

E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

Lorenz Engi

lic. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität St. Gallen HSG, St. Gallen

Francine Hungerbühler

B.A. HSG, Speicherschwendi

I. Einleitung

In jüngster Zeit haben sich neue Kommunikationstechniken, namentlich das

- 1 Vgl. ROLF BRÜNDLER, E-Government: Einzug des Internet ins schweizerische und europäische Staatswesen, in: SJZ 97 (2001), S. 396 ff.; WOLFGANG BÜCHNER et al. (Hrsg.), E-Government – Staatliches Handeln in der Informationsgesellschaft, Köln 2003; STEFAN FRIEDRICHS/THOMAS HART/OLIVER SCHMIDT (Hrsg.), E-Government – Effizient verwalten, demokratisch regieren, Gütersloh 2002; MICHAEL GISLER/DIETER SPAHNI (Hrsg.), eGovernment. Eine Standortbestimmung, Bern 2001; DIETER SPAHNI (Hrsg.), eGovernment 2. Perspektiven und Prognosen, Bern 2002; VOLKER HERWIG, E-Government. Distribution von Leistungen öffentlicher Institutionen über das Internet, Lohmar/Köln 2001; KLAUS LENK, Der Staat am Draht: Electronic Government und die Zukunft der öffentlichen Verwaltung – eine Einführung, Berlin 2004; KUNO SCHEDLER/LUKAS SUMMERMATTER, 3. Bericht zum Stand von E-Government in der Schweiz, 3 Teile, St. Gallen 2005; KUNO SCHEDLER/LUKAS SUMMERMATTER/BERNHARD SCHMIDT, Electronic Government einführen und entwickeln, Bern 2003 (engl. Managing the electronic government, Greenwich/Connecticut 2004); AUGUST-WILHELM SCHEER/HELMUT KRUPPKE/RALF HEIB, E-Government. Prozessoptimierung in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 2003.
- 2 Allgemein zu Wahlen/Abstimmungen und Internet HUBERTUS BUCHSTEIN/HARALD NEYMANN (Hrsg.), Online-Wahlen, Opladen 2002; DANIEL EGLOFF, Digitale Demokratie: Mythos oder Realität? Auf den Spuren der demokratischen Aspekte des Internet und der Computerkultur, Wiesbaden 2002; WINAND GELLNER/FRITZ VON KORFF (Hrsg.), Demokratie und Internet, Baden-Baden 1998; BERND HOLZNAGEL/ANDREAS GRÜNWARD/ANIKA HANSSMANN (Hrsg.), Elektronische Demokratie. Bürgerbeteiligung per Internet zwischen Wissenschaft und Praxis, München 2001; KLAUS KAMPS (Hrsg.), Elektronische Demokratie? Perspektiven politischer Partizipation, Opladen/Wiesbaden 1999; HERBERT KUBICEK et al. (Hrsg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, Heidelberg 1999 (darin insb. die Beiträge von JÖRG TAUSS und HANS PETER BULL); CLAUD LEGGEMIE/CHRISTA MAAR (Hrsg.), Internet und Politik. Von der Zuschauer- zur Beteiligungsdemokratie?, Köln 1998; OLIVER RENÉ RÜSS, E-democracy – Demokratie und Wahlen im Internet, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, S. 518 ff.

Internet und die Mobiltelefonie, schnell und stark verbreitet. Daraus ergeben sich auch im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern vielfältige Chancen der Veränderung. Insbesondere eröffnet sich die Möglichkeit, die neuen Techniken zur Vereinfachung und Belebung demokratischer Prozesse zu nutzen. Die Diskussionen werden hierbei ganz allgemein unter dem Stichwort E-Government geführt¹.

E-Voting oder Vote électronique² stellt eine Erscheinungsform von E-Government dar. Bezeichnet wird damit die elektronische Ausübung politischer Rechte, namentlich via Internet oder auch Mobiltelefon. Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern sich diese Formen in der Schweiz schon etabliert und bewährt haben. Die elektronische Stimmabgabe ist dabei aus einer juristischen Sicht kritisch zu würdigen: Chancen wie auch Risiken sollen aufgezeigt und abgewogen werden. In dieser Weise verfolgt der vorliegende Beitrag auch das Ziel, E-Voting zu bewerten und einen Impuls für dessen weitere Entwicklung zu setzen.

II. Vote électronique

In den letzten Jahren hat sich die Informations- und Kommunikationstechnologie rasant entwickelt. Auch staatliche und politische Institutionen sind davon beeinflusst und benutzen verstärkt das Internet, um Informationen einfacher und schneller an die Öffentlichkeit zu bringen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob auch die Ausübung politischer Rechte über elektronische Verfahren ermöglicht werden soll.

Résumé: *Les nouvelles technologies de l'information ouvrent la possibilité d'exercer ses droits politiques par la voie électronique. Si le «e-voting» ou vote électronique a assurément de l'avenir, il n'en est pas pour autant exempt de risques. Certes, la participation des jeunes électeurs y gagnerait tant sur le plan quantitatif que qualitatif. Mais des doutes planent encore sur la sûreté du vote. Enfin, la trivialisaton et l'«émotionnalisation» du processus de vote posent également problème. Le bilan des essais qui ont eu lieu à Genève, Neuchâtel et Zürich est positif: partout, la possibilité offerte aux citoyens de se prononcer par voie électronique a été pleinement utilisée; aucun problème grave, notamment de nature technique n'est apparu. Il est dès lors raisonnable de promouvoir le vote électronique à une plus grande échelle.*

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

Zusammenfassung: *Neue Informationstechnologien eröffnen die Möglichkeit einer elektronischen Ausübung der politischen Rechte. Diese Verfahren des «E-Voting» oder «Vote électronique» bieten grosse Chancen wie auch Risiken: Auf der einen Seite könnte die Partizipation besonders auch jüngerer Bevölkerungsschichten am politischen Prozess in quantitativer wie qualitativer Hinsicht gesteigert und verbessert werden. Andererseits bestehen Risiken in Bezug auf die Sicherheit der Wahl- und Abstimmungsverfahren sowie im Hinblick auf eine Trivialisierung und Emotionalisierung der politischen Prozesse. Die Ergebnisse der bisherigen Versuche mit E-Voting in den Kantonen Genf, Neuenburg und Zürich waren vielversprechend: In allen Fällen wurde die Möglichkeit der elektronischen Stimmabgabe von der Bevölkerung intensiv genutzt, ohne dass es zu grösseren technischen oder anderen Problemen gekommen wäre. Es erscheint daher grundsätzlich richtig, E-Voting auch über die Testphase hinaus und in grösserem Rahmen einzusetzen.*

1. Begriff

Die Bundesbehörden sprechen in diesem Zusammenhang in der Regel nicht von E-Voting, sondern verwenden den franzö-

- 3 Vgl. Bericht des Bundesrates vom 9. Januar 2002 über den Vote électronique – Chancen, Risiken und Machbarkeit elektronischer Ausübung politischer Rechte, BBl. 2002, S. 646, 651; im Anschluss daran CORNEL BORBÉLY, Der Grundsatz der geheimen Abstimmung unter besonderer Berücksichtigung des E-Voting, Diss. Zürich 2005, S. 76 f.; NADJA BRAUN/DANIEL BRÄNDLI/CHRISTIAN SALCHLI, Vote électronique – Abstimmen und Wählen per Mausclick, in: ISPS-Newsletter, Newsletter der Koordinationsgruppe Informationsgesellschaft – KIG, Nr. 15, Februar 2002, S. 2.
- 4 Vgl. HANNAH MURALT MÜLLER, Vote électronique im Rahmen übergreifender Strategien des Bundesrates, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 13 ff., 13.
- 5 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 651.
- 6 Vgl. LUKAS GOLDBERGER/CLAUDE LONGCHAMP/STEPHAN TSCHÖPE/MONIKA AEBERSOLD/SILVIA RATELBAND-PALLY/RAPHAEL WEISS, Das Potenzial der elektronischen Stimmabgabe, Bern 2005, S. 9 f.
- 7 Vgl. NICOLAS VON ARX, Post-Demokratie. Die briefliche Stimmabgabe in der Schweiz, in: AJP 1998, S. 933 ff., insb. 937 f.; allgemein auch KARL-HEINZ BURMEISTER, Entwicklungstendenzen und geschichtliche Vorläufer der Briefwahl, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 109 ff.
- 8 Seit dem 15. November 1994 kann in Bundesangelegenheiten zwischen brieflicher Stimmabgabe und persönlichem Urnengang frei gewählt werden.
- 9 Vgl. für einen Überblick über die Frequentierung der brieflichen Stimmabgabe BBl. 2001, S. 6428. Im Kanton Genf beispielsweise üben heute etwa 95 Prozent der Bevölkerung ihr Stimmrecht per Brief aus (CLAUDE BONARD, Chances et défis du vote par Internet, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER [Hrsg.], E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 29 ff., 30); die gleiche Zahl wird aus dem Kanton Neuenburg genannt (JEAN-MARIE REBER, Vote électronique: le projet neuchâtelois, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER [Hrsg.], E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 43 ff., 48).
- 10 Vgl. CLAUDE BONARD (Fn. 9), S. 29, 31; ANDREAS KLEY/BERNHARD RÜTSCHÉ, e-Voting aus Sicht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit – Verfassungsrechtliche Bedeutung einer neuen Technik, in: THOMAS KOLLER/HANNAH MURALT MÜLLER (Hrsg.), Nationale und internationale Bezüge des E-Commerce/Auswirkungen von E-Democracy auf den Rechtsstaat – Tagung 2001 für Informatik und Recht, Bern 2002, S. 255 ff., 260.
- 11 Vgl. auch ANDREAS AUER, Problèmes constitutionnels du e-voting, in: THOMAS KOLLER/HANNAH MURALT MÜLLER (Hrsg.), Nationale und internationale Bezüge des E-Commerce/Auswirkungen von E-Democracy auf den Rechtsstaat – Tagung 2001 für Informatik und Recht, Bern 2002, S. 245 ff., 245: »Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le e-voting n'est pas une révolution.»

sischen Ausdruck «Vote électronique». Darunter verstehen sie:

- a) die Möglichkeit, elektronisch abzustimmen und zu wählen,
- b) die Möglichkeit, Referenden und Initiativen auf elektronischem Weg zu unterzeichnen, sowie
- c) elektronische Wahl- und Abstimmungsinformation durch Behörden³.

Der Begriff «Vote électronique» ist umfassend zu verstehen. Er betrifft die Wahl- und Abstimmungsvorgänge über die eigentliche Stimmabgabe hinaus. Es geht um elektronische Information und Kommunikation im Prozess der politischen Meinungsbildung überhaupt⁴. Insbesondere schliesst der Begriff auch eine Rationalisierung beim Ermitteln der Wahl- und Abstimmungsergebnisse sowie die elektronische Unterstützung verschiedener administrativer Tätigkeiten im Vorfeld von Wahlen mit ein⁵.

2. Geschichtlicher Hintergrund

Die Form der Stimmabgabe ist in der Schweiz nicht unveränderlich, sondern unterliegt einem steten Wandel⁶. Unter dem Ancien régime und in der Übergangszeit zum Bundesstaat fanden Volksabstimmungen in Form von Landsgemeinden oder Volksversammlungen statt. Ein erster Wandel der Abstimmungsform erfolgte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit der Durchsetzung gesamtschweizerischer Wahlen und Abstimmungen. Damit entstand die Notwendigkeit einer dezentralen Stimmabgabe, der die Form des Urnengangs entsprach. Sie war über lange Zeit die einzig akzeptierte. Erst in der Nachkriegszeit wurde die Stimmabgabe an der Urne um die Möglichkeit der brieflichen Stimmabgabe erweitert⁷. Mit der Erleichterung derselben in den 1990er Jahren⁸ nahm die Stimmabgabe per Brief sprunghaft zu, um in neuester Zeit sogar zum Regelfall zu werden⁹.

In diese Entwicklungslinie fügt sich nun auch die elektronische Stimmabgabe ein¹⁰. Der damit angestrebte Wandel bedeutet keinen Bruch, sondern die Fortsetzung einer Entwicklung der Modifizierung und Differenzierung der Abstimmungsform¹¹. Dies umso mehr, weil E-Voting nicht zur Substitution bestehender Formen der Stimmabgabe dienen soll, sondern nach

allgemeiner Auffassung nur einen Zusatz zu den herkömmlichen Verfahren darstellt¹².

III. Chancen und Risiken

Die Einführung des Vote électronique bedarf der eingehenden Prüfung und einer sorgfältigen Abwägung der Chancen und Risiken – ist der Wahl- und Abstimmungsvorgang im demokratischen Staat doch von essentieller Bedeutung. Indes erweist sich eine Beurteilung der neuen Verfahren als nicht einfach, denn sie hängt stark von der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung ab, die im Einzelnen schwer vorhersehbar ist. Gleichwohl lassen sich in allgemeiner Weise einige Vor- und Nachteile der elektronischen Stimmabgabe benennen.

1. Vorteile

Vote électronique stellt – als Ergänzung zu Urnengang und brieflicher Stimmabgabe – eine Dienstleistung für den grossen Teil der Bevölkerung dar, welcher das Internet berufsbedingt und privat nutzt¹³. Diese Personen erhalten damit die Möglichkeit, ihre politischen Rechte zeitlich und örtlich unabhängiger auszuüben, was insbesondere körperlich behinderten Personen oder Auslandsschweizerinnen und -schweizern eine erhebliche Erleichterung bringt¹⁴. Über den eigentlichen Wahlakt hinaus kann zudem dem Bedürfnis der Bevölkerung nach aktueller und kohärenter Information im Wege der elektronischen Kommunikation besser nachgekommen werden als auf dem konventionellen Weg¹⁵. Auf einer offiziellen E-Voting-Internetseite können beispielsweise ausführliche Informationen zu den Abstimmungsgegenständen bereitgestellt werden¹⁶.

Vor allem aber verbindet sich mit der elektronischen Stimmabgabe die Hoffnung auf eine Erhöhung der Stimmbeteiligung. Diese erscheint durchaus begründet. Da E-Voting nur als zusätzliches Instrument der politischen Willensäusserung eingeführt würde, ergibt sich die Chance einer zusätzlichen Mobilisierung, ohne dass eine nennenswerte Beeinträchtigung der konventionellen Praxis befürchtet werden müsste. Das Potential der zusätzlichen demokratischen Beteiligung ist hierbei erheblich: Bei Befragungen im Kanton Genf äusserte rund ein Drittel derjenigen, die selten oder nie an Ab-

stimmungen teilnehmen, dass die Einführung der elektronischen Stimmabgabe sie veranlassen würde, häufiger abzustimmen¹⁷. Einer anderen Untersuchung zufolge könnte sich eine Mehrheit der Schweizer Stimmbürger generell vorstellen, via Internet abzustimmen¹⁸. Die subjektive Bequemlichkeit und Einfachheit bildet dabei das Hauptmotiv, welches für eine Nutzung der elektronischen Verfahren spricht.

Bemerkenswert ist, dass Vote électronique bei Personen besonders attraktiv ist, die von sich angeben, nur gelegentlich oder gar nie an Abstimmungen teilzunehmen¹⁹. Insbesondere sind es die jüngeren Bevölkerungsschichten mit ihren im allgemeinen unterdurchschnittlichen Beteiligungsquoten, welche durch die neue Form der Stimmabgabe für die demokratischen Prozesse gewonnen werden könnten²⁰. So gaben im Kanton Genf rund 50 Prozent der 18- bis 40jährigen, die nie oder nur gelegentlich an Abstimmungen teilnehmen, an, dass die Einführung des E-Voting sie zu einer

12 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 654.

13 Nach LUKAS GOLDER et al. (Fn. 6), S. 24, haben bereits 66 Prozent der Stimmberechtigten die Möglichkeit, Internet zu nutzen.

14 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL, Le contexte socio-politique, in : ANDREAS AUER/ALEXANDER H. TRECHSEL (Hrsg.), Voter par Internet ? Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique, Basel/Genf/München 2001, S. 5 ff., 56–58; WOLF LINDER, Gutachten zum E-Voting, Bern 2001, S. 8.

15 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 654; WOLF LINDER (Fn. 14), S. 10 f.

16 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 58; eingehend zu einem »espace public pré-vote« RAPHAËL KIES, Voter par Internet et formation de l'opinion publique, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 295 ff., 303 ff.

17 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 53 f. Positiv in der genannten Weise äusserten sich 30,3 Prozent der Stimmbestimmten und 35,9 Prozent derjenigen, die nur gelegentlich abstimmen. Anlässlich einer ersten Internet-Abstimmung in Carouge bekundeten gar 97 bzw. 92 Prozent der Teilnehmer, die sich nach eigenen Angaben nur gelegentlich oder gar nie an Abstimmungen beteiligen, dass sie häufiger abstimmen würden, wenn dies generell per Internet möglich wäre: THOMAS CHRISTIN/ALEXANDER H. TRECHSEL, Qui vote par Internet? Une approche scientifique des scrutins de Carouge et Meyrin, Genf 2004, S. 19 f. Eine Befragung unter Internet-Benutzern (verbunden mit dem Test eines E-Voting-Angebots) ergab entsprechende Zustimmungsraten von über 70 Prozent: THOMAS CHRISTIN/RAPHAËL MÜLLER, Analyse quantitative du test Alpha Ter: Evaluation par questionnaire du système de vote par Internet, Genf 2002, S. 10.

18 Vgl. LUKAS GOLDER et al. (Fn. 6), S. 32 f.

19 Vgl. DIES., S. 47 f., 54.

20 Vgl. HANSPETER KRISLI, E-voting and Political Participation, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 273 ff., 279 f. (in der Gesamtschätzung in Bezug auf eine Steigerung der Beteiligung besonders jüngerer Schichten denn auch vorsichtig optimistisch: S. 284 f.).

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

stärkeren Beteiligung veranlassen würde²¹. Dieses Mobilisierungspotential gerade unter den jüngeren Bürgern fällt zugunsten der Einführung der elektronischen Stimmabgabe stark ins Gewicht: Könnte dadurch doch die altersmässige Einseitigkeit des aktiven Wahl- und Abstimmungskörpers zumindest partiell korrigiert und so die Repräsentativität der Wahl- und Abstimmungsergebnisse erhöht werden²².

Mit der elektronischen Stimmabgabe verbindet sich des weiteren die Chance, die Abstimmungsergebnisse besser auszuwerten²³. Einerseits hat E-Voting bezüglich der korrekten Willensermittlung den Vorzug, dass Computer keine Zählfehler begehen²⁴. Andererseits erlaubt das elektronische Instrumentarium eine Verfeinerung der Willensbekundung und damit eine Erhöhung der politischen Responsivität. So kann in elektronischen Abstimmungssystemen vorgesehen werden, dass gleichzeitig mit der Stimmabgabe fakultativ Fragen beantwortet oder Meinungen geäußert werden können.

Im internationalen Umfeld verschafft Vote électronique der Schweiz überdies die Aussicht, auf dem Gebiet der elektronischen Demokratie eine Vorreiterrolle einzunehmen²⁵.

2. Nachteile

Elektronische Wahlen und Abstimmungen werfen indes auch erhebliche Probleme auf. So ergeben sich Risiken bezüglich der Zusammensetzung der aktiven Wählerschaft²⁶: Es wird immer Personen geben, die schlechten oder gar keinen Zugang zu elektronischen Kommunikationsmitteln haben²⁷. Unter dem Schlagwort des *digital divide* wird die Spaltung der Gesellschaft in dieser Hinsicht beschrieben²⁸. Die Einführung von E-Voting könnte diese Kluft zwischen den elektronisch Versierten und den Unkundigen oder schlecht Ausgestatteten vertiefen. Indessen ergibt sich im Hinblick auf die Partizipationsmöglichkeit daraus keine unmittelbare Gefahr, solange neben Vote électronique die bisherigen Formen der Stimmabgabe bestehen bleiben. Dies ist unter diesem Gesichtspunkt unbedingt erforderlich²⁹.

Des Weiteren wird auf das Risiko einer Beeinträchtigung der freien Willensbildung hingewiesen: Die Stimmabgabe am Computer kann durch das jeweilige Umfeld leicht beeinflusst werden³⁰. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass diese Möglichkeiten in bezug auf die schriftliche Ausfüllung des Stimmzettels in nicht fundamental geringerem Ausmass ebenfalls bestehen. Ebenso kann dem Argument, dass der Gang zum Abstimmungslokal – etwa im Hinblick auf die Öffentlichkeit des Vorganges oder das Gemeinschaftsgefühl der Bevölkerung – ein wesentliches Element des demokratischen Prozesses bilde, mit dem Hinweis auf die bestehende Praxis begegnet werden; ist der entscheidende Wechsel hierbei doch schon mit dem Übergang zur brieflichen Stimmabgabe erfolgt³¹.

Und doch ergibt sich aus dem letzten Gedanken, etwas allgemeiner gefasst, der eine gewichtige Einwand gegen elektronische Wahl- und Abstimmungsverfahren. Der Abstimmungsvorgang verliert (noch stärker) seinen besonderen, bedeutungsvollen Charakter³². Er wird zu einem weitgehend banalisierten und trivialisierten, überdies privatisierten Ereignis³³. Der Mausclick ist ein alltäglicher, fast spielerischer Vorgang. Damit erhöhen

- 21 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 55; auch CLAUDE BONARD (Fn. 9), S. 39.
22 Vgl. THOMAS CHRISTIN/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 17), S. 8 ff.
23 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 655.
24 Vgl. ANDREAS KLEY/BERNHARD RÜTSCHÉ (Fn. 10), S. 271. Die Nachprüfbarkeit des Zählvorgangs wird allerdings erschwert: vgl. ebd. und auch ALEXANDRE FLÜCKIGER, Voter, élire et signer par Internet: le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité, in: Hannah Muralt Müller/Andreas Auer/Thomas Koller (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 107 ff., 146 ff.
25 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 655 f.; Der Vote électronique in der Pilotphase – Zwischenbericht der Bundeskanzlei vom 18. August 2004, S. 19; HANNAH MURALT MÜLLER, Guichet virtuel und E-Voting – Gemeinschaftswerke von Bund, Kantonen und Gemeinden, in: dies./THOMAS KOLLER (Hrsg.), Tagung 2000 für Informatik und Recht, Bern 2001, S. 11 ff., 27.
26 Vgl. WOLF LINDER (Fn. 14), S. 6 f.
27 Als blosse Übergangsprobleme betrachtet die einstweilen noch unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten indes RAPHAËL KIES (Fn. 16), S. 309 f.
28 Vgl. dazu KATJA ARNHOLD, Digital Divide. Zugangs- oder Wissenskluff?, München 2003; BENJAMIN M. COMPAINE (Ed.), The Digital Divide. Facing a Crisis or Creating a Myth?, Cambridge (Mass.) 2001; MIRKO MARR, Internetzugang und politische Informiertheit. Zur digitalen Spaltung der Gesellschaft, Konstanz 2005; PIPPA NORRIS, Digital Divide. Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide, Cambridge/New York 2001; RUPERT M. SCHEULE/RAFAEL CAPURRO/THOMAS HAUSMANNINGER (Hrsg.), Vernetzt gespalten. Der Digital Divide in ethischer Perspektive, München 2004.
29 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 657.
30 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 46.
31 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 47 f.
32 Der Bundesrat spricht von einer »Enritualisierung«: Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 656.
33 Vgl. WOLF LINDER, Das E-Voting fordert die Demokratie heraus. Politische Folgen des elektronischen Abstimmens, NZZ vom 15. Mai 2002, S. 17; entsprechende Bedenken auch bei YANNIS PAPADOPOULOS, Vote électronique, délibération, et qualité de la décision démocratique, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 313 ff., 324 ff.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

sich die Risiken eines emotionalisierten Wählens und Abstimmens³⁴. Das Gefühl der Verantwortung und Ernsthaftigkeit, das den Wahl- und Abstimmungsprozess begleiten soll, könnte schwinden. Das Bewusstsein für die unterschiedlichen Rollen von Privatmann und Bürger, von *bourgeois* und *citoyen* droht abhanden zu kommen³⁵.

In einen weiteren Kontext gestellt, weisen diese Probleme auf die Gefahr einer «Instant-Demokratie» oder «fast-democracy» hin. Infolge der Vereinfachung von Wahlen und Abstimmungen könnten die demokratischen Prozesse zu einem hektischen Abfragen von Stimmungen degenerieren. Eine mögliche Beschleunigung des Abstimmungsrythmus führte dazu, dass die Zeit für die politische Debatte und das Reifen von Überzeugungen kürzer würde³⁶. Diese Prozesse des öffentlichen Argumentierens und Abwägens sind für die demokratische Kultur aber nicht weniger wichtig als der Wahl- und Abstimmungsvorgang selber.

Weit offensichtlicher ist das andere grosse Risiko, das die Einführung des E-Voting mit sich bringt: dasjenige der Manipulation und der technischen Verfälschung des Abstimmungsgeschehens³⁷. So bietet der gegenwärtige Stand der Informatik keine Gewähr, dass ein Programm nicht derart manipuliert wird, dass eine andere als die auf dem Bildschirm erscheinende Anzeige gespeichert und wieder eine andere Anzeige ausgedruckt wird³⁸. Auch technische Pannen sind nicht auszuschliessen. Solches ist in Bezug auf die Ausübung der politischen Rechte aber nicht akzeptabel.

Die Fragen der technischen Sicherheit stehen bei den Gründen, die gegen eine Nutzung des Vote électronique sprechen, im Vordergrund³⁹. Die elektronische Kommunikation ist nach wie vor pannen anfällig und unterliegt keiner globalen Kontrolle⁴⁰. Elektronische Wahl- und Abstimmungssysteme wie auch die elektronische Sammlung von Unterschriften müssen aber unter allen Umständen funktionieren und gegen mögliche Gefahren und Einwirkungen von aussen geschützt sein. Sie müssen ebenso viel Sicherheit bieten wie die gegenwärtigen Systeme der brieflichen Stimmabgabe oder des Urnenganges.

Nicht zu unterschätzen sind auch die technischen Schwierigkeiten bei der Einführung von elektronischen Wahl- und Abstimmungs-

systemen. Es muss eine Vielfalt von Systemen und Anwendungen miteinbezogen werden: unterschiedliche Browser und Betriebssysteme, die über verschiedenste Provider angeschlossen sind. Darüber hinaus müssen die Schwachstellen dieser verschiedensten Systeme gegen Angriffe von aussen – wie Viren aller Art oder «Trojanische Pferde» – abgesichert werden⁴¹.

Hingewiesen sei schliesslich auch noch auf das Problem der Kosten: Kurzfristig bringt die Einführung von Anwendungen des Vote électronique zweifellos einen grösseren Investitionsbedarf mit sich⁴². Einerseits ist die technische Infrastruktur im Bereich der Informatik und der elektronischen Kommunikation auf denjenigen Stand zu bringen, der notwendig ist, um elektronische Wahlen und Abstimmungen sicher und benutzerfreundlich durchführen zu können. Andererseits verursacht die parallele Führung der herkömmlichen Abstimmungsverfahren neben Vote électronique spürbare Mehrkosten. So belaufen sich die geschätzten Gesamtkosten der öffentlichen Hand für die ersten zehn Jahre auf maximal zirka 620 Millionen Franken und minimal zirka 400 Millionen Franken⁴³.

34 Vgl. WOLF LINDER (Fn. 14), S. 12.

35 Vgl. YANNIS PAPADOPOULOS (Fn. 33), S. 328.

36 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 659; auch DIETER J. NIEDERMANN, E-Voting – Staatspolitisch-praktische Aspekte aus kantonaler und Gemeindeficht, St. Gallen 2001, S. 7 f.

37 Vgl. zu den Sicherheitsfragen Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 660 ff., 664 ff.; CORNEL BORBÉLY (Fn. 3), S. 108 ff.; ALEXANDRE FLÜCKIGER (Fn. 24), S. 134 ff.; NEIL MITCHISON, Protection against »Internal« Attacks on E-voting Systems, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 255 ff.; MICHEL WARYNSKI, E-voting – La sécurité dans la perspective des collectivités publiques, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 219 ff.; Expertenkritik wird zitiert bei ANDREAS KLEY/RETO FELLER, eVoting = eOak? Elektronische Abstimmungsverfahren im Verhältnis zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 85 ff., 97.

38 Vgl. NADJA BRAUN et al. (Fn. 3), S. 3.

39 Vgl. LUKAS GOLDBERGER et al. (Fn. 6), S. 36 f.; RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 36.

40 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 660.

41 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 43.

42 Vgl. DIETER J. NIEDERMANN (Fn. 36), S. 4. Der Bundesrat spricht von »finanziell wie personell enorme[n] Anstrengungen«, welche die Einführung des Vote électronique erfordern würde (Botschaft über eine Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, BBl. 2001, S. 6404).

43 Unter den Annahmen, dass weiterhin jährlich im Durchschnitt vier Urnengänge anstehen, dass sich die Anzahl der Gemeinden nicht erheblich verändert, die Zahl der Abstimmungslokale je Gemeinde aber tendenziell vermindert wird; vgl. Bericht des Bundesrates über Vote électronique (Fn. 3), S. 686.

Langfristig soll die Einführung von E-Voting aber auch Einsparungen ermöglichen⁴⁴. Dies einerseits durch die Rationalisierung des Betriebes von Urnenlokalen und den (teilweisen) Verzicht auf die Zustellung schriftlicher Unterlagen; andererseits durch die Möglichkeit der effizienteren Prüfung und Ermittlung von Abstimmungsergebnissen⁴⁵. Die finanziellen Einsparungen dürften jedoch noch auf Jahrzehnte hinaus geringer bleiben als die geschätzten Gesamtkosten⁴⁶. Diese Mehrkosten könnten einen Druck zur Aufgabe des doppelspurigen Verfahrens auslösen⁴⁷.

Bei staatlichen wie auch bei Dritten dürfte das E-Voting auch indirekte Kostenfolgen hervorrufen. Schliesslich bedeutet die Einführung elektronischer Abstimmungen nicht nur eine technische Neuerung, sondern eine Veränderung des ganzen politischen Prozesses⁴⁸. Die Behörden müssen Informationen in umfassender Weise auch in elektronischer Form anbieten, was einen Mehraufwand bedeutet⁴⁹. Ebenso müssen die politischen Akteure ihre Wahl- und Abstimmungskampagnen verstärkt auf den elektronisch kommunizierenden Bürger ausrichten. Das erfordert ständige Präsenz und permanente Reaktionsfähigkeit, was mit höheren personellen und finanziellen Anforderungen verbunden ist.

IV. Rahmenbedingungen und Realisierung des Vote électronique

Die Einführung elektronischer Wahlen und Abstimmungen verlangt Anpassungen einerseits auf rechtlicher Ebene – bedarf die Erhebung des Volkswillens doch einer präzisen gesetzlichen Regelung⁵⁰. Andererseits müssen die praktischen Anforderungen erfüllt sein, um eine einfache, aber sichere und zuverlässige elektronische Stimmabgabe gewährleisten zu können. Da besonders in dieser letzten Hinsicht vieles noch unsicher und erst zu erproben ist, hat man sich in der Schweiz für eine schrittweise Realisierung des Vote électronique entschieden.

1. Rechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen bezüglich der Ausübung der politischen Rechte gelten auch für neue Arten von Abstimmungsverfahren⁵¹. Art. 34 Abs. 2 BV und dessen Konkretisierung im BPR verlangen, dass das Stimmgeheimnis, die richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft und die korrekte Ermittlung des Stimmergebnisses sichergestellt sind⁵². Diesen Anforderungen hat auch Vote électronique zu genügen.

Im Unterschied zur persönlichen Stimmabgabe an der Urne erfolgt die elektronische Abstimmung oder Wahl in privaten oder öffentlichen Räumlichkeiten, welche die Stimmberechtigten selber auswählen⁵³. Den Stimmenden wird dadurch die Verantwortung auferlegt, selbst für die Wahrung des Stimmgeheimnisses zu sorgen. Diese Verantwortung ist allerdings schon bei der Einführung der brieflichen Stimmabgabe auf die Stimmberechtigten übertragen worden, ohne dass das Bundesgericht diesbezüglich verfassungsrechtliche Einwände erhoben hätte⁵⁴.

Mehr Probleme wirft die Frage auf, wie Abstimmende bei elektronischen Wahlen und Abstimmungen unter Wahrung des Stimmgeheimnisses so identifiziert werden können, dass Stimmrechtsmissbrauch verhindert werden kann. Das Stimmgeheimnis verlangt hierbei, dass die Identifizierung der Stimmenden und die Auswertung der Stimmen getrennt verlaufen⁵⁵. Dafür stehen grundsätzlich verschiedene Identifikationsprinzipien und -mittel zur Verfügung, welche in unterschiedlicher Weise kombiniert werden können⁵⁶. Es erscheint indes sehr

- 44 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 686; MONIQUE R. SIEGEL, Auswirkungen der Cyberdemokratie (im besonderen E-Voting) auf unsere Gesellschaft, Feldmeilen 2001, S. 41 f.
- 45 Vgl. RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 61.
- 46 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 686.
- 47 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 658; auch DIETER J. NIEDERMANN (Fn. 36), S. 4.
- 48 Vgl. CHRISTOPH BIEBER, E-Voting und Interaktivität (Studie für die Schweizerische Bundeskanzlei), Giessen 2001, S. 12 ff.
- 49 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 687; WOLF LINDER (Fn. 14), S. 10 f.
- 50 Vgl. BGE 114 Ia 267, 273; 104 Ia 226, 232; auch Art. 164 Abs. 1 lit. a BV.
- 51 Vgl. CORNEL BORBÉLY (Fn. 3), S. 99.
- 52 Vgl. ANDREAS AUER (Fn. 11), S. 249.
- 53 Vgl. ANDREAS KLEY/BERNHARD RÜTSCHÉ (Fn. 10), S. 265.
- 54 Vgl. BGE 121 I 187.
- 55 Vgl. YVO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 2573; PIERRE TSCHANNEN, Stimmrecht und politische Verständigung, Basel 1995, N. 220.
- 56 Für eine eingehende Darstellung der verschiedenen Prinzipien und Mittel sowie deren Vor- und Nachteile vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 666–668.

schwierig, das Stimmgeheimnis bei elektronischen Wahlen und Abstimmungen über das gesamte Verfahren hinweg zu garantieren⁵⁷. Dabei ist immerhin zu berücksichtigen, dass auch bei der brieflichen Stimmabgabe und der Abstimmung an der Landsgemeinde das Prinzip der geheimen Abstimmung nicht in einer absoluten Weise gewährleistet ist, ohne dass diese Verfahren deswegen als unzulässig erachtet würden⁵⁸.

Auf gesetzlicher Ebene verlangt die Einführung elektronischer Wahl- und Abstimmungsverfahren Anpassungen. Auch schon die versuchsweise Einführung von E-Voting bedarf einer formellgesetzlichen Grundlage⁵⁹. Am 21. Juni 2002 verabschiedeten die Eidgenössischen Räte daher eine Teilrevision des BPR, mit welcher zusätzlich eine Rechtsgrundlage für die versuchsweise Durchführung elektronischer Abstimmungen geschaffen wurde⁶⁰. Basierend auf dem neuen Art. 8a BPR wurde auch die Verordnung über die politischen Rechte ergänzt⁶¹.

Gemäss Art. 8a BPR kann der Bundesrat im Einvernehmen mit interessierten Kantonen und Gemeinden örtlich, zeitlich und sachlich begrenzte Versuche zur elektronischen Stimmabgabe zulassen. Dabei müssen unter anderem die Einhaltung des Grundsatzes der geheimen Stimmabgabe, die Kontrolle der Stimmberechtigung und die Erfassung aller Stimmen gewährleistet sein. Die Geltung dieser Grundsätze ergibt sich zwar bereits aus der Bundesverfassung⁶². Der Gesetzgeber hält aber dennoch ausdrücklich fest, dass er auch bei der Internetabstimmung ihre Einhaltung verlangt.

In der Verordnung wird festgelegt, dass die Pilotversuche zur elektronischen Stimmabgabe vom Bundesrat genehmigt werden müssen⁶³. Diese Genehmigung wird gemäss dem Wortlaut von Art. 27d ff. VPR nur erteilt, wenn die Einhaltung der Stimmrechtsgrundsätze garantiert ist⁶⁴. Der Bundesrat lässt es allerdings zu, dass Risiken, welche beim klassischen Abstimmen in Kauf genommen werden, auch beim Vote électronique bestehen⁶⁵.

Auf der Ebene der Kantone, welche heute mit E-Voting experimentieren⁶⁶, besitzt Genf mit Art. 188 des Gesetzes über die Ausübung der politischen Rechte bereits seit 1982 eine Grundlage für die versuchs-

weise Einführung neuer Techniken in Abstimmungsverfahren. Der Kanton Neuenburg hat im Hinblick auf seine Versuche mit E-Voting das «Décret sur l'introduction à titre expérimental des moyens électroniques facilitant l'exercice des droits politiques (vote électronique, signature électronique)» vom 3. Oktober 2001 erlassen; zudem wurde ein eigenes «Loi sur le guichet sécurisé unique» vom 28. September 2004 geschaffen. Der Kanton Zürich hat im Gesetz über die politischen Rechte vom 1. September 2003 im Paragraphen 4 festgelegt: «Die politischen Rechte werden persönlich oder schriftlich ausgeübt. Sie können auf elektronischem Weg ausgeübt werden, wenn die technischen und organisatorischen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Wille der Stimmberechtigten muss korrekt festgestellt werden können und das Stimmgeheimnis gewahrt bleiben.»⁶⁷

2. Realisierung des Vote électronique

Die Einführung elektronischer Abstimmungen und Wahlen ist ein technisch anspruchsvolles Unterfangen in einem staats-

57 Vgl. CORNEL BORBÉLY (Fn. 3), S. 113 f.

58 Vgl. ANDREAS AUER/ NICOLAS VON ARX, Le cadre juridique, in: Andreas Auer/ Alexander H. Trechsel (Hrsg.), Voter par Internet? Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique, Basel/Genf/München 2001, S. 75 ff., 93 f.; auch BGE 121 I 138.

59 Vgl. ANDREAS AUER (Fn. 11), S. 246; ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX, La légitimité des procédures de vote: les défis du e-voting, in: AJP 2002, S. 491 ff., 493; MICHEL HOTTELEUR, E-Voting et légalité, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 57 ff., 70, 80; ANDREAS KLEY/RETO FELLER (Fn. 37), S. 96.

60 AS 2002, S. 3193; BBl. 2002, S. 4383; vgl. dazu CORNEL BORBÉLY (Fn. 3), S. 99; Botschaft des Bundesrates über eine Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, BBl. 2001, S. 6408; MICHEL HOTTELEUR (Fn. 59), S. 73 f.

61 Änderung vom 20. September 2002: AS 2002, S. 3200 ff. Angepasst wurde auch das Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandsschweizer (SR 161.5; Art. 1 Abs. 1).

62 Vgl. ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX (Fn. 58), S. 91; CORNEL BORBÉLY (Fn. 3), S. 101.

63 Vgl. Art. 27a Abs. 1 VPR.

64 Die einzelnen Anforderungen sind in den Art. 27a bis 27q VPR wiedergegeben. Dabei enthält die Verordnung Vorschriften über die unverfälschte Willenskundgabe, den Schutz der Meinungsbildung vor Manipulation, Verschlüsselung, Stimmgeheimnisschutz, Stimmrechtskontrolle, Einmaligkeit der Stimmabgabe, Vertrauenswürdigkeit der Ergebnisermittlung, Regelkonformität des Urngangs, Pilotversuche zur elektronischen Unterzeichnung eidgenössischer Volksbegehren sowie Begleituntersuchungen und Evaluationen.

65 Vgl. Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen zur Teilrevision der Verordnung über die politischen Rechte vom 20. September 2002, BBl. 2002, S. 6604.

66 Siehe dazu sogleich unter Ziff. 4.2 und 5.

67 Allgemein zu den gesetzlichen Grundlagen in Bund und Kantonen ALEXANDRE FLÜCKIGER (Fn. 24), S. 110 ff.; RAPHAËL KIES/ALEXANDER H. TRECHSEL (Fn. 14), S. 80 ff.

Études & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

politisch hochsensiblen Bereich. Deshalb ist ein Vorgehen in Etappen angezeigt, das es erlaubt, Erfahrungen zu sammeln und diese in die nächsten Realisierungsschritte einfließen zu lassen. Der Bundesrat schlägt eine Realisierung in vier Schritten vor: Zuerst soll elektronisches Abstimmen ermöglicht werden, dann elektronisches Wählen, in einer dritten Phase sollen elektronische Unterschriftensammlungen möglich werden, und schliesslich sollen auch Wahlvorschläge für Nationalratswahlen elektronisch eingereicht werden können⁶⁸.

Das Vorhaben des Vote électronique kann theoretisch nur unzureichend geprüft werden, sondern bedarf der praktischen Erprobung. Deshalb wurden auf Initiative und unter Führung des Bundes Pilotversuche auf kantonaler Ebene gestartet⁶⁹. Diese Projekte werden zu etwa 80 Prozent vom Bund finanziert⁷⁰. Eine unter allen Kantonen durchgeführte Umfrage hatte gezeigt, dass sich grundsätzlich alle Kantone für eine Beteiligung an diesen Versuchen interessierten⁷¹. Mit den Kantonen Genf, Neuenburg und Zürich wurden schliesslich entsprechende Vereinbarungen unterzeichnet. Diese drei Pilotkantone bilden bezüglich der jeweiligen Anforderungen an elektronische Abstimmungen und Wahlen ein Set, welches wesentliche Elemente, die auch für andere Schweizer Kantone von Belang sind, enthält⁷². So verfügte der Kanton Genf bereits über ein zentralisiertes Stimmregister, welches im Kanton Zürich erst noch geschaffen werden musste.

Mit den Versuchsabstimmungen vom 27. November 2005 in den Kantonen Zürich und Neuenburg – auf die sogleich näher einzugehen ist – sind die E-Voting-Tests des

Bundes vorläufig abgeschlossen. Im Laufe des Jahres 2006 will der Bundesrat dem Parlament einen Evaluationsbericht vorlegen und das weitere Vorgehen diskutieren⁷³. Ein Entscheid darüber wird in der zweiten Hälfte des Jahres erwartet. Bis Ende 2007 soll über eine gesamtschweizerische Einführung des Vote électronique entschieden werden⁷⁴.

V. Die kantonalen Pilotprojekte

Unter der Leitung der Bundeskanzlei – die für die Organisation der Wahlen und Abstimmungen zuständig ist – prüft der Bund durch Pilotversuche in den genannten Kantonen die Möglichkeiten der Ausübung politischer Rechte mit elektronischen Verfahren. Der Kanton Genf hat hierbei in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Vorreiterrolle inne. Das Zürcher Projekt wiederum hat sowohl in technischer Hinsicht (Beteiligung nicht nur via Internet, sondern auch durch Mobiltelefon und möglicherweise andere Geräte) als auch in bezug auf die Verfahrensformen (Durchführung von Anfang an nicht nur von Abstimmungen, sondern auch von Wahlen) einen besonders umfassenden und ambitionierten Charakter.

1. Genf

Das Genfer Pilotprojekt befasst sich zurzeit lediglich mit der elektronischen Stimmabgabe bei Volksabstimmungen, nicht aber bei Wahlen⁷⁵. Der Kanton Genf hat zur Identifizierung der Abstimmenden, zur Wahrung des Stimmgeheimnisses und zur Wahrung der Sicherheit ein Verfahren gewählt, das möglichst nahe bei der brieflichen Stimmabgabe anknüpft. Der Stimmausweis wird zusätzlich mit einer Stimmausweisnummer und einem unter einer Rubbelfläche verborgenen persönlichen Code versehen.

Das Abstimmungsverfahren ist in den Grundzügen so ausgestaltet, dass am Bildschirm zunächst ein leerer Stimmzettel angezeigt wird, auf welchem die stimmberechtigte Person durch Anklicken der Ja- oder Neinfeldern ihre Stimme eintragen kann. Anschliessend wird die Stimme an das System übermittelt. Dann werden am Bildschirm die eingegebenen Stimmmerkmale zur Bestätigung in einer Übersicht angezeigt, wobei der Stimmende seine Stimme noch verändern kann. Ist sich die stimmberechtigte Person ihrer Stimmabgabe sicher, fügt sie am unteren Rand

- 68 Vgl. Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 673 f.
69 Vgl. zu den Pilotprojekten Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 24 ff.; Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 680 ff.; HANNAH MURALT MÜLLER (Fn. 4), S. 22 f.
70 Die Gesamtkosten der Pilotprojekte betragen rund 6,4 Millionen Franken; der Bund trägt davon etwa 5 Millionen Franken: vgl. Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 25.
71 Umfrage der Bundeskanzlei vom 29. Januar 2001 bei den Kantonen; dazu Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 650.
72 Vgl. Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 24.
73 Die Universität Genf führt zu diesem Zweck eine repräsentative Umfrage zu ersten Erfahrungen der Bevölkerung mit E-Voting durch.
74 Vgl. Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 26.
75 Vgl. zum Genfer Projekt http://www.admin.ch/ch/d/egov/ve/projekte/projekte_genf.html; Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 34 ff.; CLAUDE BONARD (Fn. 9), S. 30 ff.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

der Bestätigungsseite ihren frei gerubbelten Code ein und wählt aus einer Liste von 50 Gemeindennamen ihre Heimatgemeinde aus. Schliesslich ist auch das Geburtsdatum anzugeben. Das System bestätigt dann die Stimmabgabe und verunmöglicht jede weitere Abstimmung. Eine briefliche Stimmabgabe oder eine Stimmabgabe an der Urne wird verweigert, sobald der persönliche Code auf dem Stimmausweis freigerubbelt worden ist⁷⁶.

Das System des Genfer E-Votings wurde bereits mehrfach mit Erfolg getestet: im Jahr 2003 zunächst auf Gemeindeebene⁷⁷, 2004 auf städtischer Ebene⁷⁸. Anlässlich der Volksabstimmung vom 26. September 2004 wurde das elektronische Verfahren erstmals auch auf Bundesebene getestet⁷⁹. In vier Gemeinden konnten die Stimmberechtigten dabei ihre Stimme wahlweise konventionell oder elektronisch abgeben. Von der zweiten Möglichkeit machten in den beteiligten Gemeinden 21,8 Prozent aller Stimmenden Gebrauch⁸⁰. Das elektronische Abstimmungssystem funktionierte während der gesamten dreiwöchigen Pilotdauer einwandfrei. Am 28. November 2004 wurde erneut eine Bundesabstimmung mit der Möglichkeit der elektronischen Stimmabgabe durchgeführt, wovon in den nunmehr acht beteiligten Gemeinden 22,4 Prozent der Stimmenden Gebrauch machten⁸¹.

2. Neuenburg

Die Neuenburger Projekte zur elektronischen Ausübung politischer Rechte sind Teil eines übergreifenden Vorhabens zur Einführung eines Guichet unique⁸². Das elektronische Abstimmen wird als eine der verschiedenen Dienstleistungen eines einzigen virtuellen Schalters angeboten. Wer elektronisch abstimmen will, muss die generellen Zugangsrechte zu diesem System besitzen. Dies geschieht auf Antrag und nach Identitätsnachweis. Die stimmberechtigte Person erhält einen Zugangscodex, ein Passwort und eine Nummernkarte.

Bei einer Abstimmung wird zunächst ein zentrales Stimmregister geschaffen. Gestützt darauf erhalten die Stimmbürger zusätzlich eine spezielle Geheimzahl, die mit dem Abstimmungsmaterial zugesandt wird. Um elektronisch abstimmen zu können, muss sich die betreffende Person zunächst im Guichet unique einloggen (mit Hilfe von Zugangscodex, Passwort und Nummernkarte) und dort die Dienstleistung «Ab-

stimmen» wählen. Die Stimmabgabe erfordert zusätzlich die Eingabe der Geheimzahl.

Im Unterschied zum Kanton Genf wird E-Voting in Neuenburg von Anfang an bei Abstimmungen aller föderalen Stimmen eingesetzt: Bei der Volksabstimmung vom 25. September 2005 (eidgenössische Vorlage zur Erweiterung der Personenfreizügigkeit) war im Kanton Neuenburg die elektronische Stimmabgabe erstmals möglich. Dieser Test verlief erfolgreich: 1178 der insgesamt 1732 Personen, die einen Vertrag über den Guichet unique abgeschlossen hatten, gaben ihre Stimme per Internet ab. Alle diese Stimmen waren gültig. Auch an der eidgenössischen Abstimmung vom 27. November 2005 war die elektronische Beteiligung möglich: Von den nunmehr 2442 registrierten Nutzern des Guichet unique nutzten 1345 Personen diese Möglichkeit. Wiederum waren alle Stimmen gültig und verlief die Abstimmung störungsfrei⁸³.

3. Zürich

Der Kanton Zürich strebt ein umfassendes elektronisches Wahl- und Abstimmungssystem an⁸⁴. Dieses schliesst alle auf dem Markt existierenden Endbenutzergeräte ein (PC, Handy, Organizer etc.). Im Gegensatz zu den anderen Pilotkantonen kann im Kanton Zürich also nicht nur via Internet, sondern auch per Handy (SMS) abgestimmt werden. Dies im Hinblick darauf, dass diese Systeme in der Praxis zusammenwachsen und deshalb ganzheitlich einbezogen werden sollten⁸⁵.

76 Vgl. zu diesem Verfahren CLAUDE BONARD (Fn. 9), S. 35 f.; MICHEL WARYNSKI, (Fn. 37), S. 224; http://www.admin.ch/ch/d/egov/ve/projekte/projekte_genf.html.

77 Im Januar 2003 in Anières und im November 2003 in Cologny.

78 Im April 2004 in Carouge und im Juni 2004 in Meyrin.

79 Vgl. Erfolgreicher Versuch mit Vote électronique auf Bundesebene – Pressemitteilung der Bundeskanzlei vom 26. September 2004. Nach einer Pressemitteilung der Genfer Staatskanzlei vom 21. September 2004 handelte es sich hierbei um die weltweit erste Internetabstimmung auf Bundesebene.

80 72,5 Prozent stimmten per Brief, 5,7 Prozent an der Urne.

81 Per Brief stimmten 71,4 Prozent, an der Urne 6,2 Prozent.

82 Vgl. zum Neuenburger Projekt http://www.admin.ch/ch/d/egov/ve/projekte/projekte_neuenburg.html; Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 38 ff.; JEAN-MARIE REBER (Fn. 9), S. 43 ff.

83 Vgl. Medienmitteilungen des Kantons Neuenburg vom 25. September und 27. November 2005.

84 Vgl. zum Zürcher Projekt http://www.admin.ch/ch/d/egov/ve/projekte/projekte_zuerich.html; Zwischenbericht der Bundeskanzlei (Fn. 25), S. 43 ff.; SUSANNE SORG-KELLER, Pilotprojekt e-Voting im Kanton Zürich, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 49 ff.

85 Das technisch besonders hohe Niveau des Zürcher Projekts fand seine Bestätigung im September 2005 darin, dass dem E-Voting-System des Kantons Zürich der Swiss IT Award 2005 in der Kategorie Software zugesprochen wurde.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

Ein Schwerpunkt des Zürcher Projekts bildet der Aufbau eines zentralen Stimmregisters⁸⁶. Infolge der ausgeprägt dezentralen Organisation des Kantons, der Grössenunterschiede zwischen Kleinstgemeinden und Städten sowie der Verwendung unterschiedlicher EDV-Systeme bei der Führung der kommunalen Register ist die Zusammenführung derselben mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Es wird dabei nicht ein eigentliches neues Register geschaffen, sondern ein zentraler Zugriff auf die gemeindeweise geführten Stimmregister ermöglicht. Für die Lieferung und die Aktualisierung der Informationen sind die Gemeinden zuständig, die auch Dateneigerinnen sind. Die elektronische Datenbank, welche durch die Zusammenführung der Gemeindedaten entsteht, wird zu jedem Wahl- und Abstimmungstermin neu generiert⁸⁷.

Um den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern den Zugang zur elektronischen Stimmabgabe zu ermöglichen, wurde ein neuer Stimmrechtsausweis geschaffen. Dieser enthält zusätzlich einen automatisch generierten Nummerncode als Identifikationsschlüssel. Dieser Code dient als Zutrittspasswort zum elektronischen Wahl- und Abstimmungssystem. Er ist nur für einen Abstimmungs-

pektive Wahltermin gültig. Bei der brieflichen Stimmabgabe oder der Stimmabgabe an der Urne wird mittels eines ebenfalls auf den Stimmausweis aufgedruckten Barcodes geprüft, ob die betreffende Person bereits elektronisch abgestimmt hat.

Der erste Einsatz des E-Voting-Systems des Kantons Zürich erfolgte vom 6. bis 10. Dezember 2004 im Rahmen der Studentenratswahlen der Universität Zürich⁸⁸. Er war erfolgreich: 93,2 Prozent der Studentinnen und Studenten, die sich an der Wahl beteiligten, gaben ihre Stimme via Internet oder Mobiltelefon ab. Zudem erhöhte sich mit der elektronischen Stimmabgabe die Stimmbeteiligung im Vergleich zum Vorjahr. Nach dem damit erbrachten Nachweis der technischen Machbarkeit wurde das E-Voting im Herbst 2005 erstmals auch im Rahmen von Volksabstimmungen eingesetzt: Seine Premiere hatte es am 30. Oktober bei einer kommunalen Abstimmung in der Stadt Bülach. 37,3 Prozent der Stimmenden beteiligten sich daran per E-Voting⁸⁹. Die Abstimmung verlief vollkommen pannenfrei⁹⁰. Am 27. November 2005 dann wurde E-Voting im Kanton Zürich zum erstenmal auch bei einer eidgenössischen und kantonalen Abstimmung eingesetzt: in den Städten Bülach und Schlieren sowie im Dorf Bertschikon⁹¹. Dabei wurden 24 Prozent der Stimmen elektronisch abgegeben⁹². Wiederum verlief die Abstimmung störungsfrei.

Nach diesen positiven Ergebnissen möchte der Kanton Zürich den Einsatz von E-Voting fortsetzen: Bei den Erneuerungswahlen des Bülacher Stadtrates und Gemeindeparlaments vom 2. April 2006 soll die elektronische Stimmabgabe erneut möglich sein⁹³. Ein entsprechendes Gesuch wurde vom Zürcher Regierungsrat bewilligt⁹⁴. Dieses Vorgehen entspricht nicht dem Fahrplan des Bundes, der nach den Versuchen im Jahr 2005 eine längere Pause vorgesehen hatte, welche der Evaluation und der Beratung über das weitere Vorgehen dienen sollte. Es indiziert, welchen Rückhalt E-Voting bereits genießt, und dass dessen Entwicklung gerade von den Gemeinden her eine gewisse Eigendynamik erhalten könnte.

VI. Schlussfolgerungen

Die Form der politischen Willensäußerung verändert sich im Laufe der Zeit. Sie muss den jeweils aktuellen Gegebenheiten ent-

- 86 Vgl. DAVID KNÖRI, e-Voting – Pilotprojekt des Kantons Zürich, Zwischenbericht, August 2004, S. 2; DAVID KNÖRI/ELISABETH PRADER, Information zum Pilotprojekt e-Voting des Kantons Zürich, Mai 2004, S. 2 ff.
- 87 Vgl. zur Harmonisierung der Stimmregister, welche teilweise unabhängig von der Entwicklung des E-Voting, teilweise im Zusammenhang mit dieser vorangetrieben wird, allgemein Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Fn. 3), S. 676 ff.; THOMAS PROBST, Das Stimmregister als Grundlage der elektronischen Ausübung des Stimm- und Wahlrechts (e-voting), in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 199 ff.; MICHAEL SCHNYDER, e-Voting und Datenschutz mit Blick auf Registerharmonisierung, in: HANNAH MURALT MÜLLER/ANDREAS AUER/THOMAS KOLLER (Hrsg.), E-Voting – Tagung 2002 für Informatik und Recht, Bern 2003, S. 189 ff.
- 88 Vgl. Medienmitteilung des Statistischen Amtes des Kantons Zürich vom 14. Dezember 2004.
- 89 Vgl. Medienmitteilung des Kantons Zürich und der Stadt Bülach vom 30. Oktober 2005. Die elektronischen Abstimmungsmöglichkeiten nutzten 1461 Personen; 1006 stimmten via Internet, 455 per SMS ab.
- 90 Vgl. NZZ vom 31. Oktober 2005, S. 31.
- 91 Vgl. Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 15. September 2005. Ursprünglich war geplant gewesen, den Versuch in 15 Gemeinden durchzuführen. Da am 27. November 2005 aber auch Bundesvorlagen zur Abstimmung kamen, durften statt der vorgesehenen 100'000 Stimmberechtigten nur rund 16'000 teilnehmen. Um das eidgenössische Abstimmungsergebnis nicht zu gefährden, hatte der Bund ein Maximum von zwei Prozent der Stimmberechtigten festgelegt, welche an den E-Voting-Versuchen teilnehmen dürfen.
- 92 Vgl. Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 28. November 2005. 1154 Personen stimmten über Internet, 243 via SMS ab.
- 93 Vgl. NZZ vom 28. November 2005, S. 35. Nach diesem Bericht wünscht sich Regierungsrat Markus Nötter zudem, dass die neuen Instrumente auch bei der nächsten kantonalen und eidgenössischen Abstimmung voraussichtlich im Juni 2006 zugelassen werden.
- 94 Vgl. Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2005.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Engi/Hungerbühler | E-Voting – Stand und Entwicklung in der Schweiz

sprechen und ist nicht in einer dogmatischen Weise zu betrachten. Wenn sich die Kommunikation zunehmend in elektronischer Form vollzieht, dann können auch die politischen Prozeduren dieser Entwicklung auf Dauer nicht entzogen werden.

Die kantonalen Pilotprojekte mit der elektronischen Stimmabgabe sind zum jetzigen Zeitpunkt als erfolgreich zu bezeichnen. Die Möglichkeit der Online-Abstimmung wurde bei den ersten Versuchen bereits stark genutzt. Die Risiken und Herausforderungen, welche sich vor allem in technischer Hinsicht ergeben, haben sich als lösbar und tragbar erwiesen.

Die Sicherheitsfragen werden im Hinblick auf die Zukunft des Vote électronique fraglos von entscheidender Bedeutung sein. Dabei ist indes zu bedenken, dass sich bei keiner praktisch tauglichen Form der Volksabstimmung oder -wahl das Risiko des Missbrauchs gänzlich ausschliessen lässt⁹⁵. Der Staat muss den Bürgern in dieser Hinsicht ein gewisses Vertrauen entgegenbringen, und immer muss eine Balance gefunden werden zwischen Sicherheit und Praktikabilität. Aus staatspolitischer Sicht nicht unbedenklicher als die Sicherheitsprobleme erscheint freilich der Trend zur «fast-democracy», welcher durch die Einführung elektronischer Wahlen und Abstimmungen zusätzlich unterstützt wird. Eine zeitliche Beschleunigung und eine quantitative Vermehrung der Abstimmungsvorgänge, wie sie durch das E-Voting ermöglicht wird, sind zu vermeiden⁹⁶. Auch müssen die elektronischen Abstimmungsportale so gestaltet sein, dass die Ernsthaftigkeit des politischen Entscheids deutlich und die mit dem staatsbürgerlichen Handeln verbundene Verantwortung bewusst wird.

Diese Probleme werden u.E. aber aufgewogen durch die grossen Chancen, welche das elektronische Wahl- und Abstimmungsverfahren bietet. Insbesondere scheint es möglich, dadurch Menschen wieder für den politischen Prozess zu gewinnen, welche sich von diesem entfremdet haben. Durch die aller Voraussicht und aller bisherigen Erfahrung nach überdurchschnittliche Nutzung des Internet-Voting durch jüngere Bevölkerungsschichten kann die Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft den tatsächlichen demographischen Verhältnissen in der Bevölkerung angenähert werden. Auch erscheint es wahrscheinlich, dass die Wahl- und Stimmbeteiligung durch das überaus einfache und bequeme Verfahren über das Internet ansteigt.

Die Legitimation des staatlichen Handelns durch eine möglichst breite und repräsentative Wahlbevölkerung ist im demokratischen Staat derart essentiell, dass diesbezügliche Verbesserungsmöglichkeiten stark ins Gewicht fallen. Um eine möglichst umfassende und selbstverständliche Partizipation zu erreichen, müssen die demokratischen Prozesse der Lebenswirklichkeit nahe sein und den aktuellen Verhältnissen entsprechen. Die ergänzende Einführung des elektronischen Wahl- und Abstimmungsverfahrens ist deshalb grundsätzlich zu begrüssen. ■

- 95 Die Risiken wiegen beim E-Voting aus verschiedenen Gründen allerdings schwerer: vgl. ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX, La légitimité des procédures de vote: les défis du e-voting, Genf 2001, S. 7 f. Insbesondere kann eine einzige Person durch technische Manipulation Abstimmungsergebnisse in entscheidender Weise verfälschen, was bei den herkömmlichen Verfahren kaum möglich ist: ALEXANDRE FLÜCKIGER (Fn. 24), S. 138.
- 96 Die Urnenabstimmung muss mit ihren Notwendigkeiten auch dann, wenn sie an praktischer Bedeutung verliert, der primäre Bezugspunkt der Abstimmungsorganisation bleiben. Vgl. auch ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX, La légitimité des procédures de vote (Fn. 95), S. 19: «Mais ni le vote par correspondance, ni le e-voting ne parviendront à remplacer le vote à l'urne, qui, même s'il ne devait être utilisé que rarement dans la pratique, reste essentiel comme symbole pour l'exercice des droits politiques.»

Schutz der Unschuldsvermutung - Medien im Graubereich

Franz Riklin

Professor für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Freiburg

Résumé: Face aux médias, la portée de la présomption d'innocence est faible. Ainsi, en cas de condamnation pénale, la preuve de la vérité pourra aisément être apportée; de même, dans de nombreuses situations (par ex. lors d'aveux), on peut se passer purement et simplement de la réserve qu'il ne s'agit que de soupçons. La présomption n'est guère plus efficace en droit civil, faute souvent de dommages matériels. En outre, les conditions exigées pour une compensation sont dans bien des cas loin d'être remplies. Une solution pourrait être trouvée sur des normes éthiques qui régissent les médias. On pourrait imaginer que la victime se voit accorder sans préjudice d'autres prétentions – une indemnité pécuniaire forfaitaire.

I. Einleitung

Hauptverantwortlich dafür, dass das Problembewusstsein für Verletzungen der Unschuldsvermutung geweckt wurde, ist Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Er statuiert den Grundsatz der Unschuldsvermutung. In der Schweiz hat er in der neuen Bundesverfassung vom 18.4.1999 in Art. 32 Abs. 1 Eingang in das nationale Verfassungsrecht gefunden.

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung gemäss EMRK und BV bindet unmittelbar *nur staatliche Organe* und nicht private Massenmedien.¹ Dennoch besteht in der verfassungsrechtlichen Literatur die Meinung, der Gesetzgeber sei gehalten, durch positive Massnahmen dafür zu sorgen, dass *auch die Medien* (oder allgemein: Private) Vorverurteilungen möglichst unterlassen.² Denn das Bekenntnis zum Grundsatz der Unschuldsvermutung ist eine Wertentscheidung zu Gunsten der Fairness von Prozessen, weshalb eine private Unterwanderung aus verfassungsrechtlicher Sicht zu missbilligen wäre.³

Die Unschuldsvermutung ist ferner im Rahmen der *indirekten Drittwirkung* von Grundrechten auch bei der Auslegung der Normen des Persönlichkeits- und Ehrenschatzes zu beachten.⁴

II. Was ist eine Verletzung der Unschuldsvermutung?

Es geht um eine *vorzeitige Schuldzuweisung bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren*.

Davon ist im Folgenden die Rede. Nicht behandelt werden drei Phänomene, die man gelegentlich ebenfalls mit dem Schutz der Unschuldsvermutung in Beziehung setzt.

- ♦ Ausgeklammert werden zunächst Fälle der *Verdächtigung einer Person, ein Delikt begangen zu haben*. Gelegentlich reagieren Betroffene, wenn ein Deliktsverdacht

gegen sie geäussert wird, mit dem Vorwurf, man verletze ihre Unschuldsvermutung. In Wirklichkeit handelt es sich um einen normalen Fall einer Rufschädigung. Nach Art. 173 StGB wird die grundsätzliche Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass man statt einer festen Behauptung nur eine Verdächtigung ausspricht. Bezogen auf solche Konstellationen sei lediglich kurz auf *Strafanzeigen* hingewiesen. Hier gibt es gelegentlich «Retourkutschen», indem ein durch eine Strafanzeige Betroffener den Anzeiger seinerseits wegen Ehrverletzung einklagt, weil er es gewagt hat, eine Strafanzeige einzureichen. Dann kommt es sehr darauf an, ob die Strafanzeige mit oder ohne Publizität eingereicht wurde. Bei einer Strafanzeige ohne publizistische Ausschlichtung kann man nicht verlangen, dass der Anzeiger zunächst quasi ein privates Beweisverfahren durchführen muss, bis ihm eine Strafanzeige gestattet ist. Vielmehr kann man bei Mitteilungen an die Behörden damit rechnen, dass diese die erhobenen Behauptungen kritisch prüfen.⁵ Und wenn es trotzdem zu einer mutwilligen oder grob fahrlässigen Straf-

1 So u.a. FROWEIN J., Kommentar zu Art. 6 EMRK, in: Frowein J./Peukert W., EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 6 N 164; ZELLER F., Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik, Bern 1998, 104.

2 FROWEIN (Anm. 1) Art. 6 N 164; FROWEIN J., Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Müller J. P. (Hrsg.), Festschrift für HANS HUBER zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 553 ff., 556; TRECHSEL S., Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, SJZ 1981, 317 ff., 335 ff.; TOPHINKE E., Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Diss. Bern 2000, 147; ZELLER (Anm. 1), 108, 147 ff.

3 ZELLER (Anm. 1), 102 f.

4 TOPHINKE (Anm. 2), 147; ZELLER (Anm. 1), 104 ff., 150; BGE 116 IV 40.

5 BGE 102 IV 176, 184; 104 IV 15, 16; 116 IV 205, 209.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Riklin | Schutz der Unschuldsvermutung - Medien im Graubereich

anzeige kommt, sehen die Strafprozessordnungen die Möglichkeit der Überwälzung von Verfahrenskosten vor. Wenn jedoch jemand seine Strafanzeige publizistisch ausschaltet, sind entsprechend hohe Anforderungen an die vorgängige Verifizierungspflicht zu stellen.

- Ebenfalls nicht behandelt wird die Problematik der *Einflussnahme von Medien auf den Ausgang eines Strafverfahrens*. Auch diese Thematik wird gelegentlich mit einer Verletzung der Unschuldsvermutung in Zusammenhang gebracht. Dazu nur folgende Kurzbemerkung: Es ist erwünscht, dass Strafverfolgungsbehörden und Gerichte möglichst ohne äussere Beeinflussung agieren können. Die Medientätigkeit kann den Wahrheitsfindungsprozess gefährden. Einzelne Länder kennen deshalb Vorschriften gegen den sogenannten Contempt of Court, die namentlich im englischen Recht eine Rolle spielen.⁶ Parallele Vorschriften kennen andere Länder⁷, wie z.B. Österreich, wo Medienberichte, welche den Ausgang eines Strafverfahrens beeinflussen können, unter Strafe stehen.⁸ Das geht zu weit. Auch im Justizbereich sind die Machtträger fehleranfällig. Es braucht deshalb die kritische Rolle der Medien. Deshalb ist nicht jede Kritik, die das Gericht beeinflussen kann, negativ zu bewerten. Z.B. muss die Kritik an der Nichtbefragung von Zeugen in einer Hauptverhandlung möglich sein, wenn

der Berichterstatter diese Beweismittel als wichtig und für den Ausgang des Verfahrens als bedeutsam ansieht.⁹ Ebenfalls kann es nicht unzulässig sein, wenn z.B. in einem Indizienprozess die Medien die Schwäche des Belastungsmaterials der Anklage rügen.¹⁰ Zulässig muss auch die Kritik an schleppenden Ermittlungen oder an polizeilichen Vernehmungsmethoden sein.¹¹ Es gibt durchaus legitime Einflussnahmen auf Strafverfahren.¹²

- Im Folgenden nicht behandelt bleibt schliesslich auch die Frage, wie weit *Medienaktivitäten* allenfalls die *richterliche Unabhängigkeit beeinflussen*. Das Bundesgericht befasste sich in jüngerer Zeit in den Fällen Baragiola und Köbi F. (BGE 116 Ia 14 ff. und 128 IV 97) mit dieser Thematik. Dabei stellt sich die Frage, ob man solchen Einflussnahmen mit der Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit oder durch Anfechtung eines Urteils wegen Verletzung des Anspruchs auf Beurteilung durch ein unparteiisches Gericht gemäss Art. 6 EMRK begegnen kann. Zwar ist es denkbar, dass eine massive Medienkampagne die Unvoreingenommenheit eines Gerichts so beeinflusst, dass es in seiner Entscheidung nicht mehr frei ist. Das darf man jedoch nicht leichtfertig annehmen. Man muss von einem Gericht erwarten können, dass es seine Unabhängigkeit auch dann bewahrt, wenn ein Verfahren ein übermässiges Medienecho auslöst. Deshalb genügt selbst eine intensive Medienkampagne für sich allein noch nicht, um das Misstrauen in die Unabhängigkeit eines Gerichts zu begründen. Vielmehr bedarf es objektiver Anhaltspunkte dafür und dies müsste sich im konkreten Verhalten von Richtern zeigen (z.B. in verächtlichen Bemerkungen über den Angeklagten). In den erwähnten Bundesgerichtsentscheiden waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

Auf EMRK-Ebene sei der Fall Craxi c. Italien erwähnt¹³, wo der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Jahre 2002 Verständnis dafür zeigte, dass die Medien in einer demokratischen Gesellschaft in einem Verfahren gegen einen Spitzenpolitiker wegen Korruption gelegentlich harte Kommentare verfassen. Es gab keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Beeinflussung des nota bene ausschliesslich aus Berufsrichtern bestehenden Gerichts.

Zusammenfassung: *Der Schutz der Unschuldsvermutung gegenüber Medien im Fall eines hängigen Strafverfahrens ist schwach. Im Strafrecht ist dies deshalb der Fall, weil mit einer Verurteilung in der Hauptsache nachträglich der Wahrheitsbeweis erbracht werden kann und weil es zahlreiche Konstellationen gibt, bei denen ein Vorbehalt, es läge nur ein Verdacht vor, nicht verlangt werden kann (etwa bei einem Geständnis). Im Zivilrecht ist die Stellung deshalb schwach, weil ein materieller Schaden oft nicht besteht und die Voraussetzungen für eine Genugtuung vielfach nicht gegeben sind. Am ehesten ist die Problematik auf der medienethischen Ebene regelbar. Zu überlegen ist, Vorschriften zu schaffen, die dem Betroffenen - unbeschadet weitergehender Ansprüche - einen eigenständigen Abgeltungsanspruch in der Höhe eines bestimmten Geldbetrages gewähren.*

6 Vgl. dazu u.a. RIKLIN F., Schweizerisches Medienstrafrecht, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie, Medien, Kriminalität und Justiz, Band 19, Chur/Zürich 2001, 67 ff., 85 ff.

7 RIKLIN (Anm. 6), 85.

8 Vgl. zu dieser Bestimmung: BURGSTALLER M., Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren. Zur Situation in Österreich, in: Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren, Band 52 der Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, München 1990, 51 f.; ferner Urteil des EGMR vom 29.8.1997 in Sachen Worm c. Österreich, Reports 1997-V, 83/1996/702/894 (Medialex 1997, 219 ff.).

9 ROXIN C., Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NStZ 1991, 153 ff., 155.

10 ROXIN (Anm. 9), 155.

11 BORNKAMM J., Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur Strafrechtswissenschaft, Folge 3, Band 10, Baden-Baden 1980, 232.

12 RIKLIN F., Vorverurteilung durch die Medien, recht 1991, 65 ff., 68.

13 Entscheid des EGMR vom 5.12.2002, Beschwerde Nr. 24896/97 (Medialex 2003, 52).

III. Was sind die Folgen einer Verletzung der Unschuldsvermutung?

Instrumente zur Abwehr einer medialen Vorverurteilung findet man im strafrechtlichen Ehrenschaft, im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz sowie in berufsethischen Regeln der Medienschaffenden.

- Im *Strafrecht* muss ein Journalist im Fall einer vorzeitigen Schuldzuweisung eine Bestrafung wegen übler Nachrede gewärtigen. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem Fall Lucona/Udo Proksch (BGE 116 IV 31 ff.) entschieden, dass bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren dem Grundgedanken der Unschuldsvermutung Rechnung getragen werden müsse. Es sei bei der Schilderung einer nicht rechtskräftig beurteilten Straftat nur eine Formulierung zulässig, die hinreichend deutlich mache, dass es sich einstweilen bloss um einen Verdacht handle und die Entscheidung des zuständigen Gerichts noch offen sei. Eine Darstellung in der Presse ohne diesen Vorbehalt gehe zu weit, stelle eine Ehrverletzung dar und sei ohne rechtskräftige Verurteilung des Betroffenen vom Gutgläubensbeweis, wie ihn das Ehrverletzungsrecht kennt, nicht gedeckt.

Das Strafrecht bietet jedoch nur einen schwachen Schutz. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung ist dann nicht sanktionierbar, wenn später ein Schuldspruch erfolgt, da mit diesem Schuldspruch der Wahrheitsbeweis erbracht werden kann. Nach der Praxis des Bundesgerichts kann sich der Wahrheitsbeweis auch auf Umstände stützen, die dem Äusserer erst später bekannt werden.¹⁴ Es ist deshalb möglich, dass sich jemand auch bei einer leichtfertig geäusserten Vorverurteilung mit Hilfe des gerichtlichen Schuldspruchs «rettet».

Man könnte sich überlegen, ob es nicht möglich wäre, jemandem nach einer Vorverurteilung auch bei einem Schuldspruch zum Nachteil des Betroffenen deshalb nicht zum Wahrheitsbeweis zuzulassen, weil er die Schuld des Betroffenen zur Unzeit bejaht hat, bzw. weil

vor dem Urteil kein rechtliches Interesse bestand, eine Vorverurteilung vorzunehmen.¹⁵ Man könnte dies mit Art. 173 Ziff. 3 StGB begründen. Diese Norm verlangt für die Nichtzulassung zum Wahrheitsbeweis allerdings nicht nur eine fehlende begründete Veranlassung, sondern auch einen animus injurandi. Man könnte jedoch sagen, wer vor einem Schuldspruch behauptet, jemand sei schuldig, habe für eine solche Aussage in diesem Zeitpunkt nicht nur keine begründete Veranlassung, sondern dies sei in der Regel auch ein Indiz für diesen animus injurandi. Auch das Bundesgericht nahm sich dieses Anliegens an. In einem Entscheid in Sachen Sturm (BGE 122 IV 311) befasste es sich vor neun Jahren mit dieser Frage. Es liess sie mit der Begründung offen, beim umstrittenen Artikel handle es sich nicht um eine Presseberichterstattung über ein hängiges Strafverfahren. Auf dieses Urteil wird zurückzukommen sein.

Wenn im Zeitpunkt des Entscheids über die Ehrverletzung - wie im Fall Proksch - das Hauptverfahren, auf den sich der Vorwurf bezieht, noch hängig ist, besteht ferner die Möglichkeit, das Ehrverletzungsverfahren auszusetzen, bis die Wahrheitsfrage beantwortet ist.¹⁶ Im Fall Lucona/Proksch ist dies allerdings nicht geschehen, offenbar weil die Ehrverletzung sonst verjährt wäre. Das ist jedoch sehr atypisch. Im neuen Verjährungsrecht gemäss Änderung des StGB vom 5.10.2001 (in Kraft seit 1.10.2002, AS 2002 2993, 2996) kann zudem ein Delikt nach dem erstinstanzlichen Urteil nicht mehr verjähren (Art. 70 Abs. 3 StGB). Deshalb hat wohl das Proksch-Urteil nur noch eine sehr theoretische Bedeutung. Es dürfte in Zukunft kaum vorkommen, dass man nicht zuwartet, bis der Hauptprozess entschieden ist, wenn nicht in der ersten, dann in der zweiten Instanz.

Das Urteil Proksch ist deshalb praktisch bedeutungslos geworden, weil man nicht wegen einer Verletzung der Unschuldsvermutung sanktioniert wird, sondern höchstens deshalb, weil man nachträglich den Wahrheitsbeweis nicht erbringen kann, falls das Verfahren gegen den Betroffenen mit einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung endet.

- Im *Zivilrecht* sind Vorverurteilungen als Persönlichkeitsbeeinträchtigungen erfassbar. Die Unschuldsvermutung ist Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

14 BGE 106 IV 115 ff.; 122 IV 311.

15 RIKLIN F., Kommentar zu Art. 173 StGB, in: Niggli M. A./Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel/Genf/München 2003, 791 ff., Art. 173 N 32.

16 ZELLER (Anm. 1), 242.

Nach diesem ist eine Behauptung u.a. dann widerrechtlich, wenn sie unwahr ist. Auch im Zivilrecht ist bei einem blossen Verdacht wegen der Unschuldsvermutung ausdrücklich auf diesen Umstand hinzuweisen.¹⁷ Im deutschen Zivilrecht wird auf den Zeitpunkt der Verletzung des Rechtsguts abgestellt; deshalb wird eine Persönlichkeitsverletzung anders als im Strafrecht auch dann bejaht, wenn sich die frühzeitige Schuldzuweisung im Nachhinein als wahr herausstellt, d.h. wenn der Betroffene später tatsächlich verurteilt wird.¹⁸ Dies ist konsequent, wenn man die Unschuldsvermutung als eigenständiges Schutzgut und Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts versteht.¹⁹ Für die Schweiz hat sich Geiser mit dieser Frage befasst und eine gegenteilige Meinung vertreten.²⁰ In der deutschen Lehre wird gefolgert, in einem solchen Fall wäre bei der Berechnung des dem Betroffenen entstandenen Schadens auf diejenigen Belastungen abzustellen, die im Zeitraum zwischen der präjudizierenden Veröffentlichung und der schliesslichen Vorverurteilung angefallen sind, während danach eingetretene Schäden ohne Berücksichtigung bleiben müssten.²¹

Im Zivilrecht stehen dem Betroffenen Abwehrklagen zur Verfügung (namentlich die Unterlassungsklage, wenn weitere, präjudizierende Medienberichte zu erwarten sind) sowie Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnabschöpfung.

Dem zivilrechtlichen Schutz sind jedoch Schranken gesetzt und die formal bestehenden rechtlichen Ansprüche nützen den Betroffenen oft nichts. Für Schadenersatzansprüche fehlt es oft an einem Vermögensschaden. Und eine Genugtuung ist an qualifizierte Voraussetzungen gebunden, namentlich an eine besondere Schwere der Verletzung. Die Praxis ist sehr zurückhaltend.²² Zudem haben Beschuldigte in einem hängigen gegen sie gerichteten Strafverfahren meist genügend mit sich selbst zu tun und sind nicht in der Lage, einen Zweifrontenkrieg als Beschuldigter im Strafverfahren und als Opfer gegen das die Unschuldsvermutung verletzende Medium zu führen. Meist sind sie es sich auch nicht gewohnt, von juristischen Mitteln gegen journalistische Rechtswidrigkeiten Gebrauch zu machen.²³ Häufig fehlen auch die finanziellen Mittel. Die Durchset-

zung und Bemessung von Schadenersatz- und Schmerzensgeldansprüchen ist mit beträchtlichen prozessualen Risiken verbunden. Deshalb sind im europäischen Kontext Schmerzensgeldzahlungen bei persönlichen Verletzungen im Medienreich bisher vor allem von Prominenten, namentlich «Blaublütigen», erstritten worden.²⁴

- Was die *Berufsethik* anbetrifft wird in den Richtlinien zur Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten vom 21. Dezember 1999²⁵ ausdrücklich erwähnt, bei der Berichterstattung müsse der Unschuldsvermutung Rechnung getragen werden (Ziff. 7.5). Einen höheren Stellenwert räumt der Pressekodex des deutschen Presserates der hier diskutierten Thematik ein. Die deutschen Vorschriften verlangen wesentlich mehr, als rechtlich durchsetzbar wäre.²⁶ Darauf wird zurückzukommen sein.

IV. Graubereiche

Wenn von «Medien im Graubereich» gesprochen wird, befinden sich eigentlich nicht die Medien selber im Graubereich, sondern die Rechtslage ist grau. Nachstehend seien mit einigen Stichworten diese Graubereiche skizziert.

1. Floskeln

Das Gebot, deutlich zu machen, dass es sich nur um einen Verdacht handelt, ist begrüssenswert, doch besteht die Möglichkeit, Floskeln zu verwenden, die diesem Anliegen formal Rechnung tragen, seine Wirkung aber stark abschwächen. Man kann einerseits ausdrücklich sagen, es bestehe lediglich ein Mordverdacht, man kann aber ebenso gut vom mutmasslichen Mörder oder von dem des Mordes angeklagten X oder vom Mordverdächtigen reden.

17 BGE 126 III 305; GEISER T., Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, SJZ 1996, 73 ff., 77.

18 SOEHRING C.-H., Vorverurteilung durch die Presse, Baden-Baden 1999, 112.

19 SOEHRING (Anm. 18), 112.

20 GEISER (Anm. 17), 77.

21 SOEHRING (Anm. 18), 112.

22 GEISER (Anm. 17), 78.

23 ZELLER (Anm. 1), 282.

24 RIKLIN F./HÖPFEL F., Verletzung der Unschuldsvermutung, in: AE-StuM (Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 2004, 53 ff., 62.

25 Abrufbar unter <http://www.presserat.ch/code.d.htm>.

26 ZELLER (Anm. 1), 396 ff., 399.

2. Unschuldsvermutung und Instanzenzug

Ungeklärt ist ferner die Frage, wie es sich verhält, wenn jemand erstinstanzlich verurteilt wurde, gegen das Urteil aber appelliert hat.

Die Unschuldsvermutung ist an sich bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung zu beachten. Genügt es in solchen Fällen, einfach zu sagen, die erste Instanz habe den Beschuldigten verurteilt? Müsste man nicht hinzufügen, das Urteil sei noch nicht rechtskräftig?

Wie ist es, wenn jemand vor zweiter Instanz verurteilt wird und den Entscheid mit staatsrechtlicher Beschwerde oder Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht weiterzieht, also ausserordentliche Rechtsmittel einsetzt, welche die Rechtskraft nicht hemmen?

Diese Problematik ist bisher nicht thematisiert worden.

3. Offensichtlichkeit der Deliktsbegehung

Was gilt, wenn der Beschuldigte seine Tat gestanden hat und wie verhält es sich, wenn die Täterschaft zweifelsfrei feststeht, also z.B. A den B in aller Öffentlichkeit umbringt?

Soweit in der Literatur dazu Stellung genommen wird, besteht die Meinung, bei zweifelsfreier Täterschaft oder einem Geständnis des Beschuldigten sei man nicht an den Verdachtvorbehalt gebunden.²⁷ Wer sich selber als schuldig bekennt, kann nicht verlangen, dass er entgegen seiner eigenen Erklärung als unschuldig behandelt wird.²⁸

Immerhin, nach den erwähnten Richtlinien des deutschen Presserats gilt auch im Fall eines Geständnisses bis zu einer gerichtlichen Verurteilung die Unschuldsvermutung. Denn selbst ein Geständnis könne später widerrufen werden. Und auch dann, wenn eine Täterschaft für die Öffentlichkeit offenkundig ist, dürfe der Betroffene bis zu einem Gerichtsurteil nicht als

Schuldiger im Sinn eines Urteilspruchs hingestellt werden (Richtlinien Ziff. 13.1)²⁹.

4. «Erfolgskontrolle»

Wie verhält es sich, wenn über einen Deliktsverdacht korrekt berichtet wird und es später zu einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung kommt? Muss das gesagt werden? Darüber gibt es im Straf- und Zivilrecht keine Regeln. Nach den Richtlinien des deutschen Presserats soll die Presse dann, wenn sie über eine noch nicht rechtskräftige Verurteilung eines namentlich erwähnten oder für einen grösseren Leserkreis erkennbaren Betroffenen berichtet, auch über einen rechtskräftig abschliessenden Freispruch bzw. über eine deutliche Minderung des Strafvorwurfs rapportieren, sofern berechnete Interessen des Betroffenen dem nicht entgegen stehen. Dies gilt sinngemäss auch für die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens (Richtlinien Ziff. 13.2).

5. Nicht bestätigte Vorverurteilung und «Nachverurteilung»

Wenn das Verfahren nach einer Vorverurteilung mit einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung endet, stellt sich die Frage, ob ein solcher Entscheid mit dem Wahrheitsbeweis gewissermassen widerlegt werden kann. Ein Wahrheitsbeweis ist in solchen Fällen ausgeschlossen bzw. der Beweis kann nur mit dem betreffenden Urteil oder einem entsprechenden Nichteintretensentscheid geführt werden.³⁰ Das Gericht ist an diesen Entscheid gebunden. Es kommt für den Äusserer höchstens noch der Gutgläubensbeweis in Frage. Diese Auffassung geht sehr weit, namentlich wenn schon eine Nichtanhandnahme (d.h. der Verzicht auf die Einleitung einer Strafuntersuchung) eine Sperrwirkung entfaltet.³¹

Genau gleich ist es bei einer «Nachverurteilung». Darunter ist ein Deliktivorwurf zu verstehen, der geäussert wird, nachdem jemand freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wurde. Auch in diesem Fall kommt der Wahrheitsbeweis mit anderen Mitteln nicht in Frage. Es ist keineswegs eine realitätsfremde Konstruktion. Man denke etwa an Untersuchungsrichter oder Polizisten, die Aktivitäten unternehmen, welche den Verdacht erwecken, es lägen Delikte vor. Dann wird oft ein ausserordentlicher Untersuchungsrichter eingesetzt, bis man eines Tages vernimmt, das (geheime)

27 SOEHRING (Anm. 18), 82 ff., 92 f., 112.

28 TRECHSEL (Anm. 2), 336.

29 RIKLIN/HÖPFEL (Anm. 24), 63.

30 RIKLIN (Anm. 15), Art. 173 N 12.

31 Gleicher Meinung TRECHSEL S., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997, Art. 173 N 10.

Verfahren sei eingestellt worden. Auf diesem Wege werden gelegentlich auf fragwürdige Weise ohne öffentliche Kontrolle offensichtlich strafbare Verhaltensweisen kaschiert. Dann darf man aber nicht behaupten, die Profiteure eines solchen Prozederes hätten eben doch Delikte begangen. Zulässig ist hingegen eine Entscheidungskritik. Dabei kommt es sehr auf die Feinheiten der Formulierung an. Erwähnt seien noch andere Beispiele: Vor einigen Monaten wurde bekannt, das Verfahren gegen Manager von ABB, die sich Millionen als Abfindungssummen zugeschanzt haben, sei eingestellt worden. Warum ist das keine ungetreue Geschäftsbesorgung? In einem andern Fall wurde ein Polizeikommandant, der bei einer Zeugenbefragung falsche Auskünfte gab, in einem Falschzeugnisprozess mit einer dubiosen Begründung freigesprochen. In einem weiteren Fall gab ein Polizeikommandant den Befehl für einen finalen Todesschuss, obwohl hierfür die Voraussetzungen vermutlich nicht gegeben waren und wurde in einem Strafverfahren freigesprochen. In all diesen Fällen darf man post festum nicht sagen, die betreffenden Personen hätten in Tat und Wahrheit ein Delikt begangen.

Im Übrigen besteht auch hier ein Graubereich. Wie verhält es sich im Fall einer Verfahrenseinstellung z.B. wegen Verjährung oder zufolge Unzurechnungsfähigkeit? Im Fall der Verjährung hat das Bundesgericht den Wahrheitsbeweis des Ehrverletzers zugelassen³². In all diesen Fällen müsste der Wahrheitsbeweis nachträglich dennoch möglich sein.³³ Dasselbe müsste gelten, wenn ein Revisionsgrund vorliegt, d.h. neue Tatsachen oder neue Beweismittel bekannt werden. Es fehlt darüber in der Schweiz an Entscheiden.

6. Deliktswortwurf ausserhalb der Berichterstattung über ein Strafverfahren

Das Postulat, klar zwischen Schuld und Verdacht zu unterscheiden, ist auf die Berichterstattung über ein Strafverfahren bezogen. In der Phase vor dem Gerichtsentscheid bedarf das Persönlichkeitsrecht von Tatverdächtigen eines besonderen Schutzes.³⁴ Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid im Fall Lucona/Prosch bezieht sich auf eine solche Konstellation.

Wie steht es jedoch bei Vorwürfen während eines hängigen Strafverfahrens *ausserhalb* einer Berichterstattung? Wie wäre z.B. im Fall Bering ein Leserbrief zu würdigen, wenn der

Schreiber erklärt, hoffentlich komme dieser Betrüger bald hinter Gitter? Zu dieser Thematik hat sich das Bundesgericht im bereits erwähnten Entscheid in Sachen Stürm geäussert (BGE 122 IV 311). Stürm wurde am 1. Juni 1994 durch das Kantonsgericht Wallis und am 23. Februar 1995 durch die jurassische Kriminalkammer wegen besonders gefährlichen Raubes und zahlreicher weiterer Straftaten zu einer Zuchthausstrafe von 12 Jahren verurteilt. Wenige Wochen vor der ersten öffentlichen Gerichtsverhandlung erschienen in zwei Zeitungen Artikel über Stürm. Unmittelbarer Anlass waren sein Hungerstreik und Presseveröffentlichungen, in denen er seine Isolationshaft anprangerte. In den Artikeln wurde Stürm als Schwerverbrecher, Krimineller und rücksichtsloser kalter Egoist bezeichnet. Berichtet wurde über einen über zwanzig Jahre zurückliegenden Raubüberfall. Stürm machte geltend, wenige Wochen vor der öffentlichen Gerichtsverhandlung werde er als Schwerverbrecher dargestellt. Im Moment der Zeitungspublikation lag die letzte rechtskräftige Verurteilung rund zwanzig Jahre zurück. Das Bundesgericht befasste sich wie bereits erwähnt in diesem Entscheid mit der Frage, ob auch im Fall der Verletzung der Unschuldsvermutung der Wahrheitsbeweis durch das anschliessende Urteil erbracht werden kann. Es liess diese Frage wie ebenfalls ausgeführt offen, und zwar deshalb, weil es erklärte, die betreffenden Artikel seien gar nicht als Presseberichterstattung über ein hängiges Strafverfahren gegen Stürm anzusehen.

Es wäre natürlich zu fordern, dass auch in solchen Fällen der Unschuldsvermutung durch die Art der Formulierung Rechnung getragen wird.

V. Folgerungen

Der strafrechtliche Schutz gegen Verletzungen der Unschuldsvermutung ist schwach. Zwar hat das Bundesgericht gesagt, es müsse deutlich gemacht werden, dass nur ein Verdacht vorliege, doch wird ein Verstoss gegen dieses Prinzip nicht selbstständig sanktioniert, sondern nur dann, wenn der Äusserer mit dem Urteil in der Hauptsache nicht den Wahrheitsbeweis erbringen kann, d.h. wenn der Ver-

32 BGE 109 IV 36.

33 FOREGGER E., in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Wien 1999, § 112 N 10.

34 ZELLER (Anm. 1), 84.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Riklin | Schutz der Unschuldsvermutung - Medien im Graubereich

dächtigte freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird.

Ein Ausbau des strafrechtlichen Schutzes der Unschuldsvermutung drängt sich dennoch nicht auf. Eine Norm, welche es ermöglicht, eine Verletzung der Unschuldsvermutung dann zu bestrafen, wenn es später zu einem Schuldspruch kommt, würde jedenfalls nicht mehr den Ehrenschatz betreffen³⁵. Probleme gäbe es auch mit dem Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege certa*), wegen der Schwierigkeit, das verpönte Verhalten für alle denkbaren Konstellationen in strafrechtskonformer Weise zu umschreiben (verwiesen sei auf das zuvor Gesagte: die Wahrung der Unschuldsvermutung während des Instanzenzugs, die Problematik im Fall offensichtlicher Delinquenz oder bei einem Deliktsworwurf ausserhalb einer Prozessberichterstattung).³⁶

Auch im Zivilrecht ist die Schutzlage, wenn man einmal von Prominenten à la Caroline von Monaco absieht, schlecht, weil ein materieller Schaden oft nicht belegt werden kann und die Voraussetzungen für eine Genugtuung nicht gegeben sind und weil Betroffene aus persönlichen und finanziellen

Gründen sowie wegen den bestehenden Prozessrisiken oft nicht in der Lage sind, vom zivilrechtlichen Instrumentarium Gebrauch zu machen. Ein Schutz besteht bei alltäglichen Vorverurteilungskonstellationen praktisch nicht.

Kürzlich hat ein Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer in einer Publikation, angeregt vom österreichischen Mediengesetz, eine Regelung vorgeschlagen, die vorsieht, den Betroffenen bei einer unerlaubten identifizierenden Berichterstattung oder einer Verletzung der Unschuldsvermutung sowie bei einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Opfern durch Presse und Rundfunk in einem aktuellen Strafverfahren - unbeschadet weitergehender Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche - einen eigenständigen und ohne grossen prozessualen Aufwand durchsetzbaren Anspruch auf ein «Bussgeld» in der Höhe von 1'000 bis 5'000 Euro zu gewähren.³⁷ In diese Richtung haben in der Schweiz sinngemäss auch Larese³⁸ und Weber³⁹ in Aufsätzen in *Medialex* plädiert.

Ganz allgemein zeigt sich, dass es nicht so sehr auf jede einzelne Textstelle und die verwendeten Floskeln ankommt, sondern auf die journalistische Fairness. Ärgerlich z. B. sind in diesem Zusammenhang Darstellungen über Verhaftungen Prominenter, die verdächtigt werden, Delikte begangen zu haben, wenn etwa im Fernsehen hämisch das spartanische Innere einer Haftzelle abgebildet wird, als ob Untersuchungshaft Bestandteil einer Bestrafung für Missetäter sei. *C'est le ton qui fait la musique*. Das Fazit ist ziemlich ernüchternd. Am ehesten ist die dargelegte Problematik auf der medienethischen Ebene regelbar. ■

35 RIKLIN/HÖPFEL (Anm. 24), 58.

36 RIKLIN/HÖPFEL (Anm. 24), 58.

37 RIKLIN/HÖPFEL (Anm. 24) 64 ff.; RIKLIN F./HÖPFEL F., Schutz von Beschuldigten vor identifizierender Berichterstattung, in: AE-StuM (Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 2004, 67 ff., 76 ff.; SCHÖCH H., Schutz von Verletzten, in AE-StuM (Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, München 2004, 79 ff., 82 f., 88.

38 LARESE W., Die Genugtuung: Ein verkanntes Instrument des Persönlichkeitsschutzes?, *Medialex* 1997, 139 ff., 144.

39 WEBER R. H., Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen, *Medialex* 2000, 75 ff.

Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?*

Willi Egloff

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern

I. Die Ausgangslage

1. Wachsende Bedeutung der Werknutzung im persönlichen Bereich

Laut Branchenstatistiken¹ sind zu jedem Zeitpunkt in der Schweiz durchschnittlich rund 90'000 Personen gleichzeitig in Peer-to-Peer-Netzwerken verbunden, welche kostenlose Downloads ermöglichen. Weltweit sollen es im Durchschnitt rund 8,9 Mio. Personen sein, die sich gleichzeitig an dieser Form des Datenaustausches beteiligen. Innerhalb eines Jahres wurden gemäss diesen Erhebungen rund 2,2 Mrd. Dateien in solchen Netzwerken getauscht, wobei es sich zu 75% um Musikdateien und zu 9% um Pomo- und Gewaltvideos gehandelt haben soll. Auch Schweizer Filme und schweizerische Musikproduktionen sind in grosser Zahl auf diesem Wege abrufbar. Im Vergleich zu den Ergebnissen der Vorjahre zeigt sich ein rasanter Anstieg.

Es ist unbestritten, dass dieser Datenaustausch ohne Einwilligung der Berechtigten an den darin enthaltenen Werken und Darbietungen erfolgt und dass die Berechtigten für diese Nutzungen keine finanzielle Entschädigung erhalten. Die Zahlen zeigen, dass solche Formen der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Werke und Darbietungen auch in der Schweiz eine wirtschaftlich relevante Grösse erreicht haben.

Die grosse Beteiligung an solchen Peer-to-Peer-Netzwerken ist aber nur Ausdruck eines viel allgemeineren Trends: Die wachsende

Verbreitung von Computern in privaten Haushalten und die verbreitete Nutzung des Internets führen zu einer Verlagerung von Werknutzungen aus dem betrieblichen in den privaten Bereich. Erhebliche Teile der beruflichen Tätigkeit werden am Abend oder am Wochenende am heimischen Computer erledigt. Schülerinnen und Schüler benutzen für die Erledigung ihrer Schulaufgaben nicht Einrichtungen der Schule, sondern den privaten Internetanschluss. Die Recherche im Internet ersetzt den Gang in die Bibliothek, Web-TV und Heimkino treten an die Stelle des Kinobesuchs usw. Alle diese Entwicklungen bewirken eine exponentielle Zunahme der Nutzung von Werken und Darbietungen im persönlichen Bereich.

2. Forderung nach gesetzgeberischem Einschreiten

Die von den Veränderungen im Nutzungsverhalten betroffenen Berechtigten an Werken und Darbietungen reagieren mit einer Vielzahl von Massnahmen auf diese Entwicklungen. Die Tonträgerindustrie bemüht sich, die Nutzung ihrer Produkte durch Kopiersperren und andere technische Massnahmen unter Kontrolle zu halten. Sie geht mit Zivil- und Strafklagen gegen Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Tauschbörsen vor. Die Audiovisionsproduktion kämpft mit technischen und rechtlichen Massnahmen gegen die unerlaubte Bereitstellung ihrer Produkte im Internet. Wissenschaftliche Buch- und Zeitschriftenverlage wehren sich mit Verbotsklagen gegen die Absicht von Google, ganze Bibliotheksbestände im Internet zugänglich zu machen.

Auch in der Schweiz findet diese Auseinandersetzung statt. Die IFPI-Schweiz, der schweizerische Zweig des internationalen Verbandes der Phonoindustrie, hat mit der organisierten gerichtlichen Verfolgung illegaler Werknutzungen begonnen², und sie fordert darüber

Le principe actuel de l'utilisation d'une œuvre à des fins privées ne devrait pas être remis en question et le système de licence légale pour l'usage privé devrait absolument être conservé. Toutefois, force est de constater que les règles actuelles peinent à réguler une conception extensive de l'utilisation à des fins privées. A ce titre, une révision est nécessaire. Il en est de même pour le régime spécial applicable aux logiciels qui s'est lui aussi révélé obsolète. En outre, le calcul de l'indemnité due, basé sur le principe d'équité de l'article 60 LDA, a mené à des résultats contraires au marché et devrait donc être immédiatement abandonné. S'agissant du système DRM (digital rights management), si celui-ci peut effectivement permettre l'émergence de nouvelles opportunités commerciales et faciliter la tâche des sociétés de gestion de droit d'auteur, il doit toutefois rester une forme librement choisie en l'absence de toute contrainte. Comme les accords de l'OMPI l'exigent, les mesures techniques de protection devraient bénéficier, en Suisse aussi, d'une protection légale. Reste qu'il serait plus que problématique de lier une telle protection avec le droit à la copie privée; le risque serait alors grand de remettre en cause les fondements mêmes du droit d'auteur.

* Überarbeitete und durch Hinweise ergänzte Fassung des am Schweizerischen Medienrechtstag vom 13. Oktober 2005 gehaltenen Referats.

¹ Big Champagne, zit. nach «NZZ am Sonntag» vom 31.7.2005, S. 23 f.

² Am 15.11.2005 verbreitete die IFPI Schweiz unter dem Titel «Musikwirtschaft: «Game Over» Auch für private Raubkopierer» eine Medienmitteilung, in welcher sie Strafklagen auch gegen private ankündigt; VGL. <http://www.ifpi.ch/main.html>.

Zusammenfassung: Die geltende Regelung des Eigengebrauchs beruht auf gesetzgeberischen Wertungen, die von ihrer Berechtigung nichts eingebüsst haben. An der gesetzlichen Lizenz für den Privatgebrauch sollte daher unbedingt festgehalten werden. Allerdings ist die Regelung über den erweiterten Eigengebrauch in ihrer heutigen Form überholt und sollte angepasst werden. Auch die Sonderregelung für Computerprogramme hat sich als obsolet erwiesen. Weiter führt die gesetzliche Vorschrift über die Angemessenheit von Entschädigungen für gesetzlich erlaubte Werknutzungen im persönlichen Bereich zu völlig marktfremden Ergebnissen; sie sollte daher schleunigst ersetzt werden. Dies alles gilt trotz technischer Entwicklungen im Bereich der Nutzungskontrolle: Digital Rights Management kann zwar neue Geschäftsformen ermöglichen und das Leben der Verwertungsgesellschaften erleichtern, aber es muss eine frei wählbare Geschäftsform auf freiwilliger Basis bleiben, die keiner gesetzlichen Regelung bedarf. Technische Massnahmen sollen auch in der Schweiz gesetzlich geschützt werden, wie es die WIPO-Verträge verlangen. Hingegen wäre es mehr als problematisch, diesen Schutz mit einem gesetzlichen Anspruch auf Privatgebrauch zu verbinden, weil eine solche Regelung mit dem ganzen urheberrechtlichen Fundament nicht kompatibel wäre.

hinaus gesetzgeberisches Einschreiten. Im Vordergrund steht dabei der Ruf nach der Abschaffung der gesetzlichen Lizenz für den Eigengebrauch geschützter Werke und Darbietungen im persönlichen Bereich: Demnach wäre es im Privatbereich nicht mehr erlaubt, Werke ohne Einwilligung der Berechtigten zu vervielfältigen, zumindest nicht in Form digitaler Kopien. Auf diesem Wege würde für sämtliche Werke und Darbietungen ein ähnlicher Rechtszustand hergestellt, wie er in der Schweiz heute für Computerprogramme gilt.³

Als Kontrapunkt zu diesen Forderungen verlangen die Organisationen der Nutzerinnen und Nutzer die gesetzliche Garantie, geschützte Werke und Darbietungen auch in Zukunft uneingeschränkt privat nutzen zu dürfen. Zu diesem Zweck soll eine Verpflichtung statuiert werden, technische Massnahmen des Kopierschutzes so auszugestalten, dass sie den Privatgebrauch nicht behindern. Unter dem Banner der Informationsfreiheit wird sogar die gesetzliche Garantie eines uneingeschränkten kostenlosen Zugangs zu sämtlichen Werken und Darbietungen gefordert.

3. Aktualität der Fragestellung

Die Auseinandersetzung um solche Fragen hat im Hinblick auf die Revision des URG zur Implementierung der beiden WIPO-Verträge von 1996⁴ grosse Aktualität erhalten. Der von der Bundesverwaltung vorgelegte Revisionsentwurf⁵ enthält eine ganze Reihe von Vorschlägen für die zukünftige Regelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs. In den Stellungnahmen im Rahmen der Vernehmlassung⁶ zu diesem Gesetzesvorhaben verlangen zahlreiche Interessenorganisationen die bessere Berücksichtigung der genannten Anliegen. Die im Revisionsentwurf enthaltenen Vorschläge werden stark kritisiert, allerdings aus oft sehr gegensätzlichen Überlegungen.

Bei dieser Diskussion fällt auf, dass oftmals recht sorglos mit durchaus nicht selbstverständlichen Prämissen umgegangen wird. So wäre es beispielsweise durchaus fragwürdig im eigentlichen Sinn des Wortes, was denn der Aufbau eines weltweiten P2P-Netzes, in welchem die Beteiligten die von ihnen aufzeichneten Dateien irgendwelchen unbekanntem Dritten zugänglich machen, mit Privatgebrauch zu tun haben soll. Auch die Tatsache, dass diese Netzwerke von Konzernen

betrieben werden, welche mit ihrer Tätigkeit Milliardenumsätze erzielen, spricht nicht gerade für eine Angelegenheit in privatem Rahmen. Umgekehrt ist nicht ersichtlich, auf welcher gesetzlichen Grundlage das von Nutzerseite postulierte Grundrecht auf Privatgebrauch beruhen sollte und inwiefern es geeignet wäre, privatrechtliche Ansprüche der Nutzerinnen und Nutzer gegenüber den Berechtigten zu begründen. Es erscheint daher als dringend notwendig, diese Forderungen in den Kontext der geltenden Urheberrechtsordnung zu stellen, damit wenigstens kohärente Fragen gestellt und kohärente Lösungen diskutiert werden. Dies soll im folgenden Beitrag versucht werden.

II. Werkgenuss und Eigengebrauch

Bevor auf die einzelnen Forderungen zur Neuregelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs eingegangen wird, soll hier vorerst die geltende Rechtslage kurz dargestellt werden. Damit kann klar gestellt werden, inwiefern die zu diskutierenden Vorschläge in die bestehende gesetzliche Regelung des Werkgenusses und der verschiedenen Formen des Eigengebrauchs eingreifen würden.

1. Die Freiheit des Werkgenusses

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist eine Grundannahme des schweizerischen Urheberrechts, das Prinzip der Freiheit des Werkgenusses⁷ nämlich. Danach ist das Konsumieren eines Werkes oder einer Darbietung – das Anhören von Musik, das Lesen eines Buches oder eines Werbeprospektes, das Anschauen eines Bildes oder eines Bauwerkes, das Miterleben einer Theater- oder Filmvorführung usw. – kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Der Werk-

3 Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 Bst. a URV.

4 WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996 und WIPO Performances and Phonograms Treaty vom 20. Dezember 1996.

5 BBl. 2004, S. 5088; der Entwurf ist abrufbar unter www.ige.ch/D/jurinfo/j103.shtm.

6 Eidg. Institut für Geistiges Eigentum, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zu Änderungen im Urheberrechtsgesetz, Mai 2005, www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10309d.pdf.

7 M. HÄUPTLI, Vorübergehende Vervielfältigungen im schweizerischen, europäischen und amerikanischen Urheberrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 75, Basel/Genf/München 2004, S. 34 ff.; Th. SEMADENI, Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss. Zürich 2004, S. 63 f.

genuss durch Dritte ist nicht Gegenstand des Ausschliesslichkeitsrechtes, welches den Urheberinnen und Urhebern bzw. den Berechtigten an verwandten Schutzrechten eingeräumt wird. Der Werkgenuss ist daher im URG auch nicht explizit geregelt.

Diese Freiheit des Werkgenusses kann als privatrechtliches Gegenstück zur öffentlichrechtlichen Informationsfreiheit⁸ verstanden werden: So wie der Staat niemanden daran hindern darf, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren, darf keine private Person andere daran hindern, ihnen zugängliche Werke wahrzunehmen. Der juristische Kern dieses Grundsatzes liegt im Recht auf Schutz der Persönlichkeit begründet: Niemand soll durch andere daran gehindert werden können, sich durch Wahrnehmung seiner Umgebung, durch Erweiterung seiner Kenntnisse und seines Wissens, bewusst in seiner gesellschaftlichen Umwelt einzurichten und dadurch seine Persönlichkeit zu entfalten.

Die Freiheit des Werkgenusses ist in Bezug auf die Urheberinnen und Urheber der Werke oder gegenüber den Berechtigten an verwandten Schutzrechten mit keinerlei Anspruch auf Leistung verbunden. Hörerinnen und Hörer von Musik, Betrachterinnen und Betrachter eines Bildes, Leserinnen und Leser eines Buches haben keinerlei privatrechtlichen Anspruch darauf, dass ihnen der Werkgenuss inhaltlich oder formell erleichtert wird, etwa indem das Werk erläutert, in eine ihnen verständliche Sprache übersetzt, in eine für sie wahrnehmbare technische Form übertragen wird. Sie haben auch keinen privatrechtlichen Anspruch darauf, durch Massnahmen der Persönlichkeitsentwicklung, z.B. durch irgendwelche private Bildungsmassnahmen, in die Lage versetzt zu werden, die ihnen materiell, aber nicht inhaltlich zugänglichen Werke auch tatsächlich geniessen zu können. Die Freiheit des Werkgenusses ist ein rein passiver Schutz vor der Intervention Dritter.

2. Privatgebrauch

Von diesem Werkgenuss zu unterscheiden ist der Privatgebrauch eines Werkes. Darunter ist die Werkverwendung im persönlichen Bereich einer natürlichen Person zu verstehen, also insbesondere die Vervielfältigung, Aufführung oder Vorführung von Werken

und Darbietungen im Privatbereich.⁹ Solche Nutzungen sind Gegenstand der gesetzlichen Lizenz des Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG, welche jede Werkverwendung und jede Nutzung verwandter Schutzrechte in diesem Bereich uneingeschränkt erlaubt.

Auch hier liegt der juristische Kern der Sonderregelung im Schutz der Persönlichkeit: Es sollen der persönliche Bereich, die Privatsphäre als – abgesehen von familienrechtlichen Bestimmungen – weitgehend rechtsfreier Raum bewahrt bleiben, und es soll die Persönlichkeitsentfaltung in diesem Raum geschützt werden.¹⁰ Im Unterschied zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB gilt dieser urheberrechtliche Schutz der Privatsphäre nur für natürliche Personen.

Auch diese gesetzliche Lizenz für den Eigengebrauch ist in Bezug auf die Urheberinnen und Urheber der Werke oder gegenüber den Berechtigten an verwandten Schutzrechten mit keinerlei Anspruch auf Leistung verbunden¹¹. Sie ist wiederum ein rein passiver Schutz vor der Intervention Dritter. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass es gleichzeitig vertragliche Vereinbarungen geben kann, aus denen sich eine Leistungspflicht z.B. des Verkäufers eines Werkexemplars ergibt. Solche Vertragspflichten haben aber nichts mit dem Urheberrecht zu tun, und sie können nur gegenüber der andern Vertragspartei, nicht aber auf ausservertraglicher Basis gegenüber der Inhaberin oder dem Inhaber des Ausschliesslichkeitsrechts geltend gemacht werden.

3. Schulische und betriebliche Nutzungen

Neben dieser Erlaubnis zur Verwendung geschützter Werke und Darbietungen zum Privatgebrauch natürlicher Personen sieht das URG eine gesetzliche Lizenz vor für die Werkverwendungen der Lehrperson für den Unterricht in der Klasse¹². Dieser Regelung liegt ursprünglich die Zielsetzung zugrunde, den Lehrpersonen grösstmögliche Freiheit in der Gestaltung des Unterrichts

8 HÄUPTLI, a.a.O. (Fn. 7), S. 37 f.

9 Dazu ausführlich CH. GASSER, Der Eigengebrauch im Urheberrecht, Bern 1997, S. 47 ff.

10 HÄUPTLI, a.a.O. (Fn. 7), S. 41 f.

11 R. AUF DER MAUR/C. KELLER, Privatkopie: Ein wohlverworbenes Recht?, sic! 2004, S. 86.

12 Art. 19 Abs. 1 Bst. b URG; dazu GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 72 ff.

zu ermöglichen.¹³ Hinzu tritt die gesetzgeberische Wertung, dass öffentliche und private Schulbildung im öffentlichen Interesse liege und daher vor privaten Eigentumsinteressen Vorrang haben müsse. Diese nicht zuletzt von fiskalischen Überlegungen geprägte Haltung findet insbesondere auch in Art. 60 Abs. 3 URG ihren Niederschlag, wonach diese schulischen Werkverwendungen tariflich begünstigt werden müssen.¹⁴

Eine dritte gesetzliche Lizenz sieht Art. 19 Abs. 1 Bst. c URG für betriebliche Nutzungen vor. Sie erlaubt Vervielfältigungen in Betrieben und anderen Organisationen zur internen Information und Dokumentation.¹⁵ Anders als beim Privatgebrauch natürlicher Personen wird durch diese Bestimmung nicht eine betriebliche Sphäre geschützt, sondern ein spezifischer Informationsablauf: Nur Vervielfältigungen zu internen Informations- und Dokumentationszwecken sind erlaubt, alle andern urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, die im betrieblichen Bereich stattfinden, bedürfen der Erlaubnis durch die Berechtigten¹⁶. Schutzgut und Rechtfertigungsgrund für die gesetzliche Lizenz ist demnach einzig die Sicherstellung der innerbetrieblichen Information und Dokumentation.

Für beide gesetzlichen Lizenzen gilt das bereits zur Freiheit des Werkgenusses und der gesetzlichen Lizenz für die Werkverwendung im persönlichen Bereich Ausgeführte: Sie sind reine Abwehrrechte und geben ge-

genüber den Urheberinnen und Urhebern der Werke oder den Berechtigten an verwandten Schutzrechten keinerlei Anspruch auf Leistung.

4. Erweiterter Eigengebrauch

Über diese drei explizit genannten Formen des Eigengebrauchs hinaus statuiert Art. 19 Abs. 2 URG noch eine gesetzliche Lizenz für eine Art erweiterten Eigengebrauch: Wer zum Eigengebrauch im erläuterten Sinne berechtigt ist, darf die dazu erforderlichen Werkexemplare auch durch Dritte herstellen lassen.¹⁷

Dieser Regelung liegen nicht Güterabwägungen zugrunde, sondern Praktikabilitätsüberlegungen: Wer zum Eigengebrauch berechtigt ist, soll die entsprechende Nutzung vornehmen können, auch wenn er oder sie aus irgendwelchen praktischen Gründen wie etwa fehlende technische Kenntnisse oder fehlende Verfügbarkeit der erforderlichen technischen Geräte dazu ohne Hilfe eines Dritten nicht in der Lage ist.¹⁸ Ebenso soll ein erlaubter Eigengebrauch nicht dadurch widerrechtlich werden, dass eine damit verbundene Vervielfältigung von Werkexemplaren aus Praktikabilitätsgründen durch Dritte erfolgt.¹⁹ Die Rechtfertigung dieser Schutz Ausnahme liegt aber ausschliesslich im Eigengebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 URG. Wo es keinen solchen privilegierten Eigengebrauch gibt, kann es auch keine privilegierte Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte geben.

5. Sonderregelung für Computerprogramme

Die genannten gesetzlichen Lizenzen gelten für sämtliche Werk gattungen und Schutzgegenstände verwandter Schutzrechte mit Ausnahme von Computerprogrammen. Für letztere gilt zwar ebenfalls die Freiheit des Werkgenusses, doch ist schon der Eigengebrauch an eine Erlaubnis gebunden.²⁰ Mit dieser Sonderregelung trug der schweizerische Gesetzgeber der Rechtslage Rechnung, wie er sie bei Erlass des Gesetzes aufgrund der EG-Richtlinie von 1991²¹ über den Rechtsschutz an Computerprogrammen in der Europäischen Gemeinschaft verstand.²²

Als Begründung für diese Sonderregelung werden in der bundesrätlichen Botschaft zwei angebliche Besonderheiten dieser Werk gattung angeführt: Bei Computerprogrammen

- 13 So schon die bundesrätliche Botschaft, BBl. 1989 III 539 f.; vgl. auch GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 74; T. NEUMANN, Urheberrecht und Schulgebrauch, Diss. Regensburg 1993, S. 190 f.
- 14 BBl. 1989 III 561; Amtl. Bull. StR 1991 II 293 ff.; dazu D. BARRELET/W. EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 2.A., Bern 2000, N. 10 zu Art. 19; C. GOVONI, Die Bundesaufsicht über die Verwertungsgesellschaften, ZSR 1993, S. 244;
- 15 Dazu GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 74 ff.
- 16 D. BARRELET/W. EGLOFF, a.a.O. (Fn. 14), N. 16 zu Art. 19.
- 17 GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 102 ff.
- 18 BBl. 1989 III 540; Gasser, a.a.O. (Fn. 9), S. 103 f.; HÄUPTLI, a.a.O (Fn. 7), S. 111 f.
- 19 Zum Ganzen auch P.-E. RUEDIN/X.-B. RUEDIN, La copie de partitions à des fins personnelles, sic! 2005, S. 795 ff.
- 20 Der Werkgenuss hat bei Computerprogrammen einen besonderen Charakter, da er immer auch mit Vervielfältigungshandlungen verbunden ist. Schon das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher führt zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung. Dieser Besonderheit wollte der Gesetzgeber durch die Sonderbestimmung von Art. 12 Abs. 2 URG Rechnung tragen, doch erweist sich diese Regelung als ungenügend. Vgl. dazu HÄUPTLI, a.a.O. (Fn. 7), S. 99ff.; SEMADENI, a.a.O. (Fn. 7), S. 62 ff., und hinten III.1.
- 21 Richtlinie des EG-Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz an Computerprogrammen (Amtsblatt der EG vom 17.5.91, Nr. L 122/42).
- 22 Amtl. Bull. SR 1992 III 380; C. GOVONI, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen, AJP 1993, S. 570 ff.

stehe zum einen der Eigengebrauch, nämlich die Anwendung der Programme durch Einzelpersonen, im Mittelpunkt der kommerziellen Verwertung, weshalb eine gesetzliche Lizenz für diesen Eigengebrauch den Schutz illusorisch und eine Kommerzialisierung unmöglich machen würde. Zum andern sei es nicht möglich, für diese Werkgattung ein effizientes Vergütungssystem über eine Leerträgerentschädigung einzuführen, da Computerprogramme in aller Regel nicht auf Wechselträger, sondern direkt auf Festplatten kopiert («installiert») würden.²³

6. Vergütungsanspruch

Letztes Element der geltenden gesetzlichen Regelung ist die Stipulierung eines Vergütungsanspruchs: Der gesetzlichen Erlaubnis dieser Nutzungshandlungen entspricht die Pflicht zur Leistung einer Entschädigung, wenn die Erlaubnis in Anspruch genommen wird. Erhoben wird diese Entschädigung einerseits aufgrund der Ausübung bestimmter Tätigkeiten²⁴, andererseits als Vergütung auf der Herstellung oder der Einfuhr von Leerträgern, die zur Vervielfältigung geschützter Werke und Leistungen geeignet und bestimmt sind²⁵.

Die Höhe dieser Entschädigungen wird durch Tarife festgelegt, welche von den Verwertungsgesellschaften vorgeschlagen und von einer speziellen richterlichen Behörde, der Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, genehmigt werden. Gemäss Art. 60 URG dürfen diese Vergütungen in der Regel höchstens 13% des aus der Nutzung resultierenden Ertrags bzw. der damit verbundenen Kosten ausmachen, nämlich 10% für die Nutzung der Urheberrechte und 3% für die Nutzung der verwandten Schutzrechte.

III. Veränderte rechtspolitische Ausgangslage?

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung und dem Ruf nach gesetzgeberischem Einschreiten stellt sich vorerst die Frage, inwiefern die Wertungen, die dieser aktuellen Regelung des Eigengebrauchs zugrunde liegen, überholt sind und neuen Beurteilungen Platz machen müssen. Die blosser Tatsache, dass es sehr viel mehr Nutzungen geschützter Werke und Darbietungen im Privatbereich gibt als früher, kann

ja für sich allein eine Änderung der Rechtsordnung kaum rechtfertigen. Vielmehr drängt sich eine Gesetzesrevision nur dann auf, wenn die quantitative Veränderung derart in eine qualitative umschlägt, dass der vom Gesetzgeber intendierte bisherige Interessenausgleich nicht mehr gewährleistet werden kann.

1. Die Freiheit des Werkgenusses

Mit der Freiheit des Werkgenusses hat sich MATTHIAS HÄUPTLI in einer kürzlich erschienenen Basler Dissertation von 2004 befasst. Er kommt zum klaren Ergebnis, dass diese juristische Konstruktion überzeugt²⁶. Sie ist den teilweise abweichenden Lösungen der Gesetzgeber in Deutschland²⁷ und Frankreich²⁸ schon deshalb deutlich überlegen, weil letztere trotz einer Vielzahl gesetzlicher Fiktionen zu einem Auseinanderklaffen von Gesetzeslage und Rechtswirklichkeit führen.

An der Freiheit des Werkgenusses sollte daher uneingeschränkt festgehalten werden. Sie sollte darüber hinaus für digitale Medien dadurch überhaupt erst hergestellt werden, dass die mit dem Gebrauch von Computerprogrammen verbundenen Vervielfältigungshandlungen vom Urheberrechtsschutz ausgenommen werden.²⁹ Dies ist im Entwurf des IGE zur Revision des URG auch bereits vorgesehen.³⁰

2. Privatgebrauch

Ähnliches gilt aber auch für die Werkverwendung im Privatbereich. Der Schutz der Persönlichkeit und insbesondere auch der Privatsphäre sind wesentliche Errungenschaften der Aufklärung, auf die unter kei-

23 BBl. 1989 III 541.

24 Art. 13 Abs. 1 URG, Art. 20 Abs. 2 URG und Art. 35 Abs. 1 URG.

25 So Art. 20 Abs. 3 URG.

26 M. HÄUPTLI, a.a.O. (Fn. 7), S. 34 ff.

27 Gemäss deutschem BGHZ 17, 266 («Grundig») ist der Werkgenuss in der Regel durch den Erwerb eines Vervielfältigungsexemplars abgegolten. Diese Auffassung geht davon aus, dass es beim Werkgenuss etwas abzugelten gebe, dass es sich also um eine Werknutzung handle. Dabei bleibt offen, wie denn dieser Werkgenuss abgegolten werden soll, wenn gar kein Vervielfältigungsexemplar erworben wird.

28 Nach französischer Auffassung steht dem Urheber und der Urheberin ein aus dem Vervielfältigungsrecht hergeleitetes «droit de destination» zu, das auch den Werkgenuss umfasst, soweit er nicht als Eigengebrauch ausdrücklich ausgenommen ist. Vgl. dazu F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, S. 167, und M. SCHWENNINGER, Zur Frage eines Bestimmungsrechts über die vervielfältigten Werkexemplare im schweizerischen Urheberrecht, Bern 1999, S. 32 ff.

29 So schon SEMADENI, a.a.O. (Fn. 7), S. 69.

30 Art. 24a EURG; der Vorschlag ist Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Abl. EG vom 22.6.2001, L 167/10 ff.) nachempfunden.

nen Umständen verzichtet werden darf. Die Schweiz hat mit ihrem umfassenden Konzept eines privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes dazu einen wichtigen Beitrag geleistet. Durch die Regelung des Datenschutzes ist dieses Konzept auf die Informationsgesellschaft hin weiterentwickelt worden.

Es ist mit den Grundprinzipien dieses Konzepts unvereinbar, wenn Produktions- und Verleihfirmen von Textdateien, Ton- und Tonbildträgern eine präventive Kontrolle darüber erlaubt wird, welche Bücher jemand liest, welche Filme er oder sie anschaut, welche Musik jemand hört, welche Zeitungen er oder sie abonniert usw. Das aber wäre die zwingende Folge einer Beseitigung der gesetzlichen Lizenz für Werkverwendungen im Privatbereich. Dritte würden dann darüber entscheiden dürfen, was im Privatbereich genutzt werden darf und unter welchen Bedingungen, und sie müssten zur Einsichtnahme in die Privatsphäre berechtigt erklärt werden, um die Einhaltung der von ihnen erlassenen Nutzungsverbote zu kontrollieren.³¹ Das kann weder ein gangbarer noch ein akzeptabler Weg sein. Wir sollten uns hüten, den Schutz des Privatbereichs dem Urheberrecht zuliebe zu durchlöchern.

3. Schulische und betriebliche Nutzungen

Weniger einschneidende, aber letztlich genauso grundsätzliche Fragen stellen sich in Bezug auf die andern Formen des privilegierten Eigengebrauchs: Soll die Freiheit der Lehrpersonen zur ungehinderten Gestaltung des Unterrichts erhalten bleiben? Soll daran festgehalten werden, dass öffentliche und private Schulbildung im öffentlichen Interesse liegen und daher vor Nutzungsverböten geschützt werden müssen? Soll es dabei bleiben, dass bestimmte innerbetriebliche Informationsprozesse vor externen Interventionen geschützt und damit auch der externen Kontrolle entzogen werden? Werden diese

Fragen bejaht, so muss auch an den gesetzlichen Lizenzen für diese Tätigkeitsbereiche festgehalten werden.

Werden diese Wertungen des Gesetzgebers von 1992 dagegen als überholt betrachtet, so stellt sich sogleich die Zusatzfrage, was denn die Folge einer Beseitigung dieser gesetzlichen Lizenzen sein müsste: Der Verzicht auf die in Frage stehenden Nutzungen? Oder eher deren weitgehend sanktionslose Illegalisierung? Oder würde die gesetzliche Lizenz durch eine genauso pauschale Regelung auf privater Basis ersetzt? Keine dieser Alternativen erscheint als wirklich wünschbar. Umgekehrt ist eine individuelle Rechtsabgeltung in diesen Bereichen weder praktikabel noch politisch akzeptierbar. Es sprechen daher auch praktische Gründe für eine Beibehaltung der geltenden Regelung.

Dieser Befund gilt allerdings nicht unbedingt auch für den jetzigen Umfang dieser gesetzlichen Lizenzen. Was in Art. 19 Abs. 3 als Ausnahme der Ausnahme formuliert ist, also als Schranke, für welche die gesetzliche Lizenz nicht gilt, meint eigentlich nur die analoge Reproduktion und passt schlecht in die digitale Welt. Hierauf wird im folgenden zurückzukommen sein.

4. Erweiterter Eigengebrauch

Hinsichtlich der Regelung des erweiterten Eigengebrauchs, also der gesetzlichen Lizenz für die Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte, liegen die Dinge einfacher. Wie bereits erwähnt, beruht diese gesetzliche Bestimmung auf Praktikabilitätsüberlegungen. Die Frage muss also lauten, ob diese Überlegungen auch heute noch zutreffen. Gibt es heute noch in relevantem Masse Leute, die über keine Fotokopiermöglichkeit verfügen, die zu keinem CD- oder DVD-Brenner Zugang haben oder die nicht in der Lage sind, solche Geräte zu bedienen? Und wenn ja, ist dieser fehlende Zugang zu Vervielfältigungseinrichtungen ein ausreichender Grund für die Schaffung einer gesetzlichen Schutzausnahme? Entspricht es einer Notwendigkeit, dass sich Medienbeobachtungsdienste und andere Dokumentationsdienste für ihre Tätigkeit auf eine solche gesetzliche Lizenz berufen können?

Die Antwort auf diese Fragen sollte meines Erachtens differenziert ausfallen: Nicht Praktikabilitätsüberlegungen sollten im Vor-

31 Vor allem in der deutschen Doktrin wird die gesetzliche Lizenz für den Privatgebrauch auch mit dem Umstand begründet, dass die Durchsetzung eines Verbotes unmöglich bzw. unverhältnismässig wäre (vgl. H. SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2.A., 2001, Rn. 494.; zu Recht kritisch CH. BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmassnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, S. 263). Das Problem liegt nicht so sehr in der allenfalls fehlenden Durchsetzbarkeit, sondern in der Unverhältnismässigkeit des für die Durchsetzung erforderlichen Eingriffs in die Persönlichkeit.

dergrund stehen, sondern Interessenabwägungen. Wir brauchen wahrscheinlich keine über reine Repografietatbestände hinausgehende gesetzliche Lizenz für den erweiterten Eigengebrauch mehr, aber wir brauchen Schutzausnahmen für Tätigkeiten im Bereiche der Dokumentation, die in einem öffentlichen oder einem überwiegenden privaten Interesse liegen. So wie es ein berechtigtes Interesse der privaten Persönlichkeitsentwicklung ist, in der Wahrnehmung der Umgebung nicht eingeschränkt werden zu dürfen, liegt es im öffentlichen Informationsinteresse, dass öffentliche und private Informations- und Dokumentationsdienste ungehinderten Zugang zu Informationen von öffentlichem Interesse haben und diese Informationen auch ungehindert weitervermitteln dürfen.³² Auf diese Interessenlagen sollte - in Ergänzung zu den vorher erwähnten gesetzlichen Lizenzen - eine zukünftige Regelung des Eigengebrauchs ausgerichtet sein. Damit könnte die jetzige Regelung des Art. 19 Abs. 2 URG, die übrigens unter dem Gesichtspunkt des Drei-Stufen-Tests kaum konventionsgemäss sein dürfte³³ und auch mit dem EU-Recht nicht kompatibel ist³⁴, ohne Schaden aufgehoben werden.

5. Sonderregelung für Computerprogramme

Auch hinsichtlich der bestehenden Sonderregelung für Computerprogramme stellt sich die Frage, ob frühere gesetzgeberische Wertungen noch aktuell sind. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die angeblichen Besonderheiten dieser Werkgattung, mit denen die Schaffung dieser Sonderregelung damals begründet wurde.

Diese damaligen Überlegungen vermögen aus dem Rückblick kaum noch zu überzeugen. So wurden und werden Computerprogramme entgegen der damaligen Behauptung durchaus nicht nur zum Eigengebrauch verwendet, sondern sie werden in grossem Stil im betrieblichen Bereich, in Institutionen, in Organisationen usw. verwendet, für welche es von vorneherein keine gesetzliche Lizenz zur unbeschränkten Vervielfältigung geschützter Werke gibt. Es ist weiter unerfindlich, worin der in der Botschaft erwähnte «utilitaristische Charakter» dieser Computerprogramme bestehen sollte, welcher Einzelstücke dieser Werkgattung von andern Werkexemplaren wie Büchern,

Zeitungen, compact discs usw. grundsätzlich unterscheiden könnte. Und schliesslich ist es auch in Bezug auf Festplatten ohne weiteres möglich, ein Vergütungssystem über eine Leerträgerentschädigung einzufügen; eine solche ist im Gemeinsamen Tarifen 4 B für mp3-Player bereits rechtskräftig verankert, und sie wird im Gemeinsamen Tarif 4 D, welchen die zuständige Schiedskommission vor kurzem genehmigt hat, auch für Computerfestplatten realisiert.

Die für die Schaffung einer Sonderregelung seinerzeit ins Feld geführten Argumente haben sich daher als unzutreffend erwiesen. Diese Erkenntnis könnte durchaus zum Anlass genommen werden, die Sonderregelung zu beseitigen und Computerprogramme zumindest hinsichtlich des Eigengebrauchs gleich wie alle übrigen Werkgattungen zu behandeln.³⁵

6. Vergütungsanspruch

Bleibt schliesslich noch die Regelung von Art. 60 URG, welche die Angemessenheit von Vergütungsansprüchen regelt. Danach soll die Entschädigung «in der Regel höchstens zehn Prozent des Nutzungsertrags oder –aufwands für die Urheberrechte und höchstens drei Prozent für die verwandten Schutzrechte» betragen. Da es beim Privatgebrauch nie einen pekuniären Nutzungsertrag geben kann, ist Anknüpfungspunkt hier immer der mit der Nutzung verbundene Aufwand. Dieser wiederum wird berechnet nach den Kosten der zur Nutzung erforderlichen technischen Infrastruktur.³⁶

Das ist, so zeigt sich in der Zwischenzeit, ein ungeeigneter und auch ungerechter Ansatz. Er verwendet einen Anknüpfungspunkt – eben die Kosten der technischen Infrastruktur – welcher mit dem urheberrechtlichen Schutzgut kaum etwas zu tun hat, er führt bei steigender Nutzung zu sinkenden Entschädigungen, er lässt den Marktwert der Werke und Schutzrechte völlig ausser Acht und er dekretiert schliesslich auch noch einen völlig willkürlichen

32 Dieses Interesse findet expliziten Ausdruck in Art. 5 Abs. 2 Bst. c und Art. 5 Abs. 3 Bst. n EU-Richtlinie 2001/29/EG.

33 So schon GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 110 f.

34 W. EGLOFF, Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG, sic! 2002, S. 746.

35 Ähnlich auch SEMADENI, a.a.O. (Fn. 7), S. 64 ff.

36 BARRELET/EGLOFF, a.a.O. (Fn. 14), N. 14 zu Art. 60.

Plafond.³⁷ Dies gilt insbesondere für die 3%-Grenze der Entschädigung für verwandte Schutzrechte, für deren Festlegung weder in der Botschaft des Bundesrates noch in der parlamentarischen Debatte auch nur die geringste Begründung gefunden werden kann.

Hier besteht in der Tat Revisionsbedarf. Denn diese missglückte Regelung über die Angemessenheit von Entschädigungen ist durchaus Teil der aktuellen Probleme der Werkverwendung im Privatbereich. Sie verhindert, dass aus einer gesetzlichen Lizenz für diesen Bereich eine für die Berechtigten akzeptable Entschädigung resultieren kann. Da das Herunterladen geschützter Werke aus dem Internet, das Brennen von CDs und DVDs, das beliebige Vervielfältigen auf einem Computer praktisch nichts kostet, muss eine prozentual an diese Technikkosten anknüpfende Regelung notwendigerweise gegen Null tendieren. Null ist aber keine akzeptable Entschädigung für die Nutzung von Werken, die unbestrittenermassen einen Marktwert haben. Dies wiederum führt zum Ruf nach Exklusivrechten auch für Werknutzungen im Privatbereich, weil sich nur durch solche Rechte die Bestimmung von Art. 60 URG umgehen lässt.³⁸

IV. Wo liegt der Revisionsbedarf?

Die bisherigen Überlegungen haben zum vorläufigen Zwischenergebnis geführt, dass die geltende Regelung des Eigengebrauchs auf gesetzgeberischen Wertungen beruht, die von ihrer Berechtigung nichts eingebüsst haben. Eine grundsätzliche Änderung der Bestimmungen über den urheberrechtlichen Eigengebrauch erscheint von daher weder als notwendig noch als erwünscht. Allerdings besteht hinsichtlich der Ausgestaltung dieser Regelungen durchaus punktueller Revisionsbedarf. Und vorab bleibt noch zu prüfen, ob allenfalls andere Faktoren dazu

führen, dass sich trotz weiterhin geltenden gesetzgeberischen Wertungen eine Revision dieser urheberrechtlichen Bestimmungen aufdrängt. Im Vordergrund stehen dabei die Entwicklung von Systemen des Digital Rights Managements und die Entwicklung technischer Massnahmen zum Schutz von Werken vor unerlaubter Nutzung.

1. Digital Rights Management

Als Grund für eine Neuregelung des urheberrechtlichen Eigengebrauchs wird verschiedentlich das Aufkommen von Systemen des Digital Rights Managements genannt.³⁹ Dadurch werde es möglich, urheberrechtliche Nutzungen auch im privaten und betrieblichen Bereich Einzelfall bezogen abzurechnen, was kollektive Rechtswahrnehmung überflüssig mache. Ein solches System sei der Kollektivverwertung schon deshalb überlegen, weil die Entschädigungen hier nicht pauschal verteilt, sondern gezielt an die tatsächlich Berechtigten ausgerichtet würden.

Diese Erwartungen in das Digital Rights Management erscheinen allerdings kaum als realistisch. Es ist zwar ohne Zweifel möglich, ja wahrscheinlich, dass in absehbarer Zeit ein gewisser Teil der Kontrolle von Werknutzungen und der individuellen Lizenzierung über solche Systeme laufen wird.⁴⁰ Aber es wird sich immer nur um einen Teil der Werknutzungen handeln können, und es werden proprietäre und selektive Systeme sein, also Regelungen, welche nur bestimmte Rechte bestimmter grosser Verlage oder Produktionsfirmen oder allenfalls bestimmter Gruppen von solchen Unternehmen betreffen. Ohne Zweifel werden sie auch nur ganz bestimmte Werkkategorien erfassen. Daneben wird es immer eine riesige Zahl geschützter Werke geben, bei denen eine Lizenzierung von Nutzungen über diese Systeme nicht möglich ist. Auch ein hoch entwickeltes Digital Rights Management wird daher die kollektive Rechtswahrnehmung nicht einfach überflüssig machen.⁴¹ Allein schon aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes muss dies auch so bleiben. Denn das umfassende Management-System, welches alle privaten Nutzungen sämtlicher Werke und Darbietungen erfasst, registriert und abrechnet, ist eine Horrorvorstellung, gegenüber welcher Orwell's Brave New World schon fast als Idylle erscheint.

37 Dazu auch E. HEFTI, Kollektive Verwertung: Auslaufmodell im Internetzeitalter?, in: R. M. Hilty/M. Berger (Hrsg.), Urheberrecht am Scheideweg?, Bern 2002, S. 64 ff.

38 Genau mit dieser Begründung fordert etwa BERGER, a.a.O. (Fn. 31), S. 265, ein Verbot der digitalen Privatkopie, um «die weitere Erosion des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft» zu verhindern.

39 Einen aktuellen Überblick über den Stand der Diskussion bietet N. HELBERGER, Digital Rights Management aus der Sicht der Verbraucher, IRIS plus 2005-08, S. 2 ff.

40 P. VOSSSELER, Neue Geschäftsmodelle mit DRMS, Medialex 2004, S. 69 f.

41 A. MEYER, DRMS können die Verwertungsgesellschaften nicht ersetzen, Medialex 2004, S. 67 f.

Digital Rights Management kann und darf die gesetzliche Lizenz für den Privatgebrauch daher nicht ersetzen. Solche Systeme werden für bestimmte Werknutzungen neue Geschäftsmodelle ermöglichen, und sie werden insbesondere die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften erleichtern. Sie ändern an der Notwendigkeit und der Berechtigung der bestehenden urheberrechtlichen Regelungen für den Privatgebrauch nichts, und es ist sachfremd, sie als Alternativen zur kollektiven Verwertung darzustellen.⁴²

2. Technische Massnahmen

Mit Kopiersperren und vielfältigen ähnlichen technischen Massnahmen versuchen Herstellerinnen und Hersteller von Ton- und Tonbildträgern bekanntlich, die unerlaubte Nutzung geschützter Werke – und nicht nur dieser – zu verhindern.⁴³ Durch die WIPO-Verträge von 1996 werden die Konventionsstaaten verpflichtet, die Umgehung solcher technischer Massnahmen gesetzlich zu verbieten, also als selbständige Rechtsverletzung zu qualifizieren.⁴⁴ Das ändert zwar nicht grundsätzlich die bestehenden urheberrechtlichen Regelungen, aber es verbessert deutlich die Möglichkeiten, diese geltende Ordnung auch durchzusetzen.

Es ist möglich, dass durch solche technischen Massnahmen Werknutzungen, auch legale, an die wir uns gewöhnt haben, erschwert oder verunmöglicht werden. Das Abspielen von Compact discs auf dem Computer, das private Kopieren von DVDs und ähnliches mehr ist unter Umständen nicht mehr oder nur noch in beschränktem Umfange möglich.⁴⁵ Nach Meinung einzelner Nutzerorganisationen muss die Umsetzung dieser Vorschrift in das schweizerische Recht daher begleitet sein von Regelungen, welche die Möglichkeiten privater und anderer Werknutzungen in dem Umfange sicher stellen, welche der bisherigen Praxis entsprechen. Solches verlangt im Kern auch Art. 6 der EU-Richtlinie vom 22. Mai 2001, durch welche die genannten Verträge für die EU-Mitglieder umgesetzt werden. Ähnliches sieht auch der Entwurf für eine Revision des schweizerischen URG vor, welcher im vergangenen Jahr der Vernehmlassung unterbreitet wurde.⁴⁶ Aber ist das wirklich kohärent?

Wie vorher bereits ausgeführt, ergeben sich aus den gesetzlichen Lizenzen des URG nie ir-

gendwelche positiven Ansprüche gegenüber Rechtsinhaberinnen und Rechtsinhabern.⁴⁷ Urheberinnen und Urheber sind so wenig zur Erbringung einer Leistung an die zum Eigengebrauch Berechtigten verpflichtet wie die Inhaberinnen und Inhaber verwandter Schutzrechte. Niemand hat einen urheberrechtlichen Anspruch darauf, dass ihm ein bestimmtes Werk tatsächlich zugänglich gemacht wird. Die gesetzliche Erlaubnis beschränkt sich auf das Recht, in einer im Einzelfall möglichen Nutzung nicht behindert zu werden.

Warum soll dies nun plötzlich anders sein? Warum soll sich aus der gesetzlichen Lizenz für den Privatgebrauch nun plötzlich ein Anspruch ergeben, ein bestimmtes Werk auch tatsächlich nutzen zu können? In welchem technischen Format? In welcher Sprache? Mittels welcher technischen Infrastruktur? Und, nicht zuletzt, auf welcher Entschädigungsbasis, wenn das Gesetz hierfür doch lediglich einen allgemeinen Vergütungsanspruch statuiert? Und wie soll eine solche urheberrechtliche Regelung mit dem Grundsatz des freien Werkgenusses kompatibel sein, welche eben das blosses Wahrnehmen geschützter Werke gar nicht als urheberrechtlich relevanten Sachverhalt qualifiziert? Schon diese wenigen Fragen zeigen, dass die Ausgestaltung einer gesetzlichen Lizenz als positiver, gegen Inhaberinnen und Inhaber der Urheberrechte oder der verwandten Schutzrechte gerichteten Nutzungsanspruch zu unauflösbaren Widersprüchen mit den Grundlagen des Urheberrechts selbst führen muss.

3. Monopolisierung von Information?

Gegen das herrschende Verständnis von Urheberrecht und insbesondere gegen die Vorschriften über den Schutz technischer Massnahmen ziehen LAWRENCE LESSIG und die Anhängerinnen und Anhänger seiner Theorien unter dem Schlagwort der «Free Culture» ins Feld.⁴⁸ Nach ihrer Auffassung führen diese

42 A. MEYER, a.a.O. (Fn. 41); A. PEUKERT, DRM: Ende der kollektiven Vergütung?, sic! 2004, S. 749 ff.

43 Vgl. R. H. WEBER, Traditionelles Urheberrecht: Sprengstoff für die Informationsgesellschaft, in: Hilty/Berger, a.a.O. (Fn. 37), S. 72 ff.

44 Art. 11 f. WCT und Art. 18 f. WPPT. Zum Stand der Umsetzung in nationales Recht PH. GILLIÉRON, La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales, sic! 2004, S. 281 ff.

45 Dazu N. HELBERGER, a.a.O. (Fn. 39), S. 3 ff.

46 Art. 39a ff. EURG.

47 Auf der MAUR/KELLER, a.a.O. (Fn. 11), S. 88.

48 Zuletzt L. LESSIG, Free Culture, New York 2004.

technischen Massnahmen nämlich dazu, dass Inhalte monopolisiert werden und die kulturelle Entwicklung behindert wird. So behauptet LESSIG etwa, ein grosser Teil der Disney-Filmproduktion wäre unter den heutigen urheberrechtlichen Bestimmungen gar nicht möglich gewesen, da die Transformation der Märchenstoffe in moderne Filme nicht zulässig wäre.⁴⁹ Diese Auffassung verkennt aber zentrale Grundlagen des Urheberrechts.⁵⁰ Dieses monopolisiert keine Inhalte, sondern nur Werke, und das sind geistige Schöpfungen in ihrer jeweiligen individuellen Form. Wohl können wissenschaftliche Veröffentlichungen Werke sein, aber niemand wird durch das Urheberrecht daran gehindert, den Inhalt dieser Werke zur Kenntnis zu nehmen und darauf aufbauend eigene Erkenntnisse zu entwickeln. Wohl sind fast alle fiktionalen audiovisuellen Produktionen Werke, aber niemandem wird durch das Urheberrecht verboten, sich diese Filme anzuschauen und sich auf ihren Inhalt zu beziehen. Zwischen Informationsfreiheit und Urheberrechtsschutz mag es Spannungsfelder geben, ein Antagonismus, wie ihn LESSIG behauptet, besteht nicht.

Es ist denn auch kein Zufall, dass diese Diskussion vorwiegend an Beispielen geführt wird, die mit Urheberrecht nur am Rande zu tun haben: an der Monopolisierung von Sportübertragungen durch bestimmte Veranstalter von Sportevents etwa oder an den Marktstrategien von Microsoft. Aber in diesen Fällen ist nicht das Urheberrecht der Kern des Problems, und es ist überfordert, wenn es Probleme lösen soll, die aus ganz andern Interessenkonflikten hervorgehen.

4. Schranken des Eigengebrauchs

Wie vorne ausgeführt, beschränkt Art. 19 Abs. 3 URG die gesetzlichen Lizenzen für den schulischen und den betrieblichen Gebrauch in verschiedener Hinsicht. Allerdings zielen diese Zusatzbestimmungen auf die

analoge Reproduktion, und sie passen schlecht in die digitale Welt.⁵¹ Die Vervielfältigung von Dateien erfolgt aus technischen Gründen fast immer vollständig, auch wenn nur ein Teil davon benötigt wird. Wer also zu einem privilegierten Eigengebrauch, aber ausserhalb des privaten Kreises, im Handel erhältliche Werkexemplare, Bilder oder andere Werke der bildenden Kunst oder Musiknoten vom Internet herunterlädt, der wird in aller Regel gegen Art. 19 Abs. 3 URG verstossen. Wenn er oder sie die heruntergeladene Datei dann noch ausdruckt oder auf einen andern Träger überspielt, geschieht die Verletzung gleich nochmals.⁵² Gleiches gilt für das Überspielen einer Datei, die ein geschütztes Werk oder eine geschützte Darbietung umfasst, von einem Datenträger auf einen andern, wenn es ausserhalb des privaten Bereiches geschieht.

In diesem Punkt liegt mit Sicherheit Revisionsbedarf vor. Die in Art. 19 Abs. 3 URG enthaltene Umsetzung des Drei-Stufen-Tests mag im Hinblick auf das Fotokopieren von im Handel erhältlichen Drucksachen Sinn gemacht haben, für die digitale Welt ist sie ebenso unbrauchbar wie für die Aufzeichnung von Tönen und Bildern. Sowohl der Gemeinsame Tarif 7 für die schulische Nutzung als auch die Gemeinsamen Tarife 8 und 9 für betriebliche Nutzungen schliessen denn auch Werkverwendungen ein, welche eigentlich gar nicht unter die gesetzliche Lizenz des Art. 19 URG fallen. Sie tun dies, weil die praktischen Erfahrungen gezeigt haben, dass die entsprechenden Nutzungsformen einfach nicht sinnvoll von den Nutzungen abgegrenzt werden können, für welche die gesetzliche Lizenz tatsächlich gilt.⁵³ Die bevorstehende Gesetzesrevision sollte zum Anlass genommen werden, diese unpraktikable Bestimmung zu beseitigen.⁵⁴

5. Erweiterter Eigengebrauchs

Es wurde vorne darauf hingewiesen, dass die Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 URG, welche eine gesetzliche Lizenz zur Herstellung von Werkexemplaren durch Dritte statuiert, als problematisch erscheint. Sie erlaubt auch rein kommerzielle Tätigkeiten, welche die Verwertungsmöglichkeiten der an den Werken und Darbietungen Berechtigten beschneiden. Dies gilt umso mehr, als sich auch diesbezüglich die Schranke des Art. 19 Abs. 3 Bst. a, welche die vollständige oder

49 LESSIG, a.a.O. (Fn. 48), S. 23 ff.

50 So auch BERGER, a.a.O. (Fn. 31), S. 264 f.

51 WEBER, a.a.O. (Fn. 43), S. 78 f.

52 B. GUBLER, Elektronische Pressespiegel: Grenzen des Eigengebrauchs, *Medialex* 2001, S. 891 ff.

53 Dazu BARRELET/EGLOFF, a.a.O. (Fn. 14), N. 22a zu Art. 19; GASSER a.a.O. (Fn. 9), S. 130 ff.; RUEDIN/RUEDIN, a.a.O. (Fn. 19), S. 802 f.

54 Der aktuelle Revisionsentwurf begnügt sich allerdings mit einer geringfügigen redaktionellen Klarstellung, welche an der dargelegten Problematik nichts ändert.

Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Egloff | Revisionsbedarf beim urheberrechtlichen Eigengebrauch?

weitgehend vollständige Vervielfältigung von im Handel erhältlichen Werkexemplaren verbietet, in der digitalen Welt kaum mehr umsetzen lässt.⁵⁵ Insbesondere im Bereich der Ton- und Tonbildträger werden in aller Regel nicht Auszüge, sondern die gesamten Werkexemplare kopiert.

Es erscheint daher als angezeigt, den erweiterten Eigengebrauch des Art. 19 Abs. 2 URG auf den Reprografiebereich zu beschränken, also auf Ausdrücke oder Vervielfältigungen auf Papier und ähnliche Materialien, das Exklusivrecht für die Vervielfältigung auf Datenträger (inkl. Ton- und Tonbildträger) aber nicht anzutasten.⁵⁶ Im Gegenzug könnte im Sinne der EU-Harmonisierungsrichtlinie eine neue gesetzliche Lizenz für «Vervielfältigungshandlungen von öffentlich zugänglichen Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven, die keinen unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen oder kommerziellen Zweck verfolgen»⁵⁷, eingeführt werden. Damit könnten die Praktikabilitätsüberlegungen, die der heutigen Regelung zugrunde liegen, gewahrt und gleichzeitig eine stärkere Ausrichtung auf das übergeordnete Interesse am ungehinderten Zugang zu Information erreicht werden.

6. Vergütungsanspruch

Revisionsbedarf besteht schliesslich auch hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmung über die Höhe der Entschädigungen für gesetzlich erlaubte Nutzungen. Wie vorne dargelegt, führt die heutige Regelung bei steigender Nutzung zu sinkenden Entschädigungen, sie lässt den Marktwert der Werke und Schutzrechte völlig ausser Acht und sie dekretiert schliesslich auch noch einen völlig willkürlichen Plafond. Es erscheint als dringend, hier nach angemesseneren Lösungen zu suchen.

Vielleicht ist in diesem Zusammenhang ein kleiner Exkurs erlaubt: Nach Art. 22 aURG lag kein privater Gebrauch mehr vor, wenn eine Nutzung im privaten Raum mit einem Gewinnzweck verbunden war. Als Gewinnzweck wurde dabei auch betrachtet, wenn die Nutzung zu einer Ausgabensparnis führte, also z.B. die Herstellung einer betriebsintern verteilten Presseschau den Erwerb mehrfacher Zeitungsabonnements ersparte.⁵⁸ Diese Bestimmung wurde anlässlich der Gesetzesrevision von 1992 zu Recht gestrichen. Allerdings erweist sich aus der Rückschau das dort verwendete Kriterium der Ausgabensparnis als durchaus interessanter Ansatz für die Frage der Entschädigung. Wäre es nicht mindestens so sinnvoll, statt sich auf den Marktpreis von Leerträgern, Computern, CD-Brennern, mp3-Geräten zu beziehen, die Entschädigungen nach dem Marktpreis der darauf kopierten bespielten CDs, Texte, DVDs, musicfiles etc. festzulegen? Warum kommt es für den Wert einer Fotokopie auf den Preis des Kopiergerätes und des Papiers an, aber nicht auf den Preis der kopierten Zeitschrift oder des kopierten Buches? Wäre nicht der Preis der Vorlage der adäquatere Anknüpfungspunkt als der Preis der technischen Infrastruktur? Und wäre eine auf diesen Preisen basierende, von Nutzerinnen und Nutzern einerseits, Berechtigten andererseits einvernehmlich ausgehandelte Entschädigung nicht auch dann akzeptabel und im Sinne des Gesetzes angemessen⁵⁹, wenn sie über der gesetzlich festgelegten Grenze von 3% läge?⁶⁰ ■

55 GASSER, a.a.O. (Fn. 9), S. 130.

56 EGLOFF, a.a.O. (Fn. 33), S. 746 und 748.

57 Art. 5 Abs. 2 Bst. c Richtlinie 2001/29/EG.

58 So BGE 108 II 481.

59 Art. 60 URG.

60 Vgl. auch HEFTI, a.a.O. (Fn. 37), S. 66.