

Zeitschrift für Anwalts- und Gerichtspraxis

Das neue Bundestagswahlrecht: Ein fahrlässiger Umgang mit der Demokratie

Prof. Dr. Volker M. Haug/Prof. Dr. Arne Pautsch, Ludwigsburg*

I. Einleitung

Mit der am 17. März 2023 vom Deutschen Bundestag beschlossenen Reform des Bundestagswahlrechts und den damit verbundenen Änderungen des Bundeswahlgesetzes hat der Wahlrechtsgesetzgeber das Wahlrecht weitreichend verändert. Damit scheint die jahrelange Selbstblockade des Parlaments zwar aufgehoben; die Reform stellt jedoch die bisherigen als sicher geglaubten Bedingungen der personalisierten Verhältniswahl infrage bzw. beseitigt sie gleich ganz – und zwar unter Beibehaltung dieser Ausprägung des Wahlsystems. Die aktuelle Reform des Bundestagswahlrechts ist eine Zäsur, die eine weitreichende Abkehr von den Grundsätzen bedeutet, die bislang für die Ausgestaltung der personalisierten Verhältniswahl angesehen werden können. Dementsprechend bestehen erhebliche verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Bedenken gegen das „Modell“, das dem Gesetzentwurf der regierungstragenden Fraktionen¹ der „Ampel-Koalition“ zugrunde liegt, der in der vom Innenausschuss geänderten Fassung² mit 399 Stimmen bei 261 Gegenstimmen und 23 Enthaltungen vom Deutschen Bundestag beschlossen wurde.³

Trotz der gemeinsamen Überzeugung von der Notwendigkeit einer grundlegenden umfassenden Reform des Bundestagswahlrechts – vor allem, um ein weiteres Anwachsen der Mandate (ausgelöst durch Überhang- und Ausgleichsmandate) bzw. die Perpetuierung dieses Zustands eines „XXL-Parlaments“⁴ zu verhindern – bestand und besteht auch weiterhin im juristischen Schrifttum keineswegs Einigkeit, dass die nunmehr gefundene Lösung der „Ampel-Koalition“ der geeignete und vor allem verfassungsrechtlich tragfähige Weg sei. Einerseits wird in der aktuellen Wahlrechtsreform ein Weg gesehen, wie „der Aufblähung des Bundestages verfassungskonform entgegengewirkt werden kann“.⁵ Demgegenüber ist von anderen die Verfassungsmäßigkeit des neuen Wahlrechts – vor allem im Hinblick auf den Wahlrechtsgrundsatz der Gleichheit der Wahl – in Zweifel gezogen worden.⁶ Kritisch beurteilt wird auch die Abschaffung der so genannten Grundmandatsklausel, was zuletzt noch in die Beschlussvorlage mit den Stimmen der „Ampel-Koalition“ aufgenommen wurde: Einerseits ist von einem „ernsthaften verfassungspolitischen Fehler“⁷ zu lesen, andererseits von einem „Nachruf ohne Tränen“.⁸ Neben verfassungsrechtli-

chen Fragestellungen werden daher auch verfassungs- bzw. demokratiepolitische Gesichtspunkte bei der Schaffung des neuen Bundestagswahlrechts beleuchtet, sind doch gerade die Wahlen das zentrale Fundament der Vermittlung demokratischer Legitimation, dessen Integrationsfunktion immer wieder hervorzuheben ist.⁹

II. Das neue Wahlrecht mit Problemhintergrund

1. Anstieg der Überhangmandate und BVerfG-Vorgabe eines Ausgleichs von 2012

Der (verfassungs-)rechtliche Problemhintergrund des neuen Wahlrechts besteht in der verstärkten Entstehung von Überhangmandaten und dem durch die Wahlrechtsentscheidung des BVerfG vom 25. Juli 2012¹⁰ sowie die hierauf folgende

* Die Autoren sind Professoren für Öffentliches Recht an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg und Direktoren des dortigen Ludwigsburger Demokratie Instituts.

1 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes, BT-Drs. 20/5370.

2 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Inneres und Heimat (4. Ausschuss), BT-Drs. 20/6015.

3 Das Ergebnis der namentlichen Abstimmung ist über den Internetauftritt des Deutschen Bundestages einsehbar: <https://www.bundestag.de/parlament/plenum/abstimmung/abstimmung/?id=831> (zuletzt abgerufen am 4. August 2023).

4 Begriff etwa bei von Arnim, XXL-Parlamente: Gut für Abgeordnete und Parteien – schlecht für die Demokratie?, in: Heußner/Pautsch/Wittreck (Hrsg.), Direkte Demokratie, Festschrift für Otmar Jung, 2021, S. 289.

5 Wischmeyer, Erststimmensieger ohne Direktmandat?, JZ 2023, 105.

6 So vor allem Grzeszick, Gleichheit der Wahl und Wahlrechtssystem, NVwZ 2023, 286 (292); ablehnend ebenfalls Ruttloff/Niemann/Misztli, Die Wahlrechtsreform der Ampel-Koalition: Ein Pyrrhus-Sieg, NJOZ 2023, 512 (515).

7 Rennert, Ein ernsthafter Fehler, verfassungsblog.de vom 17. März 2023, <https://verfassungsblog.de/ein-ernsthafter-fehler/> (letzter Abruf am 4. August 2023).

8 Chr. Schönberger, Ein Nachruf ohne Tränen: Das Ende der Grundmandatsklausel, verfassungsblog.de vom 18. März 2023, <https://verfassungsblog.de/ein-nachruf-ohne-tranen/> (letzter Abruf am 4. August 2023).

9 Zur Integrationsfunktion etwa BVerfGE 6, 84 (92 f.); 24, 300 (341); 71, 81 (97); 95, 408 (418 ff.); s. auch Klein/Schwarz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 38 GG, Rn. 70.

10 BVerfGE 131, 316.

Wahlrechtsnovelle 2013¹¹ ausgelöstes Erfordernis, diese durch die Zuteilung von sog. Ausgleichsmandaten auszugleichen. Nachdem über viele Wahlperioden – genau genommen bis einschließlich der zwölften Wahlperiode (1990-1994) – das Phänomen der Entstehung von Überhangmandaten gemessen an ihrer Zahl nicht sonderlich ins Gewicht gefallen war, haben die Bundestagswahlen ab 1994 bis heute zu einem stetigen – und überaus signifikanten – Anstieg von Überhangmandaten geführt. Waren es 1990 noch sechs Überhangmandate, waren es 1994 und 2005 bereits 16 sowie 2009 schon 24, bevor 2017 mit 46 Überhangmandaten der bisherige Rekordwert erzielt wurde.¹²

Maßgeblicher Treiber ist das seit 2013 geltende Bundestagswahlrecht, das eine Reaktion auf das Wahlrechtsurteil des BVerfG vom 25. Juli 2012¹³ darstellt. In dieser Entscheidung hatte das BVerfG – mit deutlichen Vorgaben für den Wahlrechtsgesetzgeber – unter anderem die erst in der in der 17. Wahlperiode (2009-2011) unter der seinerzeitigen schwarz-gelben Regierungskoalition als Reaktion auf die vorangegangene BVerfG-Entscheidung vom 3. Juli 2008¹⁴ vorgenommene Reform des Bundestagswahlrechts¹⁵ gekippt. Insbesondere hatte das BVerfG dem Gesetzgeber 2012 konstatiert, dass der Versuch, zur Beseitigung des sog. negativen Stimmgewichts gleichwohl an Überhangmandaten ohne Ausgleich oder Verrechnung festzuhalten, verfassungswidrig ist.¹⁶ Abgesehen davon, dass die Wahlrechtsreform 2011 nicht zur (völligen) Beseitigung des negativen Stimmgewichts geführt hat, kam es zu einer folgenreichen und vielfach kritisierten¹⁷ Rechtsprechungsänderung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des Auftretens von Überhangmandaten. Das Gericht hat unter anderem die zulässige Zahl von nicht ausgeglichenen Überhangmandaten auf ca. die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten begrenzt.¹⁸ Der Wahlrechtsgesetzgeber hat daraufhin zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben mit der Novelle des BWahlG im Jahre 2013¹⁹ den Weg gewählt, alle entstandenen Überhangmandate in einem nicht unkomplizierten Verfahren durch Ausgleichsmandate zu kompensieren.²⁰ Damit wurde zwar das Problem der Proporzverzerrung durch die Überhangmandate gelöst, doch geschah dies unter Inkaufnahme des Effekts eines seit der Bundestagswahl 2013, bei der das neue Wahlrecht mit der Kompensation durch Ausgleichsmandate erstmals zur Anwendung kam, zu verzeichnenden rapiden Anwachsens der Sitzzahl im Deutschen Bundestag auf 631 (2013), dann 709 (2017) und schließlich 736 (2021).

2. Reformbemühungen zur Eindämmung des „XXL-Bundestages“

Die politische Reaktion bestand seither in dem Bemühen, die weitere Aufblähung des Bundestages zu verhindern und die wahrnehmbare Selbstblockade der Politik – immerhin sind Wahlrechtsfragen Macht(-erhalts)fragen und Entscheidungen zur Änderung des Wahlrechts damit stets Entscheidungen „in eigener Sache“ – durch eine fundamentalere Reform des BWahlG in den Griff zu bekommen. Namentlich die Initiativen der Bundestagspräsidenten *Norbert Lammert* (2013-2017) und *Wolfgang Schäuble* (2017-2021) sind insofern hervorzuheben, vermochten sich aber wegen nach wie vor bestehender Widerstände nicht durchsetzen, unter ande-

rem wegen des fortwährenden Widerstands der Unionsparteien und hier insbesondere der CSU.²¹

Noch in der 19. Wahlperiode (2017-2021) gelang es der Großen Koalition im Jahre 2020 eine – gleichwohl überschaubare – Wahlrechtsreform umzusetzen.²² Damit sollte in zwei Stufen einem weiteren Anstieg der Sitze im Bundestag durch Überhang- und Ausgleichmandate entgegengewirkt werden. In der ersten Stufe (geltend ab 2021) war vorgesehen, keinen Ausgleich für drei Überhangmandate vorzusehen, d. h. dass eine Berechnung der Sitzzahlerhöhung ohne bis zu drei Überhangmandaten und eine Verrechnung von Überhangmandaten mit bis zu 50 Prozent der Listenplätze in anderen Ländern erfolgt. Als zweite Stufe (geltend ab 2025) war eine Reduzierung der Wahlkreise von 299 auf 280 vorgesehen. Ungeachtet dessen, dass es an den mit dieser „kleinen Reform“ verfolgten Änderungen des BWahlG – vor allem im Hinblick auf die gegenüber der Reform aus dem Jahre 2013 nochmals auf eine weitere Verkomplizierung hinauslaufende Verrechnungslösung – Kritik gegeben hat (vor allem im hierzu anhängigen Verfahren beim BVerfG),²³ ist diese letzte Änderung mit der aktuellen Reform des Bundestagswahlrechts nunmehr Makulatur.

3. „Lösung“ durch das neue „Ampel“-Wahlrecht

Einen erheblich weiterreichenden Ansatz verfolgt nun die von der „Ampel-Koalition“ durchgesetzte Wahlrechtsreform, die auf zwei zentralen Neuregelungen beruht.

a) Abschaffung der Überhangmandate

Der erste dieser beiden Punkte betrifft die Abschaffung der Überhangmandate, wie dies in einem Gesetzentwurf der AfD bereits 2020 vorgeschlagen wurde.²⁴ Danach wird die Anzahl jeder von einer Partei errungenen Mandate ausschließlich durch den Zweitstimmenanteil definiert (§ 5 BWahlG). Gewinnt eine Partei in einem Bundesland mehr Direktmandate, als der Zweitstimmenanteil dieser Partei in diesem Bundesland rechnerisch zulässt, wird die überschüssende

11 Gesetz vom 3. Mai 2013 (BGBl. I, 1082).

12 <https://www.bundeswahlleiterin.de/service/glossar/u/ueberhangmandate.html> (letzter Abruf 4. August 2023).

13 BVerfGE 131, 316.

14 BVerfGE 121, 226.

15 Gesetz vom 25. November 2011 (BGBl. I, 2313).

16 BVerfGE 131, 316 (334).

17 Näher dazu *Haug*, Das Bundesverfassungsgericht als Gesetzgeber anstelle des Gesetzgebers: Ein kritischer Blick auf das Wahlrechtsurteil vom 25. Juli 2012, ZParl 2012, 658 ff.; *Di Fabio*, Systemwechsel im Gefüge der Macht?, FAZ v. 17. Mai 2023, S. 7, bedauert die Geringschätzung der Eigenständigkeit der Erststimme; zu deren Historie und Bedeutung *Wischmeyer* (Fn. 5), 105 (106 ff.).

18 BVerfGE 131, 316 (370).

19 Gesetz vom 3. Mai 2013 (BGBl. I, S. 1082).

20 Vgl. *von Arnim* (Fn. 4), S. 289 (291); *Sacksofsky*, Wahlrecht und Wahlsystem, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Hrsg.), Parlamentsrecht, § 6 Rn. 72.

21 Vgl. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung*: Bundestagspräsident – Schäuble will das Parlament verkleinern, abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/politik/bundestagspraesident-schaeuble-will-das-parlament-verkleinern-1.3976649> (letzter Abruf am 4. August 2023).

22 Gesetz vom 14. November 2020 (BGBl. I, 1482).

23 BVerfG, Beschl. v. 20. Juli 2021 – Az. 2 BvF 1/21, BeckRS 2023, 5282, Rn. 98-100; s. aber auch *Pukelsheim/Bischof*, Bundeswahlgesetz 2020 – Vom Regen in die Traufe, DVBl. 2021, 417 ff.

24 BT-Drs. 19/22894; zuvor war der Ansatz bereits im akademischen Raum vorgeschlagen worden, vgl. *Meyer*, Welche Medizin empfiehlt sich gegen einen adipösen Bundestag?, AöR 143 (2018), 521 (547 ff.).

Zahl der Direktmandate nicht zugeteilt. Rechtlich setzt dies § 6 Abs. 1 BWahlG um, indem die Zuteilung eines Direktmandats nicht nur von der Erreichung der höchsten Erststimmzahl im Wahlkreis abhängig gemacht wird, sondern außerdem (kumulativ) davon, dass der Kandidat im sogenannten „Verfahren der Zweitstimmendeckung“ zum Zug kommt. Hierfür werden die direkt gewählten Kandidaten der betroffenen Partei (pro Bundesland) entlang ihrer prozentualen Erststimmenanteile im Wahlkreis in absteigender Folge gereiht; beginnend mit den Gewählten mit dem höchsten Prozentanteil erfolgt in dieser Reihenfolge die Mandatzuteilung, bis die durch den Zweitstimmenanteil dieser Partei „gedeckte“ Mandatszahl vergeben ist (§ 6 Abs. 1 S. 2 - 4 BWahlG). Konsequenterweise sprach der ursprüngliche Gesetzentwurf der „Ampel-Koalition“ auch nicht von Erst- und Zweitstimmen, sondern von Wahlkreis- und Hauptstimmen.²⁵

Die (unecht) Gewählten, die ihren Wahlkreis mit einem geringeren Erststimmenergebnis gewonnen haben, erhalten kein (Direkt-)Mandat mehr. Genau an diesem Punkt setzt auch die Argumentation von AfD und „Ampel“-Parteien an: Die zunehmende Diversifizierung des Parteienspektrums der letzten Jahrzehnte hat dazu geführt, dass die Direktmandate nicht mehr (wie im Dreiparteisystem der alten Bundesrepublik) mit Erststimmenanteilen von 40 oder mehr Prozent gewonnen werden, sondern mit deutlich geringeren relativen Mehrheiten.²⁶ Da die Überhangmandate – wie dargestellt – in den letzten 15 Jahren deutlich zugenommen und (wegen der Karlsruher Vorgabe, diese Mandate grundsätzlich auszugleichen) zu einer nochmals erheblich höheren und zusätzlichen Zahl von Ausgleichsmandaten geführt haben, stellt die Abschaffung der Überhangmandate fraglos die wirksamste Maßnahme zur Vermeidung von ungewollten Zusatzmandaten innerhalb des bestehenden Wahlrechtssystems dar. Eine leichte Abmilderung der Streichung von Überhangmandaten liegt in der auf Empfehlung des Innenausschusses beschlossenen Erhöhung der Regelsitzzahl von 598 auf 630 Mandate (§ 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG). Damit wurde der Anteil der Direktmandate am Gesamtparlament etwas reduziert, was die Wahrscheinlichkeit einer Zweitstimmendeckung von direkt gewonnenen Mandaten geringfügig erhöht.²⁷

b) Erhebliche Verschärfung der 5 %-Sperrklausel

Zusätzlich zu diesem gravierenden Eingriff in das bestehende Wahlrecht haben die „Ampel“-Parteien während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens (im Rahmen der Beschlussempfehlung des Innenausschusses) mit der Abschaffung der Grundmandatsklausel eine weitere empfindliche Systemänderung des Wahlrechts herbeigeführt. Diese Klausel sah vor, dass eine Partei mit mindestens drei Direktmandaten in die Sitzverteilung nach ihrem Zweitstimmenanteil unabhängig vom Erreichen der 5 %-Hürde einbezogen wird. Dies hat bereits verschiedentlich – zuletzt bei der Linken 2021 – zum uneingeschränkten Parlamentszugang von Parteien mit einem Zweitstimmenanteil von weniger als 5 % geführt. Insofern handelte es sich bei der Grundmandatsklausel um eine spezifische Entschärfung der durch die Sperrklausel erzeugten Erfolgswertungleichheit der Zweitstimmen.²⁸ Zur Begründung der Abschaffung führt die Ausschussmehrheit die (selbst herbeigeführte) Schwächung des personalen Elements im Erststimmenwahlrecht an, weshalb die Grundmandatsklausel „im System der Zweitstimmendeckung verfassungsrechtlich nur schwer zu rechtfertigen“ sei.²⁹

Richtig ist, dass die Grundmandatsklausel in der Vergangenheit verfassungsrechtlich nicht erforderlich war.³⁰ Vereinzelt Literaturstimmen sahen darin sogar eine verfassungswidrige Bevorzugung lokal fokussierter Parteien.³¹ Aber das BVerfG hat ihre Existenz 1997 gebilligt, da sie zu einer stärkeren Integration des Wahlvolks beiträgt,³² wenngleich es 2017 darin eine nicht ganz unproblematische Ungleichheit zwischen davon begünstigten und anderen Parteien mit einem Zweitstimmenanteil unter 5 % gesehen hat.³³ Aber nun besteht ein ganz anderes Wahlsystem: Direktmandate werden nur bei einer Zweitstimmendeckung zugeteilt, und diese besteht nun ausnahmslos erst bei einem Zweitstimmenanteil von 5 %. Während früher ein Wegfall der Grundmandatsklausel wegen der garantierten Direktmandatzuteilung der betroffenen Partei zumindest die direkt gewonnenen Mandate belassen hätte, ist dies nun nicht mehr der Fall. Insofern bewirkt diese Änderung eine erhebliche Verschärfung der Sperrklausel.³⁴

III. Verfassungswidrigkeit des neuen Bundestagswahlrechts

1. Verletzung des Gebots der Systemgerechtigkeit

In Ermangelung näherer verfassungsrechtlicher Vorgaben, die über die Wahlrechtsgrundsätze hinausgehen, kommt der einfachen Gesetzgebung die Systemscheidung im Wahlrecht zu. Damit ist ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbunden. Daher betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass alle demokratischen Wahlrechtssysteme – Mehrheitswahl, Verhältniswahl oder Grabenwahlrecht (dazu näher unten) – grundsätzlich denkbar sind.³⁵ Auch Versuche in der Literatur, das Mehrheitswahlrecht als Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit aus dem Kanon möglicher Wahlsysteme auszuschließen,³⁶ haben in Karlsruhe keine Gegenliebe gefunden.³⁷ Aber die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung stößt dort an Grenzen, wo sie in Widerspruch zu ihrem eige-

25 Vgl. §§ 4-6 BWahlG-E, BT-Drs. 20/5370, 6 f.; die terminologische Rückkehr zu den bisherigen Stimmenbezeichnungen erfolgte mit der Beschlussempfehlung des Innenausschusses in BT-Drs. 20/6015, 5 ff.

26 Die AfD verweist auf 27 direktmandatierte Mitglieder des 19. Bundestages mit einem Erststimmenanteil von unter 30 % im jeweiligen Wahlkreis, von denen zwei sogar unter 25 % erreicht haben, vgl. BT-Drs. 19/22894, 2 u. 8; ganz ähnlich argumentieren SPD, Grüne und FDP, die in diesem Zusammenhang von einem „relativen Misserfolg“ der Parteien in den Wahlkreisen sprechen, vgl. BT-Drs. 20/5370, 2 u. 10; s. auch *Behnke*, Rangplatzorientierte personalisierte Verhältniswahl ohne (oder nahezu ohne) „verwaiste Wahlkreise“, ZParl 2020, 802 (803).

27 BT-Drs. 20/6015, 11.

28 Ebenso *Ruttloff/Niemann/Misztl* (Fn. 6), 512 (515).

29 BT-Drs. 20/6015, 12; zur Systemwidrigkeit der Grundmandatsklausel im neuen Wahlrecht auch *Schmahl*, Welches System ist verfassungskonform?, ZParl 2023, 180 (188).

30 Vgl. *Chr. Schönberger* (Fn. 8).

31 *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, Art. 38 Rn. 116; krit. auch *Decker/Jesse*, Wahlrechtsreform. Eine Agenda in zwölf Punkten, ZParl 2020, 785 (794 f.).

32 BVerfGE 95, 408 (422 ff.); s. auch *Rennert* (Fn. 7).

33 BVerfGE 95, 408 (419 f.); *Klein/Schwarz* (Fn. 9), Art. 38 Rn. 145.

34 Dies begrüßt *Chr. Schönberger* (Fn. 8) ausdrücklich, ohne auf die damit erhöhten Anforderungen an ihre Rechtfertigung einzugehen.

35 S. etwa BVerfGE 95, 335 (352 f.); 131, 316 (335 f.).

36 *Meyer*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 45 Rn. 31-36; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 38 GG, Rn. 106; *Schröder*, Wahlrecht – Reformoptionen und Pfadabhängigkeiten, Ad Legendum 2021, 1 (6).

37 BVerfGE 95, 335 (353); 120, 82 (102 m. w. N.).

nen Konzept gerät. Dieses – aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete – allgemeine Gebot der Systemtreue oder der Folgerichtigkeit der Gesetzgebung hat gerade im Wahlrecht einen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt hohen Stellenwert.³⁸ Genau dieses Gebot wird hier verletzt, indem das eigenständige Personalisierungselement beibehalten³⁹ und das Wahlgebiet in 299 Wahlkreise mit jeweils einer darin zu wählenden Person eingeteilt wird, ohne aber das damit gesetzlich eingeführte Wahlkreisprinzip konsequent durchzuhalten.⁴⁰ Denn dieses umfasst – unter anderem – die Zuteilung aller Direktmandate,⁴¹ da mit einer Aufteilung des Wahlgebiets in Einer-Wahlkreise⁴² die systematische Bedingung verbunden ist, dass jeder Wahlkreis durch einen aus seiner Mitte legitimierte Abgeordneten vertreten ist.⁴³ Wenn aber mit dem Erfordernis einer „Zweitstimmendeckung“ ein Fremdkörper in die Wahlkreislogik eingeführt wird, ist es gewollt möglich, dass ein direkt gewählter Bewerber nicht in das Parlament einzieht und sein Wahlkreis dort nicht vertreten ist.⁴⁴ Dies können auch andere – erfolglose – Wahlkreisbewerber, die ein Listenmandat erhalten, trotz ihrer politischen Verbundenheit zum Wahlkreis wegen fehlender (Wahlkreis-)Legitimation rechtlich gerade nicht kompensieren.⁴⁵ Insofern handelt es sich bei der Wahl im Wahlkreis – entgegen der äußeren Anmutung – um gar keine wirkliche Wahl mehr, sondern nur um „eine Vorauswahl von Bewerbern in der Konkurrenz um Listenmandate“.⁴⁶ Dieser logische Bruch mit dem gesetzgeberischen Konzept zieht weitere Folgeprobleme verfassungsrechtlicher Natur nach sich: Zum einen wird im Wahlkreis die unmittelbar aus dem Demokratieprinzip abzuleitende Mehrheitsregel partiell missachtet,⁴⁷ und zum anderen wird mit der Nichtzuteilung des gewonnenen Direktmandats das passive Wahlrecht des mehrheitlich Gewählten gem. Art. 38 Abs. 2, Hs. 2 GG beeinträchtigt. Ob dies alles allein mit dem Ziel einer Einhegung der Parlamentsgröße gerechtfertigt werden kann, erscheint mehr als fraglich. Folglich stellt die Nichtzuteilung von Direktmandaten (entgegen der Auffassung der „Ampel“-Fraktionen)⁴⁸ keine „konsequente“ Weiterführung des Grundcharakters der Verhältniswahl dar, sondern einen verunglückten Versuch der Verbindung der Verhältniswahl mit einem Personalisierungselement. Konsequent wäre es vielmehr gewesen, das Wahlkreissystem in Gänze aufzugeben und eine reine Listenwahl (wie sie etwa bei der Wahl des Europäischen Parlaments praktiziert wird) vorzusehen. Freilich wäre dann die persönliche Bindung von Wählern und Gewählten weiter geschwächt und die Abgehobenheit der politischen Klasse weiter gestärkt worden.⁴⁹

2. Verletzungen des Grundsatzes der gleichen Wahl

a) Erststimme

Die partielle Nichtzuteilung von Direktmandaten führt zu einer neuen Qualität der Ungleichbehandlung von Erststimmen. Während die Nichtberücksichtigung der Stimmen für die im Wahlkreis unterlegenen Bewerber eine systemimmanente Folge des Prinzips des (zulässigen) Mehrheitswahlrechts ist, gilt dies nicht für die Nichtberücksichtigung der Stimmen für einen im Wahlkreis siegreichen Bewerber, der mangels Zweitstimmendeckung dennoch kein Mandat erhält.⁵⁰ Diese zusätzliche Erfolgswertungleichheit⁵¹ ist nämlich gerade nicht durch ein systemisches Erfordernis, son-

dern – wie bereits ausgeführt – durch eine systemwidrige Zusatzkomponente verursacht, und deshalb nicht mehr gerechtfertigt.⁵² Denn auch die Erststimmen sind dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit unterliegende – eigenständige! – Stimmen.⁵³ Darüber hinaus löst die überall gleichermaßen bestehende Ungewissheit, ob eine Erststimme zu einem Bundestagsmandat führt,⁵⁴ das Problem nicht, weil insoweit zwischen Erststimmen für erfolglose Wahlkreisbewerber einerseits und solchen für einen siegreichen Wahlkreisbewerber ohne Zweitstimmendeckung andererseits unterschieden werden muss: Während jedem klar ist, dass nur die Erststimmen des relativen Wahlkreissiegers zu einem Mandat führen, ist die Zweitstimmendeckung zum Zeitpunkt der Wahlhand-

38 BVerfGE 120, 82 (103 f.); 130, 212 (234); 131, 316 (367); *Schröder* (Fn. 36), 1 (4); *Ruttloff/Niemann/Misztl* (Fn. 6), 512 (512 f.); *Merten*, „Gute“ Gesetzgebung als Verfassungspflicht oder Verfahrenslast?, DÖV 2015, 349 (351 m. w. N.); *Haug* (Fn. 17), 658 (673).

39 *Ruttloff/Niemann/Misztl* (Fn. 6), 512 (513).

40 S. auch *Grzeszick* (Fn. 6), 286 (289), der einen Systembruch konstatiert.

41 Näher zum Wahlkreisprinzip s. *Haug*, Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg, VBIBW 2023 (im Druck).

42 Was natürlich keineswegs zwingend gewesen wäre, vgl. etwa *Hartmann*, Sitzzuteilung in Doppelwahlkreisen: Ein Vorschlag für eine sanftere Reform, ZParl 2021, 685 ff.

43 So auch *Decker/Jesse* (Fn. 31), 785 (788): „Wer ein Direktmandat erlangen hat, wie knapp auch immer, muss dieses behalten. Ein Kappen solcher Direktmandate mit den schlechtesten Ergebnissen führt das System ad absurdum. Gewinn ist Gewinn.“; zudem wurde in die Diskussion die Überlegung eingebracht, das Mandat entweder dem Bewerber mit der zweithöchsten Stimmenzahl zuzuteilen oder durch eine Ersatzstimme unter Ausschluss des Wahlkreissiegers einen anderen Wahlkreisabgeordneten zu ermitteln – dazu ausf. *Wischmeyer* (Fn. 5), 105 (111-114) –, was beides mit *Grzeszick*, Reform des Bundestagswahlrechts: Ampel-Pläne evident verfassungswidrig, LTO v. 24.5.2022, als „legitimatorische Verkehrung zugunsten eines Verlierers“ anzusehen ist, die dem demokratischen Mehrheitsprinzip zuwiderläuft; ebenfalls kritisch zur Eventualstimmenlösung *Schmahl* (Fn. 29), 180 (187); zur legitimatorischen Bedeutung der Wahlkreiswahl s. auch *Grzeszick* (Fn. 6), 286 (288 f.).

44 Was *Behnke* (Fn. 26), 802 (824), rechtlich wenig überzeugend mit einem „Phantomschmerz“ vergleicht; entgegen *Meyer* (Fn. 24), 521 (550), ist eine Absicherung solcher Bewerber über die Landeslisten ihrer Parteien nicht möglich, denn wenn in einem Land bei einer Partei nicht zugeteilte Überhangmandate anfallen, sind alle der Partei sonst zustehenden Mandate durch (andere) Direktmandate vergeben, so dass die Landesliste gar nicht „zieht“.

45 *Grzeszick* (Fn. 6), 286 (290); insoweit zu undifferenziert *Meyer* (Fn. 24), 521 (549).

46 *Schmahl* (Fn. 29), 180 (186).

47 So auch *Schmahl* (Fn. 29), 180 (185), die zutreffend darauf hinweist, dass die Gesetzgebung die Voraussetzungen für eine Mandatzuteilung nicht beliebig festlegen kann.

48 BT-Drs. 20/6015, 4.

49 Zur Bedeutung der Persönlichkeitswahl s. auch *Schmahl* (Fn. 29), 180 (189 f.).

50 Ebenso *Grzeszick* (Fn. 6), 286 (289 f.); ähnlich *Horn*, Steinmeiers Unterschrift ist eine verfassungsrechtliche Provokation, FAZ-Einspruch v. 13. Juni 2023, wonach das aus der Wahlrechtsgleichheit abgeleitete Gebot verlangt, dass jeder Mehrheitserfolg in einem Wahlkreis denselben Mandatserfolg haben muss.

51 Ebenso *Ruttloff/Niemann/Misztl* (Fn. 6), 512 (513).

52 A. A. *Wischmeyer* (Fn. 5), 105 (110), der die Erfolgswertrelevanz auf Wahlkreisebene negiert und die Erfolgsschancengleichheit wegen der Transparenz der Regeln für gewahrt hält. Dies überzeugt aber nicht, weil damit noch keine Absehbarkeit für die Wähler zum Zeitpunkt der Wahlhandlung besteht, ob der Wahlkreis überhaupt eine Vertretung erhält.

53 Vgl. *Müller*, Begrenzung der Bundestagsgröße – ein Blick in den gesetzgeberischen „Werkzeugkasten“ zur Reform des Bundeswahlgesetzes, ZParl 2021, 659 (664).

54 So aber *Wischmeyer* (Fn. 5), 105 (110).

lung für die Wähler völlig unklar, was wegen der damit verbundenen fehlenden Absehbarkeit der Wirkung einer Stimmabgabe den Grundsatz der Wahlunmittelbarkeit tangiert⁵⁵ und deshalb keine ungleichheitsrechtfertigende Wirkung entfalten kann.

b) Zweitstimme

Des Weiteren verstößt das Wahlrecht gegen das Gebot der Wahlrechtsgleichheit bei den Zweitstimmen, indem die Sperrklausel weit über ihr sachlich gerechtfertigtes Maß hinaus verschärft worden ist. Denn das System der Zweitstimmendeckung führt in Verbindung mit einer ausnahmslosen Sperrklausel dazu, dass auch von Zweitstimmen eigentlich gedeckte Direktmandate nicht zugeteilt werden, solange diese Zweitstimmen unter 5 % bleiben. Mit anderen Worten bleibt nun Parteien auch mit einer erheblichen Zahl an direkt gewonnenen Wahlkreisen, die von ihren Zweitstimmen gedeckt sind, der Parlamentszugang vollständig verwehrt, wenn sie die Sperrklausel nicht erreichen. Daraus folgt eine gegenüber der früheren Rechtslage ganz gravierende Verschärfung der mit der Sperrklausel verbundenen Wahlrechtsungleichheit.

Diese Wahlrechtsungleichheit bedarf zu ihrer Rechtfertigung gleichrangiger Verfassungsrechtsgüter,⁵⁶ die seit jeher – in ständiger Rechtsprechung des BVerfG seit dem ersten Entscheidungsband – in der Funktionsfähigkeit des Parlaments (insbesondere zur Bildung einer Regierung und zur Gewährleistung der Gesetzgebung als Voraussetzungen der staatlichen Handlungsfähigkeit) und im Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs gesehen werden, was stabile parlamentarische Mehrheiten erfordert.⁵⁷ Dennoch hat der Rechtfertigungsdruck auf die Sperrklausel zugenommen. Trotz teilweise gegenteiliger älterer Entscheidungen⁵⁸ hat das BVerfG in jüngerer Zeit die Zulässigkeit von Sperrklauseln auf kommunaler Ebene und bei der Wahl des Europäischen Parlaments verneint⁵⁹ und die besondere Strenge des bei Differenzierungen innerhalb der Wahlrechtsgleichheit anzulegenden Maßstabs betont.⁶⁰ Daher kann das Funktionsfähigkeitsargument auch bei Parlamenten, die eine Regierung zu bilden und Gesetze zu beschließen haben, nicht jede beliebige Wahlrechtsungleichheit rechtfertigen. Angesichts der hohen Bedeutung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit als Ausfluss der vom Demokratieprinzip vorgegebenen Egalität der Staatsbürger⁶¹ muss sich vielmehr dieses Argument seinerseits an der Intensität der Ungleichbehandlung von Wählerstimmen messen lassen. Es ist daher von maßgeblicher Bedeutung, dass die Verschärfung der 5 %-Sperrklausel durch das Zweitstimmendeckungsverfahren der Direktmandate jede regional oder lokal mehrheitsfähige Partei aus dem Parlament ausschließt. Es ist nun nicht mehr möglich, unterhalb von 5 % der Zweitstimmen Direktmandate zu erhalten, weshalb aufgrund dieser Verschärfung nicht nur die unter einem Anteil von 5 % bleibenden Zweitstimmen unter den Tisch fallen, sondern zudem auch alle von ihnen (eigentlich) gedeckten Erststimmen(-mandate). Eine derart gravierende Verschärfung der Wahlrechtsungleichheit ist nicht mehr durch das Argument der Funktionsfähigkeit des Parlaments gedeckt, weil sie erheblich über das Ziel hinausschießt.⁶² Denn die durch die frühere Sperrklauselgestaltung verhinderte „Aufspaltung der Volksvertretung in viele kleine Gruppen“⁶³ als typische Folge eines Verhältniswahlrechts droht

nicht, wenn die zahlenmäßig geringen regional oder lokal dominierenden Parteien über ihre Erstmandate im Parlament vertreten sind. Denn es ist politisch wesentlich einfacher, über das ganze Bundesgebiet verteilt genug Zweitstimmen für ein Bundestagsmandat zu sammeln, als in einzelnen Wahlkreisen eine relative Mehrheit zu gewinnen. Deshalb kann diese Verschärfung der Sperrklausel der Bedeutung der Wahlgleichheit nicht mehr „die Waage halten“, wie das vom BVerfG gefordert ist,⁶⁴ sondern sie überschreitet den „eng bemessenen Spielraum für Differenzierungen“⁶⁵ und verletzt das Übermaßverbot, das gerade auch für das Ziel grundsätzlich zulässiger Ungleichbehandlungen im Wahlrecht gilt.⁶⁶ Solange weder jedes errungene Direktmandat garantiert ist, noch – zumindest – die durch Zweitstimmen unterhalb von 5 % gedeckten Direktmandate zugeteilt werden, liegt eine unverhältnismäßige Verschärfung der 5 %-Sperrklausel vor, die gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit verstößt.

IV. Demokratiebeschädigung durch Entkonsensualisierung der Wahlsystementscheidung

Neben der materiellen Verfassungswidrigkeit sind auch verfahrensrechtliche und verfassungspolitische Einwände gegen das neue Wahlrecht geltend zu machen.

Gravierend ist zunächst, dass im Gesetzgebungsverfahren – entgegen den Behauptungen im Innenausschuss des Bundestages⁶⁷ – wesentliche Änderungen sehr kurzfristig erfolgt sind. So wurde eine Reihe wichtiger Änderungen des (von den „Ampel“-Fraktionen selbst eingebrachten) Gesetzentwurfs – der Wegfall der Grundmandatsklausel, die Erhöhung der Mandatszahl von 598 auf 630 (in einem ganz vorrangig auf eine Verkleinerung des Bundestages gerichteten Vorhaben!), die Rückkehr zu den Stimmenbezeichnungen Erst- und Zweitstimme sowie eine erhebliche Reduzierung der Abweichungstoleranz von Wahlkreisgrößen – erst in der Ausschussempfehlung vorgeschlagen,⁶⁸ deren Drucksache das Datum vom 15. März 2023 trägt und damit gerade einmal zwei Tage vor der Schlussabstimmung am 17. März 2023 vorgelegen hat. Eine der Sache und ihrer Bedeutung angemessene Beratung dieser Punkte war damit ausgeschlos-

55 Denn dann hängt die Mandatszuteilung von anderen Wählern außerhalb des Wahlkreises ab, vgl. BVerfGE 146, 327 (Rn. 81); ebenso *Schmahl* (Fn. 29), 180 (185); vgl. dazu auch *Wischmeyer* (Fn. 5), 105 (113).

56 BVerfGE 95, 408 (418); 120, 82 (107); 129, 300 (320); 130, 212 (227 f.); 131, 316 (338).

57 BVerfGE 1, 208 (247 f.); 4, 31 (40); 6, 84 (92); 51, 222 (236); 71, 81 (97); 95, 408 (418 f., 421 f.); 120, 82 (107); 131, 316 (335).

58 BVerfGE 51, 222 (236 ff.).

59 BVerfGE 120, 82; 129, 300; 135, 259.

60 BVerfGE 120, 82 (105 f.); 129, 300 (320).

61 BVerfGE 120, 82 (102 m. w. N.).

62 Ähnlich auch *Di Fabio* (Fn. 17).

63 BVerfGE 6, 84 (92).

64 BVerfGE 95, 408 (418); 120, 82 (107); 129, 300 (320).

65 BVerfGE 131, 316 (338) m. w. N.

66 BVerfGE 131, 316 (339).

67 Laut BT-Drs. 20/6015, 13, hebt die SPD-Fraktion „das aus ihrer Sicht vorbildliche Gesetzgebungsverfahren“ hervor; schon diese ausdrückliche Erwähnung deutet auf ein berechtigtes Problembewusstsein hin.

68 BT-Drs. 20/6015, 5.

sen. Interessant ist in diesem Zusammenhang der Beschluss des BVerfG zum Gebäudeenergiegesetz, wonach allen Abgeordneten – also auch denen der parlamentarischen Minderheit – als Teil der Statusrechte gem. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Mitwirkungsrecht im Gesetzgebungsverfahren zusteht, das auch ein Recht auf Beratung – also Informationserlangung, -verarbeitung und -diskussion – mit einschließt. Insbesondere darf die Parlamentsmehrheit nicht die Verfahrenautonomie des Parlaments zu einer „rechtsmissbräuchliche[n] Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens“ zweckentfremden.⁶⁹ Genau das ist aber hier – hinsichtlich der vom Ausschuss empfohlenen Änderungen – passiert.

Außerdem ist es für die Stabilität der Demokratie fast noch gravierender, dass der in jüngerer Zeit praktizierte Bruch mit der aus guten Gründen gepflegten Tradition weitgehend konsensualer Wahlrechtsbeschlüsse im Bundestag fortgeführt wurde. Denn beim Bundeswahlgesetz handelt es sich nicht um irgendein Fachgesetz, das mit üblichen politischen (Regierungs-)Mehrheiten beschlossen werden kann, sondern um eine höchst sensible Materie der Machtorganisation und der Umsetzung des Demokratieprinzips. Deshalb ist es international unüblich, dass das Wahlrecht zu weiten Teilen der einfachen Gesetzgebung – wie das in Deutschland der Fall ist – unterliegt. Dies gilt ganz besonders für das Grundgesetz, das sich nach den Weimarer Erfahrungen in besonderer Weise der Verhinderung von Machtmissbrauch verschrieben hat.⁷⁰ Dies wiegt bei der gravierendsten Veränderung des Wahlrechtssystems seit 1953 noch wesentlich schwerer als in den Fällen zuvor. So haben in der Schlussabstimmung 261 Abgeordnete gegen das Gesetz votiert, von denen 259 keiner regierungstragenden Fraktion angehören. Damit haben 90,1 % der 285 anwesenden Oppositionsabgeordneten das neue Wahlrecht abgelehnt.⁷¹ Wegen der besonderen Demokratierelevanz des Wahlrechts als in Paragrafen gegossenes Machtverteilungskonzept einerseits und der hohen Empfindlichkeit der Demokratie als (einzige) akzeptanzabhängige Regierungsform andererseits gefährdet diese Wahlrechtsreform die Stabilität des demokratischen Systems, die in diesem Fall parteipolitischen Interessen untergeordnet wurde.⁷² Außerdem ermangelt das neue Wahlrecht der ebenfalls stabilitätsrelevanten Nachhaltigkeit, weil wegen des fehlenden parteipolitischen Konsenses der stärkeren politischen Kräfte die nächste Systemänderung schon heute absehbar ist (und bei der nur zu hoffen ist, dass es dann nicht erneut nur parteipolitische Interessen durchgesetzt werden).⁷³ Das Wahlrecht ist – ausgelöst durch diese Novelle – zum Gegenstand des parteipolitischen Kampfes geworden, für den es eigentlich die regulative Grundlage sein sollte.

V. Verfassungsmäßige Alternativen zur aktuellen Reform

Dass es an Alternativen zu der nunmehr beschlossenen Reform des BWahlG fehlt, kann nicht ernsthaft in Rede stehen. Umso mehr verwundert in verfassungsrechtlicher Perspektive, dass die Regierungsmehrheit die ausführlich dargelegten Verfassungsverstöße in Kauf genommen hat, obschon sich wenigstens drei Alternativen aufgedrängt haben. So hätte man erstens – wollte man Direktmandate, wie es nunmehr mit der Streichungsmöglichkeit vorgesehen ist, zur Disposition stellen – das „personalisierende Element“ im

Wahlssystem komplett streichen können, was im Ergebnis den Übergang zu einer reinen bzw. „echten“ Verhältniswahl als Listenwahl mit nur einer Listenstimme (und den entsprechenden gesetzgeberischen Mut hierzu) erfordert hätte. Oder aber man hätte – zweitens – ein echtes Mischsystem unter strikter Trennung von Direktmandatsstimmen einerseits und Listenstimmen andererseits und damit das sog. Grabenwahlssystem einführen können. Dafür spricht, dass dieses wesentlich komplexitätsärmer wäre als das bisherige und als das neue Wahlrecht, weil hier eine Verrechnungsmöglichkeit von Erststimmen und Zweitstimmen von vornherein ausgeschlossen ist.⁷⁴ Außerdem wurde das Grabenwahlssystem, dessen verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit das BVerfG regelmäßig betont,⁷⁵ als „echtes Zwei-Stimmen-Wahlrecht“ in der Wahlrechtskommission des Bundestages erfolglos vorgeschlagen.⁷⁶ Und schließlich hätte man drittens – als kleinsten politischen Nenner – das bisherige Wahlssystem beibehalten und die Zahl der Wahlkreise und Direktmandate auf 200 oder zumindest 225 reduzieren können, so dass es kaum mehr Überhang- und Ausgleichsmandate geben würde,⁷⁷ oder aber das Stimmensplitting von Erst- und Zweitstimme durch eine gemeinsame Stimme für Partei und Wahlkreisbewerber abschaffen können.⁷⁸

69 BVerfG, Beschl. v. 5.7.2023 – Az. 2 BvE 4/23, BeckRS 2023, 16072, Rn. 94; s. dazu *Krings/Rudolph*, Einstweilige Anordnung gegen Verfahren beim „Heizungsgesetz“ – Übergriffigkeit des BVerfG oder Stärkung des Parlaments?, ZRP 2023, 155 ff.

70 So *Di Fabio* (Fn. 17); daher fordern *Decker/Jesse* (Fn. 31), 785 (789 f.), eine Festschreibung der Grundzüge des Wahlrechtssystems im Grundgesetz.

71 Zum Abstimmungsergebnis s. Fn. 3.

72 Ähnlich *Rennert* (Fn. 7).

73 Ebenso *Ruttloff/Niemann/Misztl* (Fn. 6), 512 (514).

74 Vgl. Befürwortung von *Naundorf*, Wahlrecht und kein Ende? Plädoyer für das „echte Grabensystem“, ZParl 2020, 927 f., und von *Schmahl* (Fn. 29), 180 (188 ff.), sowie die Replik von *Träger/Jacob*, Keine realistische Chance für ein Grabenwahlssystem!, ZParl 2021, 182 ff.; *Behnke*, Kontroverse in der Wahlrechtskommission des Bundestages: Grabenwahlrecht versus Verhältniswahl mit eingebettetem Personalwahlelement, ZParl 2022, 479 (481, 496 ff.), kritisiert daran „weitreichende Verzerrungen der Sitzverteilung“ und sieht darin einen Verstoß „gegen elementare Fairness- und Gerechtigkeitsbedingungen, weil er – hier systemwidrig – vom übergreifenden Stimmenproporz der Zweitstimmen als eigentlichen Maßstab ausgeht und die Eigenständigkeit der Erststimmen in einem Grabenwahlrechtsmodell nicht anerkennen will.“

75 Siehe Fn. 35.

76 *Grzeszick/Mellinghoff/Schmahl*, Demokratie nachhaltig zukunftsfähig gestalten: Ein echtes Zwei-Stimmen-Wahlrecht für den Bundestag, Kommissionsdrucksache 20(31)027 vom 22.6.2022 (<https://www.bundestag.de/resource/blob/900098/860aad60e4b1fa60a35610e6605591bb/K-Drs-027-Thesenpapier-Prof-Dr-Grzeszick-Prof-Dr-h-c-Mellinghoff-Prof-Dr-Schmahl-Zwei-Stimmen-Wahlrecht-data.pdf>; letzter Abruf 4. August 2023).

77 Vgl. *Pukelsheim*, 598 Sitze im Bundestag statt 709? 200 Wahlkreise statt 299!, DVBl 2018, 153 (157); *Schmahl* (Fn. 29), 180 (192), votiert – bezugnehmend auf Berechnungen von *Behnke* – für 225 Wahlkreise; insofern ging die Reduzierung der Wahlkreise in der Wahlrechtsnovelle von 2020 auf 280 zwar in die richtige Richtung, blieb aber erheblich zu schwach, um durchgreifende Effekte erzielen zu können.

78 Vgl. *Behnke*, Einfach, fair, verständlich und effizient – personalisierte Verhältniswahl mit einer Stimme, ohne Direktmandate und mit einem Bundestag der Regelgröße, ZParl 2019, 630 ff.; dem entsprach das baden-württembergische Landtagswahlrecht bis 2022, vgl. *Haug* (Fn. 41).

VI. Fazit

Angesichts der beschriebenen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Einwände bei gleichzeitigem Bestehen alternativer (mehr oder minder weitreichender) Optionen unter den Wahlsystemen erscheint die nunmehr gefundene Regelung des Wahlrechts als grob fahrlässiges Unterfangen einer einfachen Regierungsmehrheit, das dazu geeignet ist, das Vertrauen in demokratische Wahlen zu erschüttern. Anders gewendet: Anstelle der Verrechnung und möglichen

Streichung von errungenen Direktmandaten unter Beibehaltung der Personalisierten Verhältniswahl unter völlig verkehrten Systemvoraussetzungen hätte es verfassungsrechtliche unbedenkliche Umsetzungsmöglichkeiten gegeben. Es ist nicht nur bedauerlich, sondern schlichtweg unverständlich, warum unter diesen Prämissen die Stabilität und Belastbarkeit der ohnehin schon unter vielfachem Druck stehenden Demokratie derart unnötig gefährdet werden.

Regulatorische Herausforderungen in KI-Wertschöpfungsketten

Julia Möller-Klapperich, LL.M., Dresden/Leipzig / Christian Rasquin, LL.M., Freiberg*

A. EINFÜHRUNG

Der öffentliche Diskurs rund um das Thema Künstliche Intelligenz (KI) suggeriert unterschiedlichste Gefahren. Im März 2023 haben zahlreiche bekannte Technologie-Unternehmer angesichts der rasanten Entwicklung von KI eine sechsmonatige Entwicklungspause gefordert, um einen hinreichenden regulatorischen Rahmen für die Anwendung von KI-Systemen zu schaffen. Im Juli 2023 haben die größten KI-Unternehmen in den USA eine freiwillige Selbstverpflichtung abgegeben, die einen verantwortungsvollen Umgang mit der Technologie sicherstellen soll.¹

Die Grundstimmung gegenüber dem Einsatz von KI geht in der Bevölkerung deutlich auseinander.² Während eine Seite im Einsatz künstlicher Intelligenz den Schlüssel zur Lösung zahlreicher Probleme der Menschheit sieht, prophezeit die andere Seite deren Untergang durch eine Verselbstständigung machthungriger und bösartiger Maschinen. Klar ist, künstliche Intelligenz ist gekommen, um zu bleiben und wird das Leben der Menschen verändern. Den Gesetzgeber trifft die schwierige Aufgabe, Veränderungen in sachgerechte Bahnen zu lenken und dabei Sicherheit und Innovationsoffenheit³ in einer globalisierten⁴ Wirtschaftswelt in Einklang zu bringen. Unternehmen müssen lernen, sich in diesem noch unsicheren regulatorischen Feld zu bewegen.

B. Grundlagen

In den späten 50er Jahren des letzten Jahrhunderts begannen in den USA erste Forschungsprojekte mit der Entwicklung von Maschinen, welche Lernen und andere Aspekte menschlicher Intelligenz simulieren sollten. Fehlte es damals noch an Rechenleistung und auch an ausreichenden Datenmengen, um wirklich nützliche Anwendungen zu schaffen, hat die Entwicklung in den letzten Jahren deutlich an Fahrt aufgenommen.⁵ Anwendungen und Produkte, welche sich mehr oder weniger unter den Begriff der Künstlichen Intelligenz subsumieren lassen, haben beinahe unbemerkt in verschiedenste Lebensbereiche der Menschen Einzug gehalten.⁶ Ihr ökonomisches Potenzial liegt in der Verarbeitung großer Datenmengen. Der wichtigste technische Faktor ist die Möglichkeit der Systeme zur Interaktion mit ihrer Umwelt.

I. Wie verändert KI das Leben von Menschen?

KI ist in der Lage, nahezu alle Lebensbereiche von Menschen zu durchdringen. Bereits jetzt können Serviceanfragen von Kunden durch KI beantwortet oder Texte übersetzt⁷ werden. Ebenfalls sind Sprach- und Gesichtserkennung⁸ möglich. Zahlreiche unternehmerische Prozesse können durch KI optimiert werden.⁹ KI kann Menschen bei Entscheidungsprozessen z. B. in der Medizin, bei der Personalauswahl¹⁰ oder auch in der Justiz¹¹ datenbasiert unterstützen. Mithilfe von KI-gestützten Wettermodellen kann das Wetter schneller und präziser vorausgesagt werden, als dies bisher der Fall war. Durch generative KI können neue Inhalte schriftlicher, aber auch visueller und auditiver Natur generiert werden. Dabei wird KI in zunehmendem Maße in den Arbeitsalltag und die Lebenswirklichkeit der Menschen integriert. Es wird

* Die Autorin Möller-Klapperich ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht, insb. Urheberrecht sowie Medien- und Datenschutzrecht an der Technischen Universität Dresden und im Projekt ScadsAI (Center for Scalable Data Analytics and Artificial Intelligence) Dresden/Leipzig. Der Autor Rasquin ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Volkswirtschaftslehre an der Technischen Universität Bergakademie Freiberg.

1 <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/21/fact-sheet-biden-harris-administration-secures-voluntary-commitments-from-leading-artificial-intelligence-companies-to-manage-the-risks-posed-by-ai/> (zuletzt abgerufen am 12. August 2023).

2 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1309442/umfrage/umfrage-zur-einstellung-gegenueber-kuenstlicher-intelligenz/> (zuletzt abgerufen am 12. August 2023).

3 Bronner, jurisPR-ITR 15/2023 Anm. 2.

4 Beispielhaft dazu Schwintowski, NJOZ 2018, 1601 (1605 ff.).

5 Siehe Wennker, Künstliche Intelligenz in der Praxis, 1. Aufl. 2020, S. 2 ff.

6 Vgl. <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20200827STO85804/was-ist-kunstliche-intelligenz-und-wie-wird-sie-genutzt> (zuletzt abgerufen am 12. August 2023).

7 Siehe z.B. die Übersetzungssoftware DeepL, abrufbar unter <https://www.deepl.com/translator> (zuletzt abgerufen am 12. August 2023).

8 Dazu Martini, NVwZ 2022, 30; Heldt, MMR 2019, 285.

9 Eine umfassende Betrachtung aktueller Anwendungsbeispiele geben Gillhuber/Kauermann/Hauner (Hrsg.) in ihrem Buch Künstliche Intelligenz und Data Science in Theorie und Praxis, 1. Auflage 2023.

10 Dazu Meyer, NJW 2023, 1841; Hoffmann, NZA 2022, 19; Dzida/Groh, NJW 2018, 1917.

11 Dazu Bernzen, RDJ 2023, 132.