung dieser Institution ist einerseits die Frucht des neu aufgebauten Vertrauens in den Ombudsmann und andererseits ein Warnzeichen neuer Felder des Problemdrucks, denen sich eine bürgerfreundliche Verwaltung stellen muss. Es ist ein Weg der Problemlösung, der nicht gleich in den wachsend problematischen "Richterstaat" führt. Die neue Institution hat sich bewährt und entwickelt. Dazu gratuliere ich namens des Regierungsrates und wünsche den Ombudsmännern weiterhin eine glückliche Hand im Umgang mit Betroffenen, Behörden und Verwaltungen sowie ein hohes "seismografisches Sensorium" im Dienste aller.

# Die parlamentarische Entstehungsgeschichte der kantonalzürcherischen Ombudsstelle

von Dr. Adolf Wirth<sup>1</sup>



## Motion

Am 11. November 1968 wurde der Regierungsrat mit der Motion Nr.1306 eingeladen zu prüfen, "ob nicht im Kanton Zürich zur weiteren Verstärkung des Rechtsstaates eine Institution, ähnlich dem skandinavischen Ombudsmann, zu schaffen sei". Motionär war Kantonsrat Dr. Rudolf Friedrich, Winterthur (der spätere Bundesrat).

## Antrag des Regierungsrates

Im Jahre 1971 hat die Stadt Zürich mit der neuen Gemeindeordnung einen "Beauftragten für Beschwerdesachen" eingesetzt, den ersten parlamentarischen Ombudsmann in der Schweiz.

Nachdem die ersten Erfahrungen in der Stadt Zürich vorlagen, holte im Herbst 1972 der Regierungsrat Stellungnahmen ein beim Stadtrat von Zürich, beim Beauftragten für Beschwerdesachen der Stadt Zürich, beim Verwaltungsgericht, beim Obergericht, beim Kassationsgericht, sowie beim Verein Zürcherischer Rechtsanwälte. Die Vernehmlassungen gingen 1973, der eingehende Bericht des Beauftragten in Beschwerdesachen im Mai 1974, ein.

Am 9. Juni 1976 unterbreitete der Regierungsrat dem Kantonsrat den Antrag Nr. 2109 zur Schaffung der Institution Ombudsmann (Gesetz über die Änderung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Wahlgesetzes, kantonaler Ombudsmann). Federführend war die Direktion des Innern mit Regierungsrat Dr. A. Bachmann und Direktionssekretär Dr. H. Hug.

<sup>1</sup> Präsident der parlamentarischen Ombudskommission und anschliessend erster Ombudsmann des Kantons Zürich

## **Vorberatende Kommission**

Der Kantonsrat bestellte am 26. August 1976 eine vorberatende 15-er Kommission. Diese bestand aus folgenden Mitgliedern: Dr. A. Wirth, Richterswil (Präsident), G. Derrer, Niederhasli, Dr. W. Diggelmann, Zürich, M. Düнки, Oberrieden, Dr. R. Friederich, Winterthur, Dr. H. Häberling, Kilchberg, H. Hauser, Zürich, H. Müller, Zürich, W. Peter, Dinhard, F. Schumacher, Zürich, F. Signer, Zürich, W. Walker, Zürich, H. Weber, Dietikon, M. Weber, Zürich, A. Weidmann, Bassersdorf; Sekretär: E. Rüfenacht, Hausen a.A. Diese kantonsrätliche Kommission behandelte die Vorlage an sieben Sitzungen.

Die 1. Sitzung war – nach der Vorstellung der Vorlage durch Regierungsrat Dr. A. Bachmann – ausschliesslich Eintretensdebatte. Die Kommission beschloss einstimmig auf die Vorlage einzutreten. Für die 2. Sitzung lud die Kommission den Beauftragten für Beschwerdesachen der Stadt Zürich ein. Dabei ergab sich mit Dr. J. Vontobel eine sehr aufschlussreiche und fruchtbare Aussprache.

In der Detailberatung wurde die regierungsrätliche Vorlage an fünf weiteren Sitzungen in vielen Punkten geändert. Aus dem fremdländischen Begriff "Ombudsman" wurde ein "Ombudsmann". Die Amtsdauer wurde von 4 Jahren, analog den Gerichten, auf 6 Jahre erweitert. Die Kompetenz der Besoldungsordnung wurde nicht der Regierung, sondern dem Kantonsrat zugeordnet. Das gleiche gilt für den Amtssitz und den Stellenplan für das Personal des Ombudsmanns. Gemäss diesem Stellenplan bestellt der Ombudsmann selbständig seine Kanzlei. Eingeengt wurde der mögliche Einsatz von Ersatzleuten. Diese amten nur, wenn der Ombudsmann seine Obliegenheiten nicht rechtzeitig erfüllen kann.

Umstritten war innerhalb der Kommission die Frage, ob sich die Überprüfungsbefugnis des Ombudsmanns auch auf die selbständigen kantonalen Anstalten erstrecken sollte. Daraus folgte ein Minderheitsantrag aus der Kommission an den Kantonsrat. Leider

wurde in der vorberatenden Kommission wie später auch im Kantonsrat übersehen, dass es neben ZKB und EKZ noch eine dritte selbständige Anstalt gibt: die Sozialversicherungsanstalt. Eine weitere Minderheit wollte für den Ombudsmann auch die Zuständigkeit für die kommunalen Bereiche.

Neu ins Gesetz wurde von der Kommission die Kompetenz des Ombudsmanns "von sich aus tätig zu werden" aufgenommen. Diese zusätzliche Kompetenz erwies sich später auch im Kantonsrat als umstrittenster Teil der gesamten Vorlage. Ausgeweitet wurde im übrigen die Überprüfungscompetenz des Ombudsmanns bei Rechtsmittelverfahren, wo er nun auch bei Rechtsverweigerungen, Rechtsverzögerungen und bei anderen Verletzungen von Amtspflichten zuständig ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vorberatende Kommission die Institution Ombudsmann aus dem Kompetenzbereich des Regierungsrates weitgehend herausgelöst und dem Kantonsrat zugeordnet hat. Damit sollte die unabhängige Stellung des Ombudsmanns innerhalb des Kantons Zürich ausgebaut und gestärkt werden. Im weiteren hat die vorberatende Kommission die Kompetenzen des Ombudsmanns in mehreren Punkten erweitert.

Weitgehend unverändert wurde von der Kommission die regierungsrätliche Vorlage betreffend Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Wahlgesetzes übernommen. Unbestritten war dabei auch die Unvereinbarkeit mit einem weiteren Amt des Ombudsmanns in Kanton, Bezirk und Gemeinde. Der Ersatzmann wurde jedoch von der Kommission von dieser Unvereinbarkeitsklausel ausgenommen.

In der Schlussabstimmung beschloss die Kommission mit 10 gegen 2 Stimmen Zustimmung zur bereinigten Vorlage. Dieser Antrag wurde von der Kommission am 19. April 1977 als Geschäft Nr. 2109a dem Kantonsrat überwiesen.

## **Kantonsrat 1. Lesung**

Am 23. Mai 1977 folgte die 1. Lesung der Vorlage im Kantonsrat. Nach einer relativ umfangreichen Eintretensdebatte beschloss der Kantonsrat mit 122 zu 16 Stimmen Eintreten auf die Vorlage.

In der Detailberatung waren vor allem die folgenden Punkte umstritten:

- Der Minderheitsantrag aus der vorberatenden Kommission, dass auch die selbständigen kantonalen Anstalten (EKZ und ZKB) in die Überprüfungsbefugnis des Ombudsmanns einzubeziehen seien wurde mit 74 zu 52 Stimmen abgelehnt.
- Ebenfalls abgelehnt wurde mit 102 zu 18 Stimmen der Einbezug der Gemeinden.
- Die von der vorberatenden Kommission neu in die Vorlage aufgenommene Befugnis, dass der Ombudsmann von sich aus tätig werden könne, wurde mit einem Minderheitsantrag aus der Kommission und durch den Regierungsrat bekämpft. Den diesbezüglichen Streichungsantrag lehnte der Kantonsrat recht knapp mit 64 gegen 61 Stimmen ab.

Damit war das Gesetz in 1. Lesung durchberaten, und es wurde an die Redaktionskommission zur Behandlung weiter geleitet.

Die Vorlage passierte am 2. Juni 1977 bei der Redaktionskommission.

## **Kantonsrat 2. Lesung**

Nachdem sich der Kantonsrat in der 1. Lesung nur sehr knapp für die Kompetenz des "Selbständig-Tätigwerden" des Ombudsmanns ausgesprochen hatte, befürchtete die vorberatende Kommission grosse Opposition gegen die gesamte Vorlage. An einer zusätzlichen Sitzung vom 6. Juni 1977 beauftragte sie den Kommissionspräsidenten bei der 2. Lesung zu beantragen, dass bei § 91 Abs. 2 VRG das Wort "ausnahmsweise" einzufügen sei (Er kann ausnahmsweise auch von sich aus tätig werden).

Am 13. Juni 1977 folgte die 2. Lesung der Ombudsmann-Vorlage im Kantonsrat. Umstritten war hier noch § 91 Abs. 2 (Kompetenz

zum "von sich aus tätig werden"). Die vorberatende Kommission beantragte das Wort "ausnahmsweise" einzufügen. Die SVP-Fraktion verlangte die ganze Streichung dieses Absatzes.

Mit 73 zu 61 Stimmen beschloss der Kantonsrat das Wort "ausnahmsweise" nicht aufzunehmen. Der Antrag auf Streichung des 2. Absatzes von § 91 unterlag mit 84 zu 68 Stimmen.

In der Schlussabstimmung wurde der gesamten Gesetzesvorlage mit 108 zu 39 Stimmen zugestimmt.

### **Volksabstimmung**

Am 25. September 1977 wurde die Frage der Gesetzesänderung zur Schaffung der Institution eines kantonalen Ombudsmanns der Volksabstimmung unterbreitet. Nachdem das Gesetz schon im Kantonsrat teilweise umstritten war, beschloss die SVP für die Volksabstimmung die Nein-Parole und bekämpfte die Vorlage.

Mit dem Abstimmungsergebnis von 234'268 Ja und 85'666 Nein konnte eine überraschend deutliche Zustimmung erzielt werden. Das Ergebnis durfte als Hoffnung und als eindeutiger Vertrauensbeweis der Bevölkerung in die neue Institution gewertet werden. Mit diesem sehr positiven Abstimmungsergebnis wurde auch eine gute Basis gelegt für einen erfolgreichen Start dieser neuen Institution.

### **Ombudsmann-Verordnung des Kantonsrates**

Mit Beschluss vom 30. Januar 1978 ordnete der Kantonsrat seine diesbezüglichen Obliegenheiten. Als Amtssitz wurde Zürich bestimmt. Es wurde bestimmt, dass nur ein Ersatzmann zu wählen sei. Als Stellenplan für das Kanzleipersonal wurden 1,5 Sekretariatsstellen bewilligt. Im weiteren wurde die Besoldung für den Ombudsmann geregelt. Dabei wurde ein Ansatz zwischen Ober- und Verwaltungsrichtern einerseits und den obersten Besoldungen der Verwaltung gewählt. Die Vertretung des Kantons Zürich erfolgt durch das Büro des Kantonsrates.

## **Erste Wahl des Ombudsmanns**

Das Büro des Kantonsrates bestellte am 27.10.1977 eine Subkommission für die Vorbereitung der Wahl eines Ombudsmanns. Am 3. und 7. 2.1978 erfolgte die Ausschreibung der Stelle im Amtsblatt, in der Neuen Zürcher Zeitung, im Tages-Anzeiger, in den Neuen Zürcher Nachrichten und im Volksrecht. Anmeldeschluss war der 28.2.1978. Es gingen 48 Bewerbungen für den Ombudsmann und 16 Bewerbungen für den Stellvertreter ein. 10 Bewerbungen wurden in die engere Wahl einbezogen und mit den Bewerbern wurden Gespräche geführt, soweit diese nicht schon als bisherige Kantonsräte dem Büro des Kantonsrates bekannt waren. Für die Wahl des Ombudsmanns vom 5. Juni 1978 wurden dem Kantonsrat von seinem Büro fünf Vorschläge unterbreitet.

Bei der Wahl waren 3 Wahlgänge notwendig. Der 3. Wahlgang ergab folgendes Resultat: Von 163 eingegangenen Stimmzetteln waren 159 gültig. Stimmen erhielten: Dr. Adolf Wirth 80, Dr. Dieter Keller 78, Dr. Heinz Blass 1. Mit einem sehr knappen Resultat wurde somit Adolf Wirth, Dr. Ing. agr. ETH Richterswil, gewählt.

Als nebenamtlicher Stellvertreter des Ombudsmanns wählte am 26. Juni 1978 der Kantonsrat Ullin Streiff, Dr. iur. Wetzikon. Dieser amtete bis Ende Juni 1995. Als Nachfolgerin wählte der Kantonsrat Regine Aeppli Wartmann, lic.iur. Zürich.

An seiner Sitzung vom 28. Juni 1978 setzte der Regierungsrat die noch nicht in Kraft getretenen Bestimmungen der Gesetzesänderung auf den 1. September 1978 in Kraft.

## **Erste Eindrücke und Erfahrungen**

Der Ombudsmann trat sein Amt am 1. September 1978 an.

Die Bevölkerung des Kantons Zürich hat nicht nur in der Volksabstimmung zur Einführung der Institution Ombudsmann ihre Hoffnung und ihr Wohlwollen in diese neue Institution manifestiert, auch die ersten Kontakte mit Beschwerdeführern und Hilfesuchenden zeigten, dass die Bevölkerung dem Ombudsmann ein

grosses Mass an Vertrauen entgegen bringt. Dabei spielten die guten Erfahrungen mit dieser Institution in der Stadt Zürich eine wesentliche Rolle. Sowohl die Anzahl als auch der Inhalt der Beschwerden zeigten bald, dass die Schaffung dieser Institution einem echten Bedürfnis entsprach.

Die Schaffung der gesetzlich verankerten Überprüfungsbefugnis des Ombudsmanns wurde von den Behörden und der Verwaltung gut aufgenommen. Im Grossen und Ganzen durfte der Ombudsmann eine recht positive Haltung gegenüber dieser neuen Institution feststellen. Selten gab der direkte Verkehr mit den Behörden und der Verwaltung aus der Sicht des Ombudsmanns zu Beanstandungen Anlass. Die gewünschten Akten wurden ausgehändigt, Auskünfte meist bereitwillig erteilt und verlangte Stellungnahmen mit eingehender Begründung geliefert. Es darf festgestellt werden, dass die Gesprächsbereitschaft vorhanden und die Bereitschaft, die Meinung des Ombudsmanns zu hören, gegeben ist.

Der 1. Ombudsmann amtierte vom 1. September 1978 bis 30. September 1996. Als Nachfolger wählte der Kantonsrat am 8. Juli 1996 Markus Kägi, Inh. Zürcher Notarpatent, Niederglatt.

### **Ombudsmann und Parlament**

Nach 18-jähriger Ombudsmannstätigkeit (1978-1996) ergibt sich an dieser Stelle auch die Möglichkeit, das Verhältnis zum Parlament etwas zu analysieren.

In der ursprünglichen Vorlage des Regierungsrates war vorgesehen, dem Regierungsrat grosse Kompetenzen gegenüber dem Ombudsmann zu geben. Dabei sollte der Amtssitz und die Kanzlei des Ombudsmanns durch den Regierungsrat bestimmt werden. Auf diese Weise wäre auch der Stellenplan für das Personal und das gesamte Budget in die regierungsrätliche Hoheit gekommen. Durch die Änderung der Vorlage nahm der Kantonsrat diese Kompetenzen zu sich. Daraus folgte, dass die Institution Ombudsmann

grössere Selbständigkeit erhielt und damit die Stellung des Ombudsmanns gegenüber Regierungsrat und Verwaltung wesentlich gestärkt wurde.

Es war auch ein glücklicher Entscheid, dass der Kantonsrat in der Ombudsmannverordnung beschloss, der Kanton solle gegenüber dem Ombudsmann durch sein Büro (heute Geschäftsleitung) vertreten werden. Damit hat der Ombudsmann als direkten Ansprechpartner den Präsidenten des Kantonsrates. Gerne erinnere ich mich heute an die 19 Präsidentinnen und Präsidenten des Kantonsrates, mit denen ich als Ombudsmann während meiner Amtszeit verschiedenste Kontakte hatte. Die monokratisch aufgebaute Institution Ombudsmann braucht Ansprechpartner.

Der jährliche Tätigkeitsbericht des Ombudsmanns wird im Kantonsrat, nach Behandlung in seinem Büro, regelmässig von seinem 2. Vizepräsidenten vorgetragen. Budget und Rechnung des Ombudsmanns gehen auch über das Kantonsratsbüro. Während im Kantonsrat die Abnahme der Tätigkeitsberichte, von Budget und Rechnung, kaum je Probleme brachte, lehnte der Kantonsrat am 29. September 1980 die Schaffung einer Juristenstelle beim Ombudsmann ab. Bereits ein Jahr danach bewilligte er jedoch diese notwendige Erweiterung des Stellenplans. Zustimmung fanden später auch weitere bescheidene Erweiterungen auf total 1,5 Juristenstellen und 1,8 Stellen beim Kanzleipersonal. Es hat sich eingebürgert, dass der Ombudsmann bei der Behandlung seiner Geschäfte im Kantonsrat auf der Regierungsbank Platz nehmen kann.

Auch im gesellschaftlichen Bereich wird der Ombudsmann vom Büro des Kantonsrates und vom Kantonsrat gut aufgenommen, was seine Tätigkeit, die im übrigen sehr durch das Alleinsein geprägt ist, erleichtert.

## Die Schweizerische Vereinigung der parlamentarischen Ombudsleute (SVPO)

von lic.iur. Andreas Nabholz<sup>1</sup>



### Entstehung

Erstmals 1989, nach der Ernennung von Louis Kuhn zum basellandschaftlichen Ombudsman, stellte sich die Frage nach einer Vereinigung der parlamentarischen Ombudsleute, waren es damals doch schon vier amtierende Ombudsmänner, die sich nach schweizerischen Gepflogenheiten mindestens zu einem Schieber-Jass hätten versammeln können. Es gingen aber nochmals neun Jahre ins Land bis zur Gründung der Vereinigung. In den Jahren 1989 bis 1998 kamen die parlamentarisch gewählten Ombudsleute periodisch zusammen, einmal im Frühjahr und einmal im Herbst, zum Erfahrungsaustausch und zur Diskussion gemeinsam interessierender Fragen. In diese Zeit der zwar formlosen, stets aber freundschaftlichen Verbundenheit fielen zwei Ausbildungskurse, 1995 und 1997, die der Berichtende und sein basellandschaftlicher Kollege vorbereitet und unter Teilnahme der Landesvolksanwälte von Vorarlberg, Tirol und Südtirol in Schloss Hofen am Bodensee durchgeführt hatten. Da Ombudsleute in aller Regel in Einsamkeit und Stille ihre Vermittlungsarbeit verrichten, kommt solchen Treffen mit Kolleginnen und Kollegen auf regionaler, nationaler oder internationaler Ebene grosse Bedeutung zu. Sie dienen nicht nur der Erweiterung unserer fachlichen Kompetenz, sondern vermitteln auch in den menschlich wohlthuenden Kontakten immer wieder neue Motivation.

Der Besuch ausländischer Fachkongresse liess allmählich bei den schweizerischen Ombudsleuten den Gedanken reifen, auch einmal die Kolleginnen und Kollegen Europas in die Schweiz ein-

<sup>1</sup> Ombudsman des Kantons Basel-Stadt, Präsident der Schweizerischen Vereinigung der parlamentarischen Ombudsleute (SVPO), Advokat

zuladen. Da ein solches Unterfangen nicht zuletzt auch mit finanziellen Risiken verbunden ist, drängte sich die Gründung eines Vereins fast auf.

Am Mittwoch, 2. September 1998, setzten die sechs parlamentarischen Ombudsmänner in unserem Land zu Basel am Rhein einen Lederweissdorn und damit ein sichtbares Zeichen für die Implementierung der Menschenrechte im Alltag unserer Gesellschaft. Sie gründeten in Basel die Vereinigung Schweizerischer Parlamentarischer Ombudsleute und legten gleichzeitig auch den Grundstein zu einer Konferenz, die sie in Zusammenarbeit mit dem Europarat und den Ombudsleuten Europas in Zürich abzuhalten beabsichtigten. Da die Reihe zur Einladung seiner Kollegen am Berichtenden war, und er damals gerade sein zehnjähriges Wirken als erster Ombudsman des Kantons Basel-Stadt begehen konnte, fand diese Gründung in Basel statt. Die Stadtgärtnerei wählte einen geeigneten Ort am Rhein aus und schenkte uns auch den zu pflanzenden Lederweissdorn (ein Bild hiezu ist in der Website der SVPO unter [www.ombudsman-ch.ch](http://www.ombudsman-ch.ch) zu finden).

### **Zweck der Vereinigung**

Da gemäss Art. 60, Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches der Wille einer Vereinigung, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich sein muss, wurden auch die Vereinsstatuten an jenem 2. September 1998 einstimmig verabschiedet. In Art. 2 unserer Statuten ist der Zweck wie folgt umschrieben:

"Die SVPO bezweckt:

- a) die Förderung der Weiterentwicklung der Institution parlamentarischer Ombudsleute;
- b) die Öffentlichkeitsarbeit für die Tätigkeit der parlamentarischen Ombudsleute, u.a. durch Tagungen, Vorträge und Veranstaltungen;
- c) den Erfahrungs- und Gedankenaustausch auf nationaler und internationaler Ebene sowie die Weiterbildung.

Es wird kein finanzieller Gewinn verfolgt."

Nach Kenntnisnahme des festgelegten Grundsatzes stellt sich unmittelbar die Frage, ob sich die SVPO in der Folge zweckdienlich verhalten hat. Bedauerlicherweise ist die Mehrung parlamentarischer Ombudsstellen bis heute noch nicht geglückt. Nach wie vor sind die sechs parlamentarischen Ombudsmänner und Gründungsmitglieder zwar in Amt und Würde, konnten aber erst im Herbst 2002 mit Frau Véronique Jobin vom Bureau cantonal de médiation administrative in Lausanne eine assoziierte Kollegin in ihrem Kreis willkommen heissen, leider aber noch nicht als Mitglied in die Vereinigung aufnehmen. Frau V. Jobin nahm ihre Funktion als Mediatorin 1998 im Rahmen eines vom Grossen Rat des Kantons Waadt gutgeheissenen Projekts auf und erhielt den Auftrag, einerseits praktische Erfahrungen in der Aufgabe als Ombudsfrau zu sammeln und andererseits ein entsprechendes Gesetz vorzubereiten. Im Laufe des Jahres 2003 sollte das Gesetz vom waadtländischen Parlament verabschiedet und eine Ombudsperson gewählt werden. Mit einem analogen Auftrag hat die Regierung des Kantons Zug den zürcherischen Rechtsanwalt und Mediator Beat Gsell betraut. Er wird seine 80-prozentige Stelle im Frühjahr 2003 antreten.

Für jedes SVPO-Mitglied ist die Öffentlichkeitsarbeit eine unumgängliche Nebenaufgabe. In aller Regel wenden sich die Ombudsleute mit der Veröffentlichung ihres jährlichen Rechenschaftsberichtes zu Händen des Parlaments auch an die Medien. Nach dem schrecklichen und tragischen Amoklauf im Parlamentsgebäude von Zug im Herbst 2001, "entdeckten" die Medien Bedeutung und Nutzen der Konfliktmoderation durch parlamentarisch gewählte Ombudsleute. Dies führte für alle SVPO-Mitglieder zu vermehrter Öffentlichkeitsarbeit. Die Zeitschrift "Der Schweizerische Beobachter" richtete an drei Tagen eine Hotline ein, um Abonentinnen und Abonenten die Möglichkeit zu geben, ihre Beschwerden gegenüber der Öffentlichen Verwaltung mit einem amtierenden Ombudsman wenigstens telefonisch kurz zu besprechen. Auch hier stellten sich alle SVPO-Mitglieder zur Verfügung.

Die erste gemeinsame Medienkonferenz im Namen der SVPO erfolgte am 21. November 2001 im Stadthaus von Zürich als Auftakt zur 7. Table ronde des Europarates mit den europäischen Ombudsleuten. Diese von der SVPO in Zusammenarbeit mit dem Europarat organisierte internationale Konferenz vom 21.-24. November 2001 in Zürich fand in Fachkreisen, aber auch in den Medien, ein gutes Echo. Rund 120 Fachleute mit ihren Begleitpersonen, darunter Kolleginnen und Kollegen von Island bis Südspanien, von Irland, Israel bis Georgien, hörten sich Referate zu zwei Hauptthemen an und tauschten sich anschliessend in Workshops aus.

Das eine Thema betraf die Grundprinzipien einer bürgerfreundlichen Regierungs- und Verwaltungstätigkeit im Lichte von Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, das andere die Wahrung der Grundrechte bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger durch polizeiliche Organe. Besonders eindrücklich werden die Schilderungen osteuropäischer Ombudsleute über ihre Bemühungen, angesichts massiver Menschenrechtsverletzungen durch Polizeiorgane, in Erinnerung bleiben.

Die SVPO-Treffen in den Jahren vor der 7. Table ronde in Zürich waren mit der Konferenzvorbereitung belastet und liessen den üblichen Erfahrungs- und Gedankenaustausch nicht mehr im erwünschten Masse zu. Gleichwohl hat sich unsere Vereinigung daran gemacht, ein kantonales Mustergesetz zur Normierung einer parlamentarischen Ombudsstelle auszuarbeiten. Die Sichtung der Materialien sowie die Diskussion grundlegender Gedanken führten naturgemäss zu einem vertieften Erfahrungsaustausch. Die Formulierung des Mustergesetzes sowie dessen Kommentierung stehen auf dem Programm der Jahre 2003/2004.

Um sich sozusagen weltweit vorzustellen, hat die SVPO auch eine Website (siehe oben unter Entstehung) ausgearbeitet und im Jahre 2000 aufgeschaltet.

## **Beziehungen**

Noch bilden die parlamentarischen Ombudsleute der Schweiz eine kleine, fast familiäre Vereinigung und pflegen entsprechend auch vertraute kollegiale, ja freundschaftliche Beziehungen untereinander. Die guten Kontakte spielen schon seit Jahren auch zu unseren Nachbarkollegen in Vorarlberg, Tirol und Südtirol, mit denen wir gemeinsame Weiterbildungsanlässe organisieren. Daneben hat unsere Vereinigung immer schon gute Beziehungen zum Europäischen Ombudsmann Institut (EOI) mit Sitz in Innsbruck gepflegt. Von den heute sechs Vereinsmitgliedern hat die Hälfte bereits eine Funktion im EOI während Jahren ausgeübt, so Dr. Werner Moser, Ombudsmann der Stadt Zürich, als Revisor des EOI, der Berichtende als Protokollführer des Vorstands und Markus Kägi, Ombudsmann des Kantons Zürich, ist heute noch Vizepräsident des EOI. Überdies bestehen auch lebendige Beziehungen zwischen der SVPO und dem Europarat, insbesondere seiner Menschenrechtsabteilung. Regelmässig nahmen Mitglieder unserer Vereinigung an den internationalen Konferenzen, den sogenannten Tables rondes des Europarates mit den Ombudsleuten Europas, teil, stellten sich aber auch an diesen und anderen Konferenzen, die vom Europarat organisiert wurden, als Referenten zur Verfügung. In jüngster Zeit war es vor allem Fürsprecher Mario Flückiger, Ombudsmann der Stadt Bern, der sich an osteuropäischen Ombudsmankonferenzen im Dienste des Europarates als Referent engagierte.

Im Sommer des Jahres 2002 ersuchte die Subkommission Ombudsstelle der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates die SVPO um Beantwortung von rund 25 präzise formulierten Fragen. Alle SVPO-Mitglieder beteiligten sich an deren Beantwortung und der Berichtende stellte eine koordinierte Antwort der nationalrätlichen Subkommission zu. Auf Wunsch der Kommission standen dann am 4. November 2002 der Berichtende und sein Berner Kollege Mario Flückiger der Kommission zwei Stunden lang Rede und Antwort. Jedes SVPO-Mitglied wünscht sich auf Grund seiner

täglichen engagierten Mittlerfunktion schon länger eine Bundes-Ombudsstelle und begrüsst deshalb alle Bemühungen zur Schliessung dieser Lücke. Entsprechend enttäuscht war deshalb die SVPO über den ablehnenden Bundesratsentscheid, der im Herbst 2002 ganz unauffällig in den Medien Aufnahme fand. Dieselbe Landesregierung hatte anlässlich der Eröffnung des mit dem Europarat in Zürich organisierten Kongresses im November 2001 die Schaffung einer Bundes-Ombudsstelle noch klar befürwortet. Das engagierte Interesse der Subkommission Ombudsstelle des Nationalrates kontrastierte wohlthuend zum enttäuschenden Bundesratsentscheid. Natürlich sind die SVPO-Mitglieder auch seit Jahren gern bereit, Parlamentsmitgliedern aus der ganzen Schweiz Unterlagen über ihre Ombudsstelle zu schicken oder sich für Hearings zur Verfügung zu stellen.

### **Ausblick**

Die SVPO will und wird sich bemühen, geeignete Publikationen und Unterlagen auszuarbeiten, um Parlamente, die sich mit der Einrichtung einer Ombudsstelle befassen, dokumentieren zu können. Zudem werden wir weiterhin die Schaffung einer Bundesombudsstelle unterstützen, da wir alle der festen Überzeugung sind, dieses demokratische Kontrollinstrument mit hoher Effizienz bei bescheidenem Aufwand sei längst überfällig.

# Das Europäische Ombudsmann-Institut (EOI) Innsbruck: Zweck, Beziehungen zur Schweiz und zur Ombudsperson des Kantons Zürich

von Dr. Werner Palla<sup>1</sup>



## A) Entstehung und Zweck

Es war im Oktober 1982 – schreibt Bernhard J. Lorenz – als anlässlich der in Innsbruck von der "Arbeitsgemeinschaft für Versicherungswissenschaft an der Universität Innsbruck" abgehaltenen Tagung "Rechtsschutz in Privatversicherungssachen: Zivilgericht – Aufsichtsbehörde – Ombudsmann?" die Idee geboren wurde, dem

Ombudsmann-Wesen schlechthin verstärktes wissenschaftliches Interesse entgegenzubringen. Träger dieser Bestrebungen waren zunächst Professoren der Universität Innsbruck, im besonderen Univ. Prof. Dr. Hans *Klecatsky*, Univ. Prof. Dr. Fritz *Reichert-Facilides* und Univ. Prof. Dr. Norbert *Wimmer*, von Anbeginn in enger Zusammenarbeit mit der Österreichischen Volksanwaltschaft in Wien.

Und so entschloss man sich eine wissenschaftliche Vereinigung zu schaffen, die der Erforschung der Institution Ombudsmann in Europa gewidmet und von einem rechtspolitischen Bekenntnis hierzu getragen sein sollte. Zunächst rief man die "Europäische Ombudsmann-Akademie" ins Leben, einen nur locker institutionalisierten Kreis von Wissenschaftlern in Gestalt einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Das Engagement der Vereinigung samt ihrer wachsenden internationalen Verankerung zeigte freilich bald die institutionelle Unzulänglichkeit der bisherigen Organisationsform. Deshalb entschloss man sich zur Gründung eines echten Vereines: des heutigen "Europäischen Ombudsmann-Institutes".

Die Namensänderung wurde notwendig, weil der Name "Akademie" bereits besetzt war; an ihm bestanden wegen einer Beson-

<sup>1</sup> Präsident des Europäischen Ombudsmann-Instituts Innsbruck (EOI), Landesvolksanwalt von Südtirol, Italien

derheit des Österreichischen Vereinsrechtes gewissermaßen Urheberrechte anderer Institutionen. Der Verein wurde am 22. Januar 1988 in Gnadewald bei Innsbruck von 14 Persönlichkeiten aus Österreich und Südtirol gegründet. Darunter befanden sich der langjährige Landesvolksanwalt von Vorarlberg und heute geschäftsführendes Vorstandsmitglied des EOI, Nikolaus Schwärzler, und die damaligen Landesvolksanwälte von Tirol, Helmuth Tschiederer, und von Südtirol, Heinold Steger. Erster Präsident des Vereins und heutiger Ehrenpräsident war Univ. Prof. Minister a. D. Dr. Hans Klecatsky.

Die Gründungsmitglieder hatten sich hohe Ziele gesetzt, die in den Vereinsstatuten zum Ausdruck kommen:

1. die wissenschaftliche Behandlung von Menschenrechts-, Bürgerschutz- und Ombudsmannfragen im nationalen, europäischen und internationalen Bereich,
2. die Betreibung von Forschung auf diesem Gebiet,
3. die Verbreitung und Förderung der Ombudsmann-Idee,
4. die Zusammenarbeit mit in- und ausländischen sowie internationalen Einrichtungen mit gleicher und ähnlicher Zielsetzung,
5. die wissenschaftliche Unterstützung in- und ausländischer Ombudsmann-Einrichtungen,
6. die Förderung des Erfahrungsaustausches auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Verwirklichung und Entfaltung dieser Ziele hat man sich seither intensiv gewidmet, vor allem durch eine Reihe wissenschaftlicher Veranstaltungen, bei denen stets die Internationalität des Europäischen Ombudsmann-Institutes, des Ombudsmannwesens und der Grundrechte überhaupt wesentliche Leitlinie bildete und bei denen die Verbesserung und die Vervollständigung des Rechtsschutzes immer aufs Neue thematisiert worden sind. Dem Ausgleich des Machtgefälles zwischen Staat, insbesondere in Gestalt seiner vollziehenden Gewalt, und Bürger, aber auch zwischen großen Wirtschaftseinheiten und Konsumenten, war das Augenmerk gewidmet, eine Perspektive, welche die Figur des Ombudsmannes ja schlechthin kennzeichnet.

Heute unterhält das Europäische Ombudsmann-Institut Kontakte mit allen maßgeblichen Ombudsmann-Einrichtungen in West- und Osteuropa, welche zu einem überwiegenden Teil sogar den Status eines formellen Mitgliedes des Institutes besitzen. Die wissenschaftlichen Verbindungen sind gleichermaßen weitverzweigt. Und die Zahl der Mitglieder des Europäischen Ombudsmann-Institutes - derzeit 173, davon 103 institutionelle, 67 individuelle und 3 unterstützende - ist noch immer im Wachsen begriffen.

Mit einem gewissen Stolz blickt das EOI auf viele von ihm veranstaltete Tagungen und Konferenzen zurück, weil diese tatsächlich zu einem internationalen Forum des Erfahrungsaustausches zwischen Ombudsleuten geworden sind.

Bei diesen Tagungen übernahmen die jeweiligen Ombudsmänner oder Petitionsausschüsse durchwegs die Rolle des Mitveranstalters, ein sichtbares Zeichen für die Integrationskraft des EOI.

Neben der Veranstaltung regionaler und internationaler Tagungen forcierte man die Publikation ombudsmannorientierter Literatur: teils mit der Ausrichtung von Konferenzen und Tagungen, indem die dortigen Ergebnisse veröffentlicht wurden, teils indem einzelne Träger des EOI ihre einschlägigen Forschungen einer Veröffentlichung zuführten. Außerdem hat das EOI eine eigene Schriftenreihe, die VARIA, geschaffen.

Zusammenfassend darf ich aus dem aktuellen EOI-Infoblatt zitieren: "Das Europäische Ombudsmann-Institut (EOI) ist ein Verein nach österreichischem Recht, wurde 1988 gegründet und hat seinen Sitz in Innsbruck. Es ist eine gemeinnützige, wissenschaftliche Vereinigung mit dem Zweck, die Ombudsmann-Idee zu verbreiten und zu fördern, Menschenrechts-, Bürgerschutz- und Ombudsmann-Fragen wissenschaftlich zu bearbeiten, eine aktive Rolle bei der Entwicklung und Förderung sozialer, ökonomischer und kultureller Rechte wahrzunehmen, lokale, regionale und nationale Ombudsmann-Einrichtungen wissenschaftlich zu unterstützen, den Erfahrungsaustausch auf allen Ebenen zu fördern und mit Einrichtungen gleicher oder ähnlicher Zielsetzung zu kooperieren.

Das EOI erstellt und fördert Publikationen, organisiert allgemeinen und spezifischen Themen gewidmete Ombudsmann-Konferenzen, kooperiert mit dem Europarat als von ihm mit Konsultativstatus anerkannte und nach der Sozialcharta zur Erhebung von Kollektivbeschwerden legitimierte internationale NGO, erarbeitet Gutachten und Stellungnahmen, unterhält eine ombudsmann-bezogene Spezial-Bibliothek, zwei Homepages und beantwortet Anfragen sowohl

- von Regierungen und Parlamenten zu Grundsatzfragen und speziellen Themen als auch und besonders
- von Bürgerinnen und Bürgern aus ganz Europa zu Existenz, Erreichbarkeit und Zuständigkeit von Ombuds-Institutionen.

Die unter [www.tirol.com/eoi](http://www.tirol.com/eoi) in 6 Sprachen präsentierte Statuten geben detaillierte Information über die Aufnahme als Mitglied im EOI. Zentrale Voraussetzung ist für natürliche wie juristische Personen die Befassung mit Fragen des Ombudsmann-Wesens.

Der Jahres-Mitgliedsbeitrag beträgt nach einem Beschluss der Generalversammlung EUR 350.- für Institutionen und EUR 60.- für natürliche Personen.

Dem EOI gehören fast alle klassischen Ombuds-Institutionen Europas und eine stetig zunehmende Anzahl von Spezial-Ombudspersonen sowie in Wissenschaft und Lehre tätigen Persönlichkeiten an. Auf jeder Vorstandssitzung werden weitere Mitglieder aufgenommen und äußerst selten hingegen verlässt ein Mitglied das EOI.

Das EOI unterhält als einzige internationale Vereinigung in Europa ein ständiges Büro (Europäisches Ombudsmann-Institut, Salurnerstrasse 4/8, 6020 Innsbruck/Tirol, Österreich, Telefonnummer: 0043/512/566910, Telefaxnummer: 0043/512/575971, e-mail: [eoi@tirol.com](mailto:eoi@tirol.com)) und eine kontinuierlich wachsende Bibliothek. Das, wie alle anderen Vorstandsmitglieder, ehrenamtlich tätige geschäftsführende Vorstandsmitglied ist permanent telefonisch, per Telefax und per e-mail erreichbar und steht jeder Institution zu Konsultationen, Diskussionen und zum Erfahrungsaustausch in angemessener Frist auch persönlich zur Verfügung.

Das EOI hat in den 14 Jahren seit seiner Gründung 6 europäische Ombudsmann-Konferenzen und 7 Arbeitstagungen zu spezifischen Themen organisiert, seit 1996 jeweils in 6 Sprachen.

Seit 1994 hat das EOI 11 umfassende Publikationen – darunter nicht zuletzt Tätigkeitsberichte für junge Ombudsmann-Institutionen – ausgearbeitet und darüber hinaus in der Reihe VARIA 38 Titel – größtenteils mehrsprachig – publiziert. Das EOI ist mit seinen Publikationen im Bucherverzeichnis des deutschen Buchhandels präsent und beliefert auch Universitätsbibliotheken außerhalb Österreichs.

Das EOI betreut die folgenden fortlaufenden Sammlungen: Diplomarbeiten und Dissertationen zu Ombudsmann-Themen, die Vielfalt der Verwendung des Begriffes 'Ombudsmann', die Titel der Referate aller europäischen Ombudsmann-Konferenzen, die PR-Mittel der einzelnen Ombudsmann-Institutionen, Bücher und Aufsätze (Bibliothek) zu Ombudsmann-Themen, die Jahres- und Tätigkeitsberichte der Ombuds-Institutionen in Europa.

Die Rechtsgrundlagen der Arbeit der europäischen Ombudsmann-Institutionen werden am Sitz des EOI in gedruckter Form und auf der in Kooperation mit dem Europarat geschaffenen Website <omineurope.info> elektronisch jedem Interessenten kostenlos zur Verfügung gestellt.

Das EOI unterhält für seine Mitglieder zum raschen Transfer von Information und Erfahrung die geschlossene Mailing-Liste <eoi@digitalis.at> und informiert über aktuelles Geschehen, über die gegenwärtig amtierenden Ombuds-Personen und über Veranstaltungen auf dem Ombudsmann-Sektor auf der Homepage des EOI [www.tirol.com/eoi](http://www.tirol.com/eoi).

Der 15-köpfige Vorstand des EOI arbeitet ohne jede finanzielle Entschädigung für Sie und für Europas Bürgerinnen und Bürger. Es lohnt sich auch für Sie, Mitglied des EOI zu werden, zu sein und zu bleiben."

## **B) Beziehungen zur Schweiz und zur Ombudsperson des Kantons Zürich** (letzte in Fettdruck hervorgehoben)

Der Ombudsmann der Stadt Zürich, Kollege Werner Moser, schrieb mir am 1. November 2002 u.a.: *"Immerhin weiß ich von den Herren Vontobel und **Wirth**, dass sie, um aus ihrer Isolation als ‚Ombudseremiten‘ in der Schweiz dann und wann auszubrechen, den Kontakt mit ausländischen Amtskollegen von Anbeginn suchten und schätzten und den weltweiten und europäischen Organisationsbestrebungen (IOI, dann **auch EOI**) positiv, förderungs- und teilnahmebereit gegenüberstanden (Jacques Vontobel war IOI-, **Adolf Wirth EOI-Vorstandsmitglied**)."*

Deutlichster Ausdruck einer Beziehung zu einer Organisation ist wohl die Mitgliedschaft. Und diesbezüglich liefern die Schweizer OM-Institutionen und -leute ein eindrucksvolles Zeugnis für engagiertes Mittun, wie aus den folgenden, dem EOI-Mitgliederverzeichnis entnommenen Angaben ersichtlich ist:

- Parlamentarische Ombudsmann-Institutionen:

<b>Kanton Zürich</b>	<b>seit 25.08.1989</b>
Kanton Basel-Landschaft	seit 06.10.1989
Stadt Zürich	seit 01.05.1990
Stadt Winterthur	seit 27.06.1993
Stadt Bern	seit 26.05.1997
Kanton Basel-Stadt	seit 01.01.1998

- Andere Ombudsmann-Institutionen:

Schweizer Reisebranche	seit 10.05.1998
Schweizer Hotelvereinigung	seit 23.02.2001

- Individuelle Mitglieder:

Walter Haller	seit 06.04.1989
Andreas Nabholz	seit 06.04.1989
<b>Adolf Wirth</b>	<b>seit 20.09.1996</b>
Hanspeter Häni	seit 23.02.2001

Im oben erwähnten Brief vom 1. November 2002 schreibt Werner Moser außerdem: *"Mit dem exponentiellen Wachstum der Zahl der Ombuds-Institutionen in den europäischen und außereuropäi-*

*schen Ländern und deren Vertretungsansprüchen in den Leitungsgremien der Ombudsmann-Institute haben sich die schweizerischen Ombudsleute hinsichtlich ihrer Repräsentationsansprüche eine ihrer Bedeutung ziemende Zurückhaltung und Bescheidenheit auferlegt, die aber keineswegs als verstärkte Introversion und Abkehr von der europäischen und weltweiten Ombudsgesellschaft angesehen werden darf."*

Dazu möchte ich feststellen, dass das EOI mit seinen Mitgliedern sich um diese "Zurückhaltung und Bescheidenheit der schweizerischen Ombudsleute" nicht kümmerte, sondern seit jeher deren Bedeutung erkannte und sich dementsprechend um ihre Präsenz in den EOI-Führungsgremien und bei den Veranstaltungen bemühte. Und dieses Bemühen war nicht umsonst, wie aus den folgenden Angaben in chronologischer Reihenfolge entnommen werden kann:

In der EOI-Generalversammlung

- vom 8. November 1991 in Florenz wurde Jacques Vontobel (OM Stadt Zürich) zum Ehrenmitglied ernannt; **Adolf Wirth (OM Kanton Zürich)** wurde in den Vorstand gewählt und Werner Moser (OM Stadt Zürich) zum Rechnungsrevisor bestellt;
- vom 29. Oktober 1993 in Vitoria-Gasteiz (Baskenland) und vom 3. Juni 1994 in Berlin wurden **Adolf Wirth** und Werner Moser in ihren Ämtern bestätigt;
- vom 21. September 1996 in Ljubljana/Laibach wurde Andreas Nabholz (OM Kanton Basel-Stadt) anstelle des **zurückgetretenen Adolf Wirth** in den Vorstand mit der Funktion des Schriftführers gewählt;
- vom 8. Februar 2000 in St. Vincent/Aosta wurde **Markus Kägi (OM Kanton Zürich)** anstelle des nicht mehr kandidierenden Andreas Nabholz in den Vorstand gewählt, und zwar in der **Funktion eines Vizepräsidenten**;
- vom 24. Mai 2002 in Krakau wurde **Markus Kägi in seinem Amt als ein EOI-Vizepräsident** bestätigt und nimmt damit gleichzeitig die Aufgabe als Vertreter der Schweizer Ombudsmann-Institutionen im Europäischen Ombudsmann-Institut sehr wirkungsvoll wahr.

Eine besondere und nachhaltige Erfahrung konnte ich mit Schweizer Ombudsleuten bei der Dritten Europäischen Ombudsmann-Konferenz vom 27. bis 29. Oktober 1993 in Vitoria-Gasteiz, der Hauptstadt des Baskenlandes, machen:

Der 2. Konferenztag stand unter dem Motto "Der Ombudsmann und Minderheiten". Das Tagungspräsidium bestand aus den Ombuds-Kollegen des Kantons Basel-Stadt Andreas Nabholz, des Kantons Basel-Landschaft Louis Kuhn und meiner Wenigkeit. Als Vorsitzender hatte ich die Ehre, das Impulsreferat zum Tagungsthema zu halten, wobei ich mich neben allgemeinen Kurzbetrachtungen über Minderheiten auf die besondere Situation in Südtirol bezog. Kollege Nabholz gab seinen Ausführungen den Titel "Der Schutz von Minderheiten", wobei seine Überlegungen von geschichtlichen Sachverhalten bis zum Begriff und zu den Mitteln des Minderheitenschutzes reichten. Kollege Kuhn stellte seinen Vortrag unter den Titel "Sprachenfreiheit und territorialer Minderheitenschutz" und analysierte das Thema in den zwei Abschnitten "Ausgangslage und Problemstellung" und "Ombudsmann-Lösungsansätze aus der Sicht der Einzelbetrachtung". Die Ausführungen stießen bei den Tagungsteilnehmern auf reges Interesse und entsprechend entwickelte sich auch die Diskussion.

Darüber hinaus pflegten die Schweizer Ombudspersonen die Beziehungen zum EOI durch ihre Teilnahme an den übrigen themenbezogenen Veranstaltungen, die von regionalem und lokalem Interesse waren und nicht den Charakter von Europäischen Ombudsmann-Konferenzen hatten.

Ich möchte im Folgenden diesbezüglich nur zwei Beispiele erwähnen, womit ich unterstreichen will, dass Schweizer Ombudsleute seit der frühesten Zeit der Existenz der Einrichtung "Europäische Ombudsmann-Akademie/Europäisches Ombudsmann-Institut" diese Beziehungen intensiv pflegten:

- Am 6. und 7. Mai 1987 fand in Lochau/Vorarlberg das von der Europäischen Ombudsmann-Akademie, das spätere Europäische Ombudsmann-Institut, organisierte Symposium zum Thema

"Ombudsmann-Einrichtungen im Bodensee-Raum" statt. Teilnehmer waren neben den Ombudsleuten aus Wien, Tirol, Vorarlberg, Südtirol und Trentino auch die Schweizer Ombudsmänner **Adolf Wirth** und Jacques Vontobel.

- Am 16. und 17. Juni 1989 organisierte das EOI in Meersburg am Bodensee eine Tagung unter dem Titel "Parlamentarische Petitionsausschüsse und Ombudsmann-Einrichtungen – zwei Wege, ein Ziel". Ombudsleute aus der Schweiz – dabei wie immer **OM Adolf Wirth** – waren neben Vertretern von Petitionsausschüssen Deutschlands und von Ombudsmann-Institutionen Österreichs, Liechtensteins und Südtirols die Protagonisten dieser Tagung.

Es gab aber noch eine Reihe von Begegnungen, die einfach deshalb zustande kamen, weil man sich bei EOI-Veranstaltungen kennen lernte und gemeinsam interessierende Anliegen erörtern wollte. Als ein solches gemeinsames Anliegen kristallisierte sich dann die Weiterbildung für Ombudsleute heraus. Dementsprechend fanden im Schloss Lochau/Vorarlberg bis jetzt folgende Wochenend-Seminare statt:

- Vom 21. bis 23. September 1995 zum Thema "Konflikt-Management". An dem von den Ombudsleuten der Kantone Basel-Stadt Andreas Nabholz und Basel-Landschaft Louis Kuhn mustergültig organisierten Seminar nahmen **Adolf Wirth** und die vier anderen amtierenden Ombudsleute der Schweiz, die Landesvolksanwälte von Vorarlberg, Tirol und Südtirol und einige Mitarbeiter dieser Ombudsmann-Einrichtungen teil.
- Vom 18. bis 21. September 1997 zum Thema "Mediation – vielseitiges Rollenverständnis". Der Teilnehmerkreis vom vorherigen Seminar erfuhr bei den Ombudsleuten einige Änderungen: auf Schweizer Seite **traten anstelle des zurückgetretenen Adolf Wirth dessen Nachfolger im Amt Markus Kägi** und anstelle des ausgeschiedenen Ombudsmannes der Stadt Winterthur Franz Probst dessen Nachfolger Karl Stengel. Neu zum "Bodensee-Kreis" – so nannte sich mittlerweile die weiterbildungshungrige Runde – kam der sechste Schweizer Ombudsmann, Mario Flückiger von Bern.

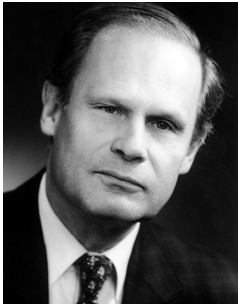
- Vom 13. bis 16. Juni 2002 zum Thema "Ombudsmann und Öffentlichkeitsarbeit". Im Vergleich zum vorherigen Seminar haben dieselben Ombudspersonen daran teilgenommen. Außerdem trafen sich auf Initiative des **Ombudsmannes Markus Kägi** EOI-Vorstandsmitglieder vom 17. bis 20. Januar 2002 in Braunwald/Glarus zu einem intensiven Gedankenaustausch.

Diese Ausführungen zeigen deutlich die Intensität der Beziehungen zwischen dem Europäischen Ombudsmann-Institut Innsbruck und den Schweizer Ombudspersonen allgemein und dem **Ombudsmann des Kantons Zürich** insbesondere. Wie vorher **Adolf Wirth** ist auch jetzt **Markus Kägi mit seinem Team** Garant für enge Beziehungen zwischen dem EOI und der Ombudsmann-Institution des Kantons Zürich.

Last but not least will ich, auch im Namen der Großfamilie "Europäisches Ombudsmann-Institut Innsbruck", dem jubilierenden Familienmitglied, der Ombudsstelle des Kantons Zürich, den Dank für die 25-jährige erfolgreiche Tätigkeit aussprechen und für die Zukunft, die neue Herausforderungen bringen wird, Zuversicht, Tatkraft und viel Glück wünschen.

# Der kantonalzürcherische Ombudsmann im geschichtlichen und rechtsvergleichenden Kontext

von Prof. Dr. Walter Haller<sup>1</sup>



## I. Einführung durch Volksabstimmung im Kanton Zürich

Am 25. September 1977 stimmte das Zürcher Volk mit einem sehr deutlichen Mehr (234'268 Ja gegen 85'666 Nein) der Schaffung eines kantonalen Ombudsmannes zu.<sup>2</sup> Obwohl damals schon in über 20 Ländern Ombudsmänner wirkten, war dies weltweit das erste Mal, dass das Volk über eine ausschliesslich die Einführung des Ombudsmannes betreffende Vorlage abzustimmen hatte.<sup>3</sup> In der Stadt Zürich hatten die Stimmberechtigten im April 1970 die Einführung eines städtischen Ombudsmannes als Bestandteil der neuen Gemeindeordnung gutgeheissen, und im Ausland waren es vor allem die Parlamente, welche Ombudsstellen einrichteten.

Der Umstand, dass das Volk für diese neue Institution gewonnen werden musste, erforderte viel Überzeugungsarbeit, wobei vor

<sup>1</sup> Ord. Professor für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Verfassungsvergleichung, Universität Zürich, Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht.

<sup>2</sup> Im vorliegenden Aufsatz wird meistens der Ausdruck "Ombudsmann" verwendet, der sich international durchgesetzt hat und weibliche wie männliche Amtsträger einschliesst. Semantische Konstruktionen wie "Ombudsperson" werden ausserhalb der Schweiz kaum verwendet. Durch die Schreibweise mit einem "n" (offizielle Bezeichnung der Institutionen in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft) wird kein Beitrag zur geschlechtsneutralen Schreibweise geleistet, sondern einfach die nicht weniger maskuline schwedische und englische Schreibweise der deutschen oder norwegischen vorgezogen.

<sup>3</sup> Die Abstimmungsvorlage war mit "Gesetz über die Änderung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen (kantonalen Ombudsmann)" überschrieben, wobei die – damals dem obligatorischen Gesetzesreferendum unterliegenden – Normen ausschliesslich die neue Institution betrafen.

allem die ausgezeichneten Erfahrungen, die seit dem Amtsantritt von Dr. Jacques Vontobel 1971 mit der stadtzürcherischen Einrichtung gemacht worden waren, der Einführung im Kanton den Weg ebneten. Auch der unermüdliche Einsatz verschiedener Befürworter in den Medien erwies sich als nützlich. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang nur der damalige Kantonsrat und spätere National- und Bundesrat Rudolf Friedrich, der schon Ende 1968 die Regierung mit einer Motion ersucht hatte, die Einführung des Ombudsmannes auf kantonaler Ebene zu prüfen und der immer wieder in Zeitungsartikeln für die Institution warb.<sup>4</sup> Bei der Behandlung der Vorlage im Parlament war es gelungen, die Stellung des Ombudsmannes – entgegen den ursprünglichen zaghaften Vorschlägen des Regierungsrates – in wesentlichen Punkten zu verstärken.<sup>5</sup>

## **II. Ein Blick in die Geschichte**

Als Dr. Adolf Wirth am 1. September 1978 sein Amt als erster Ombudsmann des Kantons Zürich antrat, konnte die Ombudsmann-Institution bereits eine weit zurückreichende Geschichte verzeichnen.

<sup>4</sup> Vgl. z.B. NZZ Nr. 40 vom 17.2.1977 (S. 41) und Nr. 179 vom 4.8.1977 (S. 17).

<sup>5</sup> Vgl. zur parlamentarischen Entstehungsgeschichte der kantonalzürcherischen Ombudsstelle den Beitrag von ADOLF WIRTH in dieser Festschrift. In einem mit "Ombudsmann oder Ombudsmaus?" überschriebenen Artikel hatte der Verfasser die regierungsrätliche Vorlage mit Erfolg kritisiert: NZZ Nr. 166 vom 19.7.1976 (S. 17).

Schweden schuf in seiner neuen Verfassung von 1809 die Einrichtung des *Justitieombudsman*. Seine Hauptaufgabe bestand darin, als vom Reichstag gewählte Vertrauensperson fehlbare Beamte und sogar Richter zu verfolgen und anzuklagen. Diese Funktion eines Sonderstaatsanwalts ist im Laufe der Zeit beinahe obsolet geworden. Geblieben ist jedoch die Kontrolle darüber, dass die Träger öffentlicher Ämter ihre Aufgaben unter Einhaltung der Gesetze und Verordnungen erfüllen.

Als zweites Land führte Finnland, das aus historischen Gründen ein ähnliches Verfassungs- und Rechtssystem wie Schweden aufweist, im Jahr 1919 den Ombudsmann ein. Auch die finnischen Ombudsmänner sehen ihre Hauptaufgabe darin sicherzustellen, dass die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Amtsträger ihre Pflichten ordnungsgemäss erfüllen.

Erst nach 1950 schufen weitere Länder eine entsprechende Einrichtung: 1952 Norwegen (vorerst nur für das Militär, seit 1962 auch für die zivile Verwaltung), 1953 Dänemark, 1956 Deutschland (nur in der Form des Wehrbeauftragten) und 1962 – als erstes Land ausserhalb Europas – Neuseeland. Im Jahr 1966 setzte eine geradezu hektische Entwicklung ein, die es immer schwieriger machte, das Mitgliederverzeichnis des Ombudsmann-Klubs auf dem aktuellsten Stand zu halten.

Heute wirken über 200 parlamentarische Ombudsstellen in nahezu 100 verschiedenen Ländern auf nationaler, gliedstaatlicher, regionaler und kommunaler Ebene. Hinzu kommen zahlreiche für spezifische Sachgebiete wie Gesundheitswesen, Datenschutz oder Militär vom Gesetzgeber geschaffene Ombudsstellen. Nicht berücksichtigt sind in diesen Zahlen in die Exekutive eingegliederte oder durch die Privatwirtschaft geschaffene Beschwerde- und Verwaltungsstellen, auch wenn sie als Ombudsstellen bezeichnet werden. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich also auf die klassischen Ombudsmänner, das heisst auf Staats-

organe, "die ausserhalb der Verwaltung stehen, vornehmlich auf Anstoss betroffener Bürgerinnen und Bürger tätig werden und auf die Rechtmässigkeit und Fairness des Verwaltungshandelns hinwirken, wobei sie keine Anordnungen der Verwaltung aufheben oder abändern dürfen, sondern nach Abklärung des Sachverhalts zu vermitteln versuchen und nötigenfalls eine mit Gründen versehene Empfehlung abgeben".<sup>6</sup> Eine solche Ombudsstelle ist seit einigen Jahren auch auf europäischer Ebene tätig: der Maastricht-Vertrag führte den Bürgerbeauftragten der Europäischen Union ein, der vom Europäischen Parlament bestellt wird und dessen Hauptaufgabe darin besteht, Beschwerden über Missstände in der Verwaltung der Gemeinschaft zu bearbeiten. Jeder Unionsbürger und jede natürliche oder juristische Person mit Wohnort bzw. Sitz in einem EU-Mitgliedstaat kann sich direkt oder über ein Mitglied des Europäischen Parlamentes an ihn wenden.<sup>7</sup>

Im Jahr 1978 wurde das Internationale Ombudsmann-Institut gegründet. Es ist der Rechtsfakultät der kanadischen Universität Alberta angegliedert, organisiert internationale Konferenzen und Workshops, gibt das International Ombudsman Yearbook (das früher "The International Ombudsman Journal" hiess) sowie zahlreiche Informationsblätter heraus und unterhält eine Datenbank für bestehende Ombudsstellen.<sup>8</sup> Das zehn Jahre später geschaffene Europäische Ombudsmann-Institut mit Sitz in Innsbruck ermöglicht einen intensiven Gedankenaustausch der europäischen Ombudsstellen, Fachleute und weiterer Interessenten über wissenschaftliche Fragen und praktische Probleme.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> So die Begriffsbestimmung des Ombudsmannes bei WALTER HALLER/ALFRED KÖLZ, Allgemeines Staatsrecht, 2. Aufl. (korrigierter Nachdruck), Basel/Genf/München 2002, S. 292.

<sup>7</sup> Art. 195 des EG-Vertrages (Amsterdamer Fassung). Vgl. hierzu den Aufsatz von TOBIAS JAAG in dieser Festschrift.

<sup>8</sup> Home Page: <[www.law.ualberta.ca/centres/ioi/](http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/)>.

<sup>9</sup> Home Page: <[www.tirol.com/eoi/](http://www.tirol.com/eoi/)>. Vgl. zum Europäischen Ombudsmann-Institut den Beitrag von WERNER PALLA in dieser Festschrift.

### **III. Funktionen des Ombudsmannes:**

#### **bürgernahe Verwaltungskontrolle, Beratung und Vermittlung**

An der ersten internationalen Ombudsmann-Konferenz, die im September 1976 in der kanadischen Stadt Edmonton stattfand, bemerkte der damalige neuseeländische Ombudsmann GUY POWLES, dass nicht alle Ombudsstellen mit demselben Massstab gemessen und in die selbe Gussform gezwängt werden dürften.<sup>10</sup> Von Land zu Land wurde die Einrichtung – unter Berücksichtigung von Rechtstraditionen, politischen und sozialen Faktoren sowie praktischen Bedürfnissen – verschieden ausgestaltet. Noch stärker als die oft rudimentäre rechtliche Normierung prägten die Persönlichkeiten der Amtsinhaber die Institution.

Während die Ombudsmänner in Schweden und Finnland vor allem kontrollieren und Verstösse gegen Dienstpflichten beanstanden<sup>11</sup> sowie die Parlamente bei ihrer Oberaufsicht über die Verwaltung unterstützen, legen andere Ombudsstellen ebenso viel oder sogar noch mehr Gewicht auf die Beratung und Vermittlung. Eine 1988 vom Verfasser durchgeführte Befragung der damals amtierenden Ombudsstellen ergab, dass die meisten Antwortenden es nicht als möglich erachteten, für eine der beiden im Fragebogen angegebenen Hauptaufgaben – Sicherstellung der ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung und Erzielung einer zufriedenstellenden Lösung für die ratsuchenden Bürger – eine Priorität zu setzen.<sup>12</sup> Jedenfalls sehen sehr viele Ombudsmänner eine wichtige Aufgabe darin, dem Bürger helfend

<sup>10</sup> Report of the Proceedings of the First International Ombudsman Conference, Edmonton 1976, S. 16.

<sup>11</sup> Die schwedische staatsrechtliche Literatur ordnet den Ombudsmann der "Kontrollmacht" des Reichstages zu. Vgl. statt vieler FREDRIK STERZEL, Riksdagens kontrollmakt, Stockholm 1969, S. 169 f.

<sup>12</sup> WALTER HALLER, The Place of the Ombudsman in the World Community, in: Fourth International Ombudsmen Conference: Papers, Canberra 23-27 October 1988, S. 29 ff.

und beratend beizustehen und bei Auseinandersetzungen zwischen Bürgern und Behörden zu vermitteln. Freilich stellt die Reduktion auf die Funktion eines Bürgeranwalts eine unzulässige Vereinfachung dar.<sup>13</sup> Ins Schwarze trifft die Feststellung des Politologen LARRY HILL, der Ombudsmann stelle seine Klienten in den Mittelpunkt, sei aber nicht gegen die Verwaltung gerichtet.<sup>14</sup> Immer wieder kommt er auch in die Situation, die Verwaltung vor ungerechtfertigter Kritik in Schutz zu nehmen. Die erwähnte Befragung<sup>15</sup> ergab, dass damals so gut wie alle 43 Ombudsmänner, die den Fragebogen ausfüllten, bestrebt waren, auf eine Verbesserung der Verwaltungspraxis hinzuwirken. Fast ebenso viele (39) fanden, die Ombudsstelle habe in der Öffentlichkeit das Vertrauen zu schaffen und aufrecht zu erhalten, dass eine unabhängige Instanz über die Verwaltung wache und sie zur Verantwortung ziehen könne. 41 Ombudsmänner sahen eine wichtige Aufgabe darin, Vorschläge zur Verbesserung von Mängeln geltender Gesetze und Verordnungen zu machen, vor allem um rechtsstaatlichen Prinzipien besser zum Durchbruch zu verhelfen. Dass das Rollenverständnis vieler Ombudsleute die Hilfe für den Einzelnen und die Vermittlung zwischen Bürgern und Verwaltung einschliesst, zeigt der Umstand, dass weit mehr als die Hälfte antworteten, sie würden schwer verständliche Verwaltungsentscheide erläutern, auch in Fällen, die nicht in ihren Zuständigkeitsbereich fielen, Ratschläge erteilen und manchmal versuchen, eine für den Bürger angemessenere Lösung zu erzielen, sogar wenn die Verwaltung nicht rechtswidrig oder unkorrekt gehandelt habe. Zahlreiche Ombudsstellen auf der ganzen Welt haben

<sup>13</sup> Auch wenn der Ombudsmann in Österreich als "Volksanwalt", in Spanien als "Defensor del Pueblo", in Quebec als "Protecteur du citoyen" und in italienischen Regionen als "Difensore civico" bezeichnet wird.

<sup>14</sup> LARRY HILL, *The Model Ombudsman*, Princeton 1976, S. 12: "client-centered but not antiadministration".

<sup>15</sup> HALLER (Anm. 12).

schon in einem Zeitpunkt als neutrale Mittler zwischen den zum runden Tisch eingeladenen Konfliktparteien gewirkt, in dem "Mediation" als alternatives Konfliktlösungsmodell zu herkömmlichen Streitschlichtungsverfahren noch nicht in aller Munde war und an Kursen unterrichtet wurde.<sup>16</sup> Parlamentarische Ombudsstellen sind für Mediation "mitunter wie geschaffen ...und können mit ihren hervorragenden institutionellen Rahmenbedingungen und den vorhandenen Strukturen ein fruchtbarer Boden für Mediation sein".<sup>17</sup> Es ist kein Zufall, dass Ombudsstellen in französischsprachigen Staaten fast immer die Amtsbezeichnung "Médiateur" tragen. Auch der Bürgerbeauftragte der EU wird im Französischen als "Médiateur" bezeichnet.

#### **IV. Der Ombudsmann des Kantons Zürich: Profilierung durch Adolf Wirth und Markus Kägi**

Über das "Anforderungsprofil" des kantonalen Ombudsmannes war sich der Kantonsrat bei der erstmaligen Besetzung der Stelle nicht im Klaren. In der Stellenausschreibung hatte man sich in der Rubrik "Erfordernisse" ein einziges Merkmal einfallen lassen, nämlich die "qualifizierte Persönlichkeit".<sup>18</sup> Umstritten war u.a., ob der Amtsinhaber ein Jurist sein müsse.<sup>19</sup> Schliesslich entschied sich der

<sup>16</sup> Vgl. zu den Überschneidungen zwischen der Mittlerfunktion vieler Ombudsstellen und der Mediation sensu technico KARINE SIEGWART, Ombudsstellen und Mediation, ZBI 103 (2002) 561 ff.; MARIO FLÜCKIGER, Médiateur ou critique? – Expériences d'un ombudsman au niveau communal, in: Parlament, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen, März 2002, S. 12 ff. ROLF STEINER hat in einer Diplomarbeit über Ombuds-Mediation (Oktober 2002) sehr prägnant die Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Ombuds- und Mediationsverfahren aufgezeigt.

<sup>17</sup> So STEINER (Anm. 16), S. 5.

<sup>18</sup> Amtsblatt des Kantons Zürich Nr. 9 vom 31.1.1978 (S. 56), unter dem Titel "Kantonale Verwaltung"!

<sup>19</sup> Im Tages-Anzeiger vom 21.1.1978 (S. 21) äusserte der Verfasser die Auffassung, das nur ein Spitzenjurist in Frage komme, wobei damals davon ausgegangen werden musste, dass im bescheidenen Stellenplan kein Platz für einen juristischen Sekretär vorhanden sei.

Kantonsrat mit der Wahl von Dr.ing.agr. Adolf Wirth für einen prominenten Politiker, der als Kantonsrat die Ombudsmann-Vorlage in wesentlichem Masse mitgestaltet hatte. Als Wirth nach 18-jähriger Tätigkeit zurücktrat, wählte das Kantonsparlament am 8. Juli 1996 wiederum einen bekannten Politiker zu seinem Nachfolger: Markus Kägi hatte bis kurz zuvor den Kantonsrat präsiert und war als Inhaber des Zürcher Notarpatentes schon vor seiner politischen Karriere rechtskundig gewesen.

In einem Bericht an den Kantonsrat äusserte sich Adolf Wirth im Rückblick eingehend zur Frage, ob der Ombudsmann Jurist sein müsse.<sup>20</sup> Dabei fand er, dass andere Eigenschaften mindestens ebenso wichtig seien wie ein juristischer Abschluss. Die Erfahrungen mit dem Ombudsmann des Kantons Zürich haben meines Erachtens klar gezeigt, dass ein "Nichtjurist" die Aufgabe eines parlamentarischen Ombudsmannes vorzüglich erfüllen kann, insbesondere wenn er sich als langjähriger Politiker fundierte Kenntnisse über die öffentliche Verwaltung angeeignet hat und zudem dank seiner natürlichen Autorität über ein grosses Durchsetzungsvermögen verfügt. Allerdings ist es unerlässlich, dass ausgebildete Juristinnen oder Juristen den Ombudsmann in seiner Tätigkeit unterstützen, wie dies seit Dezember 1981 bei der kantonalzürcherischen Ombudsstelle der Fall ist.

Der Umstand, dass die stadtzürcherische Ombudsstelle durch Juristen (Dres. Jacques Vontobel und Werner Moser) geprägt wurde, während auf kantonaler Ebene erfahrene Politiker die Institution gestalteten, hat sich in ihrem Verfahren, ihrem Stil und in den Tätigkeitsberichten niedergeschlagen. Während Jacques Vontobel ein Geschäft in aller Regel mit einem schriftlichen Schluss-

<sup>20</sup> Tätigkeitsbericht 1994, S. 9 f; vgl. auch ULLIN STREIFF im Tätigkeitsbericht 1995, S. 14.

bericht abschloss,<sup>21</sup> und sein Nachfolger Werner Moser zwar lange nicht immer, aber doch häufig schriftliche Berichte erstattet,<sup>22</sup> haben Adolf Wirth und Markus Kägi in keinem Jahr in mehr als 0,9 % der erledigten Geschäfte von der ihnen in § 93 lit. c VRG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, "nötigenfalls" eine schriftliche Empfehlung zuhanden der überprüften Behörde zu erlassen. Schon in seinem ersten Bericht an den Kantonsrat führte Adolf Wirth aus, wenn es dem Ombudsmann im direkten Gespräch nicht gelinge, die Verwaltung zur Änderung ihrer Auffassung zu bewegen, so nütze auch meist eine schriftliche Empfehlung nichts mehr; dennoch sei die Präventivwirkung dieser Möglichkeit nicht zu unterschätzen, da die überprüfte Amtsstelle in der Regel eine schriftliche Empfehlung umgehen möchte.<sup>23</sup>

Während die Jahresberichte der stadtzürcherischen Ombudsmänner regelmässig substanzielle juristische Erörterungen – nicht selten mit Zitaten belegt – enthalten, haben die kantonalen Ombudsmänner das Schwergewicht auf eine leserfreundliche, für die Allgemeinheit leicht verständliche Ausgestaltung mit kurz zusammengefassten Fallbeispielen gelegt. Die von Markus Kägi erstatteten Berichte sind in graphischer Hinsicht besonders ansprechend und sehr kurz.<sup>24</sup> Adolf Wirth pflegte ab 1986 im Anschluss an die Vorstellung des Tätigkeitsberichts an der Presse-

<sup>21</sup> Vgl. Bericht des stadtzürcherischen Ombudsmannes 1988, S. 25.

<sup>22</sup> Im Jahr 2001 wurden 230 (55,7%) Geschäftserledigungen detailliert schriftlich festgehalten: Bericht des stadtzürcherischen Ombudsmannes 2001, S. 17.

<sup>23</sup> Tätigkeitsbericht 1978/79, S. 15 f.; vgl. auch Tätigkeitsbericht 1981, S. 9; 1983, S. 8; 1988, S. 6. Ein besonders anschauliches Beispiel für den Einsatz dieses "schärfsten Mittels" findet sich im Tätigkeitsbericht 2001, Fall Nr. 14.

<sup>24</sup> Die Seitenzahlen der von Adolf Wirth verfassten Tätigkeitsberichte der Jahre 1978-1996 bewegen sich zwischen 42 (im Jahr 1981) und 56 (im Jahr 1995). Markus Kägi begnügt sich mit 30-35 Seiten. Besonders grosse Unterschiede in der Präsentation bestehen zwischen Markus Kägi und Werner Moser, während Adolf Wirth eher eine Annäherung an das Konzept seines stadtzürcherischen Kollegen Vontobel anstrebte.

konferenz ein Referat zu halten und in den folgenden Jahresbericht zu integrieren. Damit bereicherte er die Leserschaft mit Gedanken zu grundsätzlichen Problemen, z.B. "Von der Billigkeit im staatlichen Handeln",<sup>25</sup> "Der Bürger und sein Staat",<sup>26</sup> "Abbau der Staatsverdrossenheit – Möglichkeiten und Grenzen des parlamentarischen Ombudsmannes",<sup>27</sup> oder – heute leider wieder besonders aktuell – "Faires Verhalten des Staates trotz Sparzwang".<sup>28</sup> Markus Kägi hat seinerseits wiederholt ein Schwerpunktthema vertieft behandelt.<sup>29</sup>

Von Anfang an legte Adolf Wirth grosses Gewicht auf die *Beratung und Vermittlung*. Schon in seinem ersten Bericht an den Kantonsrat schrieb er, dass eine grosse Zahl derjenigen, die sich an ihn wandten, dies weniger als eigentliche Beschwerdeführer, denn als Hilfesuchende täten.<sup>30</sup> Das von Markus Kägi herausgegebene Merkblatt trägt den Titel "Der Ombudsmann des Kantons Zürich: Mittler zwischen Bürger und Verwaltung".

Allerdings ist die *Verwaltungskontrolle*, die neben der Rechtskontrolle eine Zweckmässigkeitsprüfung einschliesst, keineswegs nebensächlich. Die Aufgabe des Ombudsmannes besteht ja gerade darin zu prüfen, "ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren".<sup>31</sup> Diese Zielvorgabe des Gesetzgebers in Verbindung mit der Wahl durch die Volksvertretung und der Ausstattung mit umfassenden Auskunftsrechten schafft gute institutionelle Voraussetzungen, um in den meisten Fällen ohne formelle

<sup>25</sup> Tätigkeitsbericht 1987, S. 8 ff.

<sup>26</sup> Tätigkeitsbericht 1989, S. 8 ff.

<sup>27</sup> Tätigkeitsbericht 1991, S. 11 ff.

<sup>28</sup> Tätigkeitsbericht 1992, S. 8 ff.

<sup>29</sup> Besonders eindrücklich die Ausführungen zum Thema "Mobbing" im Tätigkeitsbericht 1997, S. 6 ff.

<sup>30</sup> Tätigkeitsbericht 1978/79, S. 7.

<sup>31</sup> Art. 89 VRG.

Ermahnungen Behörden und Amtsträger dazu zu bringen, einen Fehler oder eine unzulängliche Praxis zu korrigieren oder eine für den Bürger angemessenere Lösung zu treffen.

In erstaunlich vielen Fällen genügte es offenbar, dass der Ombudsmann im Sinne von Art. 93 lit. a VRG hilfesuchenden Beschwerdeführern einfach Rat für das weitere Verhalten erteilte.<sup>32</sup> Der Prozentsatz der Fälle, in denen die Angelegenheit eine Besprechung mit den Behörden erforderte, hat sich seit 1982 zwischen knapp 40 % (im Jahr 2001) und 56 % (im Jahr 1994) bewegt; vor der Erweiterung der Institution um eine juristische Sekretärin Ende 1981 und der damit verbundenen sorgfältigeren juristischen Prüfung der eingehenden Geschäfte war eine Kontaktnahme mit Behörden und Verwaltungsstellen häufiger notwendig gewesen.<sup>33</sup> Der Ombudsmann kann durch direktes Gespräch mit der Behörde bzw. Verwaltungsstelle "sehr oft im Sinne des Hilfesuchenden empfehlenden Einfluss nehmen".<sup>34</sup>

Die kleinräumigen Verhältnisse des Kantons Zürich ermöglichen einen engen Kontakt zwischen dem Ombudsmann und seinen "Klienten", der in einem grossflächigen Gemeinwesen undenkbar wäre. So gibt es nationale Ombudsmänner, die nur selten selber Beschwerdeführer sehen. Adolf Wirth und Markus Kägi haben jedes Jahr 250 bis gegen 400 Besucher empfangen. Es ist wichtig, dass "jeder Ratsuchende, der es wünscht und dessen Problem in den Zuständigkeitsbereich des Ombudsmannes fällt, von diesem zu einem persönlichen Gespräch empfangen wird".<sup>35</sup> Die leichte

<sup>32</sup> Die entsprechenden Zahlen schwanken – abgesehen vom Jahr 1979 (19,4 %) – zwischen 32,9 % (1980) und 59,8 % (2001).

<sup>33</sup> Tätigkeitsbericht 1982, S. 9 f.

<sup>34</sup> Tätigkeitsbericht 1978/79, S. 15.

<sup>35</sup> Tätigkeitsbericht 1982, S. 5.

Ansprechbarkeit des Ombudsmannes in Verbindung mit solchen persönlichen Kontakten ist besonders wichtig für sozial Benachteiligte, die leicht in die "Mühle" des als unheimlich und undurchsichtig empfundenen Staates geraten, oft von für sie existentiell wichtigen Verwaltungsentscheiden betroffen werden und kaum in der Lage sind, in rechtlich fassbarer Form auszu-drücken, wo sie der Schuh drückt. Freilich haben über die Jahre hinweg Personen aus allen sozialen Schichten die Dienste der Ombudsstelle beansprucht – ein Befund, der für fast sämtliche Staaten gilt, welche diese Institution kennen.

# Die Ombudsperson des Kantons Zürich und der Bürgerbeauftragte der Europäischen Union – Gemeinsamkeiten und Unterschiede

von Prof. Dr. Tobias Jaag<sup>1,2</sup>



## Inhaltsübersicht

### *I. Einleitung*

1. Ausgangspunkt
2. Die Ombudsperson des Kantons Zürich
3. Der Europäische Bürgerbeauftragte

### *II. Stellung und Organisation*

1. Wahl und Stellung
2. Organisation

### *III. Aufgaben*

1. Auftrag
2. Überprüfung der Behörden- und Verwaltungstätigkeit
  - a) Gegenstand der Untersuchungstätigkeit
  - b) Auslösung von Untersuchungen
  - c) Durchführung und Abschluss von Untersuchungen
3. Berichterstattung an das Parlament
4. Rechtsetzung

### *IV. Zusammenfassende Würdigung*

<sup>1</sup> Ord. Professor für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht, Universität Zürich

<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag entstand im Herbst 2002 während eines Forschungsaufenthalts am Institut d'Études Européennes der Université Libre de Bruxelles; ich danke der Institutsleitung für das gewährte Gastrecht. Meiner Assistentin lic. iur. ELIANE SCHLATTER danke ich für ihre kompetente Unterstützung. Prof. JAN HARDEN vom Büro des Europäischen Bürgerbeauftragten in Brüssel danke ich für ein aufschlussreiches Gespräch.

## I. Einleitung

### 1. Ausgangspunkt

Das Jubiläum der Ombudsstelle des Kantons Zürich bildet die willkommene Gelegenheit, die zürcherische Ombudsperson mit dem Bürgerbeauftragten der Europäischen Union zu vergleichen. Dies erfolgt nicht in der Meinung, dass auch in diesem Bereich ein autonomer Nachvollzug gemeinschaftsrechtlicher Regelungen in der Schweiz oder im Kanton Zürich erforderlich sei. Vielmehr geht es darum, die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu beleuchten und damit die Besonderheiten der Zürcher Ombudsstelle aufzuzeigen.

### 2. Die Ombudsperson des Kantons Zürich

Die Institution der Ombudsperson wurde im Kanton Zürich 1977 durch Ergänzung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes<sup>2</sup> eingeführt<sup>3</sup>. Die gesetzliche Regelung wurde durch einen Beschluss des Kantonsrates ergänzt, welcher organisatorische Fragen wie die

<sup>2</sup> §§ 87 ff. des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG) vom 24. Mai 1959 in der Fassung vom 25. September 1977, erneut geändert am 8. Juni 1997, 15. März 1998 und 27. September 1998 (LS 175.2). – Die ursprüngliche gesetzliche Bezeichnung war Ombudsmann; heute ist der offizielle Name Ombudsperson. Für das Amt ist die Bezeichnung Ombudsstelle vorzuziehen.

<sup>3</sup> Vgl. zur kantonalzürcherischen Ombudsstelle insbesondere ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, 852 ff.; ferner ALFRED KÖLZ, Zu Fragen der Zuständigkeit des kantonalzürcherischen Ombudsmannes, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 81/1980, 281 ff. Allgemein zur Institution des Ombudsmannes WALTER HALLER, Der Ombudsmann – Erfahrungen im Ausland, Folgerungen für die Schweiz, ZBl 73/1972, 177 ff., sowie WALTER HALLER, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Festschrift Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, 705 ff.

Besoldung der Ombudsperson und die Ausstattung der Kanzlei regelt<sup>4</sup>.

Der erste Zürcher Ombudsmann nahm seine Tätigkeit im Frühjahr 1978 auf. Er wurde 1996 durch den heutigen Amtsinhaber abgelöst. Beide bisherigen Amtsinhaber waren zuvor Mitglieder des Kantonsrates<sup>5</sup>.

Die Zuständigkeit der Zürcher Ombudsstelle erstreckt sich auf den Kanton Zürich mit rund einer Million Einwohnern und einer Verwaltung mit insgesamt rund 44'000 Angestellten<sup>6</sup>.

### 3. Der Europäische Bürgerbeauftragte

Die Institution des Bürgerbeauftragten der Europäischen Gemeinschaften<sup>7</sup> wurde 1992 mit dem Vertrag von Maastricht<sup>8</sup> durch Ergänzung des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft (EG-Vertrag) eingeführt<sup>9</sup>; sie ist jetzt auch in der Europäischen Grund-

<sup>4</sup> Beschluss des Kantonsrates über die Bestellung des kantonalen Ombudsmanns und seiner Kanzlei vom 30. Januar 1978 (LS 176.1), nachfolgend abgekürzt zitiert als Kantonsratsbeschluss (KRB). Es handelt sich um den im zürcherischen Recht seltenen Fall einer Parlamentsverordnung.

<sup>5</sup> Vgl. dazu die Homepage [www.ombudsmann.zh.ch](http://www.ombudsmann.zh.ch).

<sup>6</sup> Ombudsmann des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 2001, 4.

<sup>7</sup> Die offizielle deutsche Bezeichnung ist Europäischer Bürgerbeauftragter, der französische Name ist Médiateur européen, und auf englisch heisst er European Ombudsman.

<sup>8</sup> Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (Unionsvertrag, EUV; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften [ABl] C 191 vom 29.7.1992, 1 ff.).

<sup>9</sup> Art. 21 Abs. 2 und Art. 195 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (EG-Vertrag, EGV); vor der Neu Nummerierung des EG-Vertrags durch den Vertrag von Amsterdam handelte es sich um Art. 8d Abs. 2 und Art. 138e. – Zum Europäischen Bürgerbeauftragten besteht eine umfangreiche Literatur. Vgl. neben meist summarischen Hinweisen in den Lehrbüchern z.B. MARCEL HAAG, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Baden-Baden 1997-1999, Art. 138e; KATJA HEEDE, European Ombudsman: redress and control at Union level, The Hague u.a. 2000; IAN HARDEN, À l'écoute des griefs des citoyens de l'Union européenne: la mission du Médiateur européen, Revue du Droit de l'Union Européenne 2001, 573 ff., insb. 586 ff.

rechts-Charta verankert<sup>10</sup>. Gestützt auf eine entsprechende Ermächtigung im EG-Vertrag hat das Europäische Parlament mit Zustimmung des Rates eine Regelung über die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten erlassen<sup>11</sup>, welche durch Durchführungsbestimmungen des Bürgerbeauftragten ergänzt wird<sup>12</sup>. Der Europäische Bürgerbeauftragte wurde nach Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht erstmals 1995 gewählt und 1999 durch Wiederwahl in seinem Amt bestätigt; es handelt sich um einen früheren Ombudsmann von Finnland<sup>13</sup>. Er hat seinen Sitz beim Europäischen Parlament in Strassburg<sup>14</sup> und eine Vertretung in Brüssel.

Der Europäische Bürgerbeauftragte ist zuständig für die gesamte Europäische Union (EU). Das sind zur Zeit mit 15 Mitgliedstaaten rund 370 Millionen Einwohner und eine Verwaltung mit rund 30'000 Beamten. Nach den in den nächsten Jahren vorgesehenen Beitritten von zwölf weiteren Mitgliedstaaten wird die Einwohnerzahl auf rund 470 Millionen ansteigen, und zweifellos wird auch

<sup>10</sup> Art. 43 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (ABl C 364 vom 18.12.2000, 1 ff.).

<sup>11</sup> Art. 195 Abs. 4 EGV; Beschluss 94/262/EGKS, EG, Euratom des Europäischen Parlaments vom 9. März 1994 über die Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten (ABl L 113 vom 4.5.1994, 15 ff.), nachfolgend zitiert als Parlamentsbeschluss (BEP). Eine solche vom Europäischen Parlament – nach Anhörung der Kommission und mit Zustimmung des Rates – erlassene Regelung ist eine Rarität; vgl. HEEDE (FN 9), 17. Weitere Regelungen finden sich in Art. 177-179 der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments (ABl L 202 vom 2.8.1999, 1 ff.), nachfolgend zitiert als GO Parl.

<sup>12</sup> Entscheidung des Europäischen Bürgerbeauftragten über die Annahme von Durchführungsbestimmungen vom 8. Juli 2002, nachfolgend zitiert als Durchführungsbestimmungen (DBB). Der Text der Durchführungsbestimmungen ist nur auf der Homepage des Bürgerbeauftragten veröffentlicht.

<sup>13</sup> Vgl. dazu die Homepage [www.euro-ombudsman.eu.int](http://www.euro-ombudsman.eu.int). Vgl. zum Ernennungsverfahren Art. 177 GO Parl; zum langwierigen Verfahren von 1994/95 HEEDE (FN 9), 18 f.

<sup>14</sup> Art. 13 BEP.

die Zahl der Beamten zunehmen. Die Arbeit des Bürgerbeauftragten erfolgte in allen zwölf Vertragssprachen der EU<sup>15</sup>.

## II. Stellung und Organisation

### 1. Wahl und Stellung

a) Im *Kanton Zürich* wählt der Kantonsrat die Ombudsperson für eine Amtsdauer von vier Jahren<sup>16</sup>; Wiederwahl ist zulässig. Das Gesetz nennt keinerlei Anforderungen, welche die Ombudsperson erfüllen muss.

Das Amt der Ombudsperson ist unvereinbar mit der Mitgliedschaft im Kantonsrat und in einer Kirchensynode sowie mit jedem anderen Amt im Kanton, in einem Bezirk oder einer Gemeinde<sup>17</sup>. Obwohl das zürcherische Recht keine weiteren Bestimmungen über die *Unabhängigkeit* der Ombudsperson enthält, ist davon auszugehen, dass sie keinerlei Weisungen entgegennehmen und grundsätzlich auch keine andere Erwerbstätigkeit oder öffentliche Ämter ausüben darf<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Deutsch, französisch, italienisch, niederländisch, dänisch, englisch, finnisch, griechisch, irisch, portugiesisch, schwedisch und spanisch; Art. 21 Abs. 3 i.V.m. Art. 314 EGV; Art. 15 DBB. Mit den vorgesehenen Beitritten wird sich auch die Zahl der Sprachen stark erhöhen.

<sup>16</sup> § 87 Abs. 1 VRG. Bis 1999 war die Amtsdauer sechs Jahre.

<sup>17</sup> §§ 107 und 108 Ziff. 12 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (Wahlgesetz) vom 4. September 1983 (LS 161); KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (FN 3), § 87 N 3 f.

<sup>18</sup> Sinngemässe Anwendung von § 34 VRG und von § 53 Abs. 1 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 27. September 1998 (Personalgesetz, PG; LS 177.10) gemäss Ziff. IV Abs. 2 KRB. Es wäre gerechtfertigt, dies ausdrücklich gesetzlich festzuhalten. Vgl. zur Frage der Nebenbeschäftigung auch KÖLZ (FN 3), 291; WALTER HALLER, Besetzung von Vollämtern im Job-Sharing? Fallstudie: Kanton Zürich, ZBL 98/1997, 193 ff., 201 f.

*Besoldungsmässig* ist die Zürcher Ombudsperson ähnlich wie die Mitglieder des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts eingereiht<sup>19</sup>.

Wie für die übrigen Organe des Kantons gibt es keine Möglichkeit, die Ombudsperson *abzuberufen*.

b) Der *Europäische Bürgerbeauftragte* wird durch das Europäische Parlament auf fünf Jahre ernannt; Wiederernennung ist zulässig<sup>20</sup>. Der Bürgerbeauftragte muss Unionsbürger sein, die bürgerlichen Ehrenrechte besitzen, Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in seinem Heimatstaat "die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder anerkanntermassen über die Erfahrung und Befähigung zur Wahrnehmung der Aufgaben eines Bürgerbeauftragten verfügen"<sup>21</sup>.

Der Bürgerbeauftragte hat sein Amt in völliger *Unabhängigkeit* auszuüben. Er darf bei der Erfüllung seiner Pflichten von keiner Stelle Anweisungen anfordern oder entgegennehmen und während seiner Amtszeit keine andere entgeltliche oder unentgeltliche Berufstätigkeit ausüben. Er hat bei Amtsantritt vor dem Europäischen Gerichtshof eine entsprechende feierliche Erklärung abzugeben<sup>22</sup>.

*Status und Besoldung* des Bürgerbeauftragten entsprechen jenen der Richterinnen und Richter am Europäischen Gerichtshof<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Ziff. IV Abs. 1 KRB; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (FN 3), § 87 N 5.

<sup>20</sup> Art. 195 Abs. 2 i.V.m. Art. 190 Abs. 3 EGV.

<sup>21</sup> Art. 6 Ziff. 2 BEP.

<sup>22</sup> Art. 195 Abs. 3 EGV; Art. 9 und 10 BEP.

<sup>23</sup> Art. 10 Ziff. 2 BEP.

Der Bürgerbeauftragte kann auf Antrag des Europäischen Parlaments vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) *seines Amtes enthoben* werden, wenn er die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt oder eine schwere Verfehlung begangen hat<sup>24</sup>.

## 2. Organisation

Im *Kanton Zürich* gibt es für die Ombudsperson eine Stellvertreterin, welche allerdings nur dann zum Einsatz kommt, wenn die Ombudsperson ihre Obliegenheiten nicht rechtzeitig erfüllen kann<sup>25</sup>. Der Ombudsstelle stehen je zwei juristische und administrative Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf drei Stellen zur Verfügung<sup>26</sup>. Die Organisation der Kanzlei und die Auswahl des Personals obliegen der Ombudsperson<sup>27</sup>.

Für den *Europäischen Bürgerbeauftragten* sieht weder der EG-Vertrag noch der Beschluss des Europäischen Parlaments eine Stellvertretung vor. Diese erfolgt durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bürgerbeauftragten. Sein Team setzt sich aus insgesamt rund 30 Personen zusammen, die er ernennt; rund die Hälfte davon sind Juristinnen und Juristen. In Angelegenheiten seines Personals ist der Bürgerbeauftragte den Organen der Europäischen Gemeinschaft gleichgestellt<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Art. 195 Abs. 2 Unterabsatz (UAbs.) 2 EGV; Art. 178 GO Parl. Dies entspricht der Regelung für die Mitglieder der Kommission, welche unter den gleichen Voraussetzungen auf Antrag des Rates oder der Kommission ebenfalls durch den EuGH ihres Amtes enthoben werden können; Art. 216 EGV.

<sup>25</sup> § 87 Abs. 1 und 2 VRG; Ziff. II KRB.

<sup>26</sup> Ziff. III KRB.

<sup>27</sup> § 88 VRG.

<sup>28</sup> Art. 11 BEP. Im Übrigen gilt der Bürgerbeauftragte nicht als Gemeinschaftsorgan; die Organe der EG sind gemäss Art. 7 Abs. 1 EGV das Parlament, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof sowie der Rechnungshof. Vgl. dazu den Entscheid des Gerichts erster Instanz vom 22. Mai 2002, T-103/99, Sammlung der Rechtsprechung (Slg.) 2000 II-4165 ff., Erw. 43 ff.

### III. Aufgaben

#### 1. Auftrag

Der gesetzliche Auftrag der Zürcher Ombudsperson besteht darin zu prüfen, "ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren"<sup>29</sup>. Der Europäische Bürgerbeauftragte soll dazu beitragen, "Missstände bei der Tätigkeit der Organe und Institutionen der Gemeinschaft aufzudecken und Empfehlungen im Hinblick auf ihre Abstellung zu geben"<sup>30</sup>. Diese Umschreibungen rücken das institutionelle Anliegen der Sicherstellung einer ordnungsgemässen Behörden- und Verwaltungstätigkeit ins Zentrum. Daneben geht es auch um das mehr individuelle Anliegen, einzelnen Bürgern in Auseinandersetzungen mit Behörden fachliche Unterstützung zu bieten und gemeinsam mit der betroffenen Amtsstelle und dem Bürger eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Die Ombudspersonen erfüllen somit eine doppelte Funktion: *Kontrolle und Vermittlung*<sup>31</sup>.

#### 2. Überprüfung der Behörden- und Verwaltungstätigkeit

##### a) Gegenstand der Untersuchungstätigkeit

Im *Kanton Zürich* erstreckt sich die Überprüfungsbefugnis der Ombudsperson auf alle Behörden und Ämter des Kantons und der Bezirke, einschliesslich der unselbständigen und der selbständigen

<sup>29</sup> § 89 Abs. 1 VRG.

<sup>30</sup> Art. 2 Ziff. 1 BEP.

<sup>31</sup> Vgl. HALLER, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen (FN 3), 710.

kantonalen Anstalten mit Ausnahme der Zürcher Kantonalbank und der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich<sup>32</sup>. Nicht erfasst von der Tätigkeit der zürcherischen Ombudsstelle sind die Gemeindebehörden und -verwaltungen<sup>33</sup>, der Kantonsrat und die Kirchensynoden sowie die Behörden mit richterlicher Unabhängigkeit, ausser für die Justizverwaltung. Generell ausgenommen von der Überprüfung sind die Tätigkeiten der Behörden im Bereich der Vorbereitung, des Erlasses, der Änderung, Aufhebung und Genehmigung allgemeinverbindlicher Anordnungen<sup>34</sup> sowie im Bereich von Rechtsmittelverfahren, ausser bei Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und anderen Verletzungen von Amtspflichten<sup>35</sup>.

Untersuchungsgegenstand des *Europäischen Bürgerbeauftragten* bilden Misstände bei der Tätigkeit der Organe oder Institutionen der Europäischen Gemeinschaften mit Ausnahme des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz in Ausübung ihrer Rechtsprechungsbefugnisse<sup>36</sup>. Erfasst werden somit die Kommission, der Rat, das Parlament, die Gerichte (nur Justizverwaltung), der Rechnungshof, die Europäische Zentralbank und die Europäische Investitionsbank sowie weitere dezentralisierte Verwaltungseinheiten<sup>37</sup>. Die Zuständigkeit des Bürgerbeauftragten erstreckt sich auch auf den Bereich der "dritten Säule" der Europäischen Union, das heisst auf die polizeili-

<sup>32</sup> § 89 Abs. 2 VRG.

<sup>33</sup> Dazu KÖLZ (FN 3), 290 ff.; Ombudsmann des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 1999, 10 f.

<sup>34</sup> Dazu KÖLZ (FN 3), 281 ff.

<sup>35</sup> § 90 VRG.

<sup>36</sup> Art. 195 Abs. 1 UAbs. 1 EGV.

<sup>37</sup> Darunter fallen beispielsweise die Europäische Umweltagentur und das Europäische Zentrum für die Förderung der Berufsausbildung; vgl. HARDEN (FN 9), 606 f.

che und justitielle Zusammenarbeit in Strafsachen<sup>38</sup>. Nicht zuständig ist der Bürgerbeauftragte dagegen im Bereich der "zweiten Säule" (Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik, GASP)<sup>39</sup>. Ausgeschlossen von der Überprüfung sind überdies sämtliche Sachverhalte, die Gegenstand eines laufenden oder abgeschlossenen Gerichtsverfahrens bilden<sup>40</sup>. Nicht in den Aufgabenbereich des Europäischen Bürgerbeauftragten fällt sodann die Tätigkeit der Behörden und Verwaltungen der Mitgliedstaaten, selbst wenn sie Gemeinschaftsrecht anwenden<sup>41</sup>.

### b) Auslösung von Untersuchungen

Gemäss *zürcherischem Recht* wird die Ombudsperson auf Beschwerde eines an der Überprüfung rechtlich oder tatsächlich Interessierten hin tätig; abgesehen vom rechtlichen oder tatsächlichen Interesse muss der Beschwerdeführer keine Voraussetzungen erfüllen. Die Ombudsperson kann auch von Amtes wegen Untersuchungen durchführen<sup>42</sup>.

Ähnlich sieht das *europäische Recht* vor, dass der Bürgerbeauftragte im Rahmen seines Auftrags von sich aus oder aufgrund von Beschwerden, die ihm unmittelbar oder über ein Mitglied des Europäischen Parlaments zugehen, Untersuchungen durchführt,

<sup>38</sup> Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 ff. EUV; HARDEN (FN 9), 605 f.

<sup>39</sup> Art. 28 Abs. 1 EUV e contrario. Vgl. dazu auch HEEDE (FN 9), 20 ff., 47 ff.

<sup>40</sup> Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 EGV; Art. 1 Ziff. 3 BEP.

<sup>41</sup> HARDEN (FN 9), 607 f.

<sup>42</sup> § 91 VRG.

welche er für gerechtfertigt hält<sup>43</sup>. Nach Gemeinschaftsrecht muss eine Beschwerde innert zwei Jahren vom Zeitpunkt an eingereicht werden, an welchem der Beschwerdeführer vom entsprechenden Sachverhalt Kenntnis erhalten hat; überdies muss er zuvor "die geeigneten administrativen Schritte" bei der betroffenen Behörde unternommen haben<sup>44</sup>.

*Untersuchungen von Amtes wegen* bilden im Kanton Zürich und in der EU die Ausnahme<sup>45</sup>.

Ombudsperson und Bürgerbeauftragter entscheiden *nach freiem Ermessen*, ob und wie sie eine Untersuchung durchführen<sup>46</sup>. Bürgerinnen und Bürger haben zwar Anspruch darauf, dass die Ombudsperson auf eine zulässige Beschwerde eintritt<sup>47</sup>; dieser

<sup>43</sup> Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 EGV.

<sup>44</sup> Art. 2 Ziff. 4 BEP.

<sup>45</sup> Gemäss den Tätigkeitsberichten des Ombudsmannes des Kantons Zürich der letzten vier Jahre (1998-2001) hat er von den gut 600 Verfahren pro Jahr zwischen 1 und 4% von Amtes wegen eingeleitet; die übrigen Fälle gingen zurück auf Beschwerden von Privaten (ca. 65%), von Staatspersonal (25-30%), von juristischen Personen (2-4%) und vereinzelte von Gemeinden. Beim Europäischen Bürgerbeauftragten gingen in den letzten drei Jahren (1999-2001) je zwischen 1500 und 2000 Beschwerden ein; lediglich insgesamt zehn Verfahren eröffnete er von Amtes wegen. Vgl. die statistischen Angaben im Anhang zu den Jahresberichten des Bürgerbeauftragten 1999, 299 ff., 2000, 249 ff., und 2001, 275 ff.

<sup>46</sup> In den letzten drei Jahren fehlte dem Europäischen Bürgerbeauftragten in über 70% der Fälle die Zuständigkeit, insbesondere weil sich die Beschwerden nicht gegen Organe oder Institutionen der EG richteten. Auf weitere rund 10% konnte er nicht eintreten, weil die Beschwerde Voraussetzungen nicht erfüllt waren (anonyme Beschwerden, Fehlen vorgängiger verwaltungsinterner Abklärungen, usw.). Behandelt wurden 250-300 Fälle pro Jahr, von welchen 200-250 zu einer Untersuchung führten. In rund der Hälfte dieser Untersuchungen wurden Fehler seitens der Verwaltung festgestellt. Quellen wie in FN 45.

<sup>47</sup> Für den Europäischen Bürgerbeauftragten ergibt sich das aus Art. 21 Abs. 2 EGV.

Anspruch ist allerdings nicht gerichtlich durchsetzbar<sup>48</sup>. Oft erledigt sich das Verfahren mit der Orientierung des Betroffenen über die Rechtslage oder mit der Beratung über sein Vorgehen.

### c) Durchführung und Abschluss von Untersuchungen

Sowohl nach zürcherischem als auch nach europäischem Recht hat die Ombudsperson den Sachverhalt *von Amtes wegen* abzuklären<sup>49</sup>. Die Behörden, mit denen sich die Ombudsperson befasst, sind ihr zur Auskunft und zur Vorlage der Akten verpflichtet; in der EU können sie sich allerdings stärker als im Kanton Zürich auf ihre Geheimhaltungspflichten berufen<sup>50</sup>. Ombudsperson und Bürgerbeauftragter sind gegenüber Dritten und dem Beschwerdeführer im gleichen Mass zur Geheimhaltung verpflichtet wie die betreffenden Behörden<sup>51</sup>. Der Europäische Bürgerbeauftragte hat

<sup>48</sup> Das Gericht erster Instanz am Europäischen Gerichtshof ist auf eine Untätigkeitsklage gegen den Bürgerbeauftragten nicht eingetreten, unter anderem weil dieser in Art. 232 EGV nicht als Organ aufgeführt ist, gegen das Klage geführt werden kann; Entscheid T-103/99 vom 22. Mai 2000, Slg. 2000 II-4165 ff., Erw. 46. Desgleichen kann auch ein Erledigungsentscheid des Bürgerbeauftragten nicht angefochten werden (Art. 230 EGV). Dagegen ist es nach heutigem Stand der Rechtsprechung möglich, gegen den Bürgerbeauftragten Schadenersatzklage zu erheben; Urteil T-209/00 vom 10. April 2002, Slg. 2002 II-2203 ff., Erw. 48 ff. Damit hätten die Gerichte doch die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit der Handlungen des Bürgerbeauftragten zu überprüfen. Der Bürgerbeauftragte hat dieses Urteil des Gerichts erster Instanz an den Europäischen Gerichtshof (EuGH) weitergezogen, obwohl die Klage in der Sache abgewiesen wurde; nach seiner Auffassung hätte darauf nicht eingetreten werden dürfen (ABl C 180 vom 27.7.2002, 19 f.). Der EuGH hat noch nicht entschieden.

<sup>49</sup> § 92 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 VRG; Art. 3 Ziff. 1 BEP.

<sup>50</sup> § 92 Abs. 2 VRG; Art. 3 Ziff. 2 und 3 BEP. In dieser Frage waren sich Kommission und Rat einerseits und Parlament andererseits beim Erlass der Regelung nicht einig; vgl. HEEDE (FN 9), 17 f. Zur Zeit ist eine Revision des Parlamentsbeschlusses im Gang, die zu einer Lockerung der Geheimhaltungsvorschriften gegenüber dem Bürgerbeauftragten führen soll; Jahresbericht 2001 des Bürgerbeauftragten, 24.

<sup>51</sup> § 92 Abs. 4 VRG; Art. 4 Ziff. 1 BEP.

das Parlament in Kenntnis zu setzen, wenn ihm die gewünschte Unterstützung nicht geleistet wird; das Parlament hat dann die geeigneten Schritte zu unternehmen<sup>52</sup>.

Der Ombudsperson und dem Bürgerbeauftragten kommen *keine Entscheidungsbefugnisse* zu. Das *zürcherische Recht* hält ausdrücklich fest, dass die Ombudsperson nicht befugt ist, Anordnungen zu treffen. Dagegen kann sie dem Beschwerdeführer Rat für sein weiteres Verhalten erteilen, die Angelegenheit mit den Behörden besprechen und nötigenfalls eine schriftliche Empfehlung zu Händen der überprüften Behörde erlassen. Eine solche Empfehlung geht auch an die vorgesetzte Verwaltungsstelle, den Beschwerdeführer und nach Ermessen der Ombudsperson an weitere Beteiligte sowie an andere daran interessierte kantonale Behörden<sup>53</sup>.

Der *Europäische Bürgerbeauftragte* hat, wenn er einen Missstand feststellt, das betreffende Organ oder die Institution damit zu befassen. Er versucht, eine gütliche Regelung zwischen Bürger und Organ zu erreichen. Gelingt dies nicht, kann er dem betroffenen Organ Entwürfe zu Empfehlungen unterbreiten. Der betroffenen Stelle steht eine Frist von drei Monaten zur Verfügung, um dem Bürgerbeauftragten eine begründete Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Empfehlungen zu übermitteln. Der Bürgerbeauftragte schliesst den Fall mit einer begründeten "Entscheidung" ab<sup>54</sup>. Wenn er Missstände festgestellt hat, legt er dem Europäischen Parlament und dem betreffenden Organ einen Bericht vor, allenfalls mit Empfehlungen. Der Beschwerdeführer wird über das Ergebnis unterrichtet<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Art. 3 Ziff. 4 BEP

<sup>53</sup> § 93 VRG.

<sup>54</sup> Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen Bericht zuhanden des Beschwerdeführers und des beteiligten Organs, in welchem der Sachverhalt und dessen Würdigung durch den Bürgerbeauftragten dargelegt werden und welcher das Verfahren abschliesst (Art. 6.2 und 6.3 DBB); vgl. dazu HARDEN (FN 9), 598 ff.

<sup>55</sup> Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 EGV; Art. 3 Ziff. 5-8 BEP; Art. 6-8 DBB.

Die Inanspruchnahme der zürcherischen Ombudsstelle und des Europäischen Bürgerbeauftragten ist *unentgeltlich*<sup>56</sup>.

### 3. Berichterstattung an das Parlament

Sowohl die Zürcher Ombudsperson als auch der Bürgerbeauftragte der EU sind verpflichtet, dem Parlament jährlich über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten<sup>57</sup>. Der Bürgerbeauftragte hat daneben über die Ergebnisse seiner Untersuchungen Spezialberichte abzuliefern, falls er Missstände aufdeckt<sup>58</sup>. Gestützt auf die Berichte der Ombudspersonen können die Parlamente die sich aufdrängenden Massnahmen beschliessen.

### 4. Rechtsetzung

a) Das *zürcherische Recht* überträgt der Ombudsperson keinerlei Rechtsetzungskompetenzen. Immerhin kann und soll sie in ihren Berichten an den Kantonsrat auf Mängel in der Gesetzgebung hinweisen<sup>59</sup>; auf diesem Weg kann sie mittelbar auf die Rechtsetzung Einfluss nehmen. Im Rahmen der laufenden Totalrevision der Kantonsverfassung hat der Ombudsmann zur Institution der Ombudsperson in der neuen Kantonsverfassung Stellung genommen<sup>60</sup>.

b) Der Beschluss des Europäischen Parlaments auferlegt dem *Bürgerbeauftragten*, die Durchführungsbestimmungen zu diesem

<sup>56</sup> § 94 VRG; für den Bürgerbeauftragten ist das soweit ersichtlich nirgends ausdrücklich statuiert.

<sup>57</sup> § 87 Abs. 3 VRG; Art. 195 Abs. 1 UAbs. 3 EGV.

<sup>58</sup> Art. 195 Abs. 1 UAbs. 2 EGV; Art. 3 Ziff. 7 BEP. Ein solcher Bericht kann nicht gerichtlich angefochten werden; Entscheid T-103/99 des Gerichts erster Instanz vom 22. Mai 2000, Slg. 2000 II-4165 ff., Erw. 49 ff.

<sup>59</sup> KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (FN 3), § 87 N 9.

<sup>60</sup> Tätigkeitsbericht 1999, 6 ff.

Beschluss zu erlassen<sup>61</sup>. Die Durchführungsbestimmungen regeln das Verfahren für die Untersuchungen des Bürgerbeauftragten mit Rechten und Pflichten der betroffenen Bürger und Stellen im Detail.

Daneben hat der Bürgerbeauftragte gestützt auf seine Untersuchungen den Entwurf für einen *Europäischen Kodex für gute Verwaltungspraxis* ausgearbeitet und dem Europäischen Parlament vorgelegt<sup>62</sup>. Der Kodex beinhaltet eine Art Verwaltungsverfahrensdienordnung und dient der Konkretisierung des Rechts auf eine gute Verwaltung, wie es in Art. 41 der Grundrechts-Charta der Europäischen Union verankert ist<sup>63</sup>. Das Parlament hat diesen Kodex im Herbst 2001 verabschiedet. Da das Parlament ohne entsprechende Ermächtigung nicht selbständig Rechtserlasse beschliessen kann, hat es die Kommission aufgefordert, einen Vorschlag zu einer Verordnung vorzulegen, welche den Kodex für gute Verwaltungspraxis beinhaltet<sup>64</sup>. Bis zum Erlass einer entsprechenden Verordnung kommt dem Kodex keine Rechtsverbindlichkeit zu; das schliesst indessen nicht aus, dass er als Massstab für die Beurteilung der Tätigkeiten der Stellen durch den Bürgerbeauftragten herangezogen wird.

Im *Konvent*, der zur Zeit die Grundlagen für die Regierungskonferenz 2004 vorbereitet und einen Vorschlag für einen konsolidier-

<sup>61</sup> Art. 14 BEP. Vgl. vorn FN 12.

<sup>62</sup> Vgl. dazu Jahresbericht 2001 des Europäischen Bürgerbeauftragten, 19.

<sup>63</sup> Dieser Artikel wurde auf Vorschlag des Bürgerbeauftragten in die Charta aufgenommen; vgl. dazu JOSÉ MARTINEZ SORIA, Die Kodizes für gute Verwaltungspraxis, *Europarecht* 2001, 682 ff., 688; HARDEN (FN 9), 614 f. – Allgemein zur Rechtsetzungstätigkeit des Bürgerbeauftragten PETER GJERLOEFF BONNOR, *The European Ombudsman: a novel source of soft law in the European Union*, *European Law Review* 25/2000, 39 ff.

<sup>64</sup> Art. 192 Abs. 2 EGV räumt dem Parlament die Befugnis ein, mit der Mehrheit seiner Mitglieder die Kommission aufzufordern, Vorschläge zum Erlass von Gemeinschaftsakten zu machen. Grundlage für den Erlass einer solchen Verordnung wäre Art. 308 EGV. Zuständig ist auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments der Rat, der einstimmig beschliessen muss.

ten Verfassungsvertrag ausarbeitet, ist der Bürgerbeauftragte offizieller Beobachter.

#### IV. Zusammenfassende Würdigung

Ein Vergleich zwischen der Zürcher Ombudsperson und dem Bürgerbeauftragten der Europäischen Union zeigt, dass die beiden Institutionen *sehr ähnlich konzipiert* sind. Die Amtsträger werden durch das Parlament gewählt und sind diesem verantwortlich, sind im Übrigen aber von diesem und von den anderen Staatsorganen und Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie führen gestützt auf Bürgerbeschwerden oder – selten – von Amtes wegen Untersuchungen durch und haben entsprechende Untersuchungsbefugnisse gegenüber den Behörden und Verwaltungsstellen, deren Tätigkeit Gegenstand der Untersuchung bildet. Entscheidungsbefugnisse kommen weder der Zürcher Ombudsperson noch dem Europäischen Bürgerbeauftragten zu; sie können lediglich die Beschwerdeführer beraten, zwischen Behörde und Beschwerdeführer vermitteln sowie den betroffenen Behörden und dem Parlament Bericht erstatten und allenfalls Empfehlungen abgeben. Anders als die zürcherische Ombudsperson hat der Bürgerbeauftragte der EU auch gewisse Rechtsetzungskompetenzen.

Immerhin gibt es auch einige interessante *Unterschiede*. Ins Auge sticht insbesondere die unterschiedliche *rechtssatzmässige Regelung*. Zu Recht hat der Europäische Bürgerbeauftragte seine Rechtsgrundlage im primären Gemeinschaftsrecht, in der "Verfassung" der Europäischen Union. Demgegenüber ist die Ombudsstelle des Kantons Zürich bis heute lediglich auf Gesetzesstufe verankert; das wird der Bedeutung der Ombudsperson nicht gerecht<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> Kritisch dazu auch KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (FN 3), Vorbemerkungen zu §§ 87-94, N 11. Die verfassungsrechtliche Grundlage für die Ombudsperson soll im Rahmen der laufenden Totalrevision der Kantonsverfassung geschaffen werden. Vgl. dazu auch Ombudsmann des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 1999, 7 ff.

Interessant ist auch die *gesetzssystematische Einordnung*. Die Regelung über die zürcherische Ombudsperson findet sich im Verwaltungsrechtspflegegesetz; damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Ombudsperson ein Organ der Verwaltungsrechtspflege ist. Der Artikel über den Europäischen Bürgerbeauftragten findet sich im EG-Vertrag im Abschnitt über das Europäische Parlament; damit erscheint er als ein Organ des Parlaments. Beide Zuordnungen verkennen meines Erachtens die Funktion und Stellung einer Ombudsperson. Diese übt weder im Kanton Zürich noch in der Europäischen Union eine Rechtsprechungsfunktion aus. Vielmehr ist sie ein eigenständiges *Organ der Verwaltungskontrolle*. Auch wenn das Parlament die Ombudsperson wählt und sie dem Parlament gegenüber rechenschaftspflichtig ist, ist sie doch nicht ein parlamentarisches Organ<sup>66</sup>. Korrekterweise müsste deshalb der Bürgerbeauftragte in einem eigenen Abschnitt des EG-Vertrags auf der gleichen Stufe wie das Europäische Parlament, der Rat, die Kommission, der Gerichtshof und der Rechnungshof geregelt sein. Im Kanton Zürich müsste für die Ombudsstelle ein eigener Erlass ausserhalb des Verwaltungsrechtspflegegesetzes geschaffen werden<sup>67</sup>.

Dieser Unterschied in der systematischen Zuordnung findet auch in der Ausgestaltung der *Aufgaben der Ombudspersonen* Niederschlag. Beim Bürgerbeauftragten der EU scheint das institutionelle Anliegen der Verwaltungskontrolle neben der individuellen Unterstützung von Bürgerinnen und Bürgern ein grösseres Gewicht zu haben als bei der Zürcher Ombudsstelle. Das kommt einerseits in den Bemühungen des Bürgerbeauftragten um den

<sup>66</sup> Ebenso KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (FN 3), Vorbemerkungen zu §§ 87-94, N 12; HAAG (FN 9), N 4.

<sup>67</sup> Ebenso Ombudsmann des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht 1999, 9 f.

Kodex für gute Verwaltungspraxis und andererseits in seiner stärkeren Berichterstattungspflicht zum Ausdruck<sup>68</sup>.

Daneben sind vor allem die *faktischen Unterschiede* zwischen der Zürcher Ombudsstelle und dem Europäischen Bürgerbeauftragten von Bedeutung, insbesondere die Tatsache, dass die Zürcher Ombudsperson für ca. eine Million, der Europäische Bürgerbeauftragte für rund 370 und bald für 470 Millionen Bürgerinnen und Bürger die Anlaufstelle bildet. Damit hängt auch die – allerdings keineswegs proportional – grössere Geschäftslast und die bessere personelle Ausstattung des Europäischen Bürgerbeauftragten zusammen.

Ein *Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union* hätte nicht zur Folge, dass die Zürcher Ombudsperson ihre Aufgabe verlieren würde. Da der Europäische Bürgerbeauftragte lediglich für die Kontrolle der Organe und Verwaltungsstellen auf Gemeinschaftsebene zuständig ist, sind die Ombudsleute und Bürgerbeauftragten in den Mitgliedstaaten auf nationaler und lokaler Ebene nicht überflüssig geworden, sondern weiterhin aktiv. Der Zürcher Ombudsmann müsste also im Fall eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Union nicht um seine Stellung bangen; vielmehr würde ihm damit eine Aufstiegsmöglichkeit auf europäischer Ebene eröffnet.

<sup>68</sup> Der Bürgerbeauftragte hat dem Parlament in den letzten Jahren mehrere Spezialberichte erstattet, und sein Jahresbericht umfasst jeweils zwischen 250 und 300 Seiten, gegenüber 30-35 Seiten beim Zürcher Ombudsmann. Die Berichte des Bürgerbeauftragten werden in der Petitionskommission des Europäischen Parlaments beraten und führen mitunter zu Resolutionen des Parlaments.

# Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe

von PD Dr. iur. Isabelle Häner<sup>1</sup>



## I. Ausgangslage

Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson stellen sich verschiedene Fragen, auf welche nachstehend eingegangen werden soll. Folgende Fälle sollen dabei zum Ausgangspunkt genommen werden:

- Die Ombudsperson hat in einem Fall anlässlich einer Besprechung mit den Verwaltungsbehörden verschiedene Akten erhalten, die – würde die beschwerdeführende Person diese kennen – den Konflikt verschärfen statt lösen würden. Vor allem wird in den Akten der Vorwurf erhoben, der Beschwerdeführer verhalte sich "sektiererisch". Die Ombudsperson will die von der Verwaltung ausgehändigten Akten deshalb nicht offen legen.
- In einem Kündigungsverfahren hat die beschwerdeführende Person zuerst die Ombudsperson angerufen und ihr auch Akten ausgehändigt. Die Arbeitgeberin, eine der kantonalen Direktionen, will die Akten nach Abschluss des Verfahrens vor der Ombudsperson bei dieser anfordern.
- Die Ombudsperson wird von einer Verwaltungsbehörde, die nicht in das Beschwerdeverfahren vor der Ombudsperson involviert war, ersucht, die Akten herauszugeben.
- In einem Verfahren benötigt die Ombudsperson Akten von der IV. Die IV ist nicht in das Verfahren involviert und weigert sich, diese herauszugeben.

<sup>1</sup> Rechtsanwältin und Partnerin bei Bratschi Emch & Partner, Privatdozentin an der Universität Zürich für Staats- und Verwaltungsrecht, Präsidentin des Zürcher Verfassungsrates

Es soll nachfolgend unterschieden werden zwischen dem Akteneinsichtsrecht der im Beschwerdeverfahren Beteiligten sowie der Amtshilfe, wenn eine dritte Amtsstelle die Zustellung der Akten verlangt, oder umgekehrt die Ombudsperson für ihr Verfahren Akten einer dritten Amtsstelle benötigt. Dabei soll als Erstes auf die Funktion und Stellung der Ombudsperson im Kanton Zürich eingegangen werden.

## II. Funktion der Ombudsperson im Kanton Zürich

Da die Ombudsperson weder rechtsetzende noch rechtsprechende Funktion ausübt und auch nicht der Verwaltung zugeordnet werden kann, wird sie zuweilen auch als Staatsorgan "sui generis" bezeichnet<sup>2</sup>. Die Ombudsperson kann denn auch keine Verwaltungsakte erlassen oder solche aufheben<sup>3</sup>. Vielmehr kann sie nur vermittelnd oder informierend eingreifen<sup>4</sup>. Ihre Funktion ist dreifacher Natur, wobei die *einzelnen* Rechtsordnungen die Gewichtung der verschiedenen Funktionen je unterschiedlich vornehmen können. Einerseits dient die Ombudsfunktion dem Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der Verwaltung. Andererseits soll die Ombudsfunktion auch die parlamentarische Kontrolle über die Verwaltung verstärken. Schliesslich dient die Ombudsfunktion der Kontrolle der Rechtmässigkeit der Verwaltung, was wiederum die Rechtsschutzfunktion verstärkt<sup>5</sup>.

Im Kanton Zürich steht die Rechtsschutzfunktion im Vordergrund. Die Ombudsperson ist zwar dem Parlament unterstellt<sup>6</sup> und kann

<sup>2</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, Vorbem. zu §§ 87-94, Rz. 1 ff.

<sup>3</sup> § 93 VRG (Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24. Mai 1959, LS 175.2).

<sup>4</sup> Nach § 93 VRG kann die Ombudsperson dem Beschwerdeführer Rat für das weitere Verhalten erteilen, die Angelegenheit mit der Behörde besprechen und nötigenfalls schriftliche Empfehlungen erlassen.

<sup>5</sup> Häfelin/Müller, Rz. 82.

<sup>6</sup> § 87 VRG.

auch von sich aus tätig werden<sup>7</sup>. Indessen überwiegen in der praktischen Tätigkeit bei weitem die Fälle, in welchen die Ombudsperson auf Beschwerde hin eine Untersuchung einleitet<sup>8</sup>.

Die Ombudsperson überprüft das Verwaltungshandeln auf seine Rechtmässigkeit, Angemessenheit sowie Korrektheit<sup>9</sup>. Die Kognition der Ombudsperson ist somit umfassend.

Die Ombudsperson ist in ihrer Tätigkeit darauf ausgerichtet, einen Ausgleich zwischen der Staatsmacht, die durch die Verwaltungsbehörde ausgeübt wird, und dem Einzelnen herbeizuführen. Insofern ist die Ombudsperson nicht nur Anwältin der betroffenen Privaten, sondern gleichermassen Mittlerin<sup>10</sup>. Demgemäss wird die Funktion der Ombudsperson dahingehend umschrieben, dass diese als "leicht ansprechbare Instanz, die ausserhalb der Verwaltung steht, mit der Objektivität eines Richters hilft, Schwierigkeiten mit der Verwaltung auszuräumen"<sup>11</sup>.

Mithin geht es darum, dass die Ombudsperson die Chancengleichheit in der Wahrung der privaten Interessen gegenüber der Verwaltung herstellt und damit zur Fairness gegenüber der Privatperson beiträgt.

### III. Das Verfahren vor der Ombudsperson

Weil das Verfahren vor der Ombudsperson nicht auf den Erlass einer Verfügung ausgerichtet ist, kommen grundsätzlich auch nicht die allgemeinen Verfahrensbestimmungen gemäss § 4 ff. VRG<sup>12</sup> zur Anwendung. Dementsprechend reicht die Formalisierung des Verfahrens weniger weit als im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess. Dennoch schlägt das zürcherische VRG

<sup>7</sup> § 91 Abs. 2 VRG.

<sup>8</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, Rz. 7.

<sup>9</sup> § 89 Abs. 1 VRG spricht von "Recht und Billigkeit".

<sup>10</sup> Siegart, S. 568.

<sup>11</sup> Haller, Mittler, S. 368; vgl. auch Siegart, S. 568.

<sup>12</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, § 4 Rz. 3.

einige Pfeiler ein, um die Effizienz des Verfahrens vor der Ombudsperson zu gewährleisten. Zum einen stehen der Ombudsperson dieselben Mittel zur Sachverhaltsabklärung offen wie einer verfügenden Verwaltungsbehörde<sup>13</sup>. Dementsprechend kann sie die Beteiligten sowie Auskunftspersonen befragen, Amtsberichte beziehen, auf Urkunden abstellen und Sachverständige beauftragen oder aber einen Augenschein durchführen<sup>14</sup>. Die Behörden, mit denen sich die Ombudsperson in einem bestimmten Fall befasst, sind nach § 92 Abs. 2 VRG zur Auskunft verpflichtet.

Je nach Fall wird die Ombudsperson neben dem im Vordergrund stehenden Aktenbeizug entweder durch Einzelgespräche, im Schriftverkehr oder aber im Zusammenführen der Parteien durch ein vermittelndes Gespräch zwischen allen Beteiligten den Konflikt zu lösen versuchen<sup>15</sup>. Das Verfahren kann gemäss § 93 VRG mit einer Raterteilung an die beschwerdeführende Person oder einer Besprechung mit der Behörde bereits seinen Abschluss finden oder mit einer Empfehlung beendet werden, wobei bei sämtlichen Verfahrenserledigungen die Vermittlerfunktion im Vordergrund steht<sup>16</sup>.

Für das Verfahren vor der Ombudsperson hat das VRG somit spezifische Regelungen aufgestellt, welche die Rechte und Pflichten der Beteiligten im Verfahren verteilen. Hinzu kommt eine weitere Bestimmung: Nach § 92 Abs. 4 VRG ist die Ombudsperson darüber hinaus gegenüber Dritten und gegenüber dem Beschwerdeführer in gleichem Mass zur Geheimhaltung verpflichtet wie die betreffenden Behörden. Diese Norm schränkt das Informationsrecht der Beteiligten dementsprechend ein. Dennoch bestimmt § 92 Abs. 3 VRG, dass die Behörden ihrerseits

<sup>13</sup> § 92 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 VRG.

<sup>14</sup> So § 7 Abs. 1 VRG. Ausgeschlossen ist demgemäss der Zeugenbeweis.

<sup>15</sup> Vgl. Siegwart, S. 569.

<sup>16</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, § 93. Rz. 3.

einen Anspruch auf Stellungnahme zu den Vorbringen der beschwerdeführenden Person haben. Insoweit wird somit auch ein "Anspruch auf rechtliches Gehör" zugunsten der Behörden statuiert. Dies ist bei der Konkretisierung des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführenden zu berücksichtigen.

## IV. Akteneinsichtsrecht

### A. Allgemeines

Das Akteneinsichtsrecht bildet zunächst Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV enthalten ist. Allerdings wird davon ausgegangen, dass Art. 29 BV nur insoweit zur Anwendung gelangt, als es um ein Verfahren geht, welches in einer hoheitlichen Verfügung mündet<sup>17</sup>. Ausserhalb des Verfügungsverfahrens hingegen stützt sich das Akteneinsichtsrecht vorab auf die persönliche Freiheit, namentlich auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 BV. Ausnahmsweise wird zudem ein Anspruch auf Akteneinsicht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV auch vor oder nach dem Verfahren bejaht, wenn ein ausreichender Zusammenhang zu einem förmlichen Verfahren besteht und ein schutzwürdiges Interesse gegeben ist. Dies ist der Fall, wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden kann<sup>18</sup>. Der wesentliche Unterschied zwischen dem aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Anspruch auf Akteneinsicht und demjenigen, wie er aus Art. 13 BV konkretisiert wird, besteht darin, dass zur Geltendmachung des Anspruchs auf rechtliches Gehör grundsätzlich kein Interessensnachweis mehr notwendig ist, sobald auch die Parteistellung im Verfahren gegeben ist. Sodann be-

<sup>17</sup> Albertini, S. 171; so auch die Praxis des Bundesgerichts, BGE 123 II 538.

<sup>18</sup> J.P. Müller, S. 527; Kölz/Häner, Rz. 299.

zieht sich der Anspruch auf sämtliche Akten und ist nicht auf die personenbezogenen Daten beschränkt<sup>19</sup>. Das auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgestützte Akteneinsichtsrecht verlangt hingegen ein schutzwürdiges Interesse und beschränkt sich auf Akten, welche personenbezogene Daten enthalten<sup>20</sup>. Immerhin gehen die Datenschutzgesetze im Regelfall weniger weit und verlangen grundsätzlich kein schutzwürdiges Interesse für die Geltendmachung des *Auskunftsrechts*<sup>21</sup>. Alsdann genügt es, dass es um personenbezogene Daten geht<sup>22</sup>.

Da sich Art. 29 Abs. 2 BV nur auf ein Verfahren bezieht, das in einem Hoheitsakt mündet und die übrigen verfassungsmässigen Ansprüche auf rechtliches Gehör bloss punktuell greifen, vermögen diese verfassungsrechtlichen Grundlagen im Verfahren vor der Ombudsperson keine genügende Garantie abzugeben, weshalb in erster Linie die positivrechtliche Ausgestaltung im kantonalen Recht massgebend ist.

### ***B. Akteneinsichtsrecht: Gleichbehandlung der Beteiligten***

Die Ombudsperson wird – wenn eine Beschwerde bei ihr eingegangen ist – meistens zumindest die Stellungnahme der Behörde, mit der sie befasst ist, einholen. Allenfalls wird sie weitere Akten aus der Verwaltung beiziehen.

§ 92 VRG sieht keinen ausdrücklichen Anspruch auf Einsichtnahme in die Akten der beschwerdeführenden Person vor, sondern enthält in Abs. 4 eine Negativumschreibung, indem das Mass der Geheimhaltung dasselbe ist, wie es für die betreffende Behörde gilt.

<sup>19</sup> Vgl. ebenso § 8 VRG.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 113 Ia 4, 257.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 8 DSG (Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 6. Juni 1993, LS 236.1); vgl. auch J.P. Müller, S. 49.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 123 II 538.

Die Bestimmung ist nicht restlos klar. Vor allem stellt sich die Frage, ob nunmehr § 8 f. VRG sinngemäss zur Anwendung gelangt und es grundsätzlich genügt, dass das Verfahren vor der Ombudsperson eingeleitet ist oder ob allein die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen sollen. Gemäss § 17 DSG kann jede Person vom verantwortlichen Organ Auskunft darüber verlangen, welche Daten über sie in dessen Datensammlungen bearbeitet werden.

Die Bestimmung ist im Hinblick auf § 92 Abs. 3 VRG auszulegen, wonach die betreffende Behörde ihrerseits Anspruch auf Stellungnahme hat. Das Recht auf Stellungnahme wird umfassend verstanden und betrifft auch die von der Ombudsperson vorgenommenen tatsächlichen Erhebungen<sup>23</sup>. Damit die Behörde jedoch die Stellungnahme abgeben kann, ist sie vorgängig in Kenntnis der Untersuchungsergebnisse zu setzen, was ein Anspruch auf Einsicht in die relevanten Akten impliziert. Demgemäss kann den Betroffenen umgekehrt – um die Chancengleichheit im Verfahren herzustellen – ihrerseits das Recht auf Einsicht in die Akten und auf Stellungnahme nicht verweigert werden. Dies ist umso mehr der Fall, als die Ombudsperson nicht nur Anwältin, sondern auch Vermittlerin sein muss. Die Mittlerfunktion kann sie aber nur wahrnehmen, wenn die Beteiligten chancengleich behandelt werden und die Beteiligten ihren Standpunkt mit der gleichen Wirksamkeit einbringen können<sup>24</sup>. Das Akteneinsichtsrecht im Verfahren vor der Ombudsperson steht im Lichte dieser Grundsätze dem verfahrensrechtlich begründeten Akteneinsichtsrecht weit näher als dem auf der informationellen Selbstbestimmung beruhenden Recht auf Akteneinsicht bzw. dem Recht auf Auskunft gestützt auf § 17 DSG.

Demgemäss rechtfertigt es sich, die Grundsätze des Akteneinsichtsrechts, wie sie aufgrund von § 8 f. VRG positivrechtlich festgehalten sind, sinngemäss beizuziehen, und zwar sowohl für den

<sup>23</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, § 92, Rz. 6.

<sup>24</sup> Vgl. Häner, S. 73 ff.

Anspruch der Beschwerdeführenden<sup>25</sup> wie auch bezüglich des auf § 92 Abs. 3 VRG abgestützten Anspruchs der betroffenen Behörden.

Daneben bleiben die datenschutzrechtlich begründeten Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte, die *dem Privaten* zustehen, bestehen<sup>26</sup>. Insbesondere bleibt auch das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV aufrecht, wenn der Private ein allfälliges Verfahren sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten einleiten kann. Diese verfassungsmässigen Ansprüche beziehen sich deshalb nur auf die Privaten, weil es einerseits um das aus der persönlichen Freiheit abgeleitete informationelle Selbstbestimmungsrecht gemäss Art. 13 Abs. 2 BV geht, und andererseits das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Recht auf Akteneinsicht ausserhalb des Verfahrens ein verfassungsmässiges Individualrecht darstellt, welches nicht die hoheitliche Tätigkeit der Verwaltung schützt. Für die Behörden gelten denn auch in erster Linie die besonderen Bestimmungen über die Amtshilfe.

### **C. Umfang des Akteneinsichtsrechts**

Das verfahrensrechtlich begründete Akteneinsichtsrecht bezieht sich nicht auf sämtliche Akten. Vielmehr sind davon zum einen nur die entscheiderelevanten Akten betroffen. Zum anderen ist es notwendig, dass kein anderweitiges schutzwürdiges Interesse den Vorrang hat. Schliesslich hängt das Akteneinsichtsrecht auch von der Aktenführungspflicht ab. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich, wie gesagt, sowohl auf die betreffende Behörde wie auch auf die privaten Beschwerdeführenden.

<sup>25</sup> Auch Kölz/Bosshard/Röhl verweisen bezüglich der Geheimhaltungspflicht, die gemäss § 92 Abs. 4 VRG gegenüber den Beschwerdeführenden besteht, auf § 9 VRG und wenden damit die Grundsätze des verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrechts analog an.

<sup>26</sup> § 17 ff. DSG; zum Akteneinsichtsrecht aufgrund der Verfassung: BGE 123 II 538.

## a) Die entscheiderelevanten Akten

Was zunächst die entscheiderelevanten Akten angeht, so unterliegen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess all diejenigen Akten dem Akteneinsichtsrecht, welche objektiv geeignet sind, Grundlage für die spätere Verfügung oder den späteren Entscheid zu bilden<sup>27</sup>. Übertragen auf die Ombudsperson bedeutet dies, dass Akteneinsicht nur insoweit gewährt werden muss, als die Akten Grundlage für die Empfehlung, den Ratschlag oder die Besprechung mit den Behörden bilden werden. Dabei ist - darauf sei hier ergänzend hingewiesen - neben dem Akteneinsichtsrecht selbstverständlich auch das Recht, sich zu den Akten zu äussern und hierzu eine Stellungnahme abzugeben, einzuräumen. Das Recht auf Stellungnahme besteht im Verwaltungsverfahren und -prozess immer dann, wenn die Akten neue erhebliche Tatsachen beinhalten oder als erhebliche Beweismittel dienen und insoweit geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen<sup>28</sup>. Nicht entscheiderelevant sind hingegen aktenkundige Äusserungen, welche einen abwertenden Inhalt zur Person des Beschwerdeführers aufweisen. Gehen derartige Akten bei der Ombudsperson ein, gehören diese grundsätzlich nicht in das Dossier und sind soweit als möglich zurückzuweisen, es sei denn, es gehe im Verfahren ebenso um den Anstand der Behörden im Umgang mit der beschwerdeführenden Person<sup>29</sup>.

Weiter wird das Akteneinsichtsrecht dann nicht zu gewähren sein, wenn die Ombudsperson von einem Aktenbeizug gemäss § 92 Abs. 2 VRG absieht, was vor allem dann eintreten kann, wenn das Verfahren in der Erteilung eines Ratschlages nach § 93 lit. a VRG oder in einem Gespräch mit den Behörden gemäss § 93 lit.

<sup>27</sup> Vgl. Kölz/Häner, Rz. 296; Kölz/Bosshard/Röhl, § 8, Rz. 66.

<sup>28</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, § 8, Rz. 31.

<sup>29</sup> Da die Ombudsperson dem Grundsatz von Recht und Billigkeit folgt (§ 89 Abs. 1 VRG), kann auch der Anstand der Behörde Thema eines Verfahrens vor der Ombudsperson sein.

b VRG sein bewenden hat. Alsdann erübrigt sich auch die Einsichtnahme in allfällige Akten<sup>30</sup>.

## **b) Entgegenstehende Interessen**

Das Recht auf Akteneinsicht hängt ebenso davon ab, inwiefern entgegenstehende öffentliche oder private Interessen vorhanden sind. Gegenüber der beschwerdeführenden Person werden im Regelfall öffentliche Interessen geltend zu machen sein, gegenüber der betreffenden Behörde private Interessen, die sich insbesondere auf Angaben über die Person beziehen. Dabei kommt es auf den Einzelfall an.

Entgegenstehende öffentliche Interessen dürften eher selten angeführt werden können. Immerhin kann der Ausschlussgrund angeführt werden, dass eine von der betreffenden Verwaltungsbehörde eingeleitete Untersuchung gefährdet werden könnte<sup>31</sup>. Dabei kann es aber nicht bloss um den ungestörten Gang der Verwaltung gehen; vielmehr muss die Gewährung des Akteneinsichtsrechts geradezu geeignet sein, ein objektives Ergebnis einer bereits eingeleiteten Untersuchung zu vereiteln. Sodann kann auch die innere oder äussere Sicherheit in Frage stehen, wenn es z.B. um die Terrorismusbekämpfung geht<sup>32</sup>. Ein öffentliches Interesse bildet des Weiteren auch die Wahrung des Kollegialitätsprinzips, das im Kanton Zürich insbesondere auch für die Gemeindeexekutiven gilt<sup>33</sup>. Demgemäss unterliegen Gemeinderatsprotokolle, aus welchen die einzelnen Voten ersichtlich sind und den Gemeinderatsmitgliedern zugeordnet werden können, grundsätzlich nicht dem Akteneinsichtsrecht. Insbesondere die Gefährdung eines Untersuchungsergebnisses wie auch das Kolle-

<sup>30</sup> Zur Aktenführungspflicht durch die Ombudsperson, vgl. sogleich unter c).

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa Art. 27 Abs. 1 lit. c VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021); Kölz/Häner, Rz. 301.

<sup>32</sup> Vgl. Kölz/Häner, Rz. 301.

<sup>33</sup> Vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 13. November 1993 in ZBl 1994, S. 572 ff.

gialitätsprinzip dürften im Regelfall schwerer ins Gewicht fallen als das Interesse an der Einsichtnahme in die Akten.

Bezüglich der privaten Interessen, die vor allem der Behörde entgegengehalten werden können, dürften die höchstpersönlichen Daten nicht ohne weiteres dem Einsichtsrecht der betreffenden Behörde unterliegen. In diesen Fällen wird das entgegenstehende private Interesse an einer vollständigen Offenlegung häufig überwiegen. Diese Erwägungen wird die Ombudsperson vor allem anstellen, wenn sie Akten aus einem anderen Verfahren, z.B. der IV, beiziehen will.

Private Interessen der beschwerdeführenden Person selbst dürften im Verfahren vor der Ombudsperson kaum je bedeutsam werden<sup>34</sup>. Hingegen ist es denkbar, dass gegenläufige private Interessen von Drittpersonen tangiert sind, falls Akten aus anderen Verfahren beigezogen werden müssen.

### **c) Aktenführungspflicht**

Wie angeführt ist das Verfahren vor der Ombudsperson wenig formalisiert. Demgemäss wird die Ombudsperson mit den Beteiligten häufig mündlich verkehren, indem sie Telefonate oder persönliche Besprechungen führt. Das Verfahren vor der Ombudsperson endet zudem nicht in einem anfechtbaren Entscheid, weshalb der Aktenführung eine andere Bedeutung zukommt als in den Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren. Bereits für diese Verfahren gilt, dass nur das für den Entscheid Wesentliche protokolliert werden muss. Für das Verfahren vor der Ombudsperson bedeutet dies, dass eine Aktenführung über eine Unterredung mit einer der Beteiligten nur insoweit erforderlich ist, als dort neue, für den Fortgang des Verfahrens wesentliche Tatsachen genannt werden, welche die Überzeugung der Ombudsperson zu beeinflussen vermögen. Ansonsten, wenn keine derartigen

<sup>34</sup> Vgl. zum Ganzen Kölz/Bosshard/Röhl, Rz., 7 sowie BGE 122 I 166 f.

Tatsachen auftreten, ist die Ombudsperson nicht verpflichtet, ein Protokoll und damit - gewissermassen - zusätzliche Beweismittel zu erstellen<sup>35</sup>.

#### **D. Zusammenfassung**

Das Akteneinsichtsrecht der privaten Beteiligten ergibt sich für das laufende Verfahren implizit aus § 92 Abs. 4 VRG, wonach die Ombudsperson denselben Geheimhaltungsbestimmungen unterliegt wie die Behörden selbst. Dieses ist, soweit ein Verfahren vor der Ombudsperson anhängig ist, sinngemäss aufgrund von § 8 f. VRG zu konkretisieren. Die beteiligte Behörde ist gestützt auf § 92 Abs. 2 VRG den privaten Beteiligten gleichgestellt.

Die Privaten haben sodann aufgrund der verfassungsmässigen Rechte von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 2 BV (informationelle Selbstbestimmung) ein Anspruch auf Akteneinsicht auch nach abgeschlossenem Verfahren, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen können.

Dieses Recht steht den beteiligten Behörden nicht zu. Die beteiligten Behörden haben sich vielmehr auf die Grundsätze der Amtshilfe abzustützen. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Dabei ist gleichzeitig der Gesichtspunkt miteinzubeziehen, inwiefern die Ombudsperson selbst amtshilfeweise Akten beziehen kann.

<sup>35</sup> Vgl. Albertini, S. 254 ff., insbes. 258; für das förmliche Verwaltungsverfahren und den Prozess verweist der Autor auf das Institut der antizipierten Beweiswürdigung. Danach kann die Behörde das Beweisverfahren schliessen und ist auch nicht verpflichtet, weitere Akten zu erstellen, wenn sie sich eine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür zum Schluss gelangt, dass weitere Abklärungen die Lage nicht zu ändern vermögen.

## V. Amtshilfeleistung

### A. Pflicht zur Amtshilfe

Bei der Frage der Amtshilfe<sup>36</sup> ist als Erstes zu prüfen, ob überhaupt eine Pflicht zur Amtshilfeleistung besteht. Ist dies nicht der Fall, steht es – unter der Voraussetzung, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden<sup>37</sup> – im Ermessen der Behörde, die Akten herauszugeben. Wäre mit anderen Worten datenschutzrechtlich – oder allenfalls auch aufgrund spezialgesetzlicher Normen – die Amtshilfeleistung zulässig, bedeutet dies noch nicht, dass Amtshilfe auch geleistet werden *muss*. Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen sind allerdings auch einzuhalten, wenn eine Pflicht zur Amtshilfeleistung besteht. Darauf ist im nächsten Abschnitt einzugehen.

Für die vorliegende Fragestellung ist zunächst die Amtshilfeleistungspflicht der Ombudsperson, die Amtshilfeleistungspflicht der Verwaltungsbehörden gegenüber der Ombudsperson sowie die Rechtshilfe durch die Gerichte zu prüfen.

– *Zur Pflicht der Ombudsperson zur Amtshilfeleistung*: Die Amtshilfeleistungspflicht im Allgemeinen ergibt sich entweder ausdrücklich aus dem Gesetz oder aber aus dem Grundsatz der Einheit der Verwaltung<sup>38</sup>. Da die Ombudsperson nicht in die Verwaltung eingebunden ist, sondern der Aufsicht des Kantonsrates untersteht, lässt sich dieser Grundsatz vorliegend von vornherein nicht beziehen<sup>39</sup>. Spezialgesetzliche Regelungen

<sup>36</sup> Die Amtshilfe unterscheidet sich von der Rechtshilfe dadurch, dass die Rechtshilfe richterliche Handlungen beschlägt, Amtshilfe dagegen Handlungen der Verwaltungsbehörden, vgl. Kölz/Bosshard/Röhl, § 7, Rz. 71.

<sup>37</sup> Werden die datenschutzrechtlichen Bestimmungen nicht eingehalten, wird gleichzeitig Art. 320 StGB verletzt; ansonsten kann sich die Behörde auf Art. 32 StGB berufen; vgl. sogleich unter B.

<sup>38</sup> Simon, S. 136 f.

<sup>39</sup> § 87 VRG.

sodann sind ebenfalls nicht vorhanden. Die Aktenherausgabepflicht der Ombudsperson beschränkt sich allein auf das laufende Verfahren und besteht aufgrund des Rechts auf Stellungnahme gemäss § 92 Abs. 2 VRG nur gegenüber den betroffenen Verwaltungsbehörden<sup>40</sup>. Eine andere Regelung würde der Funktion der Ombudsperson denn auch widersprechen, gleichzeitig Anwalt oder Anwältin der beschwerdeführenden Person zu sein. Diese Funktion setzt ein gewisses Vertrauensverhältnis zu den Beschwerdeführenden voraus. Die Amtshilfeleistungspflicht der Ombudsperson ist demnach auch nach dem Sinn und Zweck der Institution selbst ausgeschlossen.

- *Pflicht der Verwaltungsbehörden zur Amtshilfeleistung*: Da der Grundsatz der Einheit der Verwaltung auf die Ombudsperson keine Anwendung findet, wird sich auch die Ombudsperson, weil sie selbst nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert ist, nicht auf diesen Grundsatz berufen können. Allerdings kann sich die Ombudsperson gegenüber den involvierten Verwaltungsbehörden auf § 92 Abs. 2 VRG und gegenüber den nicht involvierten Behörden auf § 92 Abs. 1 VRG abstützen. Letztere Bestimmung verweist auf die allgemeine Norm von § 7 Abs. 1 VRG. Danach ist die Ombudsperson berechtigt, Amtsberichte einzuholen. Zwar verweist § 92 VRG nicht auch auf Abs. 3 von § 7 VRG, wo die Pflicht zur Amtshilfeleistung ausdrücklich geregelt ist. Indessen kann nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe gegenüber der Ombudsperson die Amtshilfeleistungspflicht der Verwaltungsbehörden ausdrücklich ausschliessen wollen. Abs. 3 von § 7 VRG wurde erst in der Revision vom 8. Juni 1997 aufgenommen, um den bereits in Abs. 1 statuierten Grundsatz der Amtshilfeleistungspflicht noch ausdrücklich festzuhalten. Die Amtshilfeleistungspflicht ist somit auch in Abs. 1 von § 7 VRG enthalten. § 7 Abs. 1 VRG ergäbe denn auch kaum einen Sinn, wenn die Verwaltungs-

<sup>40</sup> Vgl. vorne IV. B.

behörde nicht gleichzeitig verpflichtet wäre, den Amtsbericht zu erstellen oder angeforderte Akten herauszugeben. Demzufolge haben ebenso die Verwaltungsbehörden, mit welchen sich die Ombudsperson nicht direkt befasst, Amtshilfe zu leisten<sup>41</sup>. § 92 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 VRG gilt überdies für die Gemeindebehörden.

Für die Bundesbehörden hingegen ist Art. 44 Abs. 2 BV massgebend. Nach dieser Verfassungsbestimmung sind Bund und Kantone verpflichtet, einander Rechtshilfe zu leisten. Die Bundesverfassung hat damit den in Art. 44 Abs. 1 BV festgehaltenen Grundsatz der Bundestreue konkretisiert<sup>42</sup>. Dieser Grundsatz muss m.E. auch Anwendung finden, wenn die kantonale Behörde als Vollzugsorgan des Bundes handelt, wie dies z.B. im Sozialversicherungsrecht der Fall ist. Der Bund kann sich seinen verfassungsrechtlichen Pflichten nicht dadurch entziehen, dass er auf die Einrichtung einer eigenen Behörde verzichtet und kantonale Vollzugsbehörden einsetzt. Demnach darf sich diese Behörde, auch wenn es eine kantonale Behörde ist, nicht darauf berufen, bei den dort produzierten Akten handle es sich um Bundesakten.

- *Rechtshilfe*: Sollen in einem Verfahren vor der Ombudsperson Gerichtsakten beigezogen werden, kann sich die Ombudsperson ebenfalls auf § 7 Abs. 1 VRG abstützen, sofern es sich um Gerichte handelt, für welche das VRG gilt. Daneben gilt die Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte, welche für sämtliche obersten Gerichte, also auch für das Verwaltungsgericht und das Sozialversicherungsgericht massgebend ist<sup>43</sup>. Dabei besagt § 8 Abs. 1 Akteneinsichtsverordnung, dass die Akten ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage auch dann

<sup>41</sup> Davon gehen auch Kölz/Bosshard/Röhl, § 92, Rz. 5, aus.

<sup>42</sup> Kölz/Bosshard/Röhl, § 92, Rz. 5; vgl. demgegenüber noch zur alten BV: Simon, S. 139 f.

<sup>43</sup> § 1 Verordnung über die Information über Gerichtsverfahren und Akteneinsicht bei Gerichten durch Dritte (Akteneinsichtsverordnung der obersten Gerichte) vom 16. März 2001, LS 211.15.

herausgegeben werden, wenn ein sachliches Interesse an der Einsichtnahme glaubhaft gemacht wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen oder eine drohende, schwerwiegende Verletzung der Persönlichkeit von Privatpersonen entgegenstehen<sup>44</sup>.

### **B. Schranken der Amtshilfeleistung**

Kann aufgrund der genannten Grundsätze eine Pflicht zur Amtshilfeleistung bejaht werden, hat die ersuchte Behörde weiter zu prüfen, ob die datenschutzrechtlichen Bestimmungen sowie weitere Bestimmungen über die Geheimhaltung eingehalten werden. Bezüglich des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 StGB gilt dabei das Folgende: Besteht eine gesetzliche Grundlage zur Amts- oder Rechtshilfe, kann sich die ersuchte Behörde auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 32 StGB berufen. Danach ist diejenige Tat kein Verbrechen oder Vergehen, die eine Amtspflicht gebietet oder die das Gesetz für erlaubt erklärt<sup>45</sup>. Besteht somit eine Pflicht zur Amtshilfe, wird Art. 320 StGB nicht verletzt. Dabei sind jedoch stets auch die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen einzuhalten. Dies gilt auch, wenn – wie für die Ombudsperson – die Amtshilfeleistung im Ermessen der Behörde liegt.

Die datenschutzrechtlichen Schranken ergeben sich aus den §§ 5, 8 und 10 DSG; § 5 DSG betrifft die besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofile, § 8 DSG regelt die Bekanntgabe von anderen Personendaten. Die datenschutzrechtlichen Grundsätze lassen sich aufgrund von § 8 DSG wie

<sup>44</sup> Weiter verweist § 8 Abs. 2 Akteneinsichtsverordnung auf § 7 Abs. 3 VRG; letztere Bestimmung ist indessen nicht unmittelbar anwendbar, weshalb sich die Ombudsperson allein auf § 8 Abs. 2 Akteneinsichtsverordnung berufen kann.

<sup>45</sup> Simon, S. 114 f.; für die Straflosigkeit muss somit nicht eine Amtshilfeleistungspflicht vorliegen, sondern es genügt, wenn ein Gesetz die Tat für straflos erklärt; vgl. vorne, Abschnitt 1. A.M. offenbar Kölz/Bosshard/Röhl, § 7 Rz. 73.; es ist allerdings zu beachten, dass personenbezogene Daten ohne gesetzliche Grundlage ohnehin nur beigezogen werden dürfen, wenn dies zur Aufgabenerfüllung notwendig bzw. unabdingbar ist (§§ 5 lit. b und 8 lit. a DSG).

folgt skizzieren: Die Bekanntgabe muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen oder für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe notwendig sein, oder aber es muss eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegen. Bei besonders schützenswerten Personendaten muss überdies nach § 5 DSGVO entweder eine klare gesetzliche Grundlage vorliegen oder aber die Daten müssen für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe unabdingbar sein; daneben genügt auch eine Einwilligung der betroffenen Person. Stets darf die Bekanntgabe auch nicht Treu und Glauben widersprechen, d.h. die Daten dürfen nur zu dem Zweck verwendet werden, der von Beginn an feststand oder voraussehbar war oder aber gesetzlich vorgesehen ist<sup>46</sup>. Weiter verlangt § 10 DSGVO, dass für die Bekanntgabe keine wesentlichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen dürfen. Für die Prüfung der Interessen ist die ersuchte Behörde zuständig. Wird somit die Ombudsperson um Amtshilfeleistung ersucht, hat sie, sofern sie grundsätzlich mit der Herausgabe der Akten einverstanden ist, weiter zu prüfen, ob die datenschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden können. Bei der Interessenabwägung, welche aufgrund von § 10 DSGVO vorzunehmen ist, dürfte das öffentliche Interesse des Vertrauens in die Ombudsperson indessen häufig den Vorrang vor den Interessen an der Bekanntgabe haben.

Umgekehrt hat selbstverständlich auch die Verwaltungsbehörde, welcher im Unterschied zur Ombudsperson aufgrund von § 92 Abs. 2 VRG sowie § 92 Abs. 1 VRG i.V.m. § 7 Abs. 1 VRG eine Pflicht zur Amtshilfeleistung gegenüber der Ombudsperson zukommt, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten. Insbesondere hat auch diese Behörde die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Erforderlichkeit der Bekanntgabe wird sich danach bestimmen, inwiefern die Kenntnis eines Dossiers zur Abklärung des Sachverhaltes durch die Ombudsperson unabdingbar ist.

<sup>46</sup> § 4 Abs. 4 DSGVO.

### **C. Zusammenfassung**

Die Pflicht zur Amtshilfeleistung besteht nur für die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, während die Ombudsperson keiner derartigen Pflicht unterliegt. Dies lässt sich ohne weiteres damit rechtfertigen, dass die Ombudsperson nicht nur Vermittlerin zwischen Bürger und Staat ist, sondern ebenso als Vertrauensperson gegenüber dem Bürger und der Bürgerin zu gelten hat. Die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden hingegen sind gegenüber der Ombudsperson aufgrund des Gesetzes zur Amts- und Rechtshilfe verpflichtet. Für die Verwaltungsbehörde ergibt sich die entsprechende Pflicht aus § 92 Abs. 2 VRG sowie aus § 92 Abs. 1 VRG i.V.m § 7 Abs. 1 VRG, für die Gerichtsbehörden ist § 8 Akteneinsichtsverordnung massgeblich.

In allen Fällen sind allerdings die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Dies gilt zunächst auch für die Ombudsperson, falls diese von sich aus Akten herausgeben möchte. Andererseits gilt dies aber auch für die Verwaltungsbehörden, wenn sie ihrer Pflicht zur Amtshilfeleistung nachkommt und der Ombudsperson Akten herauszugeben oder Auskünfte zu erteilen hat.

### **VI. Fazit**

Die Untersuchung ergibt das folgende Bild: Bezüglich der am Verfahren Beteiligten zeigt sich, dass sowohl die Behörden wie die Privaten grundsätzlich einen Anspruch auf Kenntnisnahme derjenigen Akten haben, welche geeignet sind, die Empfehlung oder den Ratschlag der Ombudsperson zu beeinflussen. Mithin sind die Ansprüche auf Einsichtnahme in die Akten anhand der Bestimmungen des Rechts auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess zu beurteilen. Danach richtet sich auch die Aktenführungspflicht.

Der privaten beteiligten Person kommt zudem ausserhalb des Verfahrens aufgrund des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) sowie im Rahmen von Art. 29 Abs.

2 BV - wenn ein Sachzusammenhang mit einem anderen Verfahren gegeben ist – ein weitergehendes Akteneinsichtsrecht zu. Verwaltungsbehörden, welche nicht am Verfahren beteiligt sind, erhalten von der Ombudsperson keine Amtshilfe. Dies gilt auch für die damals beteiligte Behörde nach Abschluss eines Verfahrens vor der Ombudsperson, da sich § 92 Abs. 3 VRG ausschliesslich auf das eingeleitete Verfahren bezieht.

Umgekehrt hingegen sind die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden verpflichtet, der Ombudsperson die Akten zur Abklärung des Sachverhaltes herauszugeben, wenn gemäss § 10 DSG keine wesentlichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen.

Die eingangs dargestellten Sachverhalte sind aufgrund des Gesagten demnach wie folgt zu beurteilen:

- Der erste Fall ist aufgrund des Akteneinsichtsrechts zu lösen, wie es auch im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess gilt. Gestützt darauf ergibt sich, dass wertende Äusserungen der beteiligten Behörde objektiv betrachtet kaum geeignet sind, das Vorgehen der Ombudsperson zu beeinflussen. Äusserungen wie, die beschwerdeführende Person sei "sektiererisch", gehören nicht in die Akten. Werden derartige Äusserungen anlässlich einer Besprechung vorgebracht, müssen sie auch nicht protokolliert werden.
- Sobald ein Verfahren abgeschlossen ist, gelten für die betroffene Verwaltungsbehörde nur noch die Grundsätze der Amtshilfe und nicht mehr diejenigen über das rechtliche Gehör. Demnach kann weder die ehemals in das Verfahren involvierte Direktion von der Ombudsperson Akten des damaligen Verfahrens herausverlangen noch kann eine dritte Behörde die Amtshilfe der Ombudsperson beanspruchen. Nur unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen (insbesondere nach §§ 5 und 8 DSG) dürfte die Ombudsperson die Akten herausgeben. Mangels Amtshilfeleistungspflicht ist sie dazu aber nicht verpflichtet.
- Weil hingegen die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden gegenüber der Ombudsperson zur Hilfeleistung verpflichtet sind

und dies gemäss Art. 44 Abs. 2 BV auch zwischen Bund und Kantonen gilt, kann die Ombudsperson z.B. Akten auch aus einem IV Verfahren beziehen, sofern keine überwiegenden privaten Interessen entgegenstehen; dies allerdings ist in einem solchen Fall sehr genau zu prüfen. Im Zweifelsfall sollte die ausdrückliche Einwilligung der beschwerdeführenden Person eingeholt werden (§ 5 lit. c DSG).

## **Literatur**

*Kölz Alfred/Bosshard Jürg/Röhl Martin*, VRG. Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999

*Siegwart Karine*, Ombudsstellen und Mediation, ZBI 2002, S. 561 ff.

*Haller Walter*, Der Ombudsmann als Vermittler zwischen Bürger und Behörden, Verwaltungspraxis 1974, S. 367 ff.

*Müller Jörg Paul*, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der Uno-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999

*Kölz Alfred/Häner Isabelle*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998

*Häner Isabelle*, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000

*Albertini Michele*, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000

*Simon Jörg Walter*, Amtshilfe. Allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze, Chur/Zürich 1991

# Ombudsperson und Datenschutz: Braucht es eine explizite Schweigepflicht?

Von Dr. Bruno Baeriswyl<sup>1</sup>



## Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung und Problemstellung
  2. Geheimnisschutz
    - 2.1 Amtsgeheimnis
    - 2.2 Spezifische Geheimnisse
    - 2.3 Berufsgeheimnis
  3. Datenschutz
  4. Informationszugang
    - 4.1 Auskunftsrecht und Akteneinsichtsrecht
  5. Zusammenfassung: Geheimnisschutz, Datenschutz, Informationszugang
  6. Geheimnisschutz und Informationszugang im Ombudsverfahren
    - 6.1 Ombudsperson als Vertrauensperson
    - 6.2 Informationsrechte der Ombudsperson im einzelnen
      - 6.2.1 Informationen von Amtsstellen
      - 6.2.2 Informationen von der betroffenen Person
      - 6.2.3 Informationen von Dritten
    - 6.3 Schweigepflicht der Ombudsperson
      - 6.3.1 Schutz der Informationen gegenüber Amtsstellen
      - 6.3.2 Schutz der Informationen gegenüber der betroffenen Person
      - 6.3.3 Schutz durch Interessenabwägung
      - 6.3.4 Exkurs: Schutz von Auskunftspersonen
  7. Zusammenfassung: Geheimnisschutz und Informationszugang
  8. Diskussion: Explizite Schweigepflicht?
  9. Fazit
- Zitierte Literatur

<sup>1</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich

## 1. Einleitung und Problemstellung<sup>2</sup>

Die Ombudsperson steht in einer Vermittlungsposition zwischen den Parteien. Um ihr Ziel, eine für beide Parteien akzeptable Lösung nach Recht und Billigkeit<sup>3</sup> zu erreichen, ist sie auf Informationen der Parteien angewiesen. Des weiteren können auch Informationen Dritter sachdienlich sein. Gerade in stark konfliktträchtigen Situationen sind Verwaltungsstellen, betroffene Personen oder Informanten wenig bereit, der Ombudsperson Informationen zur Verfügung zu stellen, wenn sie damit rechnen müssen, dass diese der anderen Seite zur Kenntnis gelangen könnten. Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Ombudsperson mit Informationen umzugehen hat, die ihr im Vertrauen auf eine gütliche Regelung zur Verfügung gestellt werden.

Im vorliegenden Beitrag soll untersucht werden, wie der Schutz von Informationen im Ombudsverfahren geregelt ist und ob für die Stärkung der Vermittlungsrolle der Ombudsperson eine explizite Schweigepflicht in Betracht gezogen werden sollte. Dabei wird nach einem allgemeinen Überblick über Schweigepflichten und Datenschutz die Schweigepflicht der Ombudsperson *de lege lata* im Verhältnis zu den datenschutzrechtlichen Bestimmungen betrachtet. Grundlage bilden dabei die bestehenden Geheimnis- und Datenschutzregelungen, die in Bezug auf den Schutz von Informationen und den Zugang zu Informationen die Rahmenbedingungen stellen. Abschliessend wird die Frage diskutiert, ob für die Ombudsperson eine explizite Schweigepflicht *de lege ferenda* anzustreben wäre.

<sup>2</sup> Ich danke lic.iur. Adrian Obrecht für die Aufarbeitung der Materialien zu diesem Beitrag

<sup>3</sup> Vgl. § 89 Abs. 1 VRG.

## 2. Geheimnisschutz

### 2.1. Amtsgeheimnis

Das Amtsgeheimnis dient primär dem reibungslosen Funktionieren des Gemeinwesens. Es schützt damit die staatlichen Institutionen insoweit sie Informationen bearbeiten, die ein Geheimnis darstellen. Insbesondere soll damit auch die unbeeinflusste Meinungsbildung der Behörden gewährleistet werden<sup>4</sup>. Gemäss Art. 320 Abs. 1 StGB macht sich strafbar "wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat." Sowohl interne Informationen als auch solche, die von privater Seite zu den Behörden gelangen, geniessen grundsätzlich den Schutz des Amtsgeheimnisses. Entscheidend ist, ob es sich bei den Informationen um ein Geheimnis handelt<sup>5</sup>. Auszugehen ist in diesem Zusammenhang vom materiellen Geheimnisbegriff<sup>6</sup>. Das Geheimnis darf nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sein (Geheimnisträger), der von den Tatsachen Betroffene (Geheimnisherr) hat an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse, welches er auch ausdrücklich oder stillschweigend bekundet hat (Geheimhaltungswille)<sup>7</sup>.

Das Amtsgeheimnis wird durch die zahlreichen Mitteilungsrechte und -pflichten der Behörden durchbrochen. Weiter kann die Aufsichtsbehörde vom Amtsgeheimnis entbinden.

<sup>4</sup> Rehberg Jörg, Strafrecht IV Delikte gegen die Allgemeinheit, Zürich 1996, 419.

<sup>5</sup> Im Rahmen dieses Beitrages wird auf weitere Aspekte des Amtsgeheimnisses nicht eingegangen: Näheres bei Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, Zürich 1997, Art. 320; Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, Bern 2000, § 59; Rehberg Jörg, a.a.O., § 109.

<sup>6</sup> Stratenwerth Günter, a.a.O., § 59 N 5.

<sup>7</sup> Rehberg Jörg, a.a.O., 420.

## **2.2. Spezifische Geheimnisse**

Neben dem Amtsgeheimnis bestehen in verschiedenen Gebieten spezifische Schweigepflichten, so beispielsweise im Sozialversicherungsbereich<sup>8</sup>, im Bereich der Arbeitslosensversicherung<sup>9</sup> oder nach dem Opferhilfegesetz<sup>10</sup>. Sie schützen Bereiche und Verfahren, bei denen besonders sensible Informationen bearbeitet werden und deren Bekanntgabe eine besondere Gefährdung von Persönlichkeits- oder Verfahrensrechten beinhalten kann. Spezifische Schweigepflichten beinhalten vielfach eine abschliessende Aufzählung von Sachverhalten und Adressaten, denen Daten weitergegeben werden können<sup>11</sup>. Bei der Konkurrenz einer spezifischen Schweigepflicht mit dem Amtsgeheimnis, kommt bei einer Verletzung alleine die besondere Strafnorm zur Anwendung<sup>12</sup>.

## **2.3. Berufsgeheimnis**

Berufsgeheimnisse schützen Informationen, die Angehörigen bestimmter Berufsgruppen in Ausübung ihrer Tätigkeit anvertraut werden<sup>13</sup>. Damit wird insbesondere das Vertrauensverhältnis zwischen den beteiligten Parteien gestärkt. Wie Art. 320 StGB stellt auch Art. 321 StGB ein echtes Sonderdelikt dar, da nur ein bestimmter Personenkreis, in diesem Fall die Angehörigen von abschliessend aufgezählten Berufsgruppen wie Ärztinnen und Ärzte, Geistliche oder Rechtsanwälte vom Tatbestand erfasst werden.

<sup>8</sup> Art. 33 ATSG.

<sup>9</sup> Art. 33 ATSG.

<sup>10</sup> Art. 4 OHG.

<sup>11</sup> Z.B. Art. 97a AVIG.

<sup>12</sup> Rehberg Jörg, a.a.O., 424.

<sup>13</sup> Art. 321 StGB.

Unter das Berufsgeheimnis fallen Informationen, die Personen beispielsweise einem Angehörigen eines medizinischen Berufes oder dessen Hilfspersonen anvertrauen. Der Geheimnisträger hat dabei die Information geheim zu halten, sofern nicht die Person, welche die Information anvertraut hat, als Geheimnisherr einer Bekanntgabe der Information zustimmt.

In bestimmten Fällen kann eine Rechtsgrundlage die Bekanntgabe der Information verlangen oder ermöglichen respektive der Geheimnisträger kann das Berufsgeheimnis durchbrechen, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde im konkreten Fall vom Berufsgeheimnis entbindet<sup>14</sup>.

Das Berufsgeheimnis kann sich mit dem Amtsgeheimnis überschneiden, wie beispielsweise bei Ärzten, die in öffentlichen Spitälern angestellt sind<sup>15</sup>.

### **3. Datenschutz**

Das Anliegen des Datenschutzes ist der Schutz von Grundrechten von Personen, über die Daten bearbeitet werden<sup>16</sup>. Damit werden Informationen geschützt, die personenbezogen sind. Als personenbezogene Daten oder Informationen gelten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen<sup>17</sup>. Die datenschutzrechtlichen Ansprüche auf den Schutz der personenbezogenen Informationen leiten sich aus dem verfassungsmässigen Grundrecht der persönlichen Freiheit<sup>18</sup> und dem Schutz der Privatsphäre<sup>19</sup> ab. Der Schutz der Privatsphäre ist be-

<sup>14</sup> Art. 321 Abs. 2 StGB.

<sup>15</sup> Keller Karin, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Zürich 1993, 98.

<sup>16</sup> § 1 DSG.

<sup>17</sup> § 2 lit. a DSG.

<sup>18</sup> Art. 10 Abs. 2 BV.

<sup>19</sup> Insbes. Art. 13 Abs. 2 BV.

reits in Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) statuiert. Im Datenschutzgesetz finden sich konkretisierende Bestimmungen, wie mit diesen Informationen umzugehen ist. Das Gesetz legt die Voraussetzungen fest, unter denen personenbezogene Informationen bearbeitet werden dürfen<sup>20</sup>. Ebenso wird geregelt, unter welchen Bedingungen Daten an Dritte weitergegeben werden dürfen<sup>21</sup>.

Als ein Kernelement sieht das Datenschutzgesetz das Recht jeder Person vor, über ihre eigenen Daten Auskunft zu erhalten<sup>22</sup>. Dieses Recht auf Einsicht in Akten und als Folge davon auf Berichtigung oder Löschung von unrichtigen Daten wird gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts direkt aus Art. 13 Abs. 2 BV abgeleitet<sup>23</sup>.

## 4. Informationszugang

### 4.1. *Auskunftsrecht und Akteneinsichtsrecht*<sup>24</sup>

Das Auskunftsrecht ist ein individueller Anspruch der betroffenen Person, Auskunft über die von einem öffentlichen Organ über sie bearbeiteten Daten zu erhalten. Damit fallen unter diesen Auskunftsanspruch grundsätzlich alle personenbezogenen Informationen.

Einschränkungen des Auskunftsrechts sind möglich, wenn überwiegende öffentliche Interessen oder überwiegende private Interessen Dritter dies verlangen<sup>25</sup>. Einschränkungen sind zu be-

<sup>20</sup> § 4 ff. DSG.

<sup>21</sup> § 8 ff. DSG.

<sup>22</sup> § 17 DSG.

<sup>23</sup> BGE 126 I 12.

<sup>24</sup> Vgl. umfassend zu diesem Themenbereich: Isabelle Häner, Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe, in diesem Band.

<sup>25</sup> § 18 DSG.

gründen und können von der betroffenen Person auf dem verwaltungsrechtlichen Weg angefochten werden<sup>26</sup>.

Ausser bei hängigen Verfahren der Zivil-, Verwaltungs- und Strafrechtspflege<sup>27</sup> tritt das Auskunftsrecht der betroffenen Person in Konkurrenz zum Akteneinsichtsrecht nach Art. 29 Abs. 2 BV. Während das Auskunftsrecht lediglich die personenbezogenen Daten umfasst<sup>28</sup>, erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht auf alle Akten eines Verfahrens. Den Anspruch auf Akteneinsicht hat aber nur, wer ein schutzwürdiges Interesse nachweist<sup>29</sup>. Das Akteneinsichtsrecht gewährt damit den Verfahrensbeteiligten – ob betroffene Person oder Behörde – das rechtliche Gehör im Verfahren. Das Auskunftsrecht ist dagegen in diesem Zusammenhang überwiegend der Rechtsbehelf für die betroffene Person, um mögliche Eingriffe in ihre persönliche Freiheit überprüfen zu können, mithin um Rechtsverletzungen geltend machen zu können<sup>30</sup>.

## **5. Zusammenfassung:**

### **Geheimnisschutz, Datenschutz, Informationszugang**

Die bestehenden Geheimhaltungsvorschriften verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen, auch wenn sie sich in ihrem Ergebnis vielfach überschneiden. Das Amtsgeheimnis ist überwiegend ein Schutz für die Institution und ihre Funktionsweise. Spezifische Schweigepflichten können diesen Schutz im Interesse bestimmter besonders schützenswerter Bereiche oder Personenkreise verstärken. Die Berufsgeheimnisse betreffen das Vertrauensverhältnis zwischen einem Geheimnisherr und seinem Geheim-

<sup>26</sup> § 20 DSG.

<sup>27</sup> § 3 Abs. 2 lit. b DSG.

<sup>28</sup> Dubach Alexander, in Maurer Urs / Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel / Frankfurt a.M. 1995, Art. 8 N 55.

<sup>29</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, § 8 N 61.

<sup>30</sup> Vgl. dazu: Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht Nr. 1/1995, 15.

nisträger, dem vom Geheimnisherr sensible Informationen anvertraut werden. Auch die Anliegen des Datenschutzes führen in ihrem Ergebnis zu einem Geheimnisschutz. Das Ziel des Datenschutzes ist der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden. Deshalb stellt das Datenschutzgesetz Regeln auf, wie mit diesem Daten umzugehen ist respektive unter welchen Voraussetzungen sie an Dritte weiter gegeben werden dürfen. Das Datenschutzrecht enthält in der Form des Auskunftsrechts ein explizites Zugangsrecht der betroffenen Person bezüglich sie betreffender Informationen. Es besteht neben einem Akteneinsichtsrecht. Des weiteren können Mitteilungsrechte und -pflichten eine Durchbrechung des Geheimnisschutzes erlauben oder gebieten.

## **6. Geheimnisschutz und Informationszugang im Ombudsverfahren**

### **6.1. Ombudsperson als Vertrauensperson**

Die Ombudsstelle wird als ein mit Funktionen der Verwaltungskontrolle betrautes Organ sui generis charakterisiert<sup>31</sup>. Als unabhängiges Organ nimmt es auf Grund von Beschwerden betroffener Personen oder aus eigener Initiative die Aufsicht in Bezug auf die Rechtmässigkeit, Angemessenheit und Korrektheit von staatlichen Handlungen vor<sup>32</sup>. Der Ombudsperson stehen dabei keine Entscheidungsbefugnisse zu: Sie kann Abklärungen treffen, vermitteln und Empfehlungen abgeben. Sie steht daher in vielen Fällen in einer Vermittlerposition zwischen Bürgerinnen und Bürgern und Verwaltungsbehörden. Die betroffenen Personen wenden sich an die Ombudsperson, wenn sie – aus verschiedensten Gründen – den formellen Rechtsschutz nicht in Anspruch

<sup>31</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., Vorbem. zu §§ 87 – 94 N 1.

<sup>32</sup> Haller Walter, Der schwedische Justitieombudsman, Diss. Zürich 1964, 34.

nehmen wollen oder können. In dieser Situation erhält die Ombudsperson eine Art Vertrauensstellung gegenüber der Person, von der sie als Anwalt und Vermittler angerufen wird. Auf der anderen Seite werden die Behörden verpflichtet, der Ombudsperson in einem bestimmten Fall Auskunft zu erteilen und Akten vorzulegen. Sie haben ihrerseits das Recht zu einer Stellungnahme<sup>33</sup>.

Für die Entscheidungsfindung der Ombudsperson ist insbesondere in der Vermittlerfunktion ein intensiver Informationsaustausch zwischen ihr und den involvierten Parteien notwendig. Die Ombudsstelle kann aber auch weitere Informationsquellen beiziehen, wie durch das Einholen eines Sachverständigengutachtens oder die Befragung von Auskunftspersonen.

Da sie keine Entscheide treffen kann, sondern den betroffenen Personen Rat für das weitere Verhalten erteilt, die Angelegenheit mit den Behörden bespricht oder allenfalls auch eine Empfehlung abgibt<sup>34</sup>, ist die Wirksamkeit der Ombudsfunktion im staatlichen Rechtsgefüge wesentlich vom Vertrauen abhängig, das die betroffenen Instanzen und Personen in dieses Verfahren setzen. Insbesondere in Bezug auf die Bürgerinnen und Bürger ist festzustellen, dass sie sich bei dessen Fehlen entweder nicht an die Ombudsperson wenden oder ihr nicht alle Unterlagen zur Verfügung stellen würden.

Vertrauen ist daher die Voraussetzung, dass betroffene Personen Informationen der Ombudsperson "anvertrauen". Auf der anderen Seite trifft zwar die Verwaltungsstellen eine Auskunftspflicht, die Auskunftsbereitschaft wird aber davon abhängig sein, wie diese Informationen tatsächlich im Ombudsverfahren verwendet werden.

<sup>33</sup> § 92 Abs. 1 und 2 VRG.

<sup>34</sup> § 93 VRG.

Dieses Vertrauen ist im Interesse der Ombudsperson selber, die deshalb – ähnlich wie eine medizinische Fachperson bei der Anamnese - auf Grund einer möglichst breiten Informationsbasis einen Rat oder eine Empfehlung erteilen kann. Somit fördert die Vertrauensstellung aus Sicht der Informations- und Datenbearbeitung eine quantitativ wie qualitativ bessere Information der Ombudsperson.

Unterstrichen wird diese Vertrauensposition durch die (verwaltungs-) unabhängige Stellung der Ombudsperson<sup>35</sup>.

## **6.2. Informationsrechte der Ombudsperson im einzelnen**

In der überwiegenden Zahl der Fälle wird die Ombudsperson auf Grund der Beschwerde einer betroffenen Person tätig. Sie kann aber auch aus eigener Initiative aktiv werden<sup>36</sup>. Der Ombudsperson stehen in beiden Fällen umfassende Informationsrechte zur Verfügung<sup>37</sup>. Sie hat die Möglichkeit der Befragung der Beteiligten oder von Auskunftspersonen, des Bezugs von Amtsberichten, Urkunden und Sachverständigen sowie der Durchführung eines Augenscheins<sup>38</sup>.

### **6.2.1. Informationen von Amtsstellen**

Um einen Sachverhalt umfassend beurteilen zu können, sind insbesondere Informationen der involvierten Behörden erforderlich. Den Behörden obliegt eine Mitwirkungspflicht<sup>39</sup>. Die Ombuds-

<sup>35</sup> § 87 VRG.

<sup>36</sup> § 91 Abs. 2 VRG.

<sup>37</sup> Haller Walter, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, 708.

<sup>38</sup> § 92 Abs. 1 i.V. mit § 7 Abs. 1 VRG.

<sup>39</sup> § 92 Abs. 2 VRG.

person muss nicht den Dienstweg befolgen, sondern kann direkt mit der betroffenen Instanz Kontakt aufnehmen<sup>40</sup>. Die Behörde hat ihr alle zu einem bestimmten Fall gehörenden Akten vorzulegen. Sie hat auch die Pflicht, Auskünfte über die Sach- und Rechtslage zu geben und Einblick in die Gesetzesmaterialien zu gewähren<sup>41</sup>. Auch Gemeinden und kantonale Behörden, die nicht der Zuständigkeit der Ombudsperson unterstehen, haben dieser Auskünfte zu erteilen, sofern diese im Zusammenhang mit einem Fall benötigt werden.

### **6.2.2. Informationen von der betroffenen Person**

Dem Privaten gegenüber hat die Ombudsperson keinen Anspruch auf Informationen. Da es in der Regel die betroffene Person ist, die sich mit einer Beschwerde an die Ombudsperson richtet, wird sie aus eigenem Interesse den Sachverhalt schildern und die Darstellung unter Umständen auch mit entsprechenden Dokumenten belegen.

### **6.2.3. Informationen von Dritten**

Die Ombudsperson hat die Möglichkeit, Dritte zu befragen<sup>42</sup>. Es stehen ihr aber keine formellen Beweismittel wie beispielsweise eine Zeugeneinvernahme zur Verfügung<sup>43</sup>. Damit erhalten private Drittpersonen, die gegenüber der Ombudsperson Auskunft erteilen, die Rolle eines Informanten.

<sup>40</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 92 N 3.

<sup>41</sup> Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 92 N 4.

<sup>42</sup> § 92 Abs. 1 i.V. mit § 7 Abs. 1 VRG.

<sup>43</sup> Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Änderung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Wahlgesetzes, ABl 1976 II, 982.

### **6.3. Schweigepflicht der Ombudsperson**

Die Vertrauensposition der Ombudsperson wird unterstrichen durch die ihr auferlegte Schweigepflicht. Die Schweigepflicht der Ombudsperson beruht auf den Pfeilern Amtsgeheimnis und spezifisches Geheimnis im Einzelfall<sup>44</sup>.

Als Mitglied einer Behörde untersteht die Ombudsperson dem Amtsgeheimnis<sup>45</sup>. Damit sind grundsätzlich Informationen und Daten, welche die Ombudsperson bearbeitet, nicht öffentlich und vom Zugang Dritter ausgeschlossen. Davon sind alle Informationen umfasst, an denen ein berechtigtes Interesse an Geheimhaltung besteht<sup>46</sup>, unabhängig davon, ob es sich um Geheimnisse einer Verwaltungsstelle oder einer betroffenen Person handelt.

Des weiteren untersteht die Ombudsperson in Sachen Geheimhaltungspflicht den gleichen Regeln wie die Behörde, von der sie Informationen erhält<sup>47</sup>. Diese Pflicht wirkt sich sowohl gegenüber dem Beschwerdeführer, Dritten und anderen Behörden, als auch gegenüber dem Kantonsrat aus. Die Ombudsperson hat sich von Fall zu Fall über die entsprechenden Vorschriften zu informieren<sup>48</sup>. Die Regelung wird relevant bei allen Informationen, die einer spezifischen Geheimhaltungspflicht oder einem Berufsgeheimnis unterliegen und beispielsweise mit Einwilligung der betroffenen Person der Ombudsperson bekannt gegeben wurden.

<sup>44</sup> Die gleiche Regelung wurde auch für den Datenschutzbeauftragten getroffen: Vgl. § 25 DSG.

<sup>45</sup> Art. 320 StGB.

<sup>46</sup> Stratenwerth Günter, a.a.O., § 59 N 5.

<sup>47</sup> § 92 Abs. 4 VRG.

<sup>48</sup> Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Änderung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Wahlgesetzes, ABl 1976 II, 982

Die Weitergabe von Informationen, die einem Geheimnisschutz unterliegen, hängt von den Regelungen im einzelnen Geheimhaltungsbereich ab. So können Informationen, die unter dem Amtsgeheimnis stehen, nur weiter gegeben werden, wenn eine Rechtsgrundlage hierzu ermächtigt oder die vorgesetzte Behörde der Entbindung vom Amtsgeheimnis zugestimmt hat. Analoge Regelungen bestehen für die Berufsgeheimnisse und die spezifischen Geheimhaltungsvorschriften, wobei letztere generell einschränkendere Bekanntgaberegulungen kennen.

In Bezug auf personenbezogene Daten ist generell festzuhalten, dass deren Weitergabe eine Rechtsgrundlage in Form eines Mitteilungsrechts oder eine Mitteilungspflicht erfordert<sup>49</sup>. Subsidiär und im Einzelfall ist die Weitergabe solcher Daten mit Einwilligung der betroffenen Person oder im Rahmen der Amtshilfe möglich. Eine Pflicht zur Amtshilfe besteht für die Ombudsperson nicht<sup>50</sup>.

Es ist deshalb im folgenden zu betrachten, wie weit der Geheimnisschutz der Ombudsperson im Einzelfall reicht und welche Informationen allenfalls auf Grund bestehender Rechtsansprüche den beteiligten Parteien im Ombudsverfahren offen zu legen sind.

### **6.3.1. Schutz der Informationen gegenüber Amtsstellen**

Von Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist die Frage, wie weit die involvierte Amtsstelle Anspruch auf Informationen oder Akteneinsicht im sie betreffenden Fall bei der Ombudsperson hat. Aus der Sicht der betroffenen Person könnten dabei eigene per-

<sup>49</sup> §§ 4 und 8 DSG.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen: Isabelle Häner, Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe, in diesem Band.

sönliche Informationen der involvierten Amtsstelle zur Kenntnis gelangen. Dies dürfte insbesondere bei personalrechtlichen Auseinandersetzungen vor der Ombudsperson für sie eine entscheidende Bedeutung haben.

Die involvierten Behörden haben einerseits die Verpflichtung, Akten vorzulegen, andererseits haben sie das Recht auf eine Stellungnahme<sup>51</sup>. Letztere Bestimmung impliziert ein gewisses Mass an Informationen, die der Behörde aus dem Verfahren vor der Ombudsperson zu geben sind, damit sie eine Stellungnahme verfassen kann. Sinngemäss sollen die Bestimmungen des verfahrensrechtlichen Akteneinsichtsrechts herangezogen werden<sup>52</sup>. Schranken aus Sicht der betroffenen Person bieten allenfalls überwiegende private Interessen, welche die Akteneinsicht einschränken können<sup>53</sup>.

Nicht berücksichtigt bleibt bei dieser Betrachtung das Datenschutzgesetz, das im Verfahren vor der Ombudsperson ebenfalls zur Anwendung gelangt. Personenbezogene Daten dürfen dabei nur bekannt geben werden, wenn eine Rechtsgrundlage besteht oder die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat<sup>54</sup>. Dabei erscheint die Bestimmung von § 92 Abs. 3 VRG als kaum ausreichende Rechtsgrundlage, um personenbezogene Daten an eine andere Behörde weitergeben zu können. Für die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen – welche in vielen Fällen von der Ombudsstelle bearbeitet werden – ist sogar eine klare Rechtsgrundlage notwendig<sup>55</sup>. Damit ist aus datenschutzrechtlicher Sicht lediglich

<sup>51</sup> § 92 Abs. 2 und 3 VRG.

<sup>52</sup> § 8 VRG; So Isabelle Häner, Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe, in diesem Band.

<sup>53</sup> § 9 VRG.

<sup>54</sup> § 8 DSG.

<sup>55</sup> § 8 i.V. § 5 DSG.

eine Bekanntgabe personenbezogener Daten an die involvierte Behörde auf Grund der Einwilligung der betroffenen Person möglich. Diese Auslegung würde bedeuten, dass die personenbezogenen Informationen soweit geschützt sind, wie nicht eine Einwilligung der betroffenen Person zur Bekanntgabe vorliegt.

### **6.3.2. Schutz der Informationen gegenüber der betroffenen Person**

Soweit den involvierten Amtsstellen ein Akteneinsichtsrecht im Verfahren vor der Ombudsperson zusteht, ist dieses auch der betroffenen Person zu gewähren. Allenfalls bestehen Einschränkungen wegen überwiegender öffentlicher Interessen<sup>56</sup>.

Unabhängig davon hat die betroffene Person ein Auskunftsrecht über die sie betreffenden Daten<sup>57</sup>. Grundsätzlich fallen darunter sämtliche Informationen, welche die Ombudsperson über sie bearbeitet. Damit sind die Informationen gemeint, die die Ombudsperson selber erarbeitet – wie beispielsweise Besprechungsnotizen und Protokolle – aber auch diejenigen Informationen, die sie von der involvierten Amtsstelle erhält.

Der Auskunftsanspruch gemäss dem Datenschutzgesetz ist als zentrales Element der persönlichen Freiheit zu verstehen. Auf diesem bauen die übrigen Rechte der betroffenen Person auf, wie das Recht auf Feststellung der widerrechtlichen Bearbeitung, der Berichtigung von Daten oder das Recht auf Vernichtung von Daten<sup>58</sup>. Das Auskunftsrecht verfolgt damit zwei Zwecke. Die Persönlichkeitsschützende Komponente fördert das Wissen über die eigenen Daten, um seine gesellschaftliche Situation richtig ein-

<sup>56</sup> Siehe im Einzelnen: Isabelle Häner, Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe, in diesem Band.

<sup>57</sup> § 17 DSG.

<sup>58</sup> § 19 DSG.

schätzen und entsprechend handeln zu können. Das andere Element ist die rechtstaatlich demokratische Komponente, die in der Förderung der Transparenz staatlicher Informationstätigkeit zu sehen ist<sup>59</sup>.

Die Auskunft umfasst die folgenden Punkte:

- Alle Daten, welche über die gesuchstellende Person bearbeitet werden,
- die gesetzliche Grundlage der Datenbearbeitung,
- die Angaben über den Zweck der Datenbearbeitung,
- die Bezeichnung weiterer an der Datensammlung beteiligter Stellen,
- die Angabe der regelmässigen Datenempfänger<sup>60</sup>.

In der Praxis zeigt sich, dass von diesem Auskunftsrecht im Verfahren vor der Ombudsperson nur selten Gebrauch gemacht wird. Es ist jedoch festzustellen, dass ein Anspruch der betroffenen Person auf Auskunft besteht und dieser auch Akten umfasst, die von anderen Behörden oder Dritten der Ombudsperson zur Verfügung gestellt wurden.

### **6.3.3. Schutz durch Interessenabwägung**

Vor jeder Bekanntgabe von Informationen ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Mit dieser Interessenabwägung kann im Einzelfall ein zusätzlicher Schutz von Informationen gewährleistet werden. Eine Interessenabwägung ist sowohl beim Akteneinsichtsrecht<sup>61</sup> als auch bei der Bekanntgabe<sup>62</sup> von personenbezogenen Informationen und beim Auskunftsrecht<sup>63</sup> vorgesehen.

<sup>59</sup> Dubach Alexander, a.a.O., Art. 8 N 1.

<sup>60</sup> § 10 DSV.

<sup>61</sup> § 9 VRG.

<sup>62</sup> § 10 DSG.

<sup>63</sup> § 18 DSG.

Die Ombudsperson hat zu prüfen, ob überwiegende öffentliche oder überwiegende private Interessen eine Bekanntgabe von Informationen einschränken. Die Information kann aufgeschoben, mit Auflagen verbunden oder verweigert werden<sup>64</sup>. Zu berücksichtigende öffentliche Interessen liegen allenfalls bei einer Tangierung der inneren oder äusseren Sicherheit oder bei der Gewährleistung einer unbeeinflussten Entscheidungsfindung der Behörden vor. Schutzwürdige private Interessen sind bei einer Datenbekanntgabe an Behörden im Bereich der am Verfahren beteiligten Person zu beachten.

Mit dieser Interessenabwägung werden daher im Einzelfall Interessen der beteiligten Parteien in Bezug auf die Vertraulichkeit ihrer Informationen gegenüber der anderen Partei ausgeglichen.

#### **6.3.4. Exkurs: Schutz von Auskunftspersonen**

Im Verfahren vor der Ombudsperson liegt ein weiterer Schwerpunkt der Abwägung von Drittinteressen beim Schutz von Informationen, welche die Ombudsperson von Drittpersonen erhält. Wie erwähnt haben die Parteien grundsätzliche Informationsansprüche. Der Schutz von Informationen einer Auskunftsperson, namentlich der Schutz ihrer Identität, kann deshalb nur auf Grund einer entsprechenden Interessenabwägung berücksichtigt werden. Dabei ist abzuwägen, ob der Anspruch der Auskunftsperson, anonym bleiben zu dürfen, höher zu gewichtigen ist, als der Anspruch der Parteien auf Zugang zu Informationen. Lehre und Rechtsprechung haben Kriterien entwickelt, welche die Interessenabwägung in der Praxis unterstützen<sup>65</sup>. Insbesondere ist zu berücksichtigen, ob die Auskunftsperson von der Behörde ange-

<sup>64</sup> § 10 DSG, § 18 DSG.

<sup>65</sup> Alexander Dubach, a.a.O., Art. 9 N 13 ff.

fragt wurde, und ob die Information aus uneigennütigen Motiven erfolgte. Des weitern ist abzuwägen, ob der Informant oder die Informantin bei einer Preisgabe des Namens allenfalls mit rechtswidrigem Vorgehen einer betroffenen Person gegen sie rechnen muss<sup>66</sup>. Zurückhaltung ist indessen bei der Zusicherung der Vertraulichkeit angebracht, da bei einer rechtlichen Auseinandersetzung über das Auskunftsrecht eine obere Rechtsmittelinstanz bei der Interessenabwägung zu einem anderen Schluss gelangen kann.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Auskunftsperson auf Grund bestehender Geheimhaltungsvorschriften keine Garantie für die Nichtbekanntgabe ihres Namens an die Parteien gegeben werden kann.

## **7. Zusammenfassung:**

### **Geheimnisschutz und Informationszugang**

Der Geheimnisschutz im Ombudsverfahren basiert auf den Pfeilern Amtsgeheimnis und spezifisches Geheimnis im Einzelfall. Nach der heutigen Rechtslage ist damit keine umfassende Schweigepflicht gegeben, die den involvierten Parteien die Gewissheit geben könnte, dass keine sie betreffenden Informationen an andere Parteien weitergegeben werden könnten. Mitteilungsrechte und -pflichten sowie Akteneinsichts- und Auskunftsrechte ermöglichen respektive verpflichten zur Weitergabe von Informationen. Da im Einzelfall eine Interessenabwägung stattfindet, kann den Anliegen der betroffenen Parteien auf Vertraulichkeit ihrer Informationen entgegengekommen werden. Einen besonderen Schutz geniessen die Personendaten, die unter datenschutzrechtlichen Aspekten ohne die Einwilligung der betroffenen Person nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen.

<sup>66</sup> Siehe im Einzelnen: Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Tätigkeitsbericht Nr. 3/1997, 10 f.

Auf der anderen Seite gewährt das Datenschutzrecht der betroffenen Person Zugang zu der sie betreffenden Informationen, so dass diesbezügliche Informationen von Behörden kaum je deren Zugriff entzogen werden können. Auch die Auskunftspersonen geniessen keinen umfassenden Schutz. Vielmehr ist auch hier eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen.

## **8. Diskussion: Explizite Schweigepflicht?**

Im Rahmen der bestehenden Geheimnis-, Datenschutz- und Informationszugangsregelungen erhält das Verfahren vor der Ombudsperson generell keinen besonderen Schutz. Nur im Einzelfall unterliegen Informationen einem spezifischen Geheimnis oder dem Berufsgeheimnis. Insbesondere ermöglichen Akteneinsichts- und Auskunftsrechte die Kenntnisnahme von Informationen anderer Beteiligter im Verfahren. Nur im Einzelfall auf Grund einer Interessenabwägung können die Anliegen betroffener Parteien auf Schutz ihrer Informationen berücksichtigt werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Verfahren vor der Ombudsperson einem stärkeren Geheimnisschutz unterliegen sollte. Diese wäre beispielsweise durch eine spezifische Schweigepflicht oder ein Berufsgeheimnis zu erreichen. Dabei könnten auch explizite Regelungen der Informationszugangsrechte vorgesehen werden.

Wie gesehen basiert das Verfahren vor der Ombudsperson auf der besonderen Vertrauensstellung, die diese insbesondere gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern einnimmt. Aus dieser Optik erscheint es sinnvoll, der Ombudsstelle eine Schweigepflicht aufzuerlegen, die weiter geht, als die heutige Regelung. Eine explizite Schweigepflicht ähnlich bestehender spezifischer Schweigepflichten in anderen Bereichen, würde den Vertrauensschutz unterstreichen. Für die betroffenen Personen würde dies bedeuten, dass die Informationen, die sie der Ombudsperson anvertrauen, ohne ihre Einwilligung nicht an dritte Stellen weiter gegeben werden könnten. Vorbehalten blieben weitere Informationszugangsrechte, die aber spezifisch zu regeln wären.

Eine vergleichbare Schweigepflicht wurde im Opferhilfegesetz eingeführt<sup>67</sup>. Mitarbeitende von Beratungsstellen sind an eine Geheimhaltung gegenüber Behörden und Dritten gebunden, soweit eine betroffene Person nicht die Einwilligung für deren Durchbrechung gibt. Der Zweck dieser restriktiven Schweigepflicht liegt insbesondere darin, bei der Beratung den Opfern eine absolute Diskretion zusichern und somit ein sachgerechtes Wirken der Beratungsstellen ermöglichen zu können<sup>68</sup>. Die Schweigepflicht entfällt nur, wenn das Opfer damit einverstanden ist. Damit geht die Schweigepflicht nach dem Opferhilfegesetz weiter als das Amts- oder Berufsgeheimnis<sup>69</sup>. Mit dieser Lösung wird der Schutz der Informationen der betroffenen Person gegenüber anderen Behörden und Dritten unterstrichen.

Eine solche Schweigepflicht würde das Akteneinsichtsrecht der involvierten Behörde beschränken. Auf der anderen Seite bliebe das Auskunftsrecht der betroffenen Person bestehen. Einen Ausgleich zu schaffen, indem das Auskunftsrecht der betroffenen Person beschränkt wird, würde die Rechtsposition der Bürgerinnen und Bürger schwächen, die ja gerade auch durch das Ombudsverfahren gestärkt werden sollte. Eine solche Lösung wurde bisher nur im Bereich der inneren Sicherheit verwirklicht<sup>70</sup>. Zusammenfassend kann aber festgehalten werden, dass eine explizite Schweigepflicht eine klarere Rechtslage für die betroffenen Personen in Bezug auf den Umgang mit ihren Informationen schaffen würde.

Da die Ombudsperson weder der betroffenen Person noch der Verwaltung verpflichtet ist, sondern nach Recht und Billigkeit zu

<sup>67</sup> Art. 4 OHG.

<sup>68</sup> Bantli Keller Ruth / Weder Ulrich / Meier Kurt, Anwendungsprobleme des Opferhilfegesetzes, in: plädoyer 5/95, 35.

<sup>69</sup> VPB 1994 (58) 67.

<sup>70</sup> Art. 18 BWIS.

handeln hat, erzeugt eine spezifische Schweigepflicht eine sehr starke Gewichtsverlagerung zu Gunsten der betroffenen Person. Dabei stellt sich die Frage, wie weit damit Mitwirkungspflichten der involvierten Behörde nicht mehr sachgerecht wahrgenommen werden könnten, was wiederum Auswirkungen auf den Erfolg der Tätigkeit der Ombudsperson haben würde. Sofern allerdings die Position der Ombudsperson im Sinne des Anwalts und Vermittlers der Bürgerinnen und Bürger gestärkt werden soll, würde eine spezifische Schweigepflicht das Vertrauensverhältnis zwischen der Ombudsperson und den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern unterstreichen.

## **9. Fazit**

Nach heutiger Rechtslage sind Informationsansprüche in Form von Akteneinsichts- oder Auskunftsrechten im Verfahren vor der Ombudsperson nur im Einzelfall nach Abwägung überwiegender öffentlicher oder privater Interessen einschränkbar. Eine explizite Schweigepflicht würde indessen die Stellung der Ombudsperson einseitig zu Gunsten der betroffenen Person stärken, da nicht gleichzeitig ihre anderen persönlichen Rechte wie das Auskunftsrecht eingeschränkt werden sollten. Damit würde die Rolle der Ombudsperson als Anwalt und Vermittler der Bürgerinnen und Bürger unterstrichen und ihre Vertrauensposition diesen gegenüber gestärkt. Da die Ombudsperson aber weder der betroffenen Person, noch der Verwaltung verpflichtet ist, erscheint die heutige Rechtslage in Bezug auf den Geheimnisschutz angemessen. Alle Parteien haben deshalb im Verfahren vor der Ombudsperson mit dem Wissen zu handeln, dass der Schutz ihrer Informationen nicht umfassend ist und im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen Geheimnisschutz und Informationszugang stattfindet. Dies dürfte aber nicht zuletzt auch zu einer gegenseitigen Fairness im Verfahren führen.

## **Zitierte Literatur**

Haller Walter, Der schwedische Justitieombudsman, Diss. Zürich 1964

Haller Walter, Der Ombudsmann im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel / Frankfurt a.M. 1982

Keller Karin, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Zürich 1993

Kölz Alfred / Bosshart Jürg / Röhl Martin, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999

Maurer Urs / Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel / Frankfurt a.M. 1995

Rehberg Jörg, Strafrecht IV Delikte gegen die Allgemeinheit, Zürich 1996

Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen die Gemeininteressen, Bern 2000

## Ombudsmann und Vormundschaftsrecht

von Prof. Dr. Cyril Hegnauer<sup>1</sup>



I. Aufgabe des Ombudsmannes – des kommunalen wie des kantonalen – ist zu prüfen, ob die Verwaltung der Gemeinde oder des Kantons nach Recht und Billigkeit verfährt; dagegen hat er sich mit der Rechtsanwendung durch den Richter nicht zu befassen. Im Mittelpunkt seiner Tätigkeit steht der weite Fächer des Verwaltungsrechts vom Abgaberecht über das Polizeirecht bis zur Fürsorge. Auch das ZGB enthält Normen, die primär von der Verwaltung anzuwenden sind, so diejenigen über die Eheschliessung, die Vormundschaft und die öffentlichen Register. Sie gehören infolge ihrer Einordnung ins ZGB formell zum Bundeszivilrecht, materiell, da von Amtes wegen anzuwenden, dagegen zum Verwaltungs- und damit zum öffentlichen Recht<sup>2</sup>. Dabei überträgt das ZGB die Organisation der Rechtsanwendung innerhalb bestimmter, für die einzelnen Bereiche unterschiedlich umschriebener Grenzen den Kantonen, so Art. 361 Abs. 2 für das Vormundschaftsrecht. Gestützt darauf können die Kantone die Verwaltungsbehörden der Gemeinde oder des Kantons mit der Anwendung des Vormundschaftsrechts betrauen. Sind diese damit auch der Kontrolle des Ombudsmannes unterstellt? Das ZGB beantwortet die Frage nicht ausdrücklich. Denn die Institution des Ombudsmannes fasste erst 1971 in der Schweiz Fuss<sup>3</sup>. Zunächst war die Zuständigkeit des Ombudsmannes in Vormundschaftssachen unbestritten. Vor einigen Jah-

<sup>1</sup> em. Professor für Schweizerisches Zivilrecht, Universität Zürich

<sup>2</sup> Marti, Zürcher Kommentar, Vorb. Art. 5/6 ZGB N 94ff; in Bezug auf das Vormundschaftsrecht Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Vormundschaft Syst. Teil N 54, 81ff

<sup>3</sup> Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Vorb. §§ 87-94 N 5

ren wurde sie aber von einer Aufsichtsbehörde auf Grund von Art. 361 ZGB in Frage gestellt<sup>4</sup>.

II. Auszugehen ist von Art. 6 Abs. 1 ZGB: "Die Kantone werden in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt." Auch nicht im Bereich der Verwaltungsrechtspflege<sup>5</sup>, der die Institution des Ombudsmannes zuzurechnen ist<sup>6</sup>. Indessen bietet Art. 6 Abs. 1 dem kantonalen Recht nur innerhalb der Schranken des Bundesrechts eine Grundlage<sup>7</sup>.

A. Die wichtigste ist die derogatorische Kraft des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV. Hat das ZGB die Kontrolle der vormundschaftlichen Organe abschliessend geordnet, so ist die Prüfung durch den Ombudsmann ausgeschlossen.

a. Nun enthält das ZGB in der Tat Bestimmungen über die Aufsicht: die Einsetzung der Vormundschaftsbehörde und der Aufsichtsbehörde, Art. 361, die Beschwerde gegen Vormund und Vormundschaftsbehörde, Art. 420, die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden, Art. 421/422, die Prüfung und Genehmigung der Berichte und Rechnungen, Art. 423, sowie Disziplarmassnahmen gegen den Vormund, Art. 445ff. Diese bundesrechtliche Ordnung ist insoweit abschliessend, als die Kantone keine der oder den Aufsichtsbehörden übergeordnete Instanz vorsehen dürfen<sup>8</sup>. Die im ZGB geregelte Aufsicht hat autoritativen Charakter: Die Vormundschaftsbehörde ist dem Vormund und dem Beistand, die Aufsichtsbehörde der Vor-

<sup>4</sup> Hegnauer, Die Zuständigkeit des kommunalen Ombudsmannes in Vormundschafts-sachen, ZVW 1999 254

<sup>5</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 137

<sup>6</sup> Kölz (N 3) Vorb. §§ 87-94 N 7, 8; Häfelin/Haller, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 81

<sup>7</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 237, 242; Schmid, Basler Kommentar, Art. 6 N 10; Schnyder/Murer (N 2) Syst. Teil N 345

<sup>8</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 27

mundschaftsbehörde übergeordnet. Der Ombudsmann hat nun zwar wie die Vormundschafts- und die Aufsichtsbehörde Einsichts- und Prüfungsbefugnis, aber im Unterschied zu ihnen keinerlei Entscheidungsbefugnis. Er kann seiner Meinung Ausdruck geben und Empfehlungen formulieren. Seine Stellungnahme hat nur das innere Gewicht ihrer Argumente, dagegen keine Rechtskraft. Es kommt ihm nur beobachtende, begutachtende und vermittelnde Funktion zu. Diese steht in keiner Hinsicht mit der geltenden Ordnung der Aufsicht im ZGB in Widerspruch. Da der Ombudsmann in das Verwaltungsverfahren nicht eingreifen kann und dem Beschwerdeführer keine Kosten erwachsen, wird auch der Zweck des Ausschlusses einer dritten Instanz, die Vermeidung einer Verzögerung und Verteuerung des vormundschaftlichen Verfahrens<sup>9</sup>, nicht in Frage gestellt.

b. Bedeutsam ist auch, dass das ZGB den Kantonen in der Ausgestaltung der vormundschaftlichen Organisation beträchtliche Bewegungsfreiheit einräumt<sup>10</sup>. So bestimmt es nichts über Aktenführung, Akteneinsicht und Kostentragung. Im besonderen erscheint die Ordnung der Aufsicht als lückenhaft. Wichtige Aspekte der Beschwerde nach Art. 420 sind un geregelt. Auch der Rechtsschutz ist unvollkommen: die zivilrechtliche Berufung nur beschränkt zulässig, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen, Art. 44, 100 OG. Zudem bestimmt das ZGB abgesehen von den erwähnten ausdrücklich umschriebenen Aufgaben der Aufsichtsbehörden nichts über die allgemeine Aufsicht im Vormundschaftswesen. Lehre und Praxis nehmen freilich eine solche als Satz des ungeschriebenen Bundesrechts an, wobei die Ausgestaltung praktisch den Kantonen anheimgestellt ist<sup>11</sup>. Allge-

<sup>9</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 2

<sup>10</sup> Egger, Zürcher Kommentar Art. 361 N 5,6

<sup>11</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 68, 69; Geiser, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen ZVW 1993 216ff; Langenegger, Basler Kommentar Art. 361 N 4

mein anerkannt ist, dass die Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren nicht an die Anträge des Beschwerdeführers gebunden, sondern befugt ist, das sachlich Notwendige vorzukehren, und einzuschreiten hat, wenn sie von fehlerhaftem Verhalten vormundschaftlicher Organe Kenntnis erhält<sup>12</sup>. Sachgerechte Aufsicht müsste aber einschliessen, dass auch ohne Beschwerde geprüft wird, ob das, was Not tut, angeordnet wird, d.h. dass die Aufsichtsbehörde von sich aus regelmässig die ihr unterstellten Behörden inspiziert; dem steht bundesrechtlich nichts entgegen<sup>13</sup>. Indessen sind solche Inspektionen ausserhalb der Vermögensverwaltung im engeren Sinn kaum bekannt. Die Anordnung der Zustellung aller Entscheidungen an die Aufsichtsbehörde kommt dem nicht gleich; denn sie bringt pflichtwidrige Untätigkeit nicht an den Tag. Schliesslich fehlt auch jegliche eidgenössische Oberaufsicht im Vormundschaftswesen. Insgesamt ist die Aufsicht in diesem Bereich anders als beim Zivilstand, Grundbuch und Handelsregister, Art. 45, 956 ZGB, Art. 929 OR bundesrechtlich lückenhaft und beschränkt. Sie kann daher nicht als abschliessende Ordnung qualifiziert werden. Vielmehr lässt sie Raum für ergänzende kantonale Vorschriften.

B. Sodann hat das kantonale öffentliche Recht gegenüber dem Bundeszivilrecht nur Bestand, wenn es einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient<sup>14</sup>. Die Bedeutung der Kontrolle von Recht und Billigkeit im Rechtsstaat macht dieses Interesse beim Ombudsmann offenkundig<sup>15</sup>. Es ist besonders ausgeprägt im Vormundschaftswesen, wo es vor allem um den Schutz des Schwa-

<sup>12</sup> Egger (N 10) Art. 420 N 3; Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 68

<sup>13</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 69; Geiser (N 11) 219

<sup>14</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 298ff

<sup>15</sup> Kölz (N 3) Vorb. §§ 87-94 N 2

chen geht<sup>16</sup>. Angesichts des Ranges und der Verletzlichkeit der betroffenen Rechtsgüter steht auch die Verhältnismässigkeit der Kontrollbefugnis des Ombudsmannes ausser Zweifel<sup>17</sup>.

C. Endlich muss das kantonale öffentliche Recht mit Sinn und Geist des Bundeszivilrechts vereinbar sein; es darf weder grundlegende Werte des Bundeszivilrechts missachten noch dieses vereiteln oder übermässig erschweren<sup>18</sup>. Auch in dieser Hinsicht erscheint die Zuständigkeit des Ombudsmannes in Vormundschaftssachen unbedenklich. Mehr noch: sie ist geeignet, die Qualität der Rechtsanwendung zu fördern und schädliche Auswirkungen mangelhafter bundesrechtlicher Ordnung zu mildern.

a. Die Erfüllung der vielfältigen vormundschaftlichen Aufgaben stellt hohe Anforderung an Wissen und Können. Ungenügen und Versagen lassen sich nicht völlig ausschliessen<sup>19</sup>. Ihnen begegnet das geltende Bundesrecht unzulänglich (vorn II.A.b.). Nicht nur fehlt eidgenössische Oberaufsicht, die sie umfassend und methodisch aufzuspüren und zu beheben vermöchte; auch eine über finanzielle Belange hinausgreifende, regelmässige kantonale Aufsicht besteht nicht; ebenso wenig ist interkantonale Kooperation gewährleistet. Die Vormundschaftsbeschwerde vermag nur beschränkt Missstände aufzudecken. Obwohl einfacher als die Rechtsmittel des Prozessrechts, muss sie doch gewissen formellen Erfordernissen genügen<sup>20</sup>. Zudem begegnet ihre Erhebung, selbst gegen Vormund und Beistand, Hemmungen, die zu überwinden den oft physisch und/oder psychisch behinderten Betroffenen oder den ihnen nahestehenden Personen nicht

<sup>16</sup> Schnyder/Murer (N 2) N 242

<sup>17</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 322, 327

<sup>18</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 330ff, 390ff, 375ff

<sup>19</sup> Egger (N 10) Art. 361 N 19, 19a; Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 121

<sup>20</sup> Egger (N 10) Art. 420 N 14, 51; Schnyder, Zur Vormundschaftsbeschwerde nach Art. 420 ZGB, ZVW 2002 75

leicht fällt. Auch ist die Beschwerde wenig geeignet, um Probleme des informellen Bereichs vormundschaftlichen Handelns zu bewältigen: Inkorrektheiten, herabwürdigendes Verhalten, Verletzung des Anstandes, Abfertigung ohne echte Anhörung<sup>21</sup>. Nicht nur erleichtert die Formlosigkeit der Anrufung des Ombudsmannes die Überprüfung eines als unrichtig oder unangemessen empfundenen Verhaltens vormundschaftlicher Organe; seine absolute Unabhängigkeit begünstigt die Klärung von Missheiligkeiten und die Lösung von Konflikten zwischen vormundschaftlichen Organen und den Betroffenen und ermöglicht nicht zuletzt auch ahnungslose Aufsichtsbehörden zu aktivieren<sup>22</sup>. Indem die Kontrolle durch den Ombudsmann die Defizite der bundesrechtlichen Aufsicht wenigstens teilweise wettmacht, stärkt sie auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die vormundschaftlichen Organe.

b. Bedeutsam ist sodann die enge funktionale Verschränkung des bundesrechtlichen Vormundschaftsrechts mit dem kantonalen Verwaltungsrecht<sup>23</sup>. Die Erfüllung der vormundschaftlichen Aufgaben involviert regelmässig neben den in Art. 360 und 361 ZGB genannten Organen weitere Kräfte: Im Kinderschutz die geeignete Person oder Stelle, der bei Gefährdung des Kindes Einblick und Auskunft zu geben ist, Art. 307 Abs. 3, bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung die Anstalt, Art. 397a ZGB, sodann die von Kantonen und Gemeinden organisierten Amtsvormundschaften mit Hilfskräften und Stabsstellen für besondere Aufgaben wie Pflegekinderaufsicht, begleitetes Besuchsrecht, Alimentenbevorschussung, ferner Jugendämter, -kommissionen und -sekretariate<sup>24</sup>. Ihr Handeln untersteht den Rechtsmitteln des kantona-

<sup>21</sup> Kölz (N 3) Vorb. §§ 87-94 N 2, § 89 N 4, § 93 N 3

<sup>22</sup> Hegnauer, Von der Mühsal eines Privatvormundes, ZVW 2001 13

<sup>23</sup> Vgl. z.B. ZVW 1996 Nr. 5 S. 64

<sup>24</sup> Egger (N 10) Art. 361 N 16-19a; Schnyder/Murer (N 2) Art. 361 N 98ff; Langenegger (N 11) Art. 360 N 8, 9

len Rechts, damit auch der Kontrolle des Ombudsmannes. Sinnvolle Prüfung eines beanstandeten vormundschaftlichen Geschehens ist ihm aber kaum möglich, wenn seine Zuständigkeit auf die Tätigkeit der kantonalen Hilfsorgane beschränkt ist, die mit dieser zusammenhängende und oft einschneidendere Funktion der vormundschaftlichen Amtsträger und Behörden dagegen nicht erfasst. Das Gebot der Harmonisierung gilt auch für die Auslegung des formellen Bundeszivilrechtes<sup>25</sup>; es verlangt zur optimalen Verwirklichung des materiellen Bundesrechts die Kontrolle des Ombudsmannes.

c. Zu beachten ist schliesslich: Das ZGB erlaubt den Kantonen, bestimmte Aufgaben der Vormundschaftsbehörde ausschliesslich oder zusätzlich einer anderen geeigneten Stelle zu übertragen, so die Inkassohilfe, Art. 290, 131, die Pflegekinderaufsicht, Art. 316 Abs. 1, die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 314a, 397b Abs. 2, 405a, die Abklärung der Verhältnisse bei der Zuteilung der Kinder, Art. 145 Abs. 2 ZGB. Auch hier geht es um die Verwirklichung des Bundeszivilrechtes. Es kann aber schwerlich der Sinn dieser Bestimmungen sein, dass in einem Kanton, der diese Aufgabe der Vormundschaftsbehörde belässt, nur die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde gegeben ist, in einem Kanton, der sie einem kantonalen oder kommunalen Organ anvertraut, dagegen auch der Ombudsmann angerufen werden kann. Die Zuständigkeit des Ombudsmannes sollte nicht davon abhängen, ob der Kanton eine alternative Regelung getroffen hat.

III. Erscheint der Ombudsmann demnach in Vormundschaftssachen zuständig, so hat er aber auch die das Vormundschaftsrecht beherrschenden Grundsätze zu beachten. Zu diesen gehört insbesondere das Vormundschaftsgeheimnis. Dabei stellt sich die

<sup>25</sup> Marti (N 2) Art. 6 N 56 ff

Frage nach dem Verhältnis seiner Befugnis zur Einsicht in die Akten eines beanstandeten vormundschaftlichen Verfahrens zur ungeschriebenen bundesrechtlichen Pflicht der vormundschaftlichen Organe, die Akten gegenüber Behörden und Dritten geheimzuhalten<sup>26</sup>. Die betreute Person soll darauf vertrauen können, dass die von ihr stammenden oder sie betreffenden Angaben nur zur Erfüllung der ihr dienenden vormundschaftlichen Aufgabe verwendet und nicht zu anderen Zwecken an Amtsstellen oder Private weitergegeben werden. Das Vormundschaftsgeheimnis ist unerlässliche Voraussetzung sinnvoller vormundschaftlicher Fürsorge und dient zugleich dem Schutz der Geheimsphäre der betreuten Person<sup>27</sup>.

A. Das Vormundschaftsgeheimnis ist jedoch nicht absolut. Der Geheimnisherr, in der Regel die vom vormundschaftlichen Verfahren betroffene Person, kann von der Geheimhaltung befreien<sup>28</sup>. Ruft sie selbst den Ombudsmann an, so erklärt sie sich ohne weiteres damit einverstanden, dass er Einsicht in die Akten nimmt; denn ohne diese vermag er die Beanstandung nicht zu beurteilen; einer ausdrücklichen Vollmacht oder Zustimmung bedarf es nicht<sup>29</sup>. Dagegen ist eine solche nötig, wenn die Beanstandung von einem Dritten ausgeht. Denn diese schliesst – gleichgültig, aus welchen Gründen sie erhoben wird und in welcher Beziehung der Dritte zum Betroffenen steht – die Entbindung von der Geheimhaltungspflicht nicht ein. Wird die Zustimmung vom Betroffenen nicht erteilt, so überwiegen das private und das öffentliche Interesse an der Wahrung des Vormundschaftsgeheim-

<sup>26</sup> Schnyder/Murer (N 2) N 119, 144ff, 158ff; Langenegger (N 11) Art. 360 N 11ff; Elsener, Das Vormundschaftsgeheimnis, Diss. Zürich 1993, 191ff; Hegnauer, Einsicht des Ombudsmannes in Vormundschaftsakten, ZVW 2002 188

<sup>27</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 360 N 145ff; Elsener (N 26) 191f

<sup>28</sup> Elsener (N 26) 192; Langenegger (N 11) Art. 360 N 16

<sup>29</sup> Langenegger (N 24) Art. 360 N 19f

nisses das gegenteilige Interesse des Dritten und der Öffentlichkeit an der Untersuchung der Beanstandung.

B. Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn die betroffene Person urteilsunfähig ist und daher nicht gültig von der Geheimhaltung zu befreien vermag. Auch Urteilsunfähige haben Anspruch auf den Schutz des Ombudsmannes. Ja, sie sind hierauf besonders angewiesen (vorn II.B., C.a.). Dass der Ombudsmann prüft, ob die Vormundschaftsbehörde auch gegenüber Urteilsunfähigen nach Recht und Billigkeit verfährt, erscheint im öffentlichen Interesse als unabdingbar. Dieses Interesse, das mit dem Interesse der betroffenen Person an dem ihr gebührenden vormundschaftlichen Schutz übereinstimmt, überwiegt ihr Interesse an der Wahrung des Vormundschaftsgeheimnisses gegenüber dem Ombudsmann. Demgemäss ist diesem Einsicht in die vormundschaftlichen Akten einer urteilsunfähigen Person zu geben. Dabei dürfen im Interesse dieser Person an den Beweis der Urteilsunfähigkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden. Ernstliche Zweifel an der Urteilsfähigkeit müssen genügen.

C. Erhält der Ombudsmann Einsicht in vormundschaftliche Akten, so wird er neben den vormundschaftlichen Organen Träger des Vormundschaftsgeheimnisses und muss dieses in gleicher Weise wahren wie sie. Das ist namentlich bedeutsam, wenn das vormundschaftliche Verfahren nicht von der unmittelbar betroffenen Person, sondern von einem Dritten beanstandet wird. Der Ombudsmann darf diesem bei der Prüfung und bei der Erledigung der Beschwerde Angaben, die von der betroffenen Person stammen oder sie betreffen und dem Dritten nicht bekannt sind, nicht offenbaren und ihn über das Ergebnis seiner Prüfung nur in einem das Vormundschaftsgeheimnis in diesem Umfang wahren Auszug offenbaren. Der sonst dem Beschwerdeführer zustehende Anspruch auf Mitteilung des vollen Schlussberichtes wird somit von Bundesrechts wegen durch das Vormundschaftsgeheimnis eingeschränkt. Ebenso hat der Ombudsmann wie die

vormundschaftlichen Organe Informationen geheimzuhalten, wo dies zum Schutz dritter Informanten oder im Interesse der vom vormundschaftlichen Verfahren betroffenen Person nötig ist<sup>30</sup>.

IV. Das Vormundschaftsrecht steht vor umfassender Revision. Diese ist auch für die Zuständigkeit des Ombudsmannes bedeutsam. Der Vorentwurf (VE) 1998 sieht als Aufsichtsbehörde ein Gericht vor, Art. 34<sup>31</sup>. In Bezug auf die Betreuungsbehörde – so soll die Vormundschaftsbehörde künftig heissen – schlägt die Hauptvariante ebenfalls ein Gericht vor, während die Nebenvariante den Kantonen wie heute freistellt, ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde hierfür zu bestimmen, Art. 32. Schreibt aber das Bundesrecht künftig die gerichtliche Organisation vor, so werden die vormundschaftlichen oder künftig: Betreuungsbehörden jedenfalls grundsätzlich der Kontrolle des Ombudsmannes entzogen. Ob diese für die Amtsträger, Beistand und Sachwalter, noch zulässig und sinnvoll bliebe, ist fraglich. Auf jeden Fall würde aber ihre Wirksamkeit für den Bereich der vom kantonalen und kommunalen Recht organisierten Hilfsorgane durch den Ausschluss der bundesrechtlich geregelten Behördentätigkeit stark geschmälert (vorn II. C.b., c.). Insgesamt bedeutet die vorgesehene Neuorganisation eine empfindliche Verminderung der heute durch den kantonalen und kommunalen Ombudsmann gewährten Kontrolle im Vormundschaftswesen. Insofern ist die Revision nach dem VE 1998 für die Einwohner der schweizerischen Gemeinwesen mit Ombudsmännern ein Rückschritt. Indessen bleibt die Institution des Ombudsmannes auch und gerade für den so sensiblen Bereich der vormundschaftlichen Fürsorge oder – nach künftiger Terminologie – der Betreu-

<sup>30</sup> Schnyder/Murer (N 2) Art. 360 N 166, 177f; Langenegger (N 11) N 21; Elsener (26) 192

<sup>31</sup> Revision des Vormundschaftsrechtes – Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Betreuungsrecht), Juni 1998; vervielfältigt. Bundesamt für Justiz

ung Schwacher notwendig: eine unabhängige, leicht ansprechbare Instanz ausserhalb der ordentlichen Behördenorganisation, die ohne formelle Schranken Schwierigkeiten zwischen den Betroffenen und den vormundschaftlichen oder – künftig – Betreuungsorganen auszuräumen hilft<sup>32</sup>. Zu hoffen ist, dass der Bundesgesetzgeber diesem bisher völlig vernachlässigten Anliegen die nötige Aufmerksamkeit schenkt.

<sup>32</sup> Kölz (N 3) Vorb. §§ 87-94 N 2

Photos: Simon Gerber

Impressum

Gestaltung und Druck: Willy Haderer, Offsetdruck, Unterengstringen





Ombudsman des Kantons Zürich  
Mühlebachstrasse 8, 8090 Zürich  
Telefon 01 269 40 70, Fax 01 269 40 79  
E-Mail: [ombudsman@ombudsman.zh.ch](mailto:ombudsman@ombudsman.zh.ch)  
[markus.kaegi@ombudsman.zh.ch](mailto:markus.kaegi@ombudsman.zh.ch)  
Internet: [www.ombudsman.zh.ch](http://www.ombudsman.zh.ch)