

Ombudsverfahren und Datenschutz

Zum Einsichtsrecht der Ombudsperson des Kantons Zürich in Akten über Drittpersonen

Prof. Dr. Tobias Jaag, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich) und Dr. Markus Rüssli, LL.M., Rechtsanwalt (Uster/Zürich)

I. Einleitung

Der Kanton Zürich kennt seit 1977 die Institution der Ombudsperson¹. Diese prüft auf Beschwerde oder von Amtes wegen, ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren (§ 89 Abs. 1 und § 91 VRG). Die Behörden, mit denen sich die Ombudsperson in einem bestimmten Fall befasst, sind ihr zur Auskunft und zur Aktenvorlage verpflichtet (§ 92 Abs. 2 VRG).

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben ist die Ombudsperson oftmals darauf angewiesen, nicht nur Einsicht in die Akten einer Beschwerdeführerin oder eines Beschwerdeführers, sondern auch in jene über unbeteiligte Dritte zu erhalten. Wird beispielsweise in einer personalrechtlichen Auseinandersetzung der Vorwurf rechtsungleicher Behandlung erhoben, muss die Ombudsperson auch in die Personal dossiers anderer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Einblick nehmen können. Zum Teil verweigert eine Behörde indes die Herausgabe der Akten Dritter oder verweist auf das Informationszugangsverfahren gemäss §§ 20 ff. des Informations- und Datenschutzgesetzes (IDG)². Begründet wird die Verweigerung oder Erschwerung der Aktenherausgabe unter anderem damit, der Ombudsperson würde nur das Recht zur Einsicht in die entscheiderelevanten Akten zustehen und das private Interesse der betroffenen Dritten an der Nichtweitergabe der Akten würde den Interessen der Ombudsperson vorgehen.

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben ist die Ombudsperson darauf angewiesen, nicht nur Einsicht in Akten eines Beschwerdeführers, sondern auch in jene Dritter zu erhalten. Die Autoren gehen der Frage nach, ob die Weigerung einer Behörde, gestützt auf das Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich, Einsicht in Akten Dritter zu gewähren, rechtmässig ist. Im Weiteren zeigen sie auf, welche Möglichkeiten der Ombudsperson zur Verfügung stehen, um an die für ihre Aufgabenerfüllung notwendigen Informationen zu gelangen, und welche Gesetzesbestimmungen geändert werden müssten, um die Durchsetzung der Mitwirkungspflichten von Behörden in Ombudsverfahren zu verbessern. **Zi.**

Pour accomplir ses tâches, l'ombudsman doit pouvoir avoir accès non seulement au dossier de la partie plaignante, mais également à celui de tiers. Les auteurs examinent la question de savoir si le refus d'une autorité d'accorder l'accès au dossier de tiers, fondé sur la loi zurichoise sur l'information et la protection des données, est ou non légal. Ils présentent en outre les moyens à disposition de l'ombudsman pour récolter les informations nécessaires à l'exercice de ses tâches et les dispositions légales qui devraient être modifiées, afin de renforcer l'application de l'obligation de collaborer imposée aux autorités dans la procédure de médiation de l'ombudsman. **P.P.**

¹ Art. 81 der Kantonsverfassung vom 27.2.2005 (KV; LS 101); §§ 87–94a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24.5.1959 (LS 175.2). Vgl. dazu Ombudsmann des Kantons Zürich (Hrsg.), 25 Jahre Ombudsmann/Ombudsperson des Kantons Zürich, Festschrift zum Jubiläum 1977–2002, Zürich 2003; Tobias Jaag, Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. A., Zürich u.a. 2014, §§ 87–94a.

² Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) vom 12.2.2007 (LS 170.4).

Es stellt sich die Frage nach dem Umfang des Akteneinsichtsrechts der Ombudsperson. Im Auftrag des Ombudsmanns des Kantons Zürich war im Rahmen eines Rechtsgutachtens zur Frage Stellung zu nehmen, ob Verwaltungs- und Gerichtsbehörden berechtigt sind, Auskünfte und Akten gestützt auf das IDG zu verweigern, wenn sich das Begehren auf Akten Dritter bezieht, die der Ombudsmann für Abklärungen in einem Verfahren für erforderlich hält³.

II. Akteneinsichtsrecht der Ombudsperson

A. Untersuchungsmittel im Ombudsverfahren

Die Ombudsperson muss, um ihre Aufgaben erfüllen zu können, umfassende Kenntnis über den Konflikt und seine Zusammenhänge haben⁴. Sie verfügt daher gestützt auf § 92 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 VRG über die gleichen Mittel zur Abklärung des Sachverhalts wie die Verwaltungsbehörden: Befragung der Beteiligten und von Auskunftspersonen, Einholen von Amtsberichten und Sachverständigengutachten, Beizug von Urkunden sowie Durchführung von Augenscheinen; Zeugen kann die Ombudsperson keine einvernehmen.

B. Pflicht der Behörden zur Aktenvorlage

1. Ausgangspunkt

Gemäss § 92 Abs. 2 VRG sind die Behörden, mit denen sich die Ombudsperson in einem bestimmten Fall befasst, zur Auskunft und zur Vorlage der Akten verpflichtet. Vorbehalten bleiben einschränkende Vorschriften des Bundes. Nach dem Willen des Gesetzgebers sind der Ombudsperson *alle Akten* zugänglich zu machen⁵. In der Weisung des Regierungsrates von 1976 zur Einführung der Ombudsperson wird hierzu Folgendes ausgeführt⁶:

«Das Recht des Ombudsmanns auf Kenntnis aller Tatsachen und Unterlagen, über welche die betroffene Stelle selbst verfügt, ist eine unabdingbare Voraussetzung für die wirkungsvolle Ausübung seines Amtes. Der Ombudsmann soll deshalb befugt sein, sich sämtliche Kenntnisse der betroffenen Behörde in der Sache zu verschaffen.»

Ähnlich hiess es in der Weisung an die Stimmberechtigten zur Volksabstimmung vom 25. September 1977 Folgendes⁷:

«Der Ombudsmann muss befugt sein, seine Fälle restlos abzuklären. Das Amt oder die Behörde, gegen die er angerufen wird, darf vor ihm keine Geheimnisse haben, und auch alle übrigen Behörden sind ihm zur Auskunft verpflichtet. Erst eine umfassende Kenntnis des Konflikts und seiner Zusammenhänge, die weiter geht als das Wissen der Betroffenen, macht es ihm möglich, aufklärend zu wirken, einzugreifen und auch die Behörden zu überzeugen.»

Die betroffenen Behörden haben demzufolge der Ombudsperson *alle für einen Fall relevanten Akten* vorzulegen sowie die gewünschten Auskünfte über die Sach- und Rechtslage zu erteilen⁸. Für einen Fall können auch die Akten Dritter relevant sein, insbesondere dann, wenn nur sie ein umfassendes Bild zu vermitteln vermögen und deshalb für die Entscheidungsfindung der Ombudsperson erforderlich sind.

§ 92 Abs. 2 VRG enthält im Unterschied zur Regelung der Amtshilfe im Verwaltungsverfahren keinen Vorbehalt mit Bezug auf besondere Vorschriften über die *Geheimhaltung* und den *Datenschutz*. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die datenschutzrechtlichen Bestimmungen sowie jene über die Geheimhaltung auch bei der Aktenvorlage an die Ombudsperson zum Tragen kommen.

2. Amtshilfe im Verwaltungsverfahren

Gemäss § 7 Abs. 3 VRG sind die Verwaltungsbehörden und Gerichte verpflichtet, die für die Feststellung des Sachverhalts notwendigen Akten herauszugeben, Amtsberichte zu erstatten und Auskünfte zu erteilen. Vorbehalten bleiben dabei besondere Vorschriften über die Geheimhaltung und den Datenschutz.

³ Wir danken dem Ombudsmann des Kantons Zürich, *Dr. Thomas Faesi*, für die Zustimmung zur Veröffentlichung des Gutachtens. Auf Einladung des Ombudsmanns haben die Vorsteherin der Direktion der Justiz und des Innern und der Präsident des Obergerichts mit Schreiben vom 22. bzw. 23. Oktober 2015 zustimmend zum Gutachten Stellung genommen, Letzterer allerdings mit Vorbehalten (vgl. Fn. 32).

⁴ *Jaag* (Fn. 1) § 92 N 1.

⁵ Protokoll Kantonsrat 1975–1979, 5910 und 5924.

⁶ Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Änderung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, des Gerichtsverfassungsgesetzes und des Wahlgesetzes (kantonaler Ombudsmann) vom 9.6.1976, *ABI* 1976 963 ff., 982.

⁷ Abstimmungszeitung zur kantonalen Volksabstimmung vom 25.9.1977, 25.

⁸ *Jaag* (Fn. 1) § 92 N 5.

§ 7 Abs. 3 VRG wurde 1997 in das Gesetz aufgenommen⁹. In der Weisung des Regierungsrates wird dazu Folgendes ausgeführt¹⁰:

«Die Amts- und Rechtshilfe ist heute nicht geregelt. Es soll deshalb im Sinne einer Klarstellung der Grundsatz festgelegt werden, dass die Behörden verpflichtet sind, anderen Behörden Akten herauszugeben, Amtsberichte zu erstatten und Auskünfte zu erteilen, soweit dies zur Abklärung des Sachverhaltes notwendig ist. Diese Informationshilfe darf nicht gegen besondere Geheimhaltungsvorschriften (z.B. das Steuergeheimnis) verstossen und muss die sich aus den Bestimmungen über die Bekanntgabe von Personendaten (§§ 8 ff. des [inzwischen aufgehobenen] Gesetzes über den Schutz von Personendaten) ergebenden Schranken beachten, insbesondere die Pflicht, die Bekanntgabe abzulehnen oder mit Auflagen zu verbinden, wenn wesentliche öffentliche Interessen oder offensichtlich schützenswerte Interessen einer betroffenen Person es verlangen.»

Im VRG-Kommentar finden sich zu dieser Bestimmung folgende Ausführungen¹¹:

«Der zulässige Umfang der Amts- bzw. Rechtshilfe beurteilt sich in erster Linie nach Kriterien der Verhältnismässigkeit. Von Bedeutung sind dabei insbesondere die Erforderlichkeit der Informationsweitergabe zur Abklärung des betreffenden Sachverhalts sowie die einer Amts- oder Rechtshilfe im konkreten Fall entgegenstehenden Geheimhaltungs- und Datenschutzinteressen. [...]

Bei der Beurteilung des zulässigen Umfangs der Amts- oder Rechtshilfe im konkreten Fall ist eine Interessenabwägung zwischen der Herausgabe- und der Geheimhaltungspflicht vorzunehmen. Dabei sind einerseits die Interessen an der Abklärung des wahren Sachverhalts und an der richtigen Rechtsanwendung zu berücksichtigen, die in der Regel für eine möglichst weitgehende Gewährung der Amts- und Rechtshilfe sprechen, andererseits Geheimhaltungs- und Datenschutzvorschriften, die der vollständigen oder teilweisen Bekanntgabe nicht öffentlich zugänglicher Informationen entgegenstehen können. [...]

Wie für alle Verwaltungstätigkeiten gilt demgemäss auch für die Amtshilfe der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit*. Die Amtshilfe muss geeignet, erforderlich und angemessen sein¹².

3. Amtshilfe nach IDG

Eine allgemeine Regelung zur Amtshilfe mit Bezug auf *Personendaten*, nicht aber Sachdaten, enthalten sodann die §§ 16 und 17 des Informations- und Datenschutzgesetzes. Diese Bestimmungen finden sich im Abschnitt über die «aktive Informationsbekanntgabe» (§§ 14–19 IDG), auch wenn im Zusammenhang mit der Amtshilfe, die auf Gesuch hin erfolgt, nicht eigentlich von einer aktiven Informationsbekanntgabe gesprochen werden kann¹³.

Personendaten sind Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen¹⁴. Besondere Personendaten sind u.a. Informationen, bei denen wegen ihrer Bedeutung, der Art ihrer Bearbeitung oder der Möglichkeit ihrer Verknüpfung mit anderen Informationen die besondere Gefahr einer Persönlichkeitsverletzung besteht. Dazu gehören Informationen über die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, über die Gesundheit, die Intimsphäre, die Rassenzugehörigkeit oder die ethnische Herkunft, über Massnahmen der sozialen Hilfe sowie über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen¹⁵.

§ 16 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 IDG befassen sich mit der Bekanntgabe von (besonderen) Personendaten durch ein öffentliches Organ an andere öffentliche Organe und an Private. Das öffentliche Organ gibt Personendaten bekannt, wenn eine rechtliche Bestimmung dazu ermächtigt oder die betroffene Person in die Bekanntgabe einwilligt oder wenn die Bekanntgabe im Einzelfall zur Abwendung einer drohenden Gefahr für Leib und Leben unentbehrlich oder der notwendige Schutz anderer wesentlicher Rechtsgüter höher zu gewichten ist.

¹² Tobias Jaag, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich u.a. 2009, Art. 43 N. 13. Vgl. allgemein zur Amtshilfe und zu deren Voraussetzungen François Bellanger, L'entraide administrative en Suisse, Bellanger/Tanquerel (éds), L'entraide administrative, Genf u.a. 2005, 9 ff. und 22 f.; zur Rechtslage im Bund und im Kanton Genf François Paychère, Entraide administrative et secret de fonction: le mariage de la carpe et du lapin, Bellanger/Tanquerel (éds), 29 ff., 31 ff.

¹³ Dazu Verwaltungsgericht Zürich (VGer), VB.2010.00588 vom 16.12.2010, E. 6.3.

¹⁴ § 3 Abs. 3 IDG.

¹⁵ § 3 Abs. 4 lit. a IDG.

⁹ OS 54, 268.

¹⁰ Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 3.5.1995, ABI 1995 1501 ff., 1526 f.

¹¹ Kaspar Plüss, Kommentar VRG (Fn. 1) § 7 N 126 f. (unter Weglassung der Fussnoten).

Die *amtshilfeweise Bekanntgabe* ist in den Absätzen 2 der §§ 16 und 17 geregelt. Gemäss § 16 Abs. 2 IDG gibt das öffentliche Organ Personendaten an andere öffentliche Organe sowie an öffentliche Organe anderer Kantone oder der Bundes ausserdem bekannt, wenn das Daten empfangende Organ diese im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe benötigt. Besondere Personendaten werden gemäss § 17 Abs. 2 IDG unter den gleichen Voraussetzungen amtshilfeweise bekanntgegeben; hier muss sich die Aufgabe, zu deren Erfüllung die Datenbekanntgabe erforderlich ist, auf eine formellgesetzliche Grundlage stützen können¹⁶.

Das Organ, das (besondere) Personendaten verlangt, muss diese zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgabe *benötigen*. Dies setzt voraus, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Daten und den zu erfüllenden Aufgaben gegeben und die Datenbekanntgabe verhältnismässig ist¹⁷. Mit Bezug auf die Bekanntgabe besonderer Personendaten nach § 17 Abs. 2 IDG hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass es nicht genüge, wenn die Aufgabenerfüllung des ersuchenden öffentlichen Organs durch den Beizug von Personendaten eines anderen öffentlichen Organs erleichtert oder beschleunigt werde. Vielmehr sei vorauszusetzen, dass der Beizug die gesetzliche Aufgabenerfüllung des entsprechenden Organs erst ermögliche; die Amtshilfe müsse geradezu unentbehrlich sein¹⁸. Ob diese Voraussetzungen der Eignung und Erforderlichkeit erfüllt sind, beurteilt das um Amtshilfe ersuchte öffentliche Organ¹⁹.

Die amtshilfeweise Datenbekanntgabe ist sodann *nur im Einzelfall* erlaubt. Die Personendaten müssen in einem konkreten Fall für eine einmalige Datenbearbeitung verlangt werden; regelmässige Datenbekanntgaben brauchen

dagegen eine gesetzliche Grundlage im Sinne von § 16 Abs. 1 lit. a bzw. § 17 Abs. 1 lit. a IDG²⁰.

Die *Zustimmung* der betroffenen Person zur Bekanntgabe ihrer Daten bildet im Zusammenhang mit der Amtshilfe keine Voraussetzung²¹. Die um Amtshilfe ersuchte Behörde kann die Datenbekanntgabe deshalb nicht von deren Zustimmung abhängig machen; auch kann sie die um Amtshilfe ersuchende Behörde nicht auf das allgemeine Informationszugangsverfahren nach §§ 20 ff. IDG verweisen²² und die Bekanntgabe gestützt auf überwiegende private Interessen nach § 23 IDG verweigern. Die ersuchte Behörde hat über die Gewährung der Amtshilfe zu entscheiden.

4. «Amtshilfe» gegenüber der Ombudsperson

Im VRG-Kommentar wird ausgeführt, dass die Mitwirkungspflichten der Behörden gegenüber der Ombudsperson weitgehend den im Verwaltungsverfahren geltenden Amtshilfepflichten gemäss § 7 Abs. 3 VRG entsprechen würden²³. Eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 3 VRG auf das Verfahren vor der Ombudsperson hätte zur Konsequenz, dass die Verwaltung die Erteilung von Auskünften und die Vorlage von Akten unter Berufung auf Geheimhaltungs- und Datenschutzvorschriften verweigern könnte.

Diese Auffassung wird denn auch von *Häner* vertreten. Sie geht davon aus, dass die gegenüber der Ombudsperson zur Amtshilfe verpflichteten Verwaltungsbehörden zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen verpflichtet sind. So führt sie (allerdings noch mit Bezug auf das mittlerweile durch das IDG abgelöste Datenschutzgesetz von 1993²⁴) aus²⁵:

«Umgekehrt hat selbstverständlich auch die Verwaltungsbehörde, welcher [...] 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 Dos-

¹⁶ *Beat Rudin*, Baeriswyl/Rudin (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (IDG), Zürich u.a. 2012, § 17 N 7.

¹⁷ *Rudin* (Fn. 16) § 16 N 38. Vgl. auch *Amédéo Wermelinger*, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat?, ZBI 2004 173 ff., 200.

¹⁸ VGer, VB.2010.00588 vom 16.12.2010, E. 4.3 unter Hinweis auf Art. 19 Abs. 1 lit. a des Datenschutzgesetzes des Bundes vom 19.6.1992 (SR 235.1).

¹⁹ Weisung des Regierungsrates zum Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) vom 9.11.2005, ABl 2005 1283 ff., 1313; vgl. auch *Isabelle Häner*, Rund um die Akten im Verfahren vor der Ombudsperson: Akteneinsichtsrecht und Amtshilfe, Festschrift Ombudsmann/Ombudsperson (Fn. 1) 75 ff., 91; *Wermelinger* (Fn. 17) 199 f.

²⁰ *Rudin* (Fn. 16) § 16 N 39.

²¹ VGer, VB.2010.00588 vom 16.12.2010, E. 6.3; *Plüss* (Fn. 11) § 7 N 126.

²² So genannte passive Informationsbekanntgabe auf Gesuch einer Person.

²³ *Jaag* (Fn. 1) § 92 N 4.

²⁴ Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 6.6.1993 (OS 52, 452).

²⁵ *Häner* (Fn. 19) 91; vgl. auch 92 und 93.

siers zur Abklärung des Sachverhaltes durch die Ombudsperson unabdingbar ist.»

Diese Auffassung ist im Folgenden näher zu prüfen.

C. Ombudsverfahren als Untersuchung gegen die ersuchte Behörde

Bei der Amtshilfe geht es um die gegenseitige Unterstützung von Verwaltungseinheiten bei deren gesetzlichen Aufgabenerfüllung durch die Zurverfügungstellung von Informationen (Personen- und Sachdaten)²⁶. Im Verfahren vor der Ombudsperson verhält es sich in der Regel etwas anders. Hier sollen Auskünfte erteilt und Akten zur Verfügung gestellt werden, damit sich die Ombudsperson ein Bild darüber machen kann, ob die von einer Privatperson gegenüber der Verwaltung erhobenen Vorwürfe berechtigt sind. Die Ombudsperson prüft mit anderen Worten die Amtstätigkeit der Behörde, von welcher sie Auskünfte oder Akten verlangt. Im Ombudsverfahren kommt der Behörde somit *Parteistellung mit Mitwirkungspflichten* zu. Insofern ist das Ombudsverfahren vergleichbar mit dem Verfahren einer parlamentarischen Untersuchungskommission, die sich ebenfalls mit einzelnen Ereignissen und den involvierten Amtsstellen befasst. Dies ist bei der «eigentlichen» Amtshilfe nicht der Fall. Aus diesem Grund erscheint es ungenau, die Mitwirkungspflichten der Behörde gegenüber der Ombudsperson als normale Amtshilfe zu qualifizieren.

Dieser Unterschied zwischen den Mitwirkungspflichten gegenüber der Ombudsperson und der eigentlichen Amtshilfe im Verwaltungsverfahren dürfte denn auch der Grund dafür sein, weshalb sich in § 92 Abs. 2 VRG im Unterschied zu § 7 Abs. 3 VRG kein Vorbehalt mit Bezug auf die Geheimhaltung und den Datenschutz findet.

Die in § 92 Abs. 2 VRG verankerte Pflicht zur Aktenvorlage berechtigt (und verpflichtet) die Behörde, auch (besondere) Personendaten von Dritten gegenüber der Ombudsperson bekannt zu geben. So sieht § 16 Abs. 1 lit. a bzw. § 17 Abs. 1 lit. a IDG vor, dass das öffentliche Organ Personendaten bekannt geben darf, wenn eine rechtliche Bestimmung dazu ermächtigt. Mit § 92 Abs. 2 VRG ist die hierfür erforderliche formellgesetzliche Grundlage vorhanden.

Wegen der Besonderheiten der «Amtshilfe» im Ombudsverfahren kann die ersuchte Behörde unseres Erachtens der Ombudsperson die nachgesuchten Auskünfte und Ak-

ten nicht mit der Begründung verweigern, dass diese für die Erfüllung der Aufgaben der Ombudsperson *nicht erforderlich* seien, wie dies bei der Amtshilfe nach § 7 Abs. 3 VRG bzw. nach § 16 Abs. 2 und § 17 Abs. 2 IDG möglich ist²⁷. Käme der Behörde diese Möglichkeit zu, so könnte sie die Erfüllung des Auftrags der Ombudsperson vereiteln. Diese kann ihre Aufgaben nur wirksam erfüllen, wenn sie über umfassende Kenntnis über den Konflikt und seine Zusammenhänge verfügt. Dies wäre nicht gewährleistet, wenn die überprüfte Behörde darüber entscheiden könnte, welche Informationen sie herausgeben will. Der Umfang der Aktenvorlage muss sich danach richten, was die Ombudsperson selbst zur Erfüllung ihrer Aufgaben als notwendig erachtet.

Aus den gleichen Gründen ist es ausgeschlossen, die Datenbekanntgabe gestützt auf *überwiegende private Interessen* nach § 23 IDG zu verweigern. Die §§ 20 ff. IDG finden im Rahmen einer «aktiven Informationsbekanntgabe» seitens einer Behörde gemäss §§ 16 und 17 IDG keine Anwendung²⁸. Die Ombudsperson kann also nicht auf das Informationszugangsverfahren nach §§ 20 ff. IDG verwiesen werden.

Da die Ombudsperson einer *umfassenden Geheimhaltungs- und Schweigepflicht* untersteht, ist die Einhaltung des Datenschutzes trotzdem gewährleistet. Die Ombudsperson ist gegenüber Dritten und gegenüber dem Beschwerdeführer in gleichem Mass zur Geheimhaltung verpflichtet wie die betreffende Behörde²⁹. Zudem haben sie und ihr Personal gegenüber Behörden und Privaten über ihre Wahrnehmungen zu schweigen³⁰.

Im Zusammenhang mit der parlamentarischen Oberaufsicht über die Verwaltung und Rechtspflege bestimmt § 34e Abs. 3 des Kantonsratsgesetzes³¹, dass, soweit es zur Wahrung schutzwürdiger privater Interessen, zum Schutz der Persönlichkeit oder aus Rücksicht auf ein hängiges justizförmiges Verfahren unerlässlich ist, der Regierungsrat, die zuständige oberste Justizbehörde oder das zuständige Anstaltsorgan anstelle der Herausgabe von Akten einen besonderen Bericht erstatten kann. Allenfalls käme als Alternative zur Herausgabe der verlangten Akten diese Lösung auch im Ombudsverfahren infrage. Wegen der strik-

²⁷ Dazu vorne II. B.2 und II. B.3.

²⁸ Dazu vorne II. B.3.

²⁹ § 92 Abs. 4 VRG.

³⁰ § 94 Abs. 1 VRG.

³¹ Kantonsratsgesetz (KRG) vom 5.4.1981 (LS 171.1).

²⁶ Wermelinger (Fn. 17) 175.

ten Bindung der Ombudsperson und ihres Personals an das Amtsgeheimnis scheint uns dies jedoch nicht erforderlich.

D. Schlussfolgerungen

Gestützt auf diese Überlegungen kommen wir zum Schluss, dass die Behörden der Ombudsperson die Akten Dritter nicht gestützt auf das IDG verweigern dürfen. § 92 Abs. 2 VRG verschafft der Ombudsperson das Recht *auf alle aus ihrer Sicht für einen Fall relevanten Akten*; dazu können auch die Akten Dritter gehören. Nur durch eine umfassende Pflicht zur Auskunfterteilung und zur Aktenvorlage können die mit der Institution der Ombudsperson verfolgten Ziele erreicht werden. Entsprechend sind der Ombudsperson die verlangten Akten und Auskünfte ohne Berufung auf Amtsgeheimnis oder Datenschutz herauszugeben³².

III. Durchsetzung der Mitwirkungspflichten der Behörden

A. Nach geltendem Recht

Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten der Ombudsperson zur Verfügung stehen, wenn eine Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde die Herausgabe von Akten verweigert oder sie auf das Informationszugangsverfahren nach §§ 20 ff. IDG verweist.

Ein *Rechtsmittel* steht der Ombudsperson nicht zur Verfügung. Nach § 21 Abs. 2 VRG sind nur Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben mit Rechtspersönlichkeit rekursberechtigt; dazu gehört die Ombudsperson nicht. Ein Rekurs gestützt auf die allgemeine Legitimationsbestimmung von § 21 Abs. 1 VRG scheidet ebenfalls aus, da diese voraussetzt, dass die rekurrierende Person einen eigenen, persönlichen praktischen Nutzen an der Rechtsmittelerhebung darlegen kann. Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen – wie dies bei der Ombudsperson der Fall wäre – genügt nicht³³.

Der Ombudsperson steht dagegen die Möglichkeit einer *Aufsichtsbeschwerde* an die vorgesetzte Behörde offen.

Sollten der Regierungsrat oder die obersten kantonalen Gerichte die Aktenherausgabe verweigern, verbleibt das Mittel einer Aufsichtseingabe an den Kantonsrat³⁴. Dieser kann allerdings keine verbindlichen Weisungen erteilen, sondern nur Ermahnungen aussprechen³⁵.

Die Anrufung des *Datenschutzbeauftragten* dürfte eine weitere Möglichkeit sein. Dieser unterstützt und berät die öffentlichen Organe in Fragen des Datenschutzes³⁶. Können sich zwei öffentliche Organe in datenschutzrechtlichen Fragen nicht einigen, so können sie sich gemäss Rudin an den Datenschutzbeauftragten wenden³⁷. Diesem kommen aber keine Entscheidungsbefugnisse zu.

B. De lege ferenda

Eine Verbesserung der Durchsetzung der Mitwirkungspflichten von Behörden im Ombudsverfahren liesse sich wohl nur durch eine *Änderung des VRG* erreichen. In § 92 Abs. 2 VRG könnte ausdrücklich festgehalten werden, dass Auskünfte und die Vorlage der Akten nicht mit dem Hinweis auf das Amtsgeheimnis und den Datenschutz verweigert werden dürfen. Eine vergleichbare Regelung mit Bezug auf das Amtsgeheimnis kennt § 34j Abs. 1 des Kantonsratsgesetzes. Dieser bestimmt, dass die Verwaltung einer parlamentarischen Untersuchungskommission Aktenherausgabe und Aussagen nicht mit dem Hinweis auf das Amtsgeheimnis verweigern darf.

Als weitere Möglichkeit wäre die Einführung eines Rechtsmittels bei derartigen Konflikten zwischen der Ombudsperson und Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden oder allgemeiner zwischen den obersten Verwaltungsbehörden und Gerichten zu prüfen.

IV. Fazit

Gestützt auf § 92 Abs. 2 VRG sind Verwaltungsbehörden sowie Gerichtsbehörden im Bereich der Justizverwaltung verpflichtet, der Ombudsperson alle für einen Fall relevanten Akten vorzulegen sowie die gewünschten Auskünfte über die Sach- und Rechtslage zu erteilen. Dazu gehören auch die Akten Dritter, soweit sie aus der Sicht der Om-

³² Der Präsident des Obergerichts des Kantons Zürich weist in seinem Schreiben an den Ombudsmann (vgl. Fn. 3) darauf hin, dass die Ombudsperson in ihrem Ersuchen erwähnen muss, weshalb die verlangten Akten oder Auskünfte für die Beurteilung eines bestimmten Falles erforderlich sind. Dem ist unseres Erachtens zuzustimmen. Das ändert jedoch nichts an der Pflicht der ersuchten Behörde, die verlangten Akten vorzulegen oder Auskünfte zu erteilen.

³³ *Martin Bertschi*, Kommentar VRG (Fn. 1) § 21 N 16.

³⁴ § 44 Abs. 1 lit. b KRG.

³⁵ § 36 KRG; *Matthias Hauser*, Häner/Rüssli/Schwarzenbach (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich u.a. 2007, Art. 57 N 4, 20.

³⁶ § 34 lit. a IDG.

³⁷ *Rudin* (Fn. 16) § 16 N 5.

budsperson für die Entscheidungsfindung notwendig sind. Die Behörden können sich für die Bekanntgabe der Personendaten dieser Dritten auf § 16 Abs. 1 lit. a bzw. auf § 17 Abs. 1 lit. a IDG berufen. Danach gibt ein öffentliches Organ Personendaten bekannt, wenn eine rechtliche Bestimmung dazu ermächtigt bzw. wenn bei besonderen Perso-

nendaten eine hinreichend bestimmte Regelung in einem formellen Gesetz gegeben ist. Mit § 92 Abs. 2 VRG ist die erforderliche formellgesetzliche Grundlage vorhanden. Die §§ 20 ff. IDG über das allgemeine Informationszugangsrecht finden keine Anwendung.