
Hanna Murait Müller
Andreas Auer
Thomas Koller

Journées 2002
D'INFORMATIQUE  **JURIDIQUE**
Tagung 2002 für
INFORMATIK  **RECHT**

E-Voting

Promoteurs des Journées / Träger der Tagung

Chancellerie fédérale
Bundeskanzlei
Cancelleria federale
Chanzlia federala



UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe

Of

Chancellerie d'État
de la République
et du Canton de Genève

SVRI

SCHWEIZERISCHES
SERIEN- UND
RECHTSWISSENSCHAFTLICHES
INSTITUT



Université de Berne
Universität Bern

Bmh
5
r (-) 02

2002
Journées 2002
D'INFORMATIQUE i JURIDIQUE
Tagung 2002 für **Nue**
INFORMATIK RECHT

du 9/10 septembre 2002 à Genève
vom 9./10. September 2002 in Genf

Hanna Murait Müller

Vizekanzlerin der Schweizerischen Eidgenossenschaft

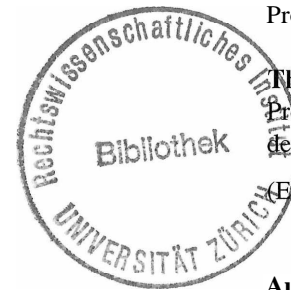
Andreas Auer

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Genève

Thomas Koller

Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

(Editeurs / Herausgeber)



Auteurs / Autorinnen und Autoren

Andreas Auer

Eric Maigret

Claude Bonard

Neil Mitchison

Urs Bürge

Hanna Muralt Millier

Alexandre Flückiger

Yannis Papadopoulos

Michel Hottelier

Thomas Probst

Raphaël Kies

Jean-Marie Reber

Andreas Kley /

Michael Schnyder

Reto Feller

Susanne Sorg-Keller

Hanspeter Kriesi

Alexander H. Trechsel

Karl-Heinz Ladeur

Michel Warynski

Jan-Erik Lane

Frank Zimmermann



Stämpfli Editions SA Berne • 2003
Stämpfli Verlag AG Bern • 2003

eVoting = eOak? Elektronische Abstimmungsverfahren im Verhältnis zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Andreas Kley/Reto Feller

I. Rechtsgrundlagen und Geltungsbereich der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Das Grundrecht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit ist seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 ausdrücklich in Art. 34 Abs. 2 BV garantiert. Der entsprechende Schutz war bis dahin durch die Anerkennung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit als ungeschriebenes Recht der Bundesverfassung gewährleistet¹. Nebst der ausdrücklichen Verankerung in neueren Kantonsverfassungen² garantieren auf internationaler Ebene der UNO-Pakt II in Art. 25 lit. b und das Erste Zusatzprotokoll zur EMRK in Art. 3 namentlich die Teilnahme an geheimen Wahlen³. Nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist Art. 3 ZP 1 EMRK „ein Grundprinzip wirksamer politischer Demokratie“⁴, welches die Kontrolle der nationalen Wahlrechte durch den Gerichtshof erlaubt. Insofern ist ein Minimum einer Wahlfreiheit auch durch die Europäische Menschenrechtskonvention garantiert. Darüber hinaus hatte die Venice Commission des Europarates Richtlinien betreffend die Abhaltung von

¹ BGE 124 I 55 E. 2a S. 57.

² Vgl. z.B. § 22 Abs. 2 KV BL; Art. 32 KV NE 2002 (Freiheit der Stimmausübung); Art. 15 Abs. 1 des Bündner Vernehmlassungsentwurfs der Verfassungskommission vom 6. September 2000. Die in der Volksabstimmung vom 10. Juni 2001 angenommene totalrevidierte Verfassung des Kantons St. Gallen (voraussichtlich in Kraft ab 1. Januar 2003) gewährleistet in Art. 2 lit. x die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nach Massgabe von Art. 34 Abs. 2 BV.

³ Das erste Zusatzprotokoll zur EMRK ist bisher von der Schweiz nicht ratifiziert worden. Beide Abkommen verpflichten die Vertragsstaaten, in angemessenen Zeitabständen Wahlen in die gesetzgebenden Körperschaften durchzuführen. Dies unter Bedingungen, welche die freie Äusserung der Meinung des Volkes gewährleistet. Entscheid BGer vom 12. September 1996, ZB1 1997, S. 358 f. zur Tragweite von Art. 25 lit. b UNO-Pakt II. Vgl. auch Anm. 36 hiernach.

⁴ Ziff. 42 des Urteils Matthews gegen UK vom 18.2.1999, Application no. 24833/94 = EuGRZ 1999, S. 200 ff. (203).

Verfassungsreferenden erlassen und darin ein ‚free suffrage‘, insbesondere die ‚fairness of the vote‘ verankert. Diese ‚soft law‘ Regelungen geben nichts anderes als den schweizerischen Standard aus Art. 34 Abs. 2 BV wieder‘.

Die bundesgerichtliche Definition trifft den zentralen Gehalt der Wahl- und Abstimmungsfreiheit: „Das vom Verfassungsrecht des Bundes bisher ungeschriebene, neu in Art. 34 Abs. 2 als Grundrecht verankerte Stimmrecht gibt dem Bürger allgemein den Anspruch darauf, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt“⁶. Auch nach erfolgter Kodifikation in Art. 34 Abs. 2 BV bleibt diese Umschreibung Ausgangspunkt zur Konkretisierung der Grundrechtsgarantie. An die frühere Rechtsprechung zur ungeschriebenen Garantie der Wahl- und Abstimmungsfreiheit kann ohne weiteres angeknüpft werden.

Vom *sachlichen Geltungsbereich* erfasst werden alle Volksabstimmungen und Volkswahlen in Bund und Kantonen. Darunter fallen auch Stimmgeschäfte in Bezirken, Gemeinden und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften. In der Ausgestaltung der politischen Rechte in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten belässt die Bundesverfassung den Kantonen im Rahmen von Art. 51 BV eine grosse Gestaltungsfreiheit (Art. 39 Abs. 1 BV). Hier kommt der Wahl- und Abstimmungsfreiheit die Funktion einer bundesrechtlichen „Rahmengarantie“⁷ zu, die Mindestanforderungen an ein demokratisches Wahl- und Abstimmungsverfahren stellt. Bei indirekten Wahlen, wenn zwischen den Wahlberechtigten und den zu bestellenden Behörden eine Wahlinstanz (meist das Parlament) eingeschaltet wird, kann Art. 34 Abs. 2 BV nicht angerufen werden⁸.

⁵ Guidelines for constitutional Referendums at national Level, adopted by the Venice commission at its 47th Plenary Meeting, Venice, 6-7 July 2001, CDL-Inf (2001) 10, auf: [http://venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF\(2001\)010-e.html](http://venice.coe.int/docs/2001/CDL-INF(2001)010-e.html).

⁶ Vgl. BGER vom 25. Juni 2002, Urteil 1P.477/2001, E. 2., NZZ vom 18. Juli 2002, Nr. 164, S. 33; erstmals BGE 75 I 244 f.; sodann BGE 121 I 1 E. 5b/aa S. 12; Entscheid BGER vom 7. Dezember 1999, Pra 2000, S. 125.

⁷ GEROLD STEINMANN, Interventionen des Gemeinwesens im Wahl- und Abstimmungskampf, AJP 1996, S. 256.

⁸ I VO HANGARTNER/ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 2478.

Der *persönliche Geltungsbereich* erfasst jeden stimm-/wahlberechtigten Bürger, der befugt war, an der streitigen Wahl oder Abstimmung teilzunehmen. Erfasst werden ferner politische Parteien, die „im Gebiet des betreffenden Gemeinwesens tätig sind“, sowie ad hoc gebildete Initiativ-, Referendums-, Wahl- und Abstimmungskomitees, falls sie juristische Persönlichkeit besitzen⁹.

II. Einzelne Schutzgehalte der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

1. Übersicht

Das Schutzziel der Wahl- und Abstimmungsfreiheit, die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe, ist in hohem Masse konkretisierungsbedürftig. In langjähriger Rechtsprechung hat das Bundesgericht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit zahlreiche Teilgehalte und direkte verfassungsmässige Ansprüche zuerkannt, aber auch Grenzen der Konkretisierung dieses Grundrechts aufgezeigt. So kann beispielsweise eine Pflicht zur Offenlegung der Finanzierung von Abstimmungskampagnen nicht aus Art. 34 Abs. 2 BV abgeleitet werden, sondern bedarf einer expliziten gesetzlichen Grundlage¹⁰. Auf allen Staatsebenen müssen Verfahrensbestimmungen, die den Ablauf einer Wahl oder Abstimmung regeln, unabhängig ihrer Normstufe mit diesen aus Art. 34 Abs. 2 BV abgeleiteten Grundsätzen (vgl. Ziff. 2 f. hiernach) in Einklang stehen bzw. verfassungskonform ausgelegt werden. Wird ein gerügter Mangel im Wahl- oder Abstimmungsverfahren nicht vom direkt anwendbaren Erlass geregelt, kann in Würdigung der bestehenden Rechtsprechung unmittelbar auf Art. 34 Abs. 2 BV zurückgegriffen werden.

Auch im Zuge von Bemühungen, Wahlen und Abstimmungen sowie das Unterzeichnen von Initiativen und Referenden via Internet zu ermöglichen (eVoting), sind vom Gesetzgeber beim Erlass der erforderlichen gesetzli-

⁹ ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfassungsrechts, Bern 1997, S. 252 mit Verweis auf BGE 111 Ia 115 E. Ia S. 116 f.

¹⁰ Kantonal teilweise verwirklicht, vgl. Art. 29A des Genfer Loi sur l'exercice des droits politiques (RSG A 5 05) und Art. 114 E des Tessiner Legge sull'esercizio dei diritti politici (RL 1.3.1.1). Zu entsprechenden Bemühungen auf Bundesebene, vgl. Amtl. Bull. NR 2000 435 und BB12001 4803 ff. (4831 E).

chen Grundlagen die Anforderungen von Art. 34 Abs. 2 BV einzuhalten. Der Bundesgesetzgeber hat das entsprechende Bekenntnis verbal in Art. 5 Abs. 3 und 8a Abs. 2 BPR abgelegt, ohne freilich selber entsprechende Anordnungen zu treffen¹¹. Das ist deshalb bedenklich, weil die Wahl- und Abstimmungsgesetzgebung stets detaillierte Regelungen für den selbst unwahrscheinlichsten, aber dennoch möglichen Fall trifft. Damit werden solche Streitigkeiten angesichts ihrer Sprengkraft für die Demokratie vorab vermieden. Diese kluge Voraussicht wird nun beim eVoting dem Eifer einer überstürzten eVoting-Einführung geopfert.

Jene Schutzgehalte der Wahl- und Abstimmungsfreiheit, denen bei Einführung eines elektronischen Wahl- und Abstimmungsverfahrens in besonderem Masse Beachtung zu schenken ist, werden nachfolgend (11.2./3.) kurz dargelegt¹², wozu auch der Rechtsschutz (III.) geh5rt. Inwiefern die geplante Einführung der elektronischen Stimmabgabe das Schutzniveau des Art. 34 Abs. 2 BV gefeuden könnte, wird far ausgewählte Probleme in Abschnitt IV. effirtet. Aus dem Vergleich zwischen einem Wahl- und Abstimmungsverfahren ohne (II.) und mit eVoting (IV.) sind schliesslich die notwendigen Schlussfolgerungen zu ziehen (V).

2. Behördliche Informationen und Interventionen im Wahl- und Abstimmungskampf

Unter dem Gesichtswinkel von Art. 34 Abs. 2 BV als zuhissig erachtet werden Abstimmungsempfehlungen und -erläuterungen von Behörden, die dem Gebot der Sachlichkeit genügen¹³. Die Belkide ist dabei zur Ob-

¹¹ Vgl. Referendumsvorlage vom 21. Juni 2002 und die betreffende Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (Anm. 25), BB1 2002 4383 ff. Das geänderte Gesetz son per 1.1.2003 zusammen mit den zugehörigen Ausführungsvorschriften in Kraft treten, vgl. Pressemitteilung der Bundeskanzlei vom 20.9.2002, http://www.admin.ch/cp/d/3d8b2243_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html.

¹² Für eine Gesamtübersicht, namentlich auch betreffend Interventionen Privater und anderer Gemeinwesen, vgl. HANGARTNER/KLEY (Anm. 8), N. 2458 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Eidgenössisches Organisationsrecht, Bern 1997, S. 319 ff.; ULRICH HAFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 2001, N. 1387

¹³ Vgl. die eingehende Regelung in Art. 11 Abs. 2 BPR; ferner BGE 119 Ia 271 E. 3b S. 273; HANGARTNER/KLEY (Anm. 8), N. 2577 ff.; JEANNE RAMSEYER, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Basel 1992.

jektivität, nicht hingegen zur Neutralität verpflichtet¹⁴. Dem Erfordernis der Objektivität wird entsprochen, wenn ein umfassendes Bild der Vorlage mit Darlegung von Vor- und Nachteilen präsentiert wird¹⁵; für den Stimmbürger wichtige Elemente dürfen nicht unterdrückt werden¹⁶. Die Abstimmungsvorlage mit den Erläuterungen wird mindestens sechs Wochen vor dem Abstimmungstag auch im Internet veröffentlicht¹⁷. Diese zusätzliche Form der Veröffentlichung fart an sich zu keinen weiteren Problemen, wenn die Erläuterung korrekt ist.

Über das Verfassen von Abstimmungsempfehlungen und -erläuterungen hinausgehende behidliche Interventionen, mithin ein Eingriff in den eigentlichen Abstimmungskampf, ist nur bei Vorliegen triftiger Grade zulässig. Stets müssen allfällige Interventionen im Interesse einer unverfälschten Willenskundgabe der Stimmbürger notwendig sein¹⁸. Eine derartige Notwendigkeit kann namentlich gegeben sein, wenn es gilt, einer krass irreführenden Propaganda seitens Privater mittels sachlicher Information entgegenzutreten. Behördliche Interventionen im Vorfeld von Initiativen und Referenden (Unterschriftenphase) sind demgegenüber stets unzulässig¹⁹.

Anders als bei Sachvorlagen obliegt Behörden bei Wahlen keine Erklärungs- oder Beratungsfunktion. Daher sind Interventionen in den Wahlkampf ausgeschlossen. Nur so kann die behidliche Verpflichtung zu parteipolitisch neutralem Verhalten erfüllt werden. Eine Intervention ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn die freie Willensbildung und -kundgabe nicht anders gewährt werden kann. Indirekte Eingriffe wie der Ver-

¹⁴ BGE 121 I 252 E. 2 S. 256; Entscheid des Bundesrates vom 17. Mai 2000 i.S. E. und Cons., VPB 2000 Nr. 104, S. 1080 ff., E. 3.5.2. (S. 1082).

¹⁵ Entscheid BGer vom 7. Dezember 1999, Pra 2000, S. 126.

¹⁶ Entscheid BGer vom 3. Juni 1997, ZB1 1998, S. 92.

¹⁷ Vgl. die in der Referendumsvorlage (Anm. 11) vorgesehene Ergänzung von Art. 11 Abs. 3 BPR.

¹⁸ Yvo HANGARTNER, Urteilsanmerkung zu BGE 119 Ia 271, AJP 1994, S. 243 ff., Ziff 12. Beispiele für unzulässige Interventionen in BGE 112 Ia 332 E. 4d S. 337 und im Entscheid BGer vom 4. September 1991, ZB1 1992, S. 312 ff.

¹⁹ Daher problematisch: BGE 116 Ia 466 ff.

²⁰ STEINMANN (Anm. 7), S. 265 f.; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, ZSR 1999 II 236, Rz. 28; Entscheid BGer vom 31. August 2000, Pra 2001, S. 130 f.; BGE 124 I 55 E. 2a S. 57 f Entscheid BGer vom 5. Juli 1995, ZB1 1996, S. 223 als Beispiel einer zuhissigen Intervention. Vgl. auch BGE 128 I 3 E. 3e/ff S. 16 (Plakatwerbung bei Wahlkampagnen).

sand von Wahllisten oder die Übernahme der Druckkosten von Wahlvorschlägen durch den Staat sind zulässig, wenn sie in Bezug auf die Willensbildung der Wähler neutral sind und verhältnismässig, rechtsgleich und willkürfrei erfolgen. Einzelne Kandidaten oder Gruppierungen dürfen nicht bevorzugt werden²¹. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf Parteienfinanzierung kann aus Art. 34 Abs. 2 BV nicht abgeleitet werden. Hat sich aber der Staat für Fördermassnahmen entschieden, müssen diese rechtsgleich ausgestaltet sein (Neutralitäts- und Gleichheitsgebot)²².

3. Anspruch auf korrekte Durchführung von Wahlen und Abstimmungen

Im folgenden werden unter dieser Überschrift lediglich die Aspekte behandelt, welche für die Beurteilung des eVoting-Verfahrens besonders relevant sind. Für eine vollständige Darstellung ist auf die Rechtsprechung und die einschlägige Literatur zu verweisen²³.

Art. 34 Abs. 2 BV beinhaltet den Anspruch auf *korrekte Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft*²⁴. Jeder Stimmberechtigte hat den Anspruch auf Ausschluss eines Nichtstimmberechtigten von der Stimmabgabe. Die Ermittlung der Stimmberechtigung erfolgt gestützt auf das von den Gemeinden zu führende Stimmregister (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BPR²⁵). Jedem Wähler steht ausnahmslos die gleiche Anzahl Stimmen zu (Grundsatz der Zählwertgleichheit); Unterscheidungen nach subjektiven Merkmalen (Alter, Einkommen, Bildung, Besitz usw.) sind ausgeschlossen²⁶. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt demgegenüber gewisse Einschränkungen der Erfolgswertgleichheit zu, wenn eine Quotenregelung einem

²¹ Entscheid BGer vom 24. August 1999, ZB1 2001, S. 40; Entscheid BGer vom 12. September 1996, ZB1 1997, S. 358; BGE 113 Ia 291 E. 3c S. 297 f.

²² BGE 124 I 55 ff.; 125 I 441 ff.

²³ Siehe z.B. zur Formulierung der Abstimmungsfrage: BGer vom 25. Juni 2002, Urteil 1P.477/2001, E. 2., NZZ vom 18. Juli 2002, Nr. 164, S. 33; BGE 121 I 1 E. 5b/aa S. 12; 106 Ia 20 E. 1 S. 23; vgl. die Darstellung bei HANGARINER/KLEY (Anm. 8), N. 2526 ff.

²⁴ BGE 121 I 138 E. 3 S. 141; 116 Ia 359 E. 3b S. 365.

²⁵ Bundesgesetz über die politischen Rechte, SR 161.1.

²⁶ BGE 125 I 21 E. 3d/dd S. 33; 123 I 97 E. 4b S. 105; THOMAS POLEDNA, Wahlrechtsgrundsätze und kantonale Parlamentswahlen, Zürich 1988, S. 26.

überwiegenden öffentlichen Interesse entspricht und verhältnismässig ist²⁷.

Die Durchführung eines *gesetzlichen Wahl- und Abstimmungsverfahrens* ist ein Hauptanliegen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit. Dazu gehört die rechtzeitige und korrekte Ankündigung zwecks Vorbereitung der Stimmberechtigten auf den bevorstehenden Umengang. Die in den einschlägigen Erlassen statuierten Zustellfristen sind beim Versand der Abstimmungsunterlagen zu beachten²⁸. Die Öffnungszeiten der Stimmlokale sind strikt einzuhalten²⁹. Erfassung und Auszählung der abgegebenen Stimmen sowie die nötigen mathematischen Operationen müssen korrekt erfolgen. Das gemäss milizdemokratischem Prinzip von Stimmbürgern (pflicht-)besetzte Wahlbüro" dient dabei als institutionelle Sicherung und Kontrollorgan. Es sind die Stimmbürger selbst, die durch eigene Erfahrung für die Korrektheit des Wahl- und Abstimmungsvorgangs sorgen. Bestehen Verdachtsgründe einer mangelhaften Ermittlung des Wahl- oder Abstimmungsergebnisses, kann die zuständige kantonale Aufsichtsbehörde (in der Regel der Regierungsrat) von Amtes wegen eine Nachkontrolle anordnen³¹. Der blosser Hinweis auf ein knappes Abstimmungsresultat vermag allgemein keinen Anspruch auf Nachzählung zu begründen. Häufig werden jedoch knappe Ergebnisse von Amtes wegen nachgezählt³².

Das *Stimmegeheimnis* beinhaltet das Recht des Stimmberechtigten, seine Stimme abzugeben, ohne dass Dritte von deren Inhalt Kenntnis erlangen. Einflussnahmen auf den wirklichen und freien Willen des Stimmbürgers mittels Einschüchterungen oder sonstigen Manipulationsversuchen sollen damit verhindert werden³³. Praktische Folgerung des Stimmegeheimnisses

²⁷ BGE 125 I 21 E. 3d/dd S. 33 (limer Wahlchanceninitiative); BGE 123 I 152 E. 7 und 8 S. 169 ff. (Solithurner Quotenureil).

²⁸ Art. 11 Abs. 3 BPR für Abstimmungen auf Bundesebene. Vgl. ferner BGE 104 Ia 236 E. 2c S. 239 f. und BB1 2000 2357 ff.

²⁹ Entscheid des Zuger Regierungsrates vom 4. Juni 1996, ZB1 1997, S. 253; Entscheid des Aargauischen Departements des Innern vom 6. Februar 1992, AGVE 1992, S. 483 ff.

³⁰ Das Amt unterliegt in aller Regel dem Amtszwang, vgl. ANDREAS KLEY, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989, S. 198 f.

³¹ BGE 101 Ia 238 E. 4 S. 244 f.

³² Vgl. etwa § 150 Abs. 1 des Luzernerischen Stimmrechtsgesetzes (SRL 010); Art. 39 des St. Gallischen Gesetzes über die Urnenabstimmungen (sGS 125.3); § 79 des Basel-Städtischen Wahlgesetzes (SG 132.100).

³³ BGE 98 Ia 602 E. 8 S. 610.

ist unter anderem, dass das Gemeinwesen für eine geeignete Einrichtung der Wahllokale zu sorgen hat³⁴, sich die Stimmzettel äusserlich nicht unterscheiden dürfen und einmal eingereichte Unterschriftenlisten einer Volksinitiative oder eines Referendums nicht wieder herausgegeben werden und auch nicht eingesehen werden können (Art. 64 Abs. 2, Art. 71 Abs. 2 BRP)³⁵. Dem Stimmgeheimnis ist überdies bei der Auszählung der Stimmen Rechnung zu tragen. Das öffentliche Versammlungssystem, wie es namentlich in Landsgemeindekantonen und an Gemeindeversammlungen verbreitet ist, wird durch das Bundesgericht — wenn auch nicht ohne Bedenken — geschützt³⁶. Art. 8 Abs. 1 BPR verpflichtet die Kantone, ein einfaches System der brieflichen Stimmabgabe einzurichten und Bestimmungen zur Sicherstellung des Stimmgeheimnisses zu erlassen. Dabei ist ein Ausgleich zu schaffen zwischen dem Schutz einer geheimen Stimmabgabe und der Möglichkeit von Kontrollen der Stimmberechtigung, was nur mittels Identifizierung der Stimmenden nachgeprüft werden kann³⁷. Strafrechtlichen Schutz erfert das Stimmgeheimnis durch Art. 283 StGB.

III. Gerichtliche Durchsetzung der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Die Art. 77-82 BPR regeln den Rechtsschutz bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen mit dem Zweck der Einhaltung eines rechtmässigen Verfahrens. Der Zugang zum Bundesgericht bleibt dem Stimm- und Wahlberechtigten indes in den meisten Fällen verschlossen. Stattdessen werden dem National- und dem Bundesrat — in systemwidriger Weise —

³⁴ BGE 98 Ia 602 E. 10b S. 613.

³⁵ Die bundesgerichtliche Auffassung (BGE 98 Ib 289 E. 4g S. 296), Wahlvorschläge würden nicht vom Stimmgeheimnis erfasst, vermag nicht zu überzeugen, vgl. HANGARTNER/KLEY (Anm. 8), N. 2575.

³⁶ BGE 121 I 138 E. 4a S. 143 und E. 5d S. 149. Mit Blick auf das öffentliche Versammlungssystem hat die Schweiz zu Art. 25 lit. b des UNO-Paktes II einen Vorbehalt angebracht (Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, AS 1993 748) und das Zusatzprotokoll I zur EMRK nicht unterzeichnet (vgl. auch Anm. 3 hiervor).

³⁷ BGE 121 I 187 E. 3 S. 190 ff.

Rechtsprechungskompetenzen zuerkannt. Der im Zuge der Justizreform³⁸ eingefügte Art. 189 Abs. 1 lit. f BV verlangt neu eine Beurteilung des Bundesgerichts bei Streitigkeiten wegen Verletzung von eidgenössischen Bestimmungen über die politischen Rechte. Damit wird unter Vorbehalt von Art. 189 Abs. 4 BV der Beschwerdeweg ans Bundesgericht geöffnet. Nach einer entsprechenden Umsetzung im Bundesgesetz über die politischen Rechte könnten Un-/Gültigerklärungen von Initiativen durch die Bundesversammlung (Art. 139 Abs. 3 BV) oder Abstimmungserläuterungen des Bundesrates (Art. 11 Abs. 2 BPR) einer höchstrichterlichen Kontrolle zugeführt werden. Diese längstens angezeigte Verwirklichung der vorgesehenen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) wurde jedoch auch bei jüngsten Revisionen des BPR aufgeschoben³⁹. Der Entwurf zu einem Bundesgerichtsgesetz⁴⁰ bringt wesentliche, aber immer noch nicht genügende Verbesserungen, da er das Bundesgericht an Stelle des Nationalrates und des Bundesrates als letzte Rechtsprechungsinstanz einsetzt, soweit die Kantonsregierung nach Art. 77 Abs. 1 BPR zuständig ist. Demnach bleibt die Ungültigerklärung von Volksinitiativen weiterhin der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entzogen⁴¹; bei den Abstimmungserläuterungen des Bundesrates ist die Sachlage unklar⁴².

Nach Ausschöpfung der kantonalen Rechtsmittel kann mit Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG das Bundesgericht angerufen werden, soweit um Rechtsschutz bei kantonalen Wahlen und Abstimmungen

³⁸ Ein Inkrafttreten der neuen BV-Bestimmungen ist zusammen mit der Ausführungsgebung (Bundesgerichtsgesetz) geplant.

³⁹ BB1 2002 4383 ff.

⁴⁰ Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BB1 2001 4202 ff.

⁴¹ Vgl. Botschaft (Anm. 40), S. 4328.

⁴² Die eben beschriebene Änderung könnte bei einer anderen Interpretation von Art. 77 Abs. 1 lit. b BPR („Unregelmässigkeiten bei Abstimmungen“) dazu führen, dass eine Kantonsregierung sich für diese Rüge zuständig erachtet, womit der Rechtsweg an das Bundesgericht geöffnet wäre. Allerdings hielt der Bundesrat bisher die Kantonsregierungen nicht zur Beurteilung der Erläuterungen nach Art. 11 Abs. 2 BPR zuständig und schützte entsprechende Nichteintretensentscheide mit Zustimmung des Bundesgerichts: Vgl. BGE vom 3. Februar 1992, 1P.48/1992, ZB1 1992, S. 308 ff., E. 4b (S. 310); Entscheid des Bundesrates vom 9. Mai 1979, VPB 1980 Nr. 2, S. 27 ff., E. 11.2 (S. 28). Der Bundesrat verteidigte diese Praxis im Entscheid vom 17. Mai 2000 i.S. E. und Cons. nachdrücklich, vgl. VPB 2000 Nr. 101, S. 1076 f.

ersucht wird⁴³. Mit dem Stimm- und Wahlrecht übt der Stimmberechtigte nicht nur ein Individualrecht, sondern gleichzeitig eine Organkompetenz aus. Entsprechend weit gefasst ist die Legitimation zur Stimmrechtsbeschwerde⁴⁴. Die Zulässigkeit der Rüge einer Verletzung von kantonalem Gesetzesrecht, welches Inhalt und Umfang der politischen Rechte normiert oder damit in Zusammenhang steht⁴⁵, unterstreicht die Wirksamkeit des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde. Bejaht das Bundesgericht eine unzulässige Beeinträchtigung der freien Willensbildung oder der unverfälschten Stimmabgabe, wird das Ergebnis des Wahl- oder Abstimmungsergebnisses nur dann aufgehoben, „wenn der festgestellte Mangel das Abstimmungsergebnis mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beeinflusst hat. Namentlich wird auf die Schwere des festgestellten Mangels und dessen Bedeutung im Rahmen der gesamten Abstimmung sowie auf die Grösse des Stimmenunterschiedes abgestellt. Erscheint die Möglichkeit, dass die Abstimmung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, als derart gering, dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht fällt, so wird von der Aufhebung des Umengangs abgesehen“⁴⁶.

IV. Ausgewählte Problemkreise des eVoting aus verfassungsrechtlicher Sicht

1. Einleitung

Die Ausübung der politischen Rechte bleibt von den Errungenschaften der Informationstechnologie nicht länger unberührt. Ein neu im Bundesgesetz über die politischen Rechte eingefügter Art. 8a⁴⁷ ermöglicht interessierten Kantonen und Gemeinden, *Pilotversuche zur elektronischen Stimmabgabe*

⁴³ Vgl. zum Ganzen WALTER KÄLIN, Das Verfahren der Staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 97 ff.; CHRISTOPH HILLER, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zürich 1990.

⁴⁴ BGE 116 Ia 359 E. 3b S. 364 f.; 99 Ia 724 E. 1 S. 730.

⁴⁵ BGE 123 I 175 E. 2d S. 178 ff.

⁴⁶ BGE 119 Ia 271 E. 7a S. 281.

⁴⁷ BB12002 4383 ff., vgl. Anm. 11. Vgl. die neuen Art. 12 Abs. 3, 38 Abs. 5, 49 Abs. 3, 60a und 69a der Referendumsvorlage BPR.

be⁴⁸ durchzuführen. Da die Einzelheiten vom Bundesrat und von den mit dem eVoting experimentierenden Kantonen zu regeln sind, handelt es sich hinsichtlich der elektronischen Stimmabgabe um einen reinen Delegationserlass. Doch gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. a BV ist „die Ausübung der politischen Rechte“ durch Bundesgesetz zu regeln; die Bundesverfassung macht hier keine Ausnahme für Versuche. Angesichts der Wichtigkeit des Abstimmungsverfahrens müssten auch blosser Versuche gesetzlich geregelt werden. Mit dem vorliegenden Delegationserlass für Versuche wollte man einen Mittelweg beschreiten, da der Bundesgesetzgeber mit den Art. 5 Abs. 3 und 8a BPR den Versuchen zum eVoting wenigstens zustimmt.

Am weitesten fortgeschrittene Pilotprojekte bestehen in den Kantonen Neuenburg, Zürich und Genf. Nach einer sorgfältigen Analyse der dabei gewonnenen Erkenntnisse obliegt es dem Bundesgesetzgeber, in einem referendumsfähigen Erlass über die definitive Einführung von eVoting zu befinden. eVoting soll herkömmliche Verfahren wie Urnengang und briefliche Stimmabgabe ergänzen, nicht jedoch verdrängen. Dessen ungeachtet stünde mangelndes Vertrauen von Stimmbürgern, die weiterhin ihre Stimme persönlich an der Urne oder im Korrespondenzverfahren abgeben wollen, einer Einführung von eVoting entgegen. Ein Wahl- oder Abstimmungsergebnis ist erst dann hinreichend legitimiert, wenn die Gesamtheit des Stimmvolkes sämtliche Modalitäten der Willensäußerung gutheisse.

⁴⁸ Eine Auslegeordnung über staatspolitische, rechtliche und technische Grundlagen bietet der Bericht des Bundesrates über den Vote électronique vom 9. Januar 2002, in: BB1 2002 645 ff. Vgl. ferner ANDREAS AUER/ALEXANDER TRECHSEL, Voter par Internet? Le projet eVoting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique, Basel 2001; ANDREAS AUER/NICOLAS VON ARX, La légitimité des procédures de vote: les défis du eVoting, AJP 2002, S. 491 ff.; ANDREAS KLEY/BERNHARD RÜTSCHKE, eVoting aus Sicht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit — Verfassungsrechtliche Bedeutung einer neuen Technik, in: THOMAS KOLLER/HANNA MURALT MÜLLER (Hrsg.), Tagung 2001 für Informatikrecht, Bern 2002, S. 255 ff.; ANDREAS AUER, Problèmes constitutionnels du eVoting, in: THOMAS KOLLER/HANNA MURALT MÜLLER (Hrsg.), Tagung 2001 für Informatikrecht, Bern 2002, S. 245 ff.

⁴⁹ Vgl. Art. 8a Abs. 4 sowie die je gleichlautenden Art. 12 Abs. 3 = Art. 38 Abs. 5 = Art. 49 Abs. 3 BPR (Referendumsvorlage gemäss Anm. 11).

⁵⁰ Vgl. auch AUER/VON ARX (Anm. 48), S. 498.

Das Projekt wirft eine Reihe von technischen⁵¹, juristischen und politologischen⁵² Fragen auf. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen zwei zentrale Forderungen: eVoting bedarf einer formellgesetzlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 1 lit. a BV)⁵³ und der Anspruch auf unverfälschte Willenskundgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) muss vollumfänglich gewährleistet bleiben. Art. 34 Abs. 2 BV und die dazugehörigen Schutzgehalte setzen zahlreiche Vorgaben⁵⁴, denen mittels formellgesetzlicher Regelung bei einer Einführung von eVoting Rechnung zu tragen ist. Ein Rückgriff auf die Grundsätze, wie sie für herkömmliche Wahl- und Abstimmungsverfahren (Urnengang, briefliche Stimmabgabe, Landsgemeinde) entwickelt wurden, ist angesichts zahlreicher Besonderheiten der elektronischen Stimmabgabe nur beschränkt möglich.

Die Bedeutung *politischer Information und Propaganda* seitens der Behörden und von Privaten per Internet wird bei Einführung von eVoting zunehmen⁵⁵. Deren Zulässigkeit ist weiterhin an den durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu messen.

Nach einleitenden Bemerkungen zum Aspekt der Sicherheit der Datenübermittlung und der Datenverarbeitung (Ziff. 2.) sollen nachfolgend (Ziff. 3.-5.) ausgewählte Probleme dargestellt werden.

⁵¹ Vgl. die Bibliographie in der Beilage 1 zum Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Anm. 48) sowie die dazugehörigen Beilagen 4 (Identifikationsproblematik) sowie 6 und 7 (Bedrohungspotential und Sicherheitsmassnahmen), auf: <http://e-gov.admin.ch/vote/index.html>; BEAT MÜLLER, 'Voter par Internet?' — ein paar Bemerkungen, auf: <http://www.ife.ee.ethz.ch/~zosh/dd/vpi.html>; <http://www.linuxgull.ch/evote>; I-vote Report. Chancen, Möglichkeiten und Gefahren der Internetwahl, Osnabrück 2002, auf: <http://www.i-vote.de/download/Kurzfassung.pdf>; Voting — What is, what could be, in: Report of the Caltech-MIT Voting Technology Project, Juli 2001, auf: <http://www.vote.caltech.edu/Reports/index.html>.

⁵² WOLF LINDER, Gutachten zum eVoting, Bern 2001 und DERS., Das eVoting fordert die Demokratie heraus, in: NZZ vom 15. Mai 2002, Nr. 110, S. 17; CHRISTOPH BIEBER, eVoting und Interaktivität. Zur Rahmung elektronischer Prozesse, Giessen 2001, auf: <http://e-gov.admin.ch/vote/index.html>; AUER/TRECHSEL (Anm. 48), S. 5-73.

⁵³ Eingehend AUER/TRECHSEL (Anm. 48), S. 80 ff.

⁵⁴ KLEY/RÜTSCHKE (Anm. 48), S. 265 ff.; AUER/TRECHSEL (Anm. 48), S. 92.

⁵⁵ KLEY/RÜTSCHKE (Anm. 48), S. 274 f.

2. Korrekte Datenabgabe, -übermittlung, -aufbewahrung und Ergebnisermittlung; Stimmgeheimnis

Bei der elektronischen Stimmabgabe ist für eine Vielzahl von Verfahrensschritten der Gesichtspunkt der Sicherheit dominierend. Das betrifft den Transport der Stimmdatei per Internet (Verschlüsselungstechnik), die Kontrolle der Stimmberechtigung (Identifikation, Authentizität), die Gefahr von Hackerangriffen auf gespeicherte Stimmdatei, den Virenschutz, die Verhinderung doppelter Stimmabgabe und die Vermeidung von Datenverlusten, die Zugriffsberechtigung, den Zählvorgang u.a.m. (Integrität). Auch die Verfügbarkeit, d.h. das rechtzeitige Eintreffen der jeweiligen eVotes im Computersystem muss gesichert sein. Wie kann sichergestellt werden, dass alle nach 'Urnenanschliessung' eingehenden Stimmen als verspätet anzusehen sind? Sie wurden möglicherweise rechtzeitig abgesandt. Die Chancen von eVoting sind eng mit der Frage verknüpft, ob die mannigfaltigen Sicherheitsanforderungen erfüllt werden können.

Die Kritik aus Informatikerkreisen ist teilweise eindringlich: „C'est la première fois que les politiciens soutiennent une innovation scientifique que les techniciens condamnent. On assiste aujourd'hui à une véritable inversion des rôles“⁵⁶. Die Natur von Internet und Computern lege „gewisse Eigenschaften der elektronischen Stimmabgabe fest, die nicht abänderbar sind. Diese Tatsachen sprechen dafür, die Übung abzubrechen“⁵⁷. Ausländische Stimmen sind nicht zuversichtlicher: „A secure Internet voting system is theoretically possible, but it would be the first secure networked application ever created in the history of computers“⁵⁸. Eine vom Kanton Genf eingesetzte Expertengruppe legt in ihrem Schlussbericht dar, das Hauptsicherheitsproblem liege ausserhalb des staatlichen Kontrollbereichs, nämlich beim Verhalten des einzelnen elektronisch stimmenden Bürgers sowie der Struktur des Internets⁵⁹. Gegenüber der Bestellung von

⁵⁶ GILBERT ROBERT, auf:

http://www.lecourrier.ch/essai.htm?/Selection/se12002_124.htm.

⁵⁷ MÜLLER (Anm. 51), Ziff. 6.

⁵⁸ BRUCE SCHNEIER, Voting and Technology, auf: <http://www.counterpane.com/program-0012.html>; vgl. auch REBECCA MERCURI'S Statement on Electronic Voting, auf: <http://www.notablesoftware.com/RMstatement.html>.

⁵⁹ Rapport du Comité Sécurité sur l'application de vote par Internet vom 28. Januar 2002, S. 4, auf: http://www.geneve.ch/chancellerie/E-Government/doc/rapport_securite_internet.pdf.

Konsumgütern oder der Abwicklung von Banktransaktionen per Internet (eCommerce)⁶⁰ führt die elektronische Stimmabgabe zu weiteren Problemen. Infolge Geltung des Stimmgeheimnisses muss beim eVoting eine Rückverfolgbarkeit der Aktionen ausgeschlossen werden. Der Stimmbürger hat demzufolge kaum Möglichkeiten, zu überprüfen, ob seine Stimme auch wirklich angekommen, gezählt, nicht geändert oder gar gelöscht wurde⁶¹. Es muss die unumstößliche Gewissheit bestehen, dass die Daten von Dritten weder manipuliert noch eingesehen werden können. Die Informationssicherheit (Integrität, Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Authentizität) ist zwar ein informationstechnologisches Problem. Dessen Lösung kann aber nicht einfach an die Spezialisten der Informatik- und Kommunikationstechnologie delegiert werden. Ist nämlich die Informationssicherheit nicht gewährleistet, wie das auch die Genfer Expertengruppe Offen zugibt, so sind die entsprechenden staatsrechtlichen (und nicht technologischen) Schlüsse daraus zu ziehen: Das störungs- und manipulieranfällige Internet ist für Abstimmungen und Wahlen ein ungeeignetes Übertragungsmedium und vermag den Anforderungen von Art. 34 Abs. 2 BV nicht zu genügen.

3. Verschiebung von Kompetenzen des Wahlbüros in Expertenkreise

Das mit der Auszählung von Stimmen betraute kommunale Wahl- oder Stimmbüro ist Garant für den korrekten Ablauf der Wahl oder Abstimmung. Der Zählvorgang erfolgt unter gegenseitiger physischer Kontrolle. Häufig nach Parteienproporz zusammengesetzt und unabhängig von der Verwaltung im engeren Sinne, genießt das politisch repräsentative Kontrollorgan ein hohes Mass an Vertrauen⁶². Beim eVoting sind diese Auf-

⁶⁰ eCommerce ist weitaus problematischer, als man dies gemeinhin annimmt, vgl. FRANK HARTMANN, Wirtschaftskriminalität im Internet. Geschäftsrisiken durch Computermissbrauch und Datenspionage, Köln: Deutscher Wirtschaftsdienst 2001. Dazu kommt noch, dass die grossen Banken und Versicherungen ihre elektronischen Portale schliessen, der eCommerce hat sich bis heute ökonomisch kaum lohnt.

⁶¹ Rapport du Comité Sécurité sur l'application de vote par Internet vom 28. Januar 2002 (Anm. 59), S. 6; MÜLLER (Anm. 51), Ziff. 4.8; BRUCE SCHNEIER, Internet Voting vs. Large-Value e-Commerce, auf: <http://www.counterpane.com/crypto-gram-0102.html>; Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Anm. 48), S. 670.

⁶² HANGARTNER/KLEY (Anm. 8), N. 163.

gaben wenigen Fachleuten privater Unternehmungen delegiert, da der Staat und der Durchschnittsbürger selbst kaum über genügende Kompetenz in Informatik- und Kommunikationstechnologie verfügen.

Unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten ist eine derartige Übertragung öffentlicher Aufgaben denkbar⁶³. Um aber auch den Anforderungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit zu genügen, müssen mit einer Vielzahl von Kautelen der ausserordentliche Verantwortungsbereich zugriffsberechtigter Fachleute sowie die staatlichen Aufsichtsbefugnisse normiert werden. Selbst bei Verwendung von Software, deren Quellcode eingesehen werden kann (Open-Source-Programme)⁶⁴, verbleiben der Stimmbürgerschaft im Vergleich zu herkömmlichen Wahl- und Abstimmungsverfahren nur minimale und lediglich indirekte Kontrollmöglichkeiten, da die Interpretation technischer Vorgänge wiederum nur durch Fachleute zu bewerkstelligen ist. Der Staat müsste gestützt auf Vorschläge der politischen Akteure (Parteien, Initiativ- und Referendumskomitees) mehrere unabhängige Experten benennen, die den Wahl- oder Abstimmungsvorgang überwachen⁶⁵. Die mit dem eVoting einhergehende gewichtige Verschiebung von Kompetenzen des Wahlbüros in Expertenkreise ist demokratisch gesehen äusserst fragwürdig. Denn mit der elektronischen Auszählung von Stimmen ist eine kleine Gruppe befasst; die Öffentlichkeit ist von diesen Vorgängen schlicht ausgeschlossen.

4. Nachzählung

Nach Auszählung der Stimmen wird das Ergebnis in einem Protokoll (Verbalprozess) festgehalten. Stimmzettel müssen bis zum Zeitpunkt der Erhaltung aufbewahrt werden (Art. 14 Abs. 1 und 3 BPR). Urnenabstimmungen lassen sich infolge dieser Archivierungspflicht leicht nachprüfen. Die Nachzählung muss sich auf alle Punkte erstrecken, welche die korrekte Ermittlung des Ergebnisses in Frage stellen. Dazu gehört na-

⁶³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, N. 1509.

⁶⁴ MÜLLER (Anm. 51), Ziff. 4.2; Rapport du Comité Sécurité sur l'application de vote par Internet vom 28. Januar 2002 (Anm. 59), S. 9. AUER/VON ARX (Anm. 48), S. 495; Offener Brief der Groupe des Utilisateurs Linux du Léman vom 28. Mai 2001, auf: <http://www.linux-gull.ch/evote/evote-gull.html>; Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Anm. 48), S. 670.

⁶⁵ AUER/VON ARX (Anm. 48), S. 497.

mentlich die Verwechslung von Ja- und Nein-Stimmen sowie das fehlerhafte Auszählen⁶⁶.

Eine Nachzählung wird durchgeführt, wenn der Aufsichtsbehörde in Wahl- und Abstimmungssachen hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, die auf einen Verfahrensmangel schliessen lassen. Wurden die Stimmzettel vorschriftswidrig vernichtet, so ist an Stelle der unmöglichen Nachzählung nunmehr die Wiederholung der Abstimmung oder Wahl anzuordnen. Im Verfahren der elektronischen Stimmabgabe ist unklar, welche Argumente formuliert oder Belege genannt werden müssen, damit eine Nachzählung erwirkt werden kann. Jegliche Leitlinien fehlen. Denkbar wäre beispielsweise, dass das Stimmenverhältnis zwischen den elektronisch und den traditionell Stimmenden weit auseinander fällt. Ist in solchen Fällen eine Nachzählung durchzuführen⁶⁸?

Nach dem Beschluss, eine Nachzählung durchzuführen, bleibt offen, auf welche Weise dies erfolgen soll, denn beim eVoting bleiben die Stimmkarten nicht mehr in der Form von Stimmzetteln sondern auf Festplatten oder anderen elektronischen Speichermedien registriert. Wiederum mit dem Defizit fehlender gegenseitiger Kontrolle wird eine computergestützte Nachzählung innert kürzester Zeit das ursprüngliche Ergebnis bestätigen oder ein neues liefern. Ob dem Stimmvolk damit die Gewissheit verschafft würde, es handle sich nunmehr um das „richtige“ Resultat, ist fraglich. Aus Gründen der Ausfallsicherheit ist der Einsatz mehrerer Server unabdingbar. Schwierigkeiten könnten entstehen, wenn die Nachzählung trotz laufender Synchronisation eine Inkonsistenz der Datenbestände ergibt. Eine Wiederholung der Wahl oder Abstimmung wäre in solchen Fällen kaum mehr vermeidbar⁶⁹.

5. Folgen der durch eVoting bewirkten Zentralisierung

Ein Wahl- oder Abstimmungsergebnis muss und kann auch nicht absolut genau sein. So sind entsprechende Nachteile des öffentlichen Versammlungssystems bundesgerichtlich gebilligt. Freilich geschah dies in Würdi-

⁶⁶ HANGARTNER/KLEY (Anm. 8), N. 2557; BGE 101 Ia 238 ff.

⁶⁷ Beispiel: BGE 114 Ia 42 (Thurgauer Kantonsverfassung).

⁶⁸ MÜLLER (Anm. 51), Ziff. 4.9.

⁶⁹ Vgl. auch MÜLLER (Anm. 51), Ziff. 4.1 und 4.9; Bericht des Bundesrates über den Vote électronique (Anm. 48), S. 660 f. und 665.

gung der Tradition dieses Verfahrens und der zahlreichen Vorteile (Unmittelbarkeit, Bürger- und Behördennähe), die nach einer Gesamtbeurteilung für dessen Bewahrung sprechen⁷⁰. Auch beim Urnengang und der brieflichen Stimmabgabe ist eine hundertprozentige Verfahrensgenauigkeit und -sicherheit illusorisch. Eine solche einzig für eVoting zu fordern wäre inkonsequent. Vor allem beim Urnensystem und der brieflichen Stimmabgabe kann aber die Fehlerquote kraft dezentraler Organisation (kommunale Wahlbüros) und Einbezug einer Vielzahl von Kontrollpersonen aus den Reihen der Stimmpersonschaft klein gehalten werden. Die dezentrale Organisation ist ein wirksamer Schutz gegenüber breit angelegten Fälschungs- oder Manipulationsversuchen. Demgegenüber dürfte ein Verfahren der elektronischen Stimmabgabe infolge der Zentralisierung der Verantwortung auf wenige Personen erheblich fälschungsanfälliger sein. Mit geringem Aufwand können Zugriffsberechtigte oder Dritte (Hacker, Cracker, Phreaker, Sneaker usw.) die Fehlerquote in beliebigem Umfang beeinflussen⁷¹. Diese systemimmanente Missbrauchs- und Fehleranfälligkeit wird kaum durch die Vorteile des eVotings (Erleichterung der Stimmabgabe, behauptete Erhöhung der Stimmbeteiligung, Verringerung des Auszählungsaufwands, fragliche Kostensenkung u.a.m.) aufgewogen. Da die Glaubwürdigkeit der Demokratie auf dem Spiel steht, ist das Internet als Kommunikationsweg für demokratische Abstimmungen und Wahlen ungeeignet. U.E. vermag das eVoting heute den Anforderungen von Art. 34 Abs. 2 BV nicht zu genügen.

6. Zusätzliche Probleme des eVoting bei Wahlen

In den diskutierten Projekten, aber auch im Versuchsartikel des Art. 8a BPR⁷², wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass eVoting bei Sachabstimmungen und Wahlen Anwendung finden soll. Der Bundesrat schlägt in seinem Bericht über den vote électronique⁷³ eine Etappierung vor. Nach der Harmonisierung der Stimmregister sollen zunächst elektronische Sachabstimmungen ermöglicht werden. Anschliessend erst soll es

⁷⁰ BGE 121 I 138 E. 4a S. 143 f.

⁷¹ Art. 143^{bis} StGB („Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem“) erweist sich angesichts der Internationalität des Phänomens als ziemlich stumpfe Waffe dagegen.

⁷² Vgl. Anm. 11.

⁷³ Vgl. Anm. 48, insb. S. 648.

zu elektronischen Wahlen kommen. Später soll dann auch die elektronische Unterzeichnung von Initiativen und Referenden sowie von Wahlvorschlägen möglich werden. Eigenartigerweise werden die Komplikationen eines eVotings bei Wahlen überhaupt nicht behandelt. Die an sich schon ziemlich komplex ablaufenden Proporzahlen für die Parlamente, und auch die etwas einfacheren Gesamterneuerungswahlen nach dem Majorzprinzip stellen für die Informations- und Kommunikationstechnologie eine nicht zu bewältigende und mit der blossen Ja-/Nein-Alternative bei Sachabstimmungen unvergleichbar schwierigere Herausforderung dar. Das zeigen die folgenden wichtigen Fragen: Wer entscheidet über die Gültigkeit einer Stimmabgabe, wenn Namen falsch geschrieben werden? Wie werden Berichtigungen fehlerhaft geschriebener Namen protokolliert? Wer entscheidet darüber, wenn Regeln des Wahlverfahrens (z.B. betreffend Panaschieren und Kumulieren) verletzt werden? Wie kann eine Proporzwahl mit mehreren tausend Kandidierenden noch übersichtlich und vertrauenswürdig elektronisch organisiert werden? Wer ist berechtigt, eine Computerpanne, die angesichts der Komplexität des Vorgangs nie auszuschliessen ist, zu beheben? Wie kann verhindert werden, dass nicht die Fachleute, sondern nach wie vor das Volk den Ausgang der Wahl bestimmen? Es ist unvorstellbar, dass der Computer diese Aufgaben lösen kann⁷⁴. Es werden wiederum Menschen, nämlich die entsprechenden Fachleute, mit diesem Hilfsmittel umgehen, d.h. es ist nicht zu vermeiden, dass ein eng begrenzter Kreis von Fachleuten über die Bewertung und Auswertung der Stimmen entscheidet. Allein schon diese Situation der Unöffentlichkeit ist der Vorstellung der Demokratie diametral entgegengesetzt: Die Verfahren der Demokratie sind zwingend auf Öffentlichkeit angewiesen.

⁷⁴ Nach der ersten Euphorie über die elektronische Datenverarbeitung in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts sollte die Vorstellung des „kalkulierenden Juristen“ bzw. der Jurimetrics schon längst begraben sein, vgl. dazu genauer ANDREAS KLEY, Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung, Zürich 1995, S. 172 und Anm. 99.

V. Schlussfolgerungen

1. Jede Form des eVotings hat sich an der Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV auszurichten. Dabei spielt insbesondere deren Teilgehalt als Anspruch auf eine korrekte Durchführung von Wahlen und Abstimmungen eine grosse Rolle (IV.1).
2. Die Datensicherheit und die korrekte, unverfälschte Ergebnisermittlung ist zwar eine informations- und kommunikationstechnologische Aufgabe. Sie kann aber nicht einfach an die Spezialisten der Informatik- und Kommunikationstechnologie delegiert werden. Ist die technologische Datensicherheit nicht ganz gewährleistet, so hat das für die rechtliche Beurteilung des eVotings vor dem Hintergrund des Art. 34 Abs. 2 BV grösste Bedeutung (IV.2).
3. Der aktuelle Stand der Informations- und Kommunikationstechnologie erlaubt keine geheime und sichere Übermittlung der Daten durch die elektronisch Stimmenden, zumal das Netz instabil ist und leicht gestört werden kann, wie prominente Beispiele belegen. Das eVoting lässt sich gerade nicht mit dem eCommerce vergleichen, weil dieses auf der Identifizierung und Authentifizierung der Teilnehmer und der Rückverfolgbarkeit der Handlungen beruht. Das eVoting muss geheim und der Stimmende anonym bleiben. Aus diesem Grunde bedeutet die Machbarkeit des eCommerce nicht notwendigerweise auch die Machbarkeit des eVoting. Die Techniken, die gerade den eCommerce ermöglichen (die Rückverfolgbarkeit der Aktionen), verhindern, dass eVoting ohne Verletzung des Stimmgeheimnisses realisiert werden kann (IV.2).
4. Das eVoting verunmöglicht eine dezentrale Kontrolle der Stimmabgabe, der Stimmenaufbewahrung und der Stimmenauszählung durch die lokalen Stimmbüros, die gemäss dem Milizprinzip aus dem Kreis der Stimmbürger bestellt werden. Gerade dadurch wird die Anschaulichkeit und Korrektheit des Stimmverfahrens erleb- und nachvollziehbar. Beim eVoting wird das gesamte Abstimmungsverfahren in die Hand eines zentral organisierten Expertengremiums von Informatikern und Kommunikationstechnologen gelegt, denen die Stimmbürger schlicht „vertrauen“ oder „glauben“ müssen. Setzt man das grundsätzliche Vertrauen der Stimmbürger in das eVoting voraus, so wird ein einziger und infolge der technischen Gegebenheiten leicht möglicher Betrugsfall dieses Vertrauen bleibend zerstören. Das eVoting kann den Anforderungen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV nicht genügen (IV.3-5).

5. Das eVoting wird als Ergänzung zur Brief- und Urnenwahl angeboten (IV.1). Da es wenig vertrauenswürdige Ergebnisse liefert, zieht das gesamte Abstimmungsverfahren diesen Makel auf sich. Als Ergänzung vermag das eVoting ferner auch die Kosten nicht zu verringern, weil die Einrichtung und Wartung der zusätzlichen Computer-Infrastruktur teuer ist, umgekehrt aber kein Papier eingespart wird, da ja alle Stimmbürger weiterhin und sogar mit zusätzlichem Papier bedient werden. Es ist ferner eine unsichere Hoffnung, ob das eVoting auf Dauer die Stimmbeteiligung zu heben vermag. Schliesslich ist die Herbeiführung „schneller“ Abstimmungen („Instant-Demokratie“) politisch gar nicht wünschbar.

6. Solite das eVoting namentlich für Proporzahlen angewandt werden, so stellen sich angesichts der Komplexität und der Manipulieranfälligkeit dieses Vorgangs zusätzliche und unlösbare Probleme (IV.6).

7. Die derzeit ermöglichten Pilotversuche werden von einer ungenügenden Rechtspflege begleitet (III). Der Anstoss zum eVoting ist zwar vom Parlament gekommen. Es sind allerdings die Verwaltung und der Bundesrat, welche zunächst die Versuche zu vollziehen haben. Es ist kaum damit zu rechnen, dass im Falle eines Scheiterns dieser Versuche der als Beschwerdeinstanz zuständige Bundesrat sich selbst rügen wird.

8. ROUSSEAU schrieb über die Demokratie der Schweizer: "Wenn man beim glücklichsten Volk der Welt (...) sieht, wie Gruppen von Bauern ihre Staatsangelegenheiten unter einer Eiche erledigen und sich dabei immer wie benehmen, wie könnte man da ohne Verachtung für die Verfeinerungen anderer Nationen sein, die sich mit so viel Kunstfertigkeit und Heimlichkeit berühmt und elend machen?"⁷⁵ Die sogenannte ‚elektronische Eiche‘ setzt viel mehr und ganz anderes voraus als der elektrisch beleuchtete Weihnachtsbaum. Man darf nicht zu naiv sein und aus dem Funktionieren des elektrischen Weihnachtsbaums (eCommerce) auf das Funktionieren der elektronischen Demokratie (eOak) schliessen. Um die Worte von Rousseau zu gebrauchen: Die Schweiz braucht nicht mit der „Verfeinerung“ von eVoting voranzustürmen, die „andere Nationen“ bislang kaum kennen. Sie sollte sich nicht „mit so viel Kunstfertigkeit“ wie dem eVoting berühmt und mit dem „Heimlichkeit“ missbräuchlich han-

delnder Informatiker und Hacker „elend machen“. In andern Worten: Das eVoting kann gerade wegen der Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV nicht eingeführt werden.

⁷⁵ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, Vom Gesellschaftsvertrag (1762), aus dem Französischen von ERICH SKWARA, Frankfurt a.M./Leipzig 1996, IV.1., S. 139. Siehe dazu genauer: KLEY/RÜTSCHKE (Anm. 48), S. 255 f.