

GUTACHTEN

Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1)

für das

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

erstellt durch

**Rechtsanwalt Dr. Holger Schmitz
Rechtsanwalt Christian Alexander Mayer
Rechtsanwalt Dr. Carl-Wendelin Neubert
Rechtsanwältin Ines Reiling**

Noerr LLP

im

Juni 2020

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Sachverhalt und Fragestellung	7
B.	Zusammenfassung	8
C.	Übersicht über die fünf Schritte zu einer Experimentierklausel.....	11
D.	Grundlegende Hinweise für die Formulierung von Experimentierklauseln	16
	I. Grundlage: Begriff und Funktionen von Experimentierklauseln.....	16
	II. Einführung: Der rechtliche Kontext der Erprobung mittels Experimentierklauseln	20
	1. Hohe Dynamik und Komplexität von (überwiegend digitalen) Innovationen jenseits von Sachbereichen	21
	2. Bedürfnis nach Flexibilität und Informationsgewinnung.....	23
	3. Innovationsspezifische auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter	24
	4. Schlussfolgerung: Kontext erfordert Spezifikation der Experimentierklauseln	27
	III. Pfeiler 1: Innovationsoffenheit für Experimentierklauseln	29
	1. Allgemeine Grundsätze: Weiter gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Prognose- und Einschätzungsspielraum begrenzt durch rechtsstaatliche Anforderungen an Normen.....	30
	a) Weiter Handlungs-, Gestaltungs-, Prognose- und Einschätzungsspielraum bei der Rechtsetzung	31
	b) Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere an die Bestimmtheit von Normen	34
	aa) Konkrete Anforderungen an Bestimmtheit abhängig von Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und Normzweck	37
	bb) Relevanz von Grundrechtseingriffen und Vorhersehbarkeit.....	39
	cc) Kompensation der Unbestimmtheit: Auslegungsfähigkeit der Norm durch Verwaltung und Rechtsprechung, verfahrensrechtliche Ausgleichsmechanismen, Beobachtung und Nachbesserung.....	41
	2. Besonderheiten der experimentellen Gesetzgebung.....	43

a)	Größerer Spielraum bei experimenteller Gesetzgebung	43
b)	Anforderungen an experimentelle Gesetzgebung	45
aa)	Beobachtung und Nachbesserung von Prognose und Regelung.....	46
bb)	Versuchscharakter der Regelung zur Erprobung spricht für zeitliche Begrenzung.....	47
3.	Schlussfolgerungen	48
IV.	Pfeiler 2: Innovationsverantwortung bei der Schaffung von Experimentierklauseln	49
1.	Konstellation I: Wettbewerb zwischen den Innovatoren um die Erprobungsmöglichkeit im Reallabor	51
a)	Grundrechte der Wirtschaftsakteure	51
aa)	Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).....	52
bb)	Geringe Relevanz der Abwehrrechte	56
b)	EU-Grundfreiheiten	58
c)	Beihilfenrecht (Art. 107 AEUV)	60
d)	Schlussfolgerungen	64
2.	Konstellation II: Art und Weise der Erprobung im Reallabor	65
a)	Grundrechtliche Schutzpflichten für Dritte	66
aa)	Rechtlicher Rahmen von Schutzpflichten	66
bb)	Betroffene Schutzgüter	70
cc)	Keine rechtssichere Minimierung der Schutzpflichten durch Einwilligung in Risiken	74
dd)	Schlussfolgerungen	75
b)	Grundrechte der Wirtschaftsakteure	76
aa)	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	77
bb)	Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).....	79
3.	Schlussfolgerungen: Untermaßverbot und Verfahrensrecht	80
V.	Pfeiler 3: Leistungsstärke von Experimentierklauseln	82
1.	Ausgestaltung und Anwendungspraxis von Experimentierklauseln.....	83

a)	Ermächtigung zum Erlass individueller Regelungen.....	84
aa)	Generalklauselartige Norm mit Konkurrenz: § 2 Abs. 7 PBefG	84
bb)	Ausnahme als Regelfall, gelenkt durch Innenrecht: § 21b Abs. 3 Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO, auch sog. „DrohnenVO“)	91
cc)	Enge Auslegung unter Variation des Prüfungsmaßstabs: § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO.....	95
b)	Ermächtigung zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen.....	97
aa)	Risikorelevante Verordnungsermächtigung: § 6 Abs. 1, Abs. 3 StVG für die Gigaliner-Verordnung	97
bb)	Detaillierte Verordnungsermächtigung: § 119 EnWG i.V.m. SINTEG-V	100
cc)	Mehrstufige Wirtschaftsförderung: Titel zur finanziellen Förderung	102
dd)	Geringe Praxisrelevanz: § 13 GewO und § 32 GastG	104
2.	Schlussfolgerungen für die Leistungsstärke.....	106
a)	Dichte der Regelung: Steuerung zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung.....	107
b)	Technische Einzelheiten: Ausrichtung am Erprobungshorizont	108
c)	Kommunikation: Expertise in Staat und Gesellschaft	109
VI.	Schlussfolgerungen	110
1.	Innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht ..	110
2.	Aspekte einer rechtssicheren und leistungsstarken Experimentierklausel.....	111
E.	Die Formulierung von Experimentierklauseln („Setzkasten“)	115
I.	Allgemeine Leitlinien für die Formulierung von Experimentierklauseln	117
1.	Risikobasierung	117
2.	Erprobungscharakter.....	119
3.	Systematik	120
4.	„Checkliste“ für die Formulierung anhand von Leitfragen	120

II.	Absatz 1: Erprobungszweck der Experimentierklausel	122
III.	Absatz 2: Tatbestand und Rechtsfolge der behördlichen Entscheidung	124
1.	Allgemeiner Teil.....	125
a)	Zuständigkeit	125
aa)	Zuständige Behörde	126
bb)	Behördenbeteiligung.....	126
b)	Ermächtigung der Behörde.....	128
c)	Möglicher Entscheidungstenor: Was darf die Behörde entscheiden?.....	129
aa)	Entscheidungsmöglichkeiten.....	130
bb)	Regelung der Abweichungsmöglichkeit	132
d)	Erprobungsgegenstand.....	133
aa)	Formulierung durch Balance von Bestimmbarkeit und Flexibilität	133
bb)	Konkretisierung des Erprobungsgegenstands.....	134
e)	Materielle Begrenzung der Erprobung	138
aa)	Zweck der Begrenzung	139
bb)	Varianten einer allgemeinen Begrenzung.....	140
cc)	Varianten zusätzlicher risikobezogener Begrenzungen	144
dd)	Insbesondere: Anforderungen an die Haftung	146
2.	Besonderer Teil	152
a)	Verfahrensvorgaben	152
aa)	Zweck der spezifischen Regelung des Verfahrens	153
bb)	Varianten von Verfahrensvorgaben, insbesondere Anforderungen an den Inhalt der Unterlagen	154
b)	Zulässiger (sachlicher und räumlicher) Umfang der Erprobung	157
c)	Begleitende Pflichten.....	160
aa)	Zwecke der begleitenden Pflichten.....	160
bb)	Varianten der begleitenden Pflichten	162
d)	Befristung der Erprobung	165

aa)	Dauer der Befristung	166
bb)	Verlängerungsmöglichkeit.....	168
cc)	Verhältnis zur aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage	169
e)	Weitere Nebenbestimmungen	171
f)	Möglichkeit der Aufhebung	172
IV.	Absatz 3: Evaluation samt Transfer und Befristung der Experimentierklausel	175
1.	Evaluation und Transfer	175
2.	Befristung der Experimentierklausel.....	179
V.	Absatz 4: Verordnungsermächtigung bzw. Nennung der Rechtsgrundlage	181

A. Sachverhalt und Fragestellung

Mit der Reallabore-Strategie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie („**BMWi**“) ist ein wichtiger Abschnitt auf dem Weg zur Förderung einer innovationsoffenen Regulierung beschritten. Ziel ist es, durch innovationsfreundliche Regulierung einen adäquaten Rahmen für technologische Innovationen im Zeitalter der Digitalisierung aufzustellen und damit die Attraktivität von Deutschland als Innovationsstandort zu steigern.

Eine solche innovationsfreundliche digitale Ordnungspolitik muss neue Wege flexibler Regulierung finden. Das Reallabor erweist sich als vielversprechendes Element einer solchen Ordnungspolitik. Der dadurch eröffnete Innovations-Testraum soll Wirtschaftsakteuren die nötige Rechtssicherheit, Freiheit und die „Luft zum Atmen“ bieten, um innovative Technologien und Geschäftsmodelle zu erproben. Zugleich sind dabei gemeinwohlbezogene Werte des rechtsstaatlich organisierten Gemeinwesens unter dem Grundgesetz zu berücksichtigen, etwa die Sicherheit und Verlässlichkeit behördlich zugelassener Produkte und Dienste. Die Erfahrungen aus den Reallaboren können zudem Strukturen zukunftsweisender smarterer Regulierung aufzeigen. In einzelnen Bereichen bestehen bereits Regelungen, die die reale Erprobung von Innovationen im Zusammenhang mit der Digitalisierung ermöglichen wollen, doch werden sie zum Teil nicht hinreichend genutzt und weisen bisweilen strukturelle Schwächen auf. Zur flächendeckenden Umsetzung der Reallabore-Strategie bedarf es daher der Entwicklung und Verstärkung von innovationsfördernden Regelungen, die den Anforderungen des digitalen Zeitalters gerecht werden.

Zentrales regulatorisches Instrument zur Verwirklichung von Reallaboren und zur Ermöglichung von Innovationen sind Experimentierklauseln. Experimentierklauseln sind Regelungen, die den rechtlichen Umgang mit neuartigen tatsächlichen – vor allem technischen – Entwicklungen übergangsweise ermöglichen sollen und zu diesem Zweck üblicherweise das Abweichen von bestehenden Regelungen zulassen. Sie sind in unterschiedlichen Regelungsbereichen im deutschen Recht bereits verankert. Allerdings sind wenige der Experimentierklauseln auf die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen des digitalen Zeitalters ausgerichtet. Im Rahmen seiner Reallabore-Strategie ist es Anliegen des BMWi, das Instrument der Experimentierklauseln zu stärken.

Vor diesem Hintergrund liegt mit diesem Gutachten eine praxisorientierte Arbeitshilfe vor, die Rechtsetzern aus unterschiedlichen Rechtsgebieten dabei hilft, rechtssichere und innovationsoffene Experimentierklauseln zu formulieren. Ziel und Zweck ist es dabei, den Aufbau von Experimentierklauseln zu veranschaulichen und einen Setzkasten aus notwendigen und optionalen Strukturelementen bereitzuhalten, auf dessen Grundlage Experimentierklauseln regelungsspezifisch ausgearbeitet werden können. Dabei werden unter Berücksichtigung einschlägiger Praxisbeispiele auch die tatsächlichen und (vor allem verfassungs- und unions-)rechtlichen Spielräume und Grenzen aufgezeigt, um eine rechtssichere und innovationsoffene Ausgestaltung zu gewährleisten.

B. Zusammenfassung

Die nachfolgende Untersuchung zeigt die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen, Grenzen und Leistungsbedingungen von Experimentierklauseln auf. Zunächst werden die **fünf Schritte zu einer Experimentierklausel** erörtert (Teil C) und **grundlegende Hinweise für die Formulierung von Experimentierklauseln** erarbeitet (Teil D.). Darin werden sowohl die verfassungs- und europarechtlichen Rahmenbedingungen von Experimentierklauseln dargelegt und Leistungsbedingungen von Experimentierklauseln analysiert. Hierbei setzt sich die Untersuchung detailliert mit den drei Pfeilern effektiver experimenteller Gesetzgebung zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle – Innovationsoffenheit, Innovationsverantwortung und Leistungsstärke – auseinander. Kernstück der Arbeitshilfe ist ein sog. „**Setzkasten**“ (Teil E.). Es ist als praxisorientiertes Produkt einer Arbeitshilfe zu lesen, das die notwendigen und optionalen Elemente einer Mustertextexperimentierklausel erläutert und das einem Handbuch oder Kommentar gleicht. Dabei werden unterschiedliche Empfängerhorizonte sowie die Unterschiede der Innovationen und Sachbereiche übergreifend berücksichtigt. Zahlreiche plastische Beispiele, systematische Erklärungen und Verknüpfungen, Variationsmöglichkeiten, Formulierungen und Bewertungen ermöglichen die Anwendung und den Zugang.

- Den Ausgangspunkt der Formulierung von Experimentierklauseln bildet die rechtliche Feststellung, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen befugt ist, neue Konzepte zu erproben und dafür experimentelle Regelungen einzusetzen. Der Gesetzgeber verfügt über **weitreichende Möglichkeiten**, um Experimentierklauseln zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle zu verwirklichen.
- Experimentierklauseln müssen im Einklang mit höherrangigem Recht so formuliert werden, dass sie **rechtssicher und leistungsstark** sind, damit sie Innovationen wirksam fördern und der Wirtschaft den gewünschten „Raum zum Atmen“ geben, dem Staat aber den erforderlichen Raum an Sicherheit und Kontrolle erhalten.
- Der Weg zu einer Experimentierklausel vollzieht sich in **fünf Schritten**: (1) Prüfung und Bestimmung des tatsächlichen und rechtlichen Bedarfs für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel für Innovationen in einem bestimmten Sachbereich; (2) Prüfung und Bestimmung der notwendigen Zuständigkeiten für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel; (3) Risikobasierte Formulierung der Experimentierklausel zwischen Innovationsoffenheit, Innovationsverantwortung und Leistungsstärke; (4) Umsetzung sowie Anwendung der Experimentierklausel in der Praxis, (5) Durchführung der Evaluation der Experimentierklausel und Transfer des Evaluations-Wissens in den Rechtsetzungsprozess zur Bewertung und ggf. Anpassung der Experimentierklausel. **Gegenstand der Arbeitshilfe ist primär die Formulierung der Experimentierklausel** (hier Schritt (3)).

- Experimentierklauseln können nach dieser Arbeitshilfe insbesondere 15 Elemente umfassen. Von diesen Elementen sind neun Elemente notwendig und sechs Elemente optional. Ein Element wird als **notwendig** erachtet, wenn eine Experimentierklausel nicht ohne die Regelung funktioniert. Alle anderen Elemente sind **optional** und müssen nicht geregelt werden. Doch auch ein notwendiges Element muss nicht notwendigerweise neu geregelt werden. Es kann sein, dass es eine allgemeine Regelung gibt, die das notwendige Element bereits abdeckt. Im Rahmen der Behandlung des jeweiligen Elements wird im Folgenden dargestellt, ob das Element notwendig (nachstehend **orange**) oder optional (nachstehend **blau**) ist. Der „**Setzkasten**“ für die Formulierung von Experimentierklauseln lässt sich wie folgt als **Muster einer Experimentierklausel** veranschaulichen:

Muster einer Experimentierklausel
Abs. 1: [Erprobungszweck]
<p style="color: #e67e22;">Abs. 2: Tatbestand und Rechtsfolge</p> <p style="color: #e67e22;">Allgemeiner Teil: [Zuständigkeit] [Ermächtigung der Behörde] [Entscheidungstenor], wenn [Erprobungsgegenstand] und [Materielle Begrenzung].</p> <p style="color: #1a3d54;">Besonderer Teil: [Verfahrensvorgaben mit Antrag]. [Umfang (sachlich und räumlich) der Erprobung]. [Begleitende Pflichten]. [Befristung der Entscheidung]. [Weitere Nebenbestimmungen]. [Möglichkeit der Aufhebung].</p>
Abs. 3: [Evaluation samt Transfer]. [Befristung der Klausel].
Abs. 4: [Verordnungsermächtigung bzw. Nennung der Rechtsgrundlage].

Absatz 1 regelt den Erprobungszweck. Dieses Element ist nicht zwingend. Es kann jedoch die Leistungsstärke einer Experimentierklausel erhöhen, weil der Zweck das Ermessen der Fachbehörde anleitet. Er ist eine Leitplanke für die Anwendung und ein wichtiger Anker für die Auslegung der Norm.

Absatz 2 ist das komplexe Kernstück der Experimentierklausel. Dort wird geregelt, ob und wie eine Erprobung stattfindet. Darum ist bei der Formulierung des Absatzes besonders auf Innovationsoffenheit in Balance mit Innovationsverantwortung zu achten. Dieser Absatz umfasst einen allgemeinen Teil mit Grundlagen für die behördliche Entscheidung über die Erprobung. Daneben umfasst der Absatz einen besonderen Teil, der Elemente der Risikobasierung und des Erprobungscharakters enthält.

Absatz 3 ist zentral für das regulatorische Lernen über und durch die Experimentierklausel. Das Lernziel ist auf die Regulierung und auf die Innovation gerichtet.

Absatz 4 beinhaltet einen Bezug zu untergesetzlichem Regelwerk in Gestalt von Verordnungen. Diese sind insbesondere attraktiv, um eine flexible Regelung zu schaffen, die bei Bedarf vergleichsweise einfach nachjustiert werden kann. Eine Nachjustierung dürfte bei der Erprobung regelmäßig erforderlich werden, weil sich die Möglichkeit der Einschätzung der Risiken mit voranschreitender Erprobung verbessert und sich Innovationen im Verlauf der Erprobung bewähren können.

- Bei der Ausgestaltung der vorgenannten Elemente ist stets zu beachten: Was sind die **Risiken der Erprobung**, bildet die Klausel den **Erprobungscharakter** der Experimentierklausel ab und fügt sie sich in die bestehende rechtliche **Systematik** ein? Zur Berücksichtigung dieser übergreifenden Erwägungen dient eine „**Checkliste**“:

„Checkliste“ für die Formulierung anhand von Leitfragen

- Analyse der **Risiken der Erprobung**
 - Welche Innovationen im Sachbereich der Experimentierklausel sind **typisch, möglich oder gewollt**? Was charakterisiert sie?
 - Welche **Chancen, aber auch Risiken für Dritte bzw. die Umwelt** werden von der Erprobung jener Innovationen erwartet? Mit welcher **Wahrscheinlichkeit** werden sie erwartet?
 - Entspricht die Experimentierklausel diesen Chancen und Risiken?
- Abbildung des **Erprobungscharakters der Experimentierklausel**
 - Ermöglicht die Experimentierklausel das **Lernen über die Regulierung und die Innovationen**?
 - Passt sie zum **vorübergehenden** Charakter der Erprobung?
- Analyse der **rechtlichen Systematik im Sachbereich**
 - Wo bestehen **allgemeine Regelungen**, die den Bedarf einer Sonderregelung entfallen lassen?
 - In welchem Umfang ist eine Abweichung von bestehenden Regelungen zulässig? Eine Abweichung ist insbesondere nicht zulässig bei entgegenstehendem Unions- oder Verfassungsrecht.
 - Welche Regelungen **konkurrieren**, so dass ihr Verhältnis zu der Experimentierklausel zu bedenken oder klarzustellen ist?

C. Übersicht über die fünf Schritte zu einer Experimentierklausel

Eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“, die für alle innovativen Technologien und Geschäftsmodelle die Voraussetzungen und Möglichkeiten der Erprobung im Reallabor regelt, lässt sich einerseits nicht mit höherrangigem Recht vereinbaren und dürfte andererseits kaum hinreichend leistungsstark sein, um in der Praxis verlässlich Anwendung zu finden. Erforderlich ist stattdessen, dass Experimentierklauseln im Hinblick auf die zu erprobenden Innovationen sowie die unterschiedlich geregelten Sachbereiche, in denen sie angesiedelt sind, ausgestaltet werden. Damit sie eine Vielzahl von Fallgestaltungen adäquat erfassen, müssen sie sowohl hinreichend flexibel als auch verlässlich ausgestaltet werden. Der rechtssicheren und leistungsstarken Formulierung einer Experimentierklausel widmet sich die vorliegende Arbeitshilfe detailliert. Sie baut dabei in Teilen auf das vorangehende Gutachten „Möglichkeiten einer „Generalklausel“ zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle“ auf.

Der Weg zu einer Experimentierklausel vollzieht sich in fünf Schritten. Gegenstand der Arbeitshilfe ist primär die Formulierung der Experimentierklausel, hier als Schritt 3 gefasst. Doch auch die übrigen Schritte strahlen aufgrund der Einheit der Rechtsordnung auf die Formulierung der Experimentierklausel aus und setzen folglich eine eingehende Analyse voraus.

Schritt 1: Prüfung und Bestimmung des tatsächlichen und rechtlichen Bedarfs für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel für Innovationen in einem bestimmten Sachbereich.

Schritt 1 hängt davon ab, ob in einem Bereich tatsächlich neuartige Technologien und Geschäftsmodelle entwickelt werden, die aufgrund von Innovationen hemmenden Vorschriften nicht umgesetzt werden können. Ergibt eine überblicksartige Prüfung über den Markt und den Normbestand solche Neuerungen bei gleichzeitigen rechtlichen Hemmnissen für die Neuerungen, ist rechtspolitisch zu bestimmen, ob eine Experimentierklausel geschaffen oder geändert werden soll. Es handelt sich um eine **sachbereichsspezifische Problemdefinition, aus der heraus der regulatorische Handlungsbedarf formuliert wird**. Diese primär rechtspolitische Fragestellung ist nicht Gegenstand der Arbeitshilfe. Jedoch ist der Schritt bei der Formulierung einer Experimentierklausel insoweit zu bedenken, als die Experimentierklausel auf Tatbestandsebene der Innovationen hinreichend flexibel gefasst werden sollte, damit sie offen ist für eine Vielzahl im Sachbereich denkbarer Innovationen. Weiterhin ist zu verarbeiten, dass die zu schaffende Experimentierklausel in den

meisten Fällen nicht in einem rechtsfreien Sachbereich geschaffen wird, sondern in den meisten Fällen auf ein komplexes Regelwerk trifft, welches auch die zulässigen Experimentiermöglichkeiten beeinflussen kann.

Schritt 2: Prüfung und Bestimmung der notwendigen Zuständigkeiten für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel.

In **Schritt 2** sind vor der konkreten Formulierung einer Experimentierklausel zur Lösung des in Schritt 1 definierten Problems durch die Rechtsetzung zwingend die Zuständigkeiten zu klären. Dabei handelt es sich um die Zuständigkeit für die Gesetzgebung und/oder die Verordnungsgebung. Dieser Schritt steht am Anfang jedes Rechtsetzungsprozesses. Schritt 2 ist nicht der eigentliche Gegenstand der Arbeitshilfe, doch sind Einzelaspekte auch bei der Formulierung zu beachten, etwa in Gestalt einer Verordnungsermächtigung zur untergesetzlichen Konkretisierung eines (Parlaments-)Gesetzes. Einen weiteren Aspekt stellen die Gesetzgebungskompetenzen dar, die im vorangehenden Gutachten eingehend geprüft wurden.

Schritt 3: Risikobasierte Formulierung der Experimentierklausel zwischen Innovationsoffenheit, Innovationsverantwortung und Leistungsstärke.

In **Schritt 3** erfolgt die sachbereichsspezifische Formulierung bzw. Ausgestaltung der Experimentierklausel im vorliegend maßgeblichen Kontext innovativer Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters. Hier findet die Hauptarbeit durch die Rechtsetzung statt. Dieser Schritt wird durch die vorliegende Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln vornehmlich adressiert. Zentrale Parameter der rechtssicheren Formulierung sind Innovationsoffenheit, Innovationsverantwortung und Leistungsstärke.

Der Verfassung ist eine **Innovationsoffenheit** grundsätzlich eigen, wie der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entnommen werden kann. Dennoch muss eine innovationsoffene Experimentierklausel auch rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit, genügen. Zentral ist zudem die **Innovationsverantwortung**, die bei der Schaffung oder Anpassung von Experimentierklauseln zu beachten ist und die sich aus Verfassungs- und Europarecht, insbesondere den

Schutzpflichten des Staates für Bürgerinnen und Bürger ergibt. In einer verhältnismäßigen Balance von Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung liegt der Schlüssel zu einer rechtssicheren Formulierung der Experimentierklausel. Weiterhin muss eine Experimentierklausel **leistungsstark** ausgestaltet sein. D.h., dass die Norm für die rechtsanwendende Verwaltung sowie für die Wirtschaftsbeteiligten, die Innovationen erproben wollen, anwendungsfreundlich, in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen voraussehbar und hinreichend flexibel ist, damit die Experimentierklausel in der Praxis ihren Zweck erfüllen kann. Dadurch wird verhindert, dass die Experimentierklausel nicht oder entgegen ihrem intendierten Zweck genutzt wird.

Vor diesem Hintergrund hat die Formulierung einer Experimentierklausel zu erfolgen. Es kann hierbei – wie eingangs angerissen – **keine einheitliche „one size fits all“-Experimentierklausel für alle Innovationen und Sachbereiche geben, insbesondere weil die Risiken der zu erprobenden Innovationen unterschiedlich gelagert sind.** Die Formulierung der Experimentierklausel basiert also immer auch auf den Risiken der Erprobung für Rechte und Interessen Dritter. **Darüber hinaus variiert auch der Normbestand in den Sachbereichen, so dass Experimentierklauseln in unterschiedlichem Umfang zulässig sein können.**

Doch durch eine Risikobasierung sowie den gemeinsamen Erprobungszweck ist es möglich, einen allgemeinen „Setzkasten“ für Experimentierklauseln zu entwickeln, der nach Bedarf für die unterschiedlichen Innovationen und die unterschiedlich geregelten Sachbereiche spezifiziert werden kann. Dieser „Setzkasten“ enthält einerseits notwendige Elemente, ohne die eine Experimentierklausel nicht funktioniert. Andererseits können optionale Elemente im „Setzkasten“ vorgesehen werden, die sinnvoll erscheinen. Die Entwicklung sowie beispielhafte Adaption dieses „Setzkastens“ ist zentrales Ziel der zu erstellenden Arbeitshilfe. Bei vielen Elementen bestehen Variationsmöglichkeiten.

Der Arbeitshilfe wird die **Normstruktur einer einstufigen Befugnisnorm** zugrunde gelegt. Das bedeutet, dass die Experimentierklausel eine Rechtsgrundlage für behördliches Handeln enthält auf deren Grundlage eine Behörde ermächtigt wird, die Entscheidung über die Erprobung einer Innovation zu treffen. Dieses Regelungsmodell stellt in der Rechtspraxis den Regelfall dar. Zur Vollständigkeit sei erwähnt, **dass auch andere Regelungsmodelle möglich wären.**

- Es wäre zum einen auch möglich, dass nicht die Behörde, sondern die **Rechtsetzung unmittelbar über die Erprobung und die dafür zu erfüllenden Voraussetzungen entscheidet.** Dazu müssten die Vorgaben unmittelbar aus dem Gesetz folgen. So könnte eine gesetzliche Regelung beispielsweise vorsehen, dass eine ganz bestimmte Innovation für einen bestimmten Zeitraum von ganz bestimmten gesetzlichen Vorgaben befreit ist. Eine solche Experimentierklausel wäre „*self executing*“. Diese Normstruktur ist jedoch für die möglichen spezifischen Anforderungen einzelner In-

novationen regelmäßig nicht hinreichend flexibel und kommt vor diesem Hintergrund für die Ausgestaltung sachbereichsspezifischer Experimentierklauseln zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle eher nicht in Betracht. Hier wird stattdessen zugrunde gelegt, dass die Möglichkeit der Erprobung durch eine behördliche Entscheidung (eine Befreiung oder die Erteilung einer Erprobungsgenehmigung) im Einzelfall folgt.

- Zum anderen wäre es auch denkbar, die **Entscheidung über die Erprobung nicht einstufig, sondern zweistufig** auszugestalten. Hier würde beispielsweise eine zentrale Behörde unter Mitwirkung von Bundes-, Landes- oder kommunale Fachbehörden über die Zulassung der Innovation zur Erprobung entscheiden (Stufe 1) und die Bundes-, Landes- oder kommunale Fachbehörden würden die Entscheidung über die Art und Weise der Durchführung der Erprobung der Innovation treffen (Stufe 2). Bei diesem Regelungsmodell würden Zuständigkeiten zwischen Wirtschaftsförderung und Fachrecht verteilt und verzahnt. Dadurch können wiederkehrende Entscheidungsprozesse vereinheitlicht sowie Fachbehörden entlastet werden. Darum sprechen Gründe der Beschleunigung und Vereinheitlichung der Prozesse für ein solches Regelungsmodell. Dieses zweistufige Regelungsmodell kann das hier vorgestellte einstufige Regelungsmodell ergänzen. Es handelt sich nicht um eine grundlegend andere Normstruktur. Jedoch ist es für die Formulierung von Experimentierklauseln angesichts der Vielgestaltigkeit, Besonderheiten und Komplexität der Innovationen in den Sachbereichen sinnvoll, dass sich die Rechtsetzung zunächst auf die angemessene Schaffung oder Änderung von spezifischen Experimentierklauseln konzentriert.

Schritt 4: Umsetzung sowie Anwendung der Experimentierklausel in der Praxis.

Schritt 4 fasst mit Umsetzung und Anwendung der Experimentierklausel mehrere Schritte zusammen, die in der Realität sehr komplex sind und voneinander getrennt werden können. Beide werden für die Anschauung hier zusammengefasst, weil sie dazu dienen, die Experimentierklausel Realität werden zu lassen, einerseits durch Rechtsetzung und andererseits durch Rechtsanwendung. Diese beiden Aspekte sind nicht der eigentliche Gegenstand der Arbeitshilfe. Doch die Arbeitshilfe kommt nicht aus, ohne sie zu bedenken. Denn nur rechtssichere Regelungen sollten im Rechtsetzungsprozess umgesetzt und durch die Verwaltung angewendet werden. Auch fördern leistungsstarke Regelungen die Rechtsanwendung. Rechtssicherheit und Leistungsstärke sind darum die beiden zentralen Ziele der Formulierung der Experimentierklausel in Schritt 3.

Schritt 5: Durchführung der Evaluation der Experimentierklausel und Transfer des Evaluations-Wissens in den Rechtsetzungsprozess zur Bewertung und ggf. Anpassung der Experimentierklausel.

Schritt 5 ist zentral für die Experimentierklausel, weil die Klausel aufgrund ihres experimentellen Charakters von Verfassungen wegen die Evaluation der Regelung nach einer angemessenen Zeit und einer angemessenen Zahl von Erprobungen erfordert. Dies ist bei der Formulierung in Schritt 3 zu berücksichtigen. Das Wissen insbesondere über die Funktionsweise und Leistungsstärke der Regelung, welches im Zuge der Evaluation gesammelt wurde, bildet die Grundlage dafür, die Experimentierklausel zu überprüfen, bei Bedarf anzupassen bzw. nachzubessern und – falls der Erprobungsbedarf nach einer gewissen Erprobungsphase entfällt – die Regelung in den „Realbetrieb“ zu überführen.

D. Grundlegende Hinweise für die Formulierung von Experimentierklauseln

Hinweis zur Lektüre

Dieses Kapitel liefert die grundlegenden Hinweise für das Verständnis der Elemente einer Experimentierklausel sowie ihrer Variationsmöglichkeiten.

Den Ausgangspunkt dieser grundlegenden Hinweise für die Formulierung von Experimentierklauseln bildet eine **Übersicht zu Begriff und Funktionen von experimenteller Gesetzgebung und Experimentierklauseln** (dazu I.). Für die Formulierung einer Experimentierklausel ist es relevant, sich den **rechtlichen Kontext** vor Augen zu führen. Dieser wird bestimmt durch die im vorliegenden Kontext maßgeblichen innovativen Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters, denen insbesondere eine hohe Dynamik und Komplexität eigen ist (dazu II.). Daneben sind für die rechtssichere Formulierung einer Experimentierklausel grundlegende Kenntnisse der Rechtsetzung über die zentralen Parameter essentiell, die eine Experimentierklausel zu erfüllen hat. Es handelt sich um eine Balance zwischen den drei Pfeilern **Innovationsoffenheit** (dazu III.), **Innovationsverantwortung** (dazu IV.) und **Leistungsstärke** (dazu V.). Auf ihnen basiert die Formulierung der Experimentierklausel im Kontext vorwiegend digitaler Innovationen und aus ihnen folgt der grundlegende risikobasierte Ansatz mit Spezifikationsbedürfnis, wie er dem „Setzkasten“ der Arbeitshilfe zugrunde liegt. Wesentliche Aspekte werden in **Schlussfolgerungen** zusammengefasst (dazu VI.).

I. Grundlage: Begriff und Funktionen von Experimentierklauseln

Die Formulierung einer Experimentierklausel kann auf Vorerfahrungen und vergangene wie aktuelle Diskussionen aufbauen, denn experimentelle Gesetzgebung ist kein neuartiges Phänomen. Experimentelle Gesetzgebung reicht bis in die 1950er Jahre zurück¹ und hatte in den 1970er² und 2000er³ Jahren besondere Konjunktur.

¹ *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37.

² *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37; S. auch die breiten Diskussionen zu jener Zeit bei *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 234 m.w.N.

³ *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37; *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 1018.

Auch aktuell ist wieder gestiegenes Interesse an experimenteller Gesetzgebung zu vermerken.⁴ Die derzeitige Entwicklung ist deutlich von der **flächendeckenden Digitalisierung** geprägt.

Experimentelle Gesetzgebung dient dazu, den Gesetzgeber in die Lage zu versetzen, eine im Detail noch nicht hinreichend bekannte Fragestellung besser normativ zu regeln. Die staatliche Regelung erfolgt darum **planmäßig zunächst probenhalber**.⁵ Durch Begleitung der Regelung sollen **realitätsnah Erfahrungen** gesammelt werden, um daran zu messen, ob sich die Regelung bewährt bzw. wie sie adaptiert werden muss.⁶ Das Ziel ist es, durch rationales, schrittweises und Risiken auf ein Mindestmaß reduzierendes Vorgehen nach dem Prinzip von „*trial and error*“⁷ eine **auf Dauer angelegte Regelung** auszuarbeiten.⁸ In den meisten Fällen wird in der heutigen, von der Regulierung nahezu aller Lebensbereiche geprägten Zeit, das **Abweichen von bestehenden Regelungen** Teil der experimentellen Gesetzgebung sein.⁹ Experimentelle Gesetzgebung zeichnet sich durch **fünf Merkmale** aus:

⁴ S. *OECD*, *Embracing Innovation in Government, Global Trends 2019*, 2019, S. 95 ff., <https://trends.oecd-opsi.org/embracing-innovation-in-government-global-trends-2019.pdf>; vgl. dagegen noch *Ranchordás*, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, 2014, S. 9 f., die eine globale Zurückhaltung bei experimenteller Gesetzgebung moniert, jedoch auch auf aktuelle U.S.-amerikanische Diskussionen im Zusammenhang mit technologischen Innovationen hinweist, s. S. 69 ff.

⁵ *Ranchordás*, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, 2014, S. 37; *van Gestel/van Dijck*, *Better Regulation through Experimental Legislation*, *European Public Law* 17 (2011), S. 539 (542); Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Modellprojekt zur optionalen Auszahlung eines Grundeinkommens anstelle der Leistungen der Künstlersozialversicherung, WD 3 - 3000 - 235/11, 2011, S. 5; *Lindner*, *Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung*, *DÖV* 2007, S. 1003 (1004).

⁶ *Ranchordás*, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, 2014, S. 38; *van Gestel/van Dijck*, *Better Regulation through Experimental Legislation*, *European Public Law* 17 (2011), S. 539 (542); Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Modellprojekt zur optionalen Auszahlung eines Grundeinkommens anstelle der Leistungen der Künstlersozialversicherung, WD 3 - 3000 - 235/11, 2011, S. 5; *Maaß*, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, 2001, S. 38; *Meßerschmidt*, *Gesetzgebungsermessen*, 2000, S. 1017; *Horn*, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, S. 25 f.

⁷ *Horn*, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, S. 27; vgl. auch *Stettner*, *Verfassungsbindungen des experimentellen Gesetzgebers*, *NVwZ* 1989, S. 806.

⁸ *Maaß*, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, 2001, S. 39; Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Modellprojekt zur optionalen Auszahlung eines Grundeinkommens anstelle der Leistungen der Künstlersozialversicherung, WD 3 - 3000 - 235/11, 2011, S. 5.

⁹ *van Gestel/van Dijck*, *Better Regulation through Experimental Legislation*, *European Public Law* 17 (2011), S. 539 (542). Eindeutiger noch *Maaß*, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen*, 2001, S. 38; *Ranchordás*, *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*, 2014, S. 37.

- Zeitliche Begrenzung,
- Begrenzung des Umfangs (räumlich, persönlich, sachlich),
- Beobachtung und Evaluation mit dem Ziel des Erkenntnisgewinns,
- Ziel einer dauerhaften Regelung,
- (regelmäßig) Abweichen von bestehenden Regelungen.

Anhand dieser Merkmale lässt sich experimentelle Gesetzgebung von zeitlich befristeten Gesetzen,¹⁰ Ausnahmevorschriften oder der schlichten Freistellung von Regulierung ohne Erprobungszweck abgrenzen.

Für eine Experimentierklausel kommen grundsätzlich **zwei unterschiedliche Regelungsmodelle** in Betracht: Zum einen ist eine Regelung möglich, bei der die Befugnis zur Erprobung und die dafür zu erfüllenden Voraussetzungen unmittelbar aus dem Gesetz folgen; so könnte eine gesetzliche Regelung beispielsweise vorsehen, dass eine ganz bestimmte Innovation für einen bestimmten Zeitraum von ganz bestimmten gesetzliche Vorgaben befreit ist, die Experimentierklausel wäre „self executing“. Zum anderen ist eine Regelung möglich, bei der die Erprobung aus einer behördlichen Entscheidung (einer Befreiung oder der Erteilung einer Erprobungsgenehmigung) folgt; die Regelung enthält eine Rechtsgrundlage für behördliches Handeln. Das letztgenannte Regelungsmodell stellt in der Rechtspraxis den Regelfall dar und wird auch im vorliegenden Kontext primär zugrunde gelegt.

Die Funktionen experimenteller Gesetzgebung können bezeichnet werden als:

- **Übergangsfunktion**, weil eine staatliche Regelung trotz Ungewissheiten und Prognoseschwierigkeiten dort aufgesetzt wird, wo aufgrund einer neuartigen Materie noch keine hinreichenden Kenntnisse für eine dauerhafte Regelung bestehen;
- **Verbesserungsfunktion**, weil die Qualität der Gesetzgebung durch begleitende Pflichten der Beobachtung und Evaluation auf Faktenbasis optimiert wird;
- **Steuerungsfunktion**, weil durch Folgenorientierung eine effektivere Steuerung der Verwaltung erreicht wird;

¹⁰ Im Englischen und im Rahmen der „Better Regulation Guidelines“ der Europäischen Kommission auch als sog. „*sunset clauses*“ bekannt, s. Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, SWD (2017) 350, S. 38.

- **politische Funktion**, weil das Regelungsvorhaben im politischen Prozess aufgrund seiner Vorläufigkeit leichter mehrheitsfähig sein dürfte.¹¹

Experimentelle Gesetzgebung unterscheidet sich regelmäßig in Bezug auf ihren Gegenstand, den ermächtigten Akteur und das Stadium der Erprobung:

- **Gegenstand:** Wenn ein ganzes Gesetz erprobt wird, wird von einem **Experimentiergesetz** gesprochen. Wenn eine einzelne Vorschrift im Fachrecht integriert und dort erprobt wird, ist von einer **Experimentierklausel** die Rede.¹² Auf der Grundlage von Experimentierklauseln kann die Verwaltung ermächtigt sein, bestimmtes privates Verhalten probeweise zu genehmigen (Erprobungs- oder **Experimentier-Genehmigungen**).
- **Akteur:** Die experimentelle Gesetzgebung kann unterschiedliche Akteure zum Experimentieren ermächtigen. Zum einen kann der **Gesetzgeber** selbst durch ein experimentelles Gesetz von bestehenden Regelungen abweichen.¹³ Zum anderen kann der parlamentarische Gesetzgeber die **Exekutive, etwa als Verordnungsgeber**, ermächtigen, durch eine generelle Entscheidung von bestehenden Regelungen abzuweichen.¹⁴ Schließlich kann die Verwaltung auch ermächtigt werden, durch **individuelle Behördenentscheidung** von Regelungen abzuweichen.¹⁵ Jene Typen finden sich im Gutachten insbesondere bei der Analyse der Ausgestaltung und Anwendungspraxis in E.III. wieder.
- **Stadium der Erprobung:** Experimentelle Gesetzgebung zielt auf Erkenntnisse über die Leistungsfähigkeit und Angemessenheit eines regulatorischen Konzepts und die Anforderungen an seine Verbesserung. Der jeweilige Kenntnisstand der öffentlichen Hand wirkt sich auf die Ausgestaltung experimenteller Gesetzgebung aus. Ist der Kenntnisstand am Anfang einer Erprobung gering, darf die Regelung unbestimmter sein. Sind die Erprobungsmöglichkeiten von geringerem Umfang, hat die Beobachtung bzw. Evaluation der Erprobung engmaschiger auszufallen.

¹¹ Vgl. *Ranchordás*, Constitutional Sunsets and Experimental Legislation, 2014, S. 48 ff; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 28 ff. Zurückhaltender *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessens, 2000, S. 1018 ff.

¹² *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 34 ff.

¹³ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1004).

¹⁴ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1005).

¹⁵ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1004 f).

II. Einführung: Der rechtliche Kontext der Erprobung mittels Experimentierklauseln

Hinweis zur Lektüre

Dieser Abschnitt zum Kontext kann sowohl zur Einführung in die Fragestellung als auch als Hilfestellung gelesen werden, um Zweifelsfälle der Formulierung der Experimentierklausel sachangemessen zu lösen.

Für die Formulierung einer Experimentierklausel ist zentral, wie groß der Spielraum der Rechtsetzung bei der Ausgestaltung der Regelung ist. Dieser Spielraum der Rechtsetzung ist grundsätzlich weit. Vom Bundesverfassungsgericht wird der Spielraum bestimmt nach

*„der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“.*¹⁶

Hierbei zeigt sich zum einen das Bedürfnis für eine flexible Regelung, die in der Lage ist, dynamische und komplexe Sachverhalte zu erfassen. Zum anderen lässt sich anhand des Kontexts kompakt veranschaulichen, dass bei der Formulierung der Experimentierklausel Risiken für Rechtsgüter und Interessen Dritter zu beachten sind.

¹⁶ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110, juris – Mitbestimmung; BVerfG, Beschluss vom 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170-240, Rn. 101, juris – C-Waffen-Einsatz; BVerfG, Beschluss vom 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145-226, Rn. 122, juris – Cannabis; BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66 – Kampfhunde. Kritisch zu „so ausgefeilt“ regulierten Bereichen wie dem Gesundheitssektor oder der Personenbeförderung, dass innovative deutsche Start-Ups aus dem Ausland agieren müssten, *Zypries*, Digitalisierung erfordert Regulierung und Deregulierung, ZRP 2013, S. 33. Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 17 ff.

Auf einen Blick: Der rechtliche Kontext

- Gegenstand der Reallabore sind vorwiegend digitale Innovationen. Dieser Gegenstand zeichnet sich durch eine enorme Dynamik aus aufgrund der hohen Komplexität, der Vielzahl an Anwendungsfeldern und Entwicklungsmöglichkeiten sowie der möglichen „disruptiven“ Wirkung der Innovationen. Diese Eigenart besteht in der Regel jenseits der Sachbereiche, in denen Innovationen angesiedelt sind.
- Angesichts der nicht vorhersehbaren Vielfalt komplexer digitaler Innovationen ist nicht bekannt, welche Technologien und Geschäftsmodelle morgen entwickelt werden können und erprobt werden sollen. Deshalb sprechen digitale Innovationen für Flexibilität und Öffnung bei der Rechtsgestaltung. Weiterhin liegt es nahe, eine Kommunikationsplattform zur Bündelung von Fachwissen aus Verwaltung, Wirtschaft und Zivilgesellschaft zu institutionalisieren.
- In der Folge der Erprobung von Innovationen unter realen Bedingungen im Reallabor sind Menschen zum Teil gezielt, zum Teil beiläufig mit den zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodellen konfrontiert. Hier werden diverse Schutzgüter mit möglichen Beeinträchtigungen durch die Erprobung von Innovationen konfrontiert. Die Konfrontationen fallen je nach Innovationen und Beeinträchtigungsmöglichkeiten sehr unterschiedlich aus. Erforderlich ist darum eine konkrete Analyse der Innovationen mit Blick auf die Schutzgüter.

1. Hohe Dynamik und Komplexität von (überwiegend digitalen) Innovationen jenseits von Sachbereichen

Das digitale Zeitalter hält weitreichende Möglichkeiten und Herausforderungen bereit. Eine unüberschaubare Vielzahl denkbarer neuartiger Technologien, Anwendungen und Geschäftsmodelle – teilweise in Kombination mit herkömmlichen Industrien – werden entwickelt, getestet, erprobt, verworfen, erneuert, auf den Markt gebracht und genutzt. Die Innovationen des digitalen Zeitalters erobern viele regulierte und nicht-regulierte Lebens- und Wirtschaftsbereiche und zeitigen dadurch schon heute erhebliche Auswirkungen auf die Struktur unserer Wirtschaft und die Art, wie wir leben.

Dieser überwiegende Gegenstand der Reallabore zeichnet sich durch eine enorme Dynamik aus. Diese hängt mit der hohen fachlichen Komplexität und der schier unüberschaubaren Vielzahl an Anwendungsfeldern und Entwicklungsmöglichkeiten sowie der „disruptiven“ Wirkung digitaler Innovationen zusammen. Die staatliche Steuerung, Begleitung und Kontrolle der damit verbundenen gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen wird dadurch in mehrerer Hinsicht herausgefordert.

Herausgefordert ist zum einen die Rechtsetzung. Gesetzgebungsprozesse für immer neue bereichsspezifische Sonderregelungen sind zeitaufwändig, und zwar sowohl was die rechtstechnische Ausarbeitung der Regelungen als auch deren politische Umsetzung anbetrifft. Zudem kann nicht immer zutreffend prognostiziert werden, in welchen Bereichen das Bedürfnis für die Erprobung neuer Technologien entsteht und in welchem Umfang die bestehenden Regelungen für die Innovation unzureichend sind. Dies kann mit dem Umstand kollidieren, dass Produkte und Dienste meist gegenstandsbezogen reguliert werden und historisch gewachsen differenzierten rechtlichen Regimen unterliegen.¹⁷

Daneben ist ebenso die Verwaltung als Gesetzesanwender herausgefordert. Sie soll Entscheidungen über die Zulässigkeit von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen treffen. Die Risiken und Chancen vieler Produkte und Dienste dürften innerhalb der öffentlichen Verwaltung aufgrund des gebündelten Fachwissens und der Erfahrung gut abzuschätzen sein. Doch gerade bei überaus komplexen Produkten und Diensten kann die Verwaltung an ihre Grenzen kommen.

Die Herausforderungen für Rechtssetzung und Rechtsanwendung bestehen insbesondere bei Innovationen, die – wie etwa algorithmenbasierte Anwendungen – technisch besonders komplex und daher schwer zu durchschauen sind. Auch ihre Folgewirkungen lassen sich nur schwer abschätzen. Eine außerordentliche Herausforderung liegt darin, dass sich die technischen Rahmenbedingungen fortwährend weiterentwickeln und verändern und dabei regelmäßig, wenn überhaupt, nur für Experten verständlich sind.¹⁸ Selbst für die

¹⁷ Vgl. *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 17 ff.

¹⁸ *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, *AöR* 142 (2017), S. 1 (29).

Personen, die Algorithmen entwickeln, ist das Ergebnis ihrer Anwendung oftmals – und teilweise sogar intendiert – nicht vorhersehbar.¹⁹

2. Bedürfnis nach Flexibilität und Informationsgewinnung

Angesichts der nicht vorhersehbaren Vielfalt komplexer digitaler Innovationen ist nicht bekannt, welche Technologien und Geschäftsmodelle morgen entwickelt werden und erprobt werden sollen. Die Digitalisierung eröffnet ein Spielfeld, das in seiner umwälzenden Wirkung mit der industriellen Revolution verglichen wird. Dies vermindert die Möglichkeit des Gesetzgebers, sich hinsichtlich des Regelungsgegenstands ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden. Deshalb sprechen digitale Innovationen für Flexibilität und Öffnung bei der Rechtsgestaltung: Einerseits, damit sich digitale Innovationen neben den überkommenen Technologien und Geschäftsmodellen des vordigitalen Zeitalters entfalten können, andererseits damit der Gesetzgeber zeitnah und adäquat auf die Vielfalt und Komplexität digitaler Innovationen reagieren kann.

Das Sammeln von Informationen und Erfahrungen sowie die Einbeziehung von spezifischen Fachkenntnissen können den Gesetzgeber in die Lage versetzen, seine Möglichkeiten zu verbessern, sich ein hinreichend sicheres Urteil für die zielgenaue Rechtsgestaltung zu bilden. Vor diesem Hintergrund werden staatliche Entscheidungen in Bereichen mit hoher Dynamik oder Komplexität zum Teil durch externen fachlichen Sachverstand ertüchtigt oder auf sachnahe Entscheidungsträger übertragen. Ein relativ weitgehendes Beispiel für eine Mitwirkung externen Sachverständigen auf tatbestandlicher Ebene ist § 27a Abs. 5 SGB V. Danach kann der sog. Gemeinsame Bundesausschuss, eine Einrichtung zur gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärztinnen, Ärzten und Krankenkassen, durch Richtlinien nach § 92 SGB V medizinische Einzelheiten der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kostenerstattung im Bereich der reproduktiven Medizin bestimmen. Ein schwächeres Beispiel für eine Mitwirkung auf Rechtsfolgenseite ist § 32 Abs. 1 des Rundfunkstaatsvertrags (RStV) wonach der Programmbeirat Vorschläge und Anregungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt und Pluralität des Programms i.S.d. § 25 RStV macht. Auch im Bereich der Erprobung von digitalen Innovationen erscheint die Institutionalisierung einer Kommunikationsplattform zur Bündelung von Fachwissen in Verwaltung, Wirtschaft und Zivilgesellschaft zielführend.

¹⁹ *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), S. 1 (13); *Herberger*, „Künstliche Intelligenz“ und Recht, NJW 2018, S. 2825 (2827).

3. Innovationsspezifische auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter

Zentrale Determinanten für die Schaffung von Experimentierklauseln sind die bei der Rechtsgestaltung zu berücksichtigenden Rechtsgüter und Interessen, ihre Gewichtung und das Maß ihrer Betroffenheit. Zu unterscheiden sind die mit der Regelung verfolgten Interessen und Ziele des Staates, die durch die Möglichkeit der Innovationserprobung gefährdeten Rechtsgüter privater Dritter und die Interessen von Wirtschaftsteilnehmern, die um den Zugang zum Reallabor bzw. abweichende Regelungen konkurrieren.

Die neuen Geschäftsmodelle und Technologien des digitalen Zeitalters können die Lebens- und Arbeitswelt sowie die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen grundlegend verändern. Die Förderung der Wirtschaft, die Sicherung von Arbeitsplätzen und die Verbesserung der Lebensverhältnisse sind verfassungsrechtlich verbürgte ureigene Aufgaben des Staates.²⁰ Die Förderung technischen Fortschritts ist auch auf Ebene des Unionsrechts verankert.²¹ Die Schaffung eines innovationsfördernden Regelwerks zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft, zur Erschließung neuer wirtschaftlicher Potentiale und zur Sicherung hochwertiger Arbeitsplätze ist daher ein verfassungsrechtlich radizierter legitimer Regelungszweck.

Neuartige Technologien und Geschäftsmodelle können Gefahren für geschützte Rechtsgüter der Nutzer und unbeteiligter Dritter mit sich bringen, die der Gesetzgeber gerade auch aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflichten²² zu berücksichtigen hat. Entsprechend fallen innovative Technologien und Geschäftsmodelle regelmäßig unter bestehende voraussetzungsreiche Regelungen, die dem Schutz von Rechtsgütern tatsächlich oder potentiell betroffener Dritter Rechnung tragen.

²⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 20. April 2004 – 1 BvR 905/00 –, BVerfGE 110, 274-304, Rn. 61 (große Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers u.a. bei Wirtschaftsförderung); BVerfG, Urteil vom 04. April 1967 – 1 BvR 126/65 –, BVerfGE 21, 245-261, Rn. 25 (Sicherung von Arbeitsplätzen ist eine durch das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1 GG) dem Staat besonders aufgegebenen Daseinsvorsorge); Art. 104b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GG (Finanzhilfen zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums); Art. 72 Abs. 2, 91a Abs. 1, 106 Abs. 3 Satz 4 Nr. 2 GG (Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet); Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 Var. 2, 91b Abs. 1 GG (Förderung der wissenschaftlichen Forschung).

²¹ Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 3 EUV („[Die EU] fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.“); Art. 179 Abs. 1 AEUV („Die Union hat zum Ziel, [...] die Entwicklung ihrer Wettbewerbsfähigkeit einschließlich der ihrer Industrie zu fördern [...].“).

²² Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 115, juris – Kalkar I.

Die Erprobung der technischen Innovationen im Reallabor erfolgt unter realen Bedingungen. In der Folge sind Menschen zum Teil gezielt, zum Teil beiläufig mit den zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodellen konfrontiert. Diese Konfrontation fällt sehr unterschiedlich aus:

- Bei digitalen Diensten für individuelle Mobilität in der Erprobung wie etwa autonom fahrenden Bussen oder Flugtaxis sind sowohl Fahrgäste als auch sonstige Verkehrsteilnehmer im öffentlichen Straßen- bzw. Luftraum in ihrem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) potentiell berührt. Ähnliches gilt bei im öffentlichen Raum eingesetzten Logistikanwendungen wie Flugdrohnen zum Warentransport, in reduziertem Maße auch bei Lieferrobotern. Auch Dienste der Verkehrsflusssteuerung auf der Grundlage künstlicher Intelligenz können Risiken für Leben und körperliche Unversehrtheit der Verkehrsteilnehmer begründen, etwa wenn Fehler in der Programmierung oder in der Entscheidungsfindung des steuernden Algorithmus Verkehrsunfälle herbeiführen, statt sie zu vermeiden. Risiken für höchste Rechtsgüter sind aber auch denkbar bei neuartigen Anwendungen zur vereinfachten Steuerung industrieller Prozesse, etwa für algorithmengesteuerte Verteiler von elektrischen Lasten oder sensorbasierten Sicherheitsprotokollen chemischer Anlagen.
- Weiterhin kann bei vielen digitalen Innovationen, insbesondere im Bereich des „Internet of Things“, der „Smart City“ und des „Smart Home“ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen sein.²³ Denn die einschlägigen digitalen Anwendungen verwenden Umgebungssensoren, Mikrofone und Kameras. Das gilt etwa bei smarten Glühbirnen, die Nutzungsmuster analysieren und sich darauf basiert an- oder ausschalten, aber auch bei der Verkehrsflusssteuerung, die Echtzeitauswertungen der Verkehrslage mithilfe von Kameras ihren Entscheidungen zugrunde legt.
- Bei digitalen Innovationen im Bereich Fin-Tech – etwa auf Grundlage von Blockchain-Technologie – spielen Aspekte des Schutzes des Nutzers vor Zugangslücken eine wichtige Rolle, die dem Vermögensschutz (Art. 14 Abs. 1 GG) dienen.

²³ In Betracht kommen ferner mögliche Risiken für die grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) sowie des Rechts auf Vertraulichkeit der Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Das Innovationsinteresse der Wirtschaftsakteure muss bei der Rechtsgestaltung also in Ausgleich gebracht werden mit den rechtlich geschützten Interessen derer, die durch die Innovationen direkt oder indirekt berührt werden. Dabei kann und muss der Gesetzgeber differenziert vorgehen: Bei der Erprobung von digitalen Innovationen im öffentlichen Straßenraum sind nicht die identischen Rechtsgüter in Ausgleich zu bringen wie beim Ausbau von E-Government. Weiterhin können neuartige, d.h. innovationsbezogene und bekannte Risiken innerhalb einer Innovation unterschieden werden. Schafft der Gesetzgeber Erprobungsräume für digitale Innovationen durch entsprechende Regelungen oder die Einrichtung von Reallaboren, wirkt er an der Eröffnung einer Gefahrenquelle mit. Wegen seiner Schutzpflicht für die betroffenen grundrechtlich gewährleisteten Rechtsgüter muss der Gesetzgeber daher zugleich Maßnahmen ergreifen, die dazu führen, dass ein angemessener und wirksamer Schutz vor der Gefahrenquelle erreicht wird.²⁴ In eng begrenzten Einzelfällen kann es wegen der Schutzpflichten sogar untersagt sein, die Erprobung bestimmter neuartige Anwendungen zu erlauben.²⁵

Die soziale Marktwirtschaft und ihr Innovationsgeist leben von Wettbewerb unter den Wirtschaftsakteuren. Dieses Wesensmerkmal der deutschen und europäischen Rechts- und Wirtschaftsordnung wird auch bei der Entwicklung und Erprobung neuartiger digitaler Technologien und Geschäftsmodelle eine entscheidende Rolle spielen. Innovationsoffene Regulierung muss entsprechende Regeln bereithalten. Erfolgt die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle durch private Akteure – wie im Rahmen der Reallabor-Strategie des BMWi –, fokussiert sich die Rolle des Staates zunächst darauf, einen Innovationszyklus zu ermöglichen. Private Akteure werden dadurch in die Lage versetzt, ihre Innovationen unter realen Bedingungen zu erproben. Gerade in besonders zukunftssträchtigen Innovationsbereichen werden die Wirtschaftsakteure jedoch um die Möglichkeit der Erprobung im Reallabor konkurrieren. Als grundrechtlicher Belang ist damit insbesondere der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) berührt: Es stellt sich die Frage, wie zwischen mehreren Bewerbern auszuwählen ist, die in den Genuss der Möglichkeit zur Abweichung von bestimmten Vorgaben kommen. Diese Konstellation erinnert an Entscheidungen der Verwaltung über den z.B. aus Platzgründen begrenzten Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung. Ein

²⁴ BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 186, juris – Schwangerschaftsabbruch II.

²⁵ Vgl. zum Schutz des ungeborenen Lebens BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 188, juris – Schwangerschaftsabbruch I („Experimente sind aber bei dem hohen Wert des zu schützenden Rechtsgutes nicht zulässig“).

Beispiel für eine gesetzliche Regelung findet sich in § 70 Abs. 3 GewO. Dieser regelt, wann ein Veranstalter eine Person aus „sachlich gerechtfertigten Gründen“ von der Teilnahme an einer festgesetzten Veranstaltung ausschließen kann. Ein grundsätzlich anerkanntes sachgerechtes Differenzierungsmerkmal für die Teilnahme ist die Bewährtheit eines Bewerbers.²⁶ Im Gegensatz dazu sind die innovativen Technologien und Geschäftsmodelle gerade noch im Stadium der Entwicklung, und der Zugang zum Reallabor dient gerade ihrer Erprobung. Sie sind meist also gerade noch nicht bewährt. Außerdem sind die innovativen Technologien und Geschäftsmodelle meist sehr komplex. Zudem dürfte die Möglichkeit der Erprobung häufig einen wirtschaftlichen Vorteil beinhalten. Insbesondere dort, wo Dienste durch Daten gesteuert werden, verbessern sie sich auf der Grundlage von Daten. Wird eine Innovation also nicht erprobt, kann sie weniger gut (fort-)entwickelt werden. Hinzu kommen sog. „Lock-in-Effekte“: am Markt „bekannte und bewährte“ Dienste werden mehr genutzt, können mehr Daten verarbeiten, entwickeln sich dadurch besser, bekommen wiederum mehr Zulauf und mehr Daten. Dieser Zirkel dreht sich so oft, bis sich ein Produkt oder Dienst am Markt durchgesetzt hat und der technische Vorsprung durch Konkurrenten kaum noch einzuholen ist.²⁷ Vor diesem Hintergrund bedarf es im Kontext der Erprobung von Innovationen auch Regelungen, die den Zugang zur Erprobungsmöglichkeit im Reallabor einschließlich der Auswahl zwischen Technologien und Geschäftsmodellen steuern und die spezifischen Gefährdungen für den Wettbewerb auffangen. Denn aufgrund des Elements der Förderung weist der beschränkte Zugang zu Erprobungsmöglichkeiten auch Ähnlichkeiten mit dem Beihilfen- oder Vergaberecht auf. Eine entscheidende Weichenstellung dürfte dabei darin liegen, nachvollziehbar zu bestimmen, was eine besonders innovative und damit im Reallabor zu erprobende Innovation ausmacht.

4. Schlussfolgerung: Kontext erfordert Spezifikation der Experimentierklauseln

Anhand der drei voranstehend beschriebenen Faktoren lässt sich der Kontext der Reallabore verdeutlichen. Diese drei Faktoren sind der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum gesetzgeberischen Spielraum entnommen: die Eigenart des Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Diese Faktoren sind zentral für die Formulierung einer Experi-

²⁶ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 27.04.1984 – 1 C 26/82 –, Rn. 16, juris.

²⁷ Vgl. zu Facebook *Kaiser/Reiling*, Meinungsfilter durch soziale Medien und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?, in: Unger/von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 85 (109).

mentierklausel. Sie zeigen, dass Experimentierklauseln unterschiedlich zu formulieren sind, indem sie die Innovationen, insbesondere die damit verbundenen Risiken abbilden. Experimentierklauseln müssen für die betroffenen Rechtsunterworfenen – die Innovatoren, die Konkurrenten und die betroffenen Dritten gleichermaßen – die rechtlichen Auswirkungen der Regelung vorhersehbar machen und dabei dem Schutz der betroffenen Rechtsgüter je nach Gewicht des Schutzguts und nach der Intensität seiner Gefährdung innovationsspezifisch Rechnung tragen.

Die zur Durchführung einer Erprobung im Reallabor erforderlichen Abwägungen können anhand des folgenden Schaubilds veranschaulicht werden:



Vor dem Hintergrund des so beschriebenen rechtlichen Kontexts werden im Folgenden grundlegende Hinweise für die sachgerechte Formulierung von Experimentierklauseln erteilt.

III. Pfeiler 1: Innovationsoffenheit für Experimentierklauseln

Hinweis zur Lektüre

Dieser Abschnitt gibt grundlegende Hinweise zu den verfassungsrechtlichen Spielräumen und ihren Grenzen bei der Formulierung von Experimentierklauseln. Wir empfehlen ausdrücklich die Lektüre, denn hier wird zentrales Hintergrundwissen für die Rechtsgestaltung vermittelt. „Pflichtlektüre“ ist insbesondere der Abschnitt II.2.

Der Kontext der Reallabore hat gezeigt, dass Experimentierklauseln nicht zu eng formuliert werden sollten, weil ihnen sonst die notwendige Flexibilität fehlt, um die dynamischen und komplexen Innovationen sachangemessen zu regeln. Es bedarf darum einer flexiblen und insofern innovationsoffenen Formulierung der Experimentierklausel, die sich auf unterschiedlichen Ebenen der Norm niederschlagen kann. Doch innovationsoffene Formulierungen sind im Rechtsstaat nicht unbegrenzt möglich, sondern die Anforderungen für experimentelle Gesetzgebung speziell ausgeformt. Dieser Abschnitt widmet sich den Grundlagen verfassungsrechtlicher Spielräume bei der Rechtsgestaltung. Es handelt sich um einen Pfeiler, um die Rechtsetzung in die Lage zu versetzen, den Korridor an zulässiger Offenheit bzw. Flexibilität der Formulierung einer Experimentierklausel selbst einzuschätzen.

Auf einen Blick: Innovationsoffenheit für Experimentierklauseln

- Der gesetzgeberische Spielraum bei experimenteller Gesetzgebung entspricht zunächst dem **allgemeinen Spielraum des Gesetzgebers**: Der Spielraum ist grundsätzlich weit, jedoch kontextspezifisch zu bestimmen, denn er hängt ab von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.
- Der Gesetzgeber hat im Speziellen **größere Gestaltungsfreiheit bei experimenteller Gesetzgebung**, denn er trifft keine endgültige Regelung und möchte gerade auch regulatorisch Erfahrungen gewinnen. Möglich sind darum etwa gröbere Typisierungen sowie Generalisierungen.
- Zum Ausgleich des grundsätzlich besonders weiten Spielraums ist bei der Ausgestaltung zu beachten, dass eine **Pflicht zur Beobachtung und Nachbesserung der gesetzgeberischen Prognose sowie der darauf aufbauenden Regelung** als Kernbestandteil experimenteller Gesetzgebung besteht. Weiterhin spricht der Versuchscharakter von experimenteller Gesetzgebung für eine **zeitliche Befristung der Regelung**.

1. Allgemeine Grundsätze: Weiter gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Prognose- und Einschätzungsspielraum begrenzt durch rechtsstaatliche Anforderungen an Normen

Allgemeine verfassungsrechtliche Grundlagen für die Rechtsetzung bestimmen die Formulierung von Experimentierklauseln anhand von zwei Polen. Einerseits hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungs-, Gestaltungs-, Prognose- und Einschätzungsspielraum (dazu a)). Andererseits ist dieser Spielraum nicht unbegrenzt; Anforderungen ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere bezüglich der Bestimmtheit von Normen (dazu b)).

- a) Weiter Handlungs-, Gestaltungs-, Prognose- und Einschätzungsspielraum bei der Rechtsetzung

Dem Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen grundsätzlich ein weiter Spielraum bei der Identifikation gesetzgeberischer Ziele und zu verfolgender öffentlicher Interessen, bei der Beurteilung der zu regelnden Verhältnisse, bei der Prognose der Effektivität bestimmter Maßnahmen und bei der konkreten Ausgestaltung des Ausgleichs widerstreitender Rechtsgüter eingeräumt. Denn es ist

„zunächst Sache des Gesetzgebers, die künftige Entwicklung von Sachverhalten zu beurteilen und die Auswirkungen der von ihm getroffenen Regelungen hierauf zu prognostizieren. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiter Prognose- und Einschätzungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht überprüft derartige Prognosen daraufhin, ob sie auf hinreichend gesicherter Grundlage beruhen. In Abhängigkeit von dem zu regelnden Sachbereich und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter können hierbei differenzierte Maßstäbe zur Anwendung kommen, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen“.²⁸

Dieser differenzierte, grundsätzlich weite Spielraum ist Ausdruck der unmittelbaren demokratischen Legitimation des Gesetzgebers.

Dabei handelt es sich um einen relativen Spielraum: Die genaue Reichweite des Spielraums ist abhängig von verschiedenen Faktoren, insbesondere von

„der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“.²⁹

Vor diesem Hintergrund nimmt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich einen besonders weiten Spielraum hinsichtlich gesetzgeberischer Maßnahmen an, die die Gebiete der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung oder die Abwehr gewisser der Allgemeinheit dro-

²⁸ BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris.

²⁹ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110, juris – Mitbestimmung; BVerfG, Beschluss vom 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 –, BVerfGE 77, 170-240, Rn. 101, juris – C-Waffen-Einsatz; BVerfG, Beschluss vom 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145-226, Rn. 122, juris – Cannabis; BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66, juris – Kampfhunde.

henden Gefahren betreffen.³⁰ Grundlegend betont das Gericht bereits im Apotheken-Urteil

*„das grundsätzlich freie wirtschaftspolitische, sozialpolitische und berufspolitische Ermessen, das dem Gesetzgeber gewahrt bleiben muss [...]“*³¹

Der gesetzgeberische Spielraum bei der Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs widerstreitender Interessen und Rechtsgüter fällt dabei für die unterschiedlichen Stufen der Verhältnismäßigkeit (legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) unterschiedlich weit aus:

- Hinsichtlich der Identifizierung der mit einem Gesetz bzw. einer gesetzlichen Regelung verfolgten öffentlichen Interessen (**legitimer Zweck**) ist der Gesetzgeber weitgehend frei; das Grundgesetz kennt keinen abschließenden Katalog legitimer Zwecke, und es ist ureigene Aufgabe des Gesetzgebers, öffentliche Interessen in den Grenzen der Verfassung zu definieren.
- Hinsichtlich der Prognose, ob ein identifiziertes öffentliches Interesse mittels der gesetzlichen Regelung erreicht werden kann (**Geeignetheit**), steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zu.³² Von der Eignung der Regelung, den legitimen Zweck zu erfüllen, ist auszugehen, wenn die Regelung nicht objektiv untauglich oder ungeeignet ist³³ bzw. wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht.³⁴ Auch ist an die allgemeinen Anforderungen der Geeignetheit zu erinnern, nach denen ein Mittel bereits dann geeignet ist, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.³⁵ Die Weite des gesetzgeberischen Spielraums

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 –, BVerfGE 77, 84-120, Rn. 75 f., juris; BVerfG, Urteil vom 20.04.2004 – 1 BvR 905/00 –, BVerfGE 110, 274-304, Rn. 61, juris – Ökosteuer.

³¹ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377-444, Rn. 64, juris – Apotheken-Urteil.

³² BVerfG, Beschluss vom 10.04.1997 – 2 BvL 45/92 –, BVerfGE 96, 10-27, Rn. 59 f., juris – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66, juris – Kampfhunde.

³³ BVerfG, Beschluss vom 17.01.1978 – 1 BvL 13/76 –, BVerfGE 47, 109-128, Rn. 30, juris.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 214, juris – Telekommunikationsüberwachung.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 10.04.1997 – 2 BvL 45/92 –, BVerfGE 96, 10-27, Rn. 61, juris – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.01.1983 – 1 BvR 1008/79 –, BVerfGE 63, 88-119,

auf Ebene der Geeignetheit wird dadurch verdeutlicht, dass bisher nur wenige Gesetze mangels Eignung für verfassungswidrig erklärt wurden.³⁶

- Hinsichtlich der Beurteilung, ob sich das gesetzgeberische Ziel mithilfe einer anderen Maßnahme, die konfligierende Rechtsgüter weniger intensiv beeinträchtigt, ebenso effektiv erreicht werden kann (**Erforderlichkeit**), steht dem Gesetzgeber ebenfalls ein Spielraum zu.³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat bisher eher vergleichsweise eindeutige Verstöße gegen das Gebot des milderen Mittels durch den Gesetzgeber beanstandet.³⁸ Der genaue Umfang des zugemessenen Spielraums lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes nicht eindeutig entnehmen:

Teilweise beanstandet das Bundesverfassungsgericht gesetzgeberische Maßnahmen mit Blick auf die Erforderlichkeit dann, wenn nach den dem Gesetzgeber

*„bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen **feststellbar ist**, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten“.*³⁹

In anderen Entscheidungen im Kontext wirtschaftsordnender Maßnahmen hält das Gericht fest:

Rn. 97, juris – Versorgungsausgleich; BVerfG, Beschluss vom 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78 –, BVerfGE 67, 157-185, Rn. 52, juris – Telefonüberwachung.

³⁶ Etwa BVerfG, Beschluss vom 07.04.1964 – 1 BvL 12/63 –, BVerfGE 17, 306-319, Rn. 36 ff., juris; BVerfG, Beschluss vom 14.12.1965 – 1 BvL 14/60 –, BVerfGE 19, 330-342, Rn. 27, juris.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 10.04.1997 – 2 BvL 45/92 –, BVerfGE 96, 10-27, Rn. 60, juris – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; BVerfG, Beschluss vom 15.12.1999 – 1 BvR 1904/95 –, BVerfGE 101, 331-360, Rn. 79, juris; BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66, juris – Kampfhunde; BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 95, juris – Berliner Vergabegesetz; BVerfG, Beschluss vom 03.07.2007 – 1 BvR 2186/06 –, BVerfGE 119, 59-96, Rn. 89, juris.

³⁸ Etwa BVerfG, Beschluss vom 10.04.1997 – 2 BvL 45/92 –, BVerfGE 96, 10-27, Rn. 62, juris – Räumliche Aufenthaltsbeschränkung; BVerfG, Beschluss vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 –, BVerfGE 101, 106-132, Rn. 88, juris; BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn. 76, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg.

³⁹ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn. 77, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg; BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 95, juris – Berliner Vergabegesetz.

„[N]icht jeder einzelne Vorzug einer anderen Lösung gegenüber der vom Gesetzgeber gewählten muss schon zu deren Verfassungswidrigkeit führen. Die sachliche Gleichwertigkeit zur Zweckerreichung muss vielmehr bei dem als Alternative vorgeschlagenen geringeren Eingriff in jeder Hinsicht eindeutig feststehen.“⁴⁰

Teilweise lässt das Gericht es ausreichen, dass die gesetzgeberische Einschätzung „**vertretbar**“ ist.⁴¹ Im Kontext von Maßnahmen auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung sowie bei Maßnahmen zur Abwehr von der Allgemeinheit drohenden Gefahren sieht das Bundesverfassungsgericht den Spielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der Erforderlichkeit erst dann als überschritten an,

„wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können“.⁴²

- Hinsichtlich der **Angemessenheit** gelten im Wesentlichen die gleichen Maßstäbe wie hinsichtlich der Erforderlichkeit.
- b) Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere an die Bestimmtheit von Normen

Zugleich sind bei der Formulierung einer Experimentierklausel die Grenzen des grundsätzlich weiten Spielraums zu achten, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergeben und die auch demokratische Komponenten beinhalten. Diese Grenze gebietet insbesondere die hinreichende Bestimmtheit von Rechtsvorschriften.⁴³ Doch es wirken

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 16.03.1971 – 1 BvR 52/66 –, BVerfGE 30, 292-336, Rn. 73, juris; BVerfG, Beschluss vom 14.11.1989 – 1 BvL 14/85 –, BVerfGE 81, 70-97, Rn. 65, juris; mit fast identischer Formulierung ebenso BVerfG, Beschluss vom 05.02.2002 – 2 BvR 305/93 –, BVerfGE 105, 17-48, Rn. 61, juris.

⁴¹ BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, BVerfGE 98, 265-365, Rn. 184, juris.

⁴² BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66, juris – Kampfhunde; BVerfG, Beschluss vom 03.07.2007 – 1 BvR 2186/06 –, BVerfGE 119, 59-96, Rn. 89, juris; mit fast identischer Formulierung ebenso BVerfG, Beschluss vom 16.03.1971 – 1 BvR 52/66 –, BVerfGE 30, 292-336, Rn. 67, juris; BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 –, BVerfGE 77, 84-120, Rn. 75, juris.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 77, juris – Kalkar I; BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, juris; BVerfG, Urteil vom 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 –, BVerfGE 131, 316-376, Rn. 75 ff., juris – Negatives Stimmengewicht; BVerfG, Urteil vom 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 –, BVerfGE 69, 1-92, Rn. 84, juris – Kriegsdienstverweigerung;

verschiedene verfassungsrechtliche Gebote und Rechtsinstitute zusammen und gehen ineinander über, namentlich das allgemeine Bestimmtheitsgebot und das Gebot der Normenklarheit als Ausprägungen des Gebots der Rechtssicherheit, der Vorbehalt des Gesetzes und das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁴⁴

Für eine rechtssichere Formulierung einer Experimentierklausel ist das Bestimmtheitsgebot von hoher Relevanz. Das Bundesverfassungsgericht definiert die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots grundlegend wie folgt:

*„Der Bestimmtheitsgrundsatz gebietet, dass eine gesetzliche Ermächtigung der Exekutive zur Vornahme von Verwaltungsakten **nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt** ist, so dass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß für den Staatsbürger **voraussehbar und berechenbar** wird.“⁴⁵*

Diese Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen zielen darauf ab, staatliches Handeln für den Einzelnen transparent und vorhersehbar zu gestalten und zugleich hinreichend klare Maßstäbe für die Steuerung und Begrenzung des Verhaltens der gesetzesausführenden Verwaltung sowie für die Rechtskontrolle durch die Gerichte bereitzustellen.⁴⁶ Dadurch dient die Bestimmtheit von Normen gerade auch dem Schutz der Grundrechte.⁴⁷

BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn.86, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg.

⁴⁴ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 41, 82, 89 f.; Sachs, in: Sachs, GG, 8. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 122 ff. Für Strafgesetze ergeben sich verschärfte Anforderungen aus Art. 103 Abs. 2 GG („*nulla poena sine lege certa*“).

⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris, Hervorhebung nur hier; ebenso BVerfG, Urteil vom 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 –, BVerfGE 69, 1-92, Rn. 83, juris – Kriegsdienstverweigerung; BVerfG, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 –, BVerfGE 110, 33-76, Rn. 105, juris – Außenwirtschaftsgesetz; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03 –, BVerfGE 118, 168-211, Rn. 95, juris; st. Rspr.

⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 –, BVerfGE 110, 33-76, Rn. 105 f., juris – Außenwirtschaftsgesetz; BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04 –, BVerfGE 113, 348-392, Rn. 120 f., juris – Telekommunikationsüberwachung; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03 –, BVerfGE 118, 168-211, BStBl II 2007, 896, Rn. 95, juris.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 –, BVerfGE 110, 33-76, Rn. 105, juris – Außenwirtschaftsgesetz; BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04 –, BVerfGE 113, 348-392, Rn. 120, juris – Telekommunikationsüberwachung; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03 –, BVerfGE 118, 168-211, BStBl II 2007, 896, Rn. 95, juris.

Die grundlegenden Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen gelten allgemein für sämtliche Rechtsgrundlagen staatlichen Handelns. **Sie erstrecken sich insbesondere auch auf Rechtsgrundlagen für den Erlass von Rechtsverordnungen**⁴⁸ und sind für Rechtsverordnungen des Bundes in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich normiert. Besondere Relevanz entfalten verfassungsrechtliche Bestimmtheitsanforderungen dort, wo gesetzliche Regelungen in Grundrechte eingreifen oder zu Grundrechtseingriffen ermächtigen: Jeder Eingriff staatlicher Gewalt in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter muss auf einer Eingriffsermächtigung in Form eines formellen Gesetzes beruhen (Vorbehalt des Gesetzes).⁴⁹

Der parlamentarische Gesetzgeber muss bei der Formulierung von Experimentierklauseln nicht jede Regelung selbst treffen. Das ergibt sich aus dem **Wesentlichkeitsgebot**. Danach kommt es auf die Wesentlichkeit einer Regelung an, **ob und wie dicht der parlamentarische Gesetzgeber** die Materie selbst regeln muss, die Regelung also nicht anderen Rechtsetzern wie der Verwaltung überlassen darf.⁵⁰ Ob eine Regelung wesentlich ist, wird danach bemessen, wie sie sich mit Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstands auf die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere die dort verbürgten Grundrechte auswirkt.⁵¹ Das kann einerseits jenseits der klassischen Eingriffskonstellation der Fall sein, wenn grundrechtlich geschützte Interessen miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen.⁵² Andererseits müssen auch in Eingriffskonstellationen nicht alle Details durch Parlamentsgesetz bestimmt werden, sondern können beispielsweise nach der Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 GG durch Rechtsverordnung der Exekutive geregelt oder durch individuelle Entscheidung der Behörde im Einzelfall

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn. 86, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 –, BVerfGE 40, 237-261, Rn. 34, juris; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 77 ff., juris – Kalkar I; BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322, Rn. 157 ff., juris – LPG-Altschulden; BVerfG, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264, Rn. 131 ff., juris – Rechtschreibreform; *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abschn. VI. Rn. 75; *Sachs*, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 113.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, 130-155, Rn. 39, 74, juris – Josefine Mutzenbacher.

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 17.02.2016 – 1 BvL 8/10 –, BVerfGE 141, 143-182, Rn. 59 m.w.N – Akkreditierung von Studiengängen.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 77, juris – Kalkar I.

konkretisiert werden. Hier überschneidet sich das Gebot der Wesentlichkeit mit Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen.⁵³

- aa) Konkrete Anforderungen an Bestimmtheit abhängig von Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und Normzweck

Die **konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen** bestimmen sich stets nach dem Einzelfall. Wann eine Norm hinreichend bestimmt ist, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen. Vielmehr hält das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung fest, dass Regelungen so bestimmt zu fassen sind,

*„wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“.*⁵⁴

Das Bundesverfassungsgericht anerkennt damit für maßgeblich, dass sich der Gesetzgeber und die von ihm zu schaffenden gesetzlichen Regelungen nicht allein innerhalb eines normativen Handlungsrahmens, sondern innerhalb bestimmter tatsächlicher Bedingungen bewegen, auf die er keinen Einfluss hat und die er berücksichtigen muss, wenn die gesetzliche Regelung Wirkung entfalten soll. Das Bundesverfassungsgericht formuliert dies wie folgt:

*„An die tatbestandliche Fixierung dürfen aber auch keine nach der konkreten Sachlage unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden.“*⁵⁵

Damit korrespondiert, dass das Bundesverfassungsgericht eine wesentliche Einschränkung der inhaltlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen vornimmt: Das verfassungsgerichtliche Bestimmtheitsgebot

*„zwingt den Gesetzgeber nicht, den Tatbestand mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben.“*⁵⁶

⁵³ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 90, juris — Kalkar I.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, juris; BVerfG, Beschluss vom 24.06. 1993 – 1 BvR 689/92 –, BVerfGE 89, 69-91, Rn. 60, juris; BVerfG, Urteil vom 08.02.2001 – 2 BvF 1/00 –, BVerfGE 103, 111-142, Rn. 91, juris; BVerfG, Beschluss vom 07.05.2001 – 2 BvK 1/00 –, BVerfGE 103, 332-391, Rn. 164, juris; BVerfG, Urteil vom 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 –, BVerfGE 131, 316-376, Rn. 75, juris – Negatives Stimmengewicht.

⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris.

Der Gesetzgeber wird folglich durch die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen beschränkt, aber nicht in einem von den tatsächlichen Gegebenheiten seines Handelns losgelöstem Maße. Insbesondere ist der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch befugt, dem Gegenstand angemessen weite Regelungen – auch unter Einschluss von unbestimmten Rechtsbegriffen – zu schaffen.⁵⁷ Vergleichbares gilt für Experimentierklauseln. Denn die Flexibilisierungen, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber für Sachverhaltskonstellationen einräumt, die wegen ihrer Vielgestaltigkeit den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen erfordern, lassen sich auch übertragen auf **Sachverhaltskonstellationen, die sich nur schwer regeln lassen**. Dies ist etwa in Konstellationen der Fall, die sich „angesichts der Kompliziertheit der zu erfassenden Vorgänge“⁵⁸ oder wegen „zahlreicher im Voraus nicht normierbarer Gesichtspunkte“ einer Detailregelung entziehen. Dies gilt insbesondere für Regelungen, die wandelnde **technische Entwicklungen** betreffen.⁵⁹

Die hier formulierten Maßstäbe können als Blaupause für die Formulierung einer Experimentierklausel in einzelnen Sachbereichen dienen. Sie sind bemerkenswert, weil das Bundesverfassungsgericht ihnen Überlegungen der tatsächlichen Regelbarkeit, der technischen Fortentwicklung und des Grundrechtsschutzes miteinander verbindet – und das in einem Bereich, der mit erheblichen tatsächlichen Risiken einhergeht und in dem folglich die Schutzpflichtendimension besonders stark ausgeprägt ist. **Die Herausforderung liegt darin, einen rechtssicheren Umfang solcher Flexibilisierungsmöglichkeiten zu bestimmen.**

Bei alledem formuliert das Bundesverfassungsgericht auch absolute Grenzen, die die normativen Flexibilisierungen nicht überschreiten dürfen, um nicht verfassungswidrig zu sein. Unzulässig sind insbesondere Normen, die es – wie etwa eine „vage Generalklausel“ – dem Ermessen

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, juris; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 – 1 BvR 142/02 –, Rn. 19, juris.

⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris; ebenso BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz.

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 09.11.1988 – 1 BvR 243/86 –, BVerfGE 79, 106-126, Rn. 62, juris.

⁵⁹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111, juris – Kalkar I; vgl. BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 161, juris – BKA-Gesetz; BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

der Exekutive überlassen, die Grenzen der Freiheit im Einzelnen zu bestimmen.⁶⁰ Der Gesetzgeber muss die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren und darf sich nicht darauf beschränken, allgemein gehaltene Grundsätze oder eine lediglich formelle rechtsatzmäßige Bindung der Verwaltung aufzustellen.⁶¹ Wann dies konkret der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

bb) Relevanz von Grundrechtseingriffen und Vorhersehbarkeit

Sind grundrechtlich geschützte Rechtspositionen durch die Rechtsgrundlage betroffen, sind die Anforderungen an die Regelungsdichte und die genaue Ausgestaltung der Rechtsgrundlage insbesondere abhängig vom betroffenen Rechtsgut und seiner verfassungsrechtlichen Bedeutung sowie von der Art und Eingriffsintensität der betreffenden staatlichen Maßnahme.⁶² Je intensiver die staatliche Maßnahme die Rechtsstellung des Betroffenen negativ berührt, desto höher sind die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der dazugehörigen Rechtsgrundlage.⁶³ Hier kann sich auswirken, ob eine Regelung der Erprobung dient. In Relation zu dem Stadium der Erprobung können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen des Wesentlichkeitsgebots reduziert sein.⁶⁴ Zur Kompensation des weiteren Spielraums können jedoch bei der Erprobung gesteigerte Pflichten zur Beobachtung

⁶⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 194, juris – Preisgesetz; BVerfG, Urteil vom 16.01.1957 – 1 BvR 253/56 –, BVerfGE 6, 32-45, Rn. 37, juris – Elfes; BVerfG, Beschluss vom 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 23, juris; BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris.

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 10. 10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 23, juris.

⁶² BVerfG, Beschluss vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 –, BVerfGE 58, 257-283, Rn. 55, 63, juris; BVerfG, Urteil vom 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97 –, BVerfGE 98, 218-264, Rn. 133, juris; BVerfG, Beschluss vom 03.03.2004 – 1 BvF 3/92 –, BVerfGE 110, 33-76, Rn. 124, juris –Außenwirtschaftsgesetz; BVerfG, Urteil vom 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 –, BVerfGE 120, 378-433, Rn. 94 ff, juris.

⁶³ BVerfG, Beschluss vom 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 –, BVerfGE 58, 257-283, Rn. 63, juris; BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, juris – Josephine Mutzenbacher; BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, 130-155, Rn. 45, juris; BVerfG, Beschluss vom 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88 –, BVerfGE 86, 288-369, Rn. 83, juris; BVerfG, Beschluss vom 04.11.1992 – 1 BvR 79/85 –, BVerfGE 87, 287-331, Rn. 101, juris; BVerfG, Beschluss vom 09.08.1995 – 1 BvR 2263/94 –, BVerfGE 93, 213-248, Rn. 55, juris.

⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.02.2016 – 1 BvL 8/10 –, BVerfGE 141, 143-182, Rn. 61 – Akkreditierung von Studiengängen; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 u.a. –, BVerfGE 111, 333, Rn. 154, juris – Brandenburgisches Hochschulgesetz.

und gegebenenfalls Nachbesserung der Regelung entstehen.⁶⁵ Auf Spezifika experimenteller Gesetzgebung gehen wir sogleich im Detail ein.

Dabei gilt grundsätzlich ein fließender Maßstab:

„Der Grad rechtsstaatlich gebotener Bestimmtheit lässt sich dabei nicht allgemein festlegen: Er ist bei Straftatbeständen (vgl. Art 103 Abs 2 GG) oder bei der Bestimmung des gesetzlichen Richters (vgl. Art 101 Abs 1 GG) höher als etwa bei solchen Verwaltungsgesetzen, die im Blick auf die Eigenart der geregelten Materie Raum für die Berücksichtigung zahlreicher im Voraus nicht normierbarer Gesichtspunkte durch die Behörden lassen müssen.“⁶⁶

Angesichts der Bedeutung der Betroffenheit grundrechtlich geschützter Rechtsgüter durch die gesetzliche Regelung formuliert das Bundesverfassungsgericht im Bereich der Leistungsverwaltung oder im Bereich nur geringfügiger grundrechtlicher Belastungen eher abgeschwächte Anforderungen:

„Mögen im Steuerrecht Belastungen und Vergünstigungen nicht selten Hand in Hand gehen, sind die Anforderungen an das Maß der gesetzlichen Bestimmtheit solcher Ermächtigungen gleichwohl geringer als bei Eingriffsermächtigungen, weil deren Grundrechtsrelevanz regelmäßig erheblich gewichtiger ist. Dies gilt jedenfalls insoweit, als eine solche Ermächtigung Ausnahmetatbestände regelt, die die gleichmäßige Belastung aller von der steuerbegründenden Norm Betroffenen grundsätzlich unberührt lassen, also etwa nicht zu Wettbewerbsverzerrungen führen.“⁶⁷

Eng verbunden mit der Berücksichtigung grundrechtlicher Gewährleistungen ist der Aspekt der **Vorhersehbarkeit**: Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen dienen – wie oben dargestellt – unter anderem dazu, dass das staatliche Handeln in gewissem Ausmaß für Staatsbürgerinnen und -bürger voraussehbar und bere-

⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 17.02.2016 – 1 BvL 8/10 –, BVerfGE 141, 143-182, Rn. 61 – Akkreditierung von Studiengängen; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 – 1 BvR 911/00 u.a. –, BVerfGE 111, 333, Rn. 154, juris – Brandenburgisches Hochschulgesetz.

⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis.

⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 41, juris – ausländische Einkünfte.

chenbar wird.⁶⁸ Die Bedeutung der Vorhersehbarkeit betont das Bundesverfassungsgericht gerade auch im Zusammenhang der gesetzlichen Zulassung neuer technischer Mittel.⁶⁹

- cc) Kompensation der Unbestimmtheit: Auslegungsfähigkeit der Norm durch Verwaltung und Rechtsprechung, verfahrensrechtliche Ausgleichsmechanismen, Beobachtung und Nachbesserung

Das Bundesverfassungsgericht betont zudem, dass „offene“ Normen, deren Verwendung aufgrund der Komplexität und Vielgestaltigkeit des zu regelnden Sachverhalts geboten ist, auch deshalb regelmäßig zulässig sind, weil sie sich einfügen in ein rechtsstaatliches Gefüge, das ihre Unbestimmtheit kompensieren kann. Die Unbestimmtheit wird zum einen aufgefangen durch die verbleibende Auslegungsfähigkeit offener Normen und ihre **Auslegung durch Verwaltung und Rechtsprechung**. Denn:

*„Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung nimmt ihr noch nicht die Bestimmtheit, die der Rechtsstaat von einem Gesetz fordert“.*⁷⁰

Vielmehr ist es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gerade auch Aufgabe der Verwaltungsbehörden und Gerichte, die bei der Gesetzesanwendung mangels ausdrücklicher Regelungen auftauchenden Zweifelsfragen mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten.⁷¹

Dabei sieht das Bundesverfassungsgericht gerade auch **den gerichtlichen Rechtsschutz** als ein hinreichendes rechtsstaatliches Institut, die durch gesetzliche Unbestimmtheiten folgenden Unsicherheiten für den Rechtsunterworfenen aufzufangen und von Verschärfungen der Bestimmtheitsanforderungen an den Gesetzgeber abzusehen:

*„Wesentlich ist in jedem Falle die Bereitstellung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, im Besonderen der Rechtsschutz durch die Gerichte; **Verfahren und gerichtliche Kontrolle erscheinen geeignet, mögliche Nachteile***

⁶⁸ Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris.

⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 –, BVerfGE 131, 316-376, Rn. 75 ff., juris – Negatives Stimmengewicht.

⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 09.11.1988 – 1 BvR 243/86 –, BVerfGE 79, 106-126, Rn. 62, juris; BVerfG, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, Rn. 79, juris.

***der Unbestimmtheit der gesetzlichen Regelung bis zu einem gewissen Grade auszugleichen“.*⁷²**

Als weiteres wesentliches Element zur Kompensation der Unbestimmtheit gesetzlicher Regelungen sieht das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeiten an, unzureichend bestimmte Vorschriften nach einiger Zeit zu überarbeiten (**Nachbesserungspflicht**).

„Hat der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen, deren Grundlage durch neue, im Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht abzusehenden Entwicklungen entscheidend in Frage gestellt wird, dann kann er von Verfassungen wegen gehalten sein zu überprüfen, ob die ursprüngliche Entscheidung auch unter den veränderten Umständen aufrechtzuerhalten ist.“⁷³

Als Voraussetzung für die Ausübung der Nachbesserungspflicht geht dabei eine inhärente Pflicht des Gesetzgebers einher, die Auswirkungen seiner gesetzlichen Regelung in der Anwendung zu **beobachten** und zu überprüfen.

Gerade im Bereich technischer Neuerungen kann es geschehen, dass sich eine gesetzliche Regelung wegen veränderter tatsächlicher Umstände als unzureichend erweist. **Deshalb spielen Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht im Bereich technischer Neuerungen und Entwicklungen eine entscheidende Rolle.** Das Bundesverfassungsgericht hat dies in mehreren jüngeren Entscheidungen erneut betont:

„Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten [...] informationstechnischen Wandels [...] muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe [...] notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen.“⁷⁴

Prägnant führt das Gericht dies auch im Urteil zum BKA-Gesetz aus:

⁷² BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; ebenso BVerfG, Urteil vom 24.05.2006 – 2 BvR 669/04 –, BVerfGE 116, 24-69, Rn. 78, juris.

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 93, juris – Kalkar I; in der Sache ebenso BVerfG, Beschluss vom 18.12.1968 – 1 BvL 5/64 –, BVerfGE 25, 1-24, Rn. 28, juris; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 117, juris – Mitbestimmung; BVerfG, Urteil vom 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 –, BVerfGE 55, 274-348, Rn. 76, juris – Ausbildungsplatzförderung.

⁷⁴ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

„Im Übrigen obliegt es dem Gesetzgeber, die technische Entwicklung insoweit aufmerksam zu beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe korrigierend einzugreifen.“⁷⁵

Die Nachbesserungspflicht entfaltet dort besondere Relevanz, wo die gesetzliche Regelung die Grundlage für Zulassung, Betrieb oder Nutzung risikogeneigter Anlagen ist:

„Eine solche Nachbesserungspflicht kann in grundrechtsrelevanten Bereichen vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Staat durch die Schaffung von Genehmigungsvoraussetzungen und durch die Erteilung von Genehmigungen eine eigene Mitverantwortung für etwaige Grundrechtsbeeinträchtigungen übernommen hat.“⁷⁶

Die offene und flexible Formulierung einer Experimentierklausel ist nach alledem also nicht isoliert zu betrachten. Weiterhin kann die gesetzliche Unbestimmtheit auch durch Verfahrensvorgaben kompensiert werden. Diese Balance zwischen Offenheit und Kompensation ist bei der Formulierung einer Experimentierklausel zu berücksichtigen.

2. Besonderheiten der experimentellen Gesetzgebung

Über diese allgemeinen Maßstäbe für die Bestimmtheitsanforderungen hinaus ergeben sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weitergehende Besonderheiten in Bezug auf die experimentelle Gesetzgebung. Dabei ist dem Gesetzgeber ein noch größerer Spielraum eingeräumt (dazu a)), der durch spezifische Anforderungen an die experimentelle Gesetzgebung und Experimentierklauseln kompensiert wird (dazu b)).

a) Größerer Spielraum bei experimenteller Gesetzgebung

Das Grundgesetz räumt dem Gesetzgeber die Befugnis und einen weiten Spielraum ein, unter Anerkennung tatsächlicher und rechtlicher Entwicklungen neue Konzepte zu erproben und seine Regulierungsinstrumente entwicklungs offen zu adaptieren.⁷⁷ Das Bundesverfassungsge-

⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 161, juris – BKA-Gesetz, Hervorhebung nur hier.

⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54-87, Rn. 62, juris – Fluglärm.

⁷⁷ BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris; BVerfG, Beschluss vom 05.11.1991 – 1 BvR 1256/89 –, BVerfGE 85, 80-93, Rn. 45, juris; BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 175, juris – Risikostrukturausgleich.

richt anerkennt die Erforderlichkeit und Zulässigkeit nur vorläufig bzw. versuchsweise getroffener Regelungen und die damit verbundenen Einschränkungen bei der Bestimmtheit der Regelung. Hintergrund ist dabei im Wesentlichen die Komplexität der zu regelnden Sachverhalte und die damit verbundene Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes. Wiederholt formuliert das Bundesverfassungsgericht dies wie folgt:

*„Handelt es sich **um komplexe Sachverhalte**, so kann es vertretbar sein, dass dem Gesetzgeber zunächst eine **angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt** wird und dass er sich in diesem Anfangsstadium mit **gröberer Typisierungen und Generalisierungen** begnügt.“⁷⁸*

Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber dabei einen weiten – aber keinesfalls unbeschränkten – Spielraum ein, den es wie folgt begründet:

*„**Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen.** Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“⁷⁹*

Mit dem weiten gesetzgeberischen Spielraum korrespondiert auch eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte.⁸⁰ Diese eingeschränkte ge-

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 08.06.1988 – 2 BvL 9/85 –, BVerfGE 78, 249-289, Rn. 98, juris; ebenso BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 – 1 BvR 78/56 –, BVerfGE 16, 147-188, Rn. 158, juris – Werkfernverkehr; BVerfG, Beschluss vom 03.06.1980 – 1 BvR 967/78 –, BVerfGE 54, 173-207, Rn. 60, juris; BVerfG, Beschluss vom 14.05.1985 – 1 BvR 449/82 –, BVerfGE 70, 1-35, Rn. 98 f., juris; BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 –, BVerfGE 75, 108-165, Rn. 137, juris – Künstlersozialversicherung; BVerfG, Beschluss vom 05.11.1991 – 1 BvR 1256/89 –, BVerfGE 85, 80-93, Rn. 45, juris.

⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110, juris – Mitbestimmung.

⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 – 1 BvR 78/56 –, BVerfGE 16, 147-188, Rn. 158, 162, juris – Werkfernverkehr; BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110, juris – Mitbestimmung; BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 –, BVerfGE 57, 295-335, Rn. 97, juris – drittes Rund-

richtliche Kontrolldichte befreit den Gesetzgeber allerdings nicht von den grundlegenden Anforderungen an die Bestimmtheit der Regelung. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Dritten Rundfunkentscheidung ausgeführt:

*„Jedenfalls gehört zu den Fragen, welche der Gesetzgeber als wesentliche zu regeln hat, die Entscheidung über die **Grundlinien** der Rundfunkordnung; die Einführung privaten Rundfunks bedarf mithin einer gesetzlichen Grundlage und der Entscheidung des Parlaments. **Das gilt auch für zeitlich und örtlich begrenzte Versuche, weil diese den gleichen Grundrechtsbezug haben wie eine definitive Regelung. Freilich kommt dem Gesetzgeber insoweit eine erheblich größere Gestaltungsfreiheit zu; denn solche Versuche dienen der Aufgabe, Erfahrungen zu gewinnen [...].**“⁸¹*

Der gesetzgeberische Spielraum bei experimenteller Gesetzgebung ähnelt einerseits dem allgemeinen Spielraum des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Er ist grundsätzlich weit, jedoch kontextspezifisch zu bestimmen, denn er hängt ab von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Im Speziellen geht der Spielraum für experimentelle Gesetzgebung noch ein Stück weiter. Weil der Gesetzgeber keine endgültige Regelung trifft, sondern gerade Erfahrungen gewinnen möchte, hat er sogar größere Gestaltungsfreiheit. Möglich sind etwa gröbere Typisierungen sowie Generalisierungen.

b) Anforderungen an experimentelle Gesetzgebung

Gerade eingedenk des besonders weiten Spielraums stellt das Bundesverfassungsgericht auch spezifische Anforderungen an experimentelle Gesetzgebung. Diese sind bei der Formulierung einer Experimentierklausel unbedingt zu beachten.

funkurteil; BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 –, BVerfGE 77, 84-120, Rn. 75, juris; BVerfG, Beschluss vom 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145-226, Rn. 168, juris – Cannabis.

⁸¹ BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 –, BVerfGE 57, 295-335, Rn. 97, juris – drittes Rundfunkurteil.

aa) Beobachtung und Nachbesserung von Prognose und Regelung

Immer muss der Gesetzgeber seine versuchsweise Regelung auf hinreichende Tatsachengrundlagen stellen und damit eine sachgerechte und vertretbare Prognose aufstellen.⁸² Er muss die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können und einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden. Eine solche Prognose muss der Gesetzgeber überprüfen, wobei der Prüfungsmaßstab vom Kontext abhängt und von einer Evidenzkontrolle bis zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen kann.⁸³ Diese Pflicht trifft die Rechtsetzung auch jenseits der experimentellen Gesetzgebung, ist hier aber durch den Erprobungscharakter besonders tief in die Anforderungen eingeschrieben: Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat der Gesetzgeber die Prognosen, auf welche er die Regelung zur Erprobung stützt, zu beobachten, zu überprüfen und die Regelung erforderlichenfalls nachzubessern.⁸⁴

*„Der Gesetzgeber darf daher Konzepte erproben [...], er muss aber bei Fehlprognosen nachbessern [...]“.*⁸⁵

Wegen der inhärenten Entwicklungsoffenheit von experimenteller Gesetzgebung ist der Gesetzgeber demnach stets verpflichtet, die Prognose und die Regelungen samt ihrer Auswirkungen in der Praxis zu beobachten, auszuwerten und zugrunde liegende Annahmen regelmäßig zu aktualisieren.

Für den Fall, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass die gesetzgeberische Prognose oder die neu erprobten Konzepte nicht tragfähig sind, ist der Gesetzgeber gehalten, diese für die Zukunft nachzubessern.⁸⁶ Dabei

⁸² BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 175, juris – Risikostrukturausgleich; ebenso BVerfG, Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82 –, BVerfGE 77, 84-120, Rn. 75, juris; BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 66, juris – Kampfhande; BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris.

⁸³ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110 – Mitbestimmung.

⁸⁴ BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 175, juris – Risikostrukturausgleich.

⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, Rn. 175, juris.

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 94, 97, juris – Kalkar I; BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322, Rn. 178 ff., juris – LPG-Altschulden; BVerfG, Urteil vom 17.03.2004 – 1 BvR 1266/00 –, BVerfGE 110, 177-199, Rn. 44, juris; BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 175, juris – Risikostruktur-

ist ihm ein Anpassungszeitraum eingeräumt.⁸⁷ Dieser Anpassungszeitraum richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Werkfernverkehr prägnant wie folgt beschrieben:

*„Angesichts der besonderen Schwierigkeiten, denen eine rechtliche Ordnung des modernen Verkehrswesens vor allem deshalb begegnet, weil die technischen Gegebenheiten sich rasch ändern können, jede Regelung auch nur auf einem Teilgebiet aber den Blick auf das gesamte Gefüge der Verkehrswirtschaft und der Volkswirtschaft erfordert, muss auch dem Gesetzgeber eine **längere Frist zugebilligt** werden, innerhalb deren er die Wirkung einzelner von ihm **versuchsweise getroffener Anordnungen beobachten und für seine weiteren Entschlüsse auswerten darf**. Sollte allerdings die Eindämmung des Werkfernverkehrs **auf die Dauer im Wesentlichen nur dem Güterfernverkehr zugutekommen und sogar seine Ausdehnung ermöglichen, wäre erneut zu prüfen, ob die steuerliche Sonderbelastung des Werkfernverkehrs [...] noch weiter aufrechterhalten werden kann oder ob der Gesetzgeber seine Ziele mit anderen Mitteln verfolgen muss**, bei denen die Ausgewogenheit des Eingriffs nach allen Seiten einwandfrei sichergestellt ist.“⁸⁸*

Mit dem größeren Spielraum bei der Rechtsetzung korrespondiert also auch eine Pflicht zur Beobachtung und Nachbesserung von gesetzgeberischer Prognose und der darauf aufbauenden Regelung als Kernbestandteil experimenteller Gesetzgebung.

- bb) Versuchscharakter der Regelung zur Erprobung spricht für zeitliche Begrenzung

Zum anderen muss die Regelung tatsächlich eine Erprobungs- bzw. Versuchsregelung sein, denn nur dann kommt dem Gesetzgeber der erweiterte Gestaltungsspielraum zu. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Regelung zumindest auch dazu dient, Erfahrungen über die Auswirkun-

ausgleich; BVerfG, Beschluss vom 04.07.2012 – 2 BvC 1/11 –, BVerfGE 132, 39-71, Rn. 50, juris; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 71, juris; BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 161, juris – BKA-Gesetz.

⁸⁷ BVerfG, Urteil vom 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 –, BVerfGE 45, 187-271, Rn. 209, juris; BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322, Rn. 181, juris – LPG-Altschulden; BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 –, BVerfGE 75, 108-165, Rn. 138, juris – Künstlersozialversicherung.

⁸⁸ BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 – 1 BvR 78/56 –, BVerfGE 16, 147-188, Rn. 164, juris – Werkfernverkehr, Hervorhebung nur hier.

gen der Regelung zu gewinnen.⁸⁹ Wichtiges Indiz für eine entsprechend zulässige experimentelle Regelung ist die zeitliche Begrenzung der gesetzlichen Geltungsdauer.⁹⁰

3. Schlussfolgerungen

Bei der Formulierung von Experimentierklauseln hat die Rechtsetzung einen grundsätzlich weiten Spielraum. Dieser ist nicht statisch, sondern hängt von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter ab. Bei experimenteller Gesetzgebung ist der Spielraum noch größer, weil die Regelung probenhalber erfolgt. Es soll also gerade noch regulatorisches Wissen gesammelt werden. Dieser vorübergehende Charakter der Regelung schlägt sich einerseits darin nieder, dass etwa gröbere Typisierungen und Generalisierungen möglich sind. Andererseits sind die gesetzgeberischen Prognosen sowie die darauf aufbauende Regelung zu beobachten, zu prüfen und die Regelung ist gegebenenfalls innerhalb einer angemessenen Zeit nachzubessern. Darüber hinaus sollte experimentelle Gesetzgebung der Versuchscharakter durch zeitliche Begrenzungen deutlich machen. Nach alledem lässt sich sagen, dass das Grundgesetz die innovationsoffene Formulierung von Experimentierklauseln zulässt. Der Umfang der möglichen Offenheit bzw. Flexibilität ist dabei nicht allgemein zu bestimmen, sondern hängt von der Innovationsverantwortung des Staates für die Innovationen in den Sachbereichen ab.

⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86 –, BVerfGE 74, 297-357, Rn. 108, juris – fünfte Rundfunkentscheidung.

⁹⁰ BVerfG, Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86 –, BVerfGE 74, 297-357, Rn. 108, juris – fünfte Rundfunkentscheidung.

IV. Pfeiler 2: Innovationsverantwortung bei der Schaffung von Experimentierklauseln

Hinweis zur Lektüre

Zur konkreten Bestimmung der notwendigen und optionalen Bestandteile von Experimentierklauseln sowie dem Umfang des Spielraums bei der Rechtsgestaltung sind für jede Innovation in jedem Sachbereich zwingend die auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter zu prüfen. Dieser Abschnitt zeigt einerseits grundlegend auf, an welcher Stelle welche relevanten Güter betroffen sein können. Andererseits dient er auch als Nachschlagewerk, wenn bei der Rechtsgestaltung in einem Sachbereich die in Ausgleich zu bringenden konkreten Rechte und Interessen geprüft werden.

Die auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter sind zentral für die staatliche Innovationsverantwortung, dem zweiten Pfeiler, auf dem die Formulierung von Experimentierklauseln ruht. Innovationsverantwortung beschreibt, dass der Staat bei der Zulassung und Durchführung eines Reallabors eine Verantwortung für die im Grundgesetz und im Europarecht garantierten Rechte und Interessen Dritter hat. Zum einen kann bei der Zulassung zum Reallabor insbesondere Gleichheitsrecht verletzt werden. Zum anderen können bei der Durchführung des Reallabors Risiken für die Rechtsgüter seiner Bürgerinnen und Bürger entstehen und bei Maßnahmen zur Minimierung dieser Risiken sind die Freiheitsgrundrechte der Wirtschaftsakteure zu achten. Welche Risiken entstehen, hängt von der jeweiligen Innovation in ihrem Sachbereich ab. Es ist darum für jede Innovation zu prüfen, welche Rechtsgüter in welchem Maß und mit welcher Wahrscheinlichkeit auf dem Spiele stehen.

In diesem Abschnitt werden darum die durch die Erprobung im Reallabor potentiell berührten Güter und Interessen geprüft, die sich aus der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, sowie dem Unionsrecht und dem Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) ergeben. Denn zum einen sind diese Güter und Interessen im jeweiligen Reallabor in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Zum anderen bestimmen sich die oben dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung und Bestimmtheit einer Regelung in Abhängigkeit von den betroffenen Gütern und Interessen. Die Prüfung dient der konkreten Ausgestaltung von sachbereichsspezifischen Experimentierklauseln, bei der Schutz- und Innovationsinteressen möglichst schonend in Ausgleich gebracht werden.

Zur Strukturierung der Prüfung werden zwei Konstellationen unterschieden: Zum einen ist zu untersuchen, welche Güter und Interessen **bei der Entscheidung über die grundsätzliche Erprobungsmöglichkeit** einer Innovation im Reallabor zu beachten sind. Diese Konstellation ist vom Wettbewerb zwischen den Innovatoren um die Erprobungsmöglichkeit geprägt (dazu 1). Zum anderen ist zu untersuchen, welche Güter und Interessen **bei der Durchführung der Erprobung** zu beachten sind. Bei dieser Konstellation geht es primär um den Schutz der Güter und Interessen Dritter, die durch die Erprobung potentiell bedroht werden (dazu 2). Die Herausforderung für den Gesetzgeber besteht darin, jene Güter und Interessen in hinreichendem Maße sicher und flexibel abzubilden und dies ebenfalls in passenden verfahrensrechtlichen Vorgaben umzusetzen (dazu 3.).

Die grundrechtlichen Vorgaben ergeben sich aus der umfassenden Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG). In unionsrechtlicher Hinsicht ist neben den Grundfreiheiten und dem Beihilfenrecht vor allem die EU-Grundrechtecharta (GRCh) zu berücksichtigen. Seit der Rechtsache *Åkerberg Fransson* legt der EuGH den Anwendungsbereich der GRCh weit aus und sieht die Mitgliedstaaten bereits dann als nach Art. 51 Abs. 1 GRCh gebunden an, wenn deren gesetzgeberisches oder Verwaltungshandeln in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.⁹¹ Dies kann in Abhängigkeit der jeweiligen Regelungsmaterie bzw. in Abhängigkeit vom sachlichen Umfang der jeweiligen Experimentierklausel durchaus der Fall sein – wie sich etwa bei einer Experimentierklausel für die Erprobung unbemannter Luftfahrzeuge („Drohnen“) zeigen wird. Die Relevanz der EMRK ergibt sich aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Zwar ist die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag im Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu verorten,⁹² sodass sie unter dem Grundgesetz steht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Grundrechte wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit aber im Lichte der EMRK auszulegen, soweit dies mit dem Wortlaut des Grundgesetzes zu vereinbaren ist.⁹³

⁹¹ EuGH, Urteil vom 26.02.2013, Rs. C 617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 17 ff.

⁹² BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12 –, BVerfGE 141, 1-56, Rn. 45, juris.

⁹³ BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, BVerfGE 111, 307-332, Rn. 32, juris – Görülü.

Auf einen Blick: Innovationsverantwortung bei der Schaffung von Experimentierklauseln

- Bei der Schaffung von Experimentierklauseln sind zwingend die **Rechtsgüter** mit in den Blick zu nehmen, die im Rahmen der Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle auf Grundlage der Experimentierklausel betroffen werden (**Innovationsverantwortung**).
- Auf der einen Seite ist der **Wettbewerb** zwischen den Innovatoren um die Möglichkeit der Erprobung einer Innovation im Reallabor in den Blick zu nehmen.
- Auf der anderen Seite sind diejenigen Rechtsgüter in den Blick zu nehmen, die durch die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle beeinträchtigt werden können. Sie ergeben sich insbesondere aus den **Schutzpflichten** des Staates für Bürgerinnen und Bürger und schlagen sich in spezifischen Anforderungen an die Art und Weise der Erprobung nieder.

1. Konstellation I: Wettbewerb zwischen den Innovatoren um die Erprobungsmöglichkeit im Reallabor

Die grundlegende Entscheidung, ob eine Innovation als Reallabor erprobt werden kann, ist geprägt von der Regelung des Wettbewerbs zwischen den Wirtschaftsakteuren um die Erprobungsmöglichkeit. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist namentlich das allgemeine Gleichbehandlungsgebot maßgeblich; Freiheitsgrundrechte spielen hier keine Rolle (dazu a)). Außerdem ist die Konstellation durch unionsrechtliche Grundfreiheiten eingefärbt (dazu b)). Eine Beihilfe liegt hingegen nicht vor (dazu c)).

a) Grundrechte der Wirtschaftsakteure

Bei der Ausgestaltung von Experimentierklauseln hat der Gesetzgeber die Grundrechte der Innovatoren und anderer Wirtschaftsakteure zu beachten. Anforderungen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG (dazu aa)). Grundrechte als Abwehrrechte sind weniger relevant, da die nur unter gewissen Bedingungen eröffnete Möglichkeit der Innovationserprobung nicht schon als Grundrechtseingriff anzusehen ist (dazu bb)).

aa) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Art. 3 Abs. 1 GG schützt als Gleichheitsgrundrecht davor, dass ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden bzw. wesentlich ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden.⁹⁴ Auch der Gesetzgeber wird – ungeachtet des insoweit missverständlichen Wortlauts – durch Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet.⁹⁵ Wirtschaftsakteure, die inländische juristische Personen des Privatrechts sowie bestimmte Personenvereinigungen sind, können sich grundsätzlich auch gemäß **Art. 19 Abs. 3 GG** auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen.⁹⁶ Die Anwendbarkeit auf solche Personen und Personenvereinigungen mit Sitz im EU-Ausland ist grundsätzlich möglich, die Personen müssen indes im Anwendungsbereich des Unionsrechts tätig werden.⁹⁷ Dies ist hier nur denkbar, wenn Anforderungen aus dem Bereich des Unionsrechts mit Umsetzungsspielraum modifiziert werden sollen. Die Frage ist möglicherweise für gewisse Sektoren relevant und für jene konkret zu behandeln.

Auf unionsrechtlicher Ebene enthält **Art. 20 GRCh** eine entsprechende Gewährleistung. Die Norm, die inhaltlich eng verwandt ist mit dem **unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV)** und zu den „**tragenden Grundsätzen**“ des Unionsrechts gehört,⁹⁸ schützt auch juristische Personen und Personenvereinigungen, weil Art. 20 GRCh seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist. Vergleichbar dem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG sind Beeinträchtigungen von Art. 20 GRCh gegeben, wenn vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt oder wesentlich unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden.⁹⁹

⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 15.07.1998 – 1 BvR 1554/89 –, BVerfGE 98, 365-403, Rn. 63, juris – Versorgungsanwartschaften; BVerfG, Beschluss vom 04.04.2001 – 2 BvL 7/98 –, BVerfGE 103, 310-332, Rn. 39, juris; BVerfG, Beschluss vom 16.03.2005 – 2 BvL 7/00 –, BVerfGE 112, 268-284, Rn. 66, juris – Kinderbetreuungskosten; BVerfG, Beschluss vom 21.06.2006 – 2 BvL 2/99 –, BVerfGE 116, 164-202, Rn. 69, juris – Tarifbegrenzung.

⁹⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3.

⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 03.07.1973 – 1 BvR 153/69 –, BVerfGE 35, 348-363, Rn. 25, juris – Armenrecht für juristische Personen. Personenvereinigungen, die keine juristischen Personen sind, müssen eine festgefügte Struktur haben und auf gewisse Dauer angelegt sein, s. BVerfG, Beschluss vom 17.02.2009 – 1 BvR 2492/08 –, BVerfGE 122, 342-374, Rn. 101, juris – Bayerisches Versammlungsgesetz.

⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129, 78-107, Rn. 78, juris – Le Corbusier.

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 14.10.1999, Rs. C-104/97 P, Atlanta, ECLI:EU:C:1999:498, Rn. 46.

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 07.07.1993, Rs. C-217/91, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:1993:293, Rn. 37; Calliess/Ruffert/Rossi, EU-GRCharta, Art. 20, Rn. 22 f.

Um den **Prüfungsmaßstab von Art. 3 Abs. 1 GG** zu bestimmen, sind Vergleichsgruppen zu bilden, bei denen es sich um im Wesentlichen gleiche bzw. ungleiche Sachverhalte handelt.¹⁰⁰ Um miteinander verglichen werden zu können, bedarf es eines gemeinsamen Merkmals, anhand dessen der Vergleich stattfinden kann. Sachverhalte sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann nicht als im Wesentlichen gleich anzusehen, wenn die relevanten Bestimmungen verschiedenen rechtlichen Ordnungsbereichen angehören und in anderen systematischen Zusammenhängen stehen.¹⁰¹ Die für die rechtliche Bewertung ausschlaggebende Vergleichsgruppenbildung ist im Einzelfall schwer zu bestimmen. Mit Blick auf die zwingend erforderliche Gerichtsfestigkeit einer Regelung muss sich die Vergleichsgruppenbildung daher an der weit gefächerten Kasuistik des Bundesverfassungsgerichts orientieren.

Grundsätzlich wird dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht zugestanden, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselben rechtlichen Folgen knüpfen will, die er also bei rechtlicher Betrachtung als gleich ansehen will.¹⁰² Er kann unter mehreren miteinander konkurrierenden rechtspolitischen Lösungen wählen.¹⁰³ Die Auswahl des Differenzkriteriums muss jedoch sachgerecht getroffen werden. Aus der Eigenart des konkreten Sachverhalts ergibt sich insoweit, welche Auswahl sachlich unvertretbar oder sachfremd und deshalb willkürlich und verfassungswidrig ist (sog. Willkürformel).¹⁰⁴ Als willkürlich ist eine entsprechende Unterscheidung dann anzusehen, wenn sie hinsichtlich des zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstandes objektiv tatsächlich und eindeutig unangemessen ist.¹⁰⁵ Der Maßstab für verfassungsgemäße Differenzkriterien ist damit hier großzügig bemessen. Es reicht aus, „wenn

¹⁰⁰ BVerfG, Beschluss vom 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 –, BVerfGE 130, 151-212, Rn. 95, juris – Bestandsdatenspeicherung; *Heun*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 25.

¹⁰¹ BVerfG, Beschluss vom 18.06.1975 – 1 BvL 4/74 –, BVerfGE 40, 121-140, Rn. 59, juris – Waisenrente; BVerfG, Urteil vom 19.12.2012 – 1 BvL 18/11 –, BVerfGE 133, 1 ff., Rn. 63 f., juris.

¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 04.04.2001 – 2 BvL 7/98 –, BVerfGE 103, 310-332, Rn. 40, juris; BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 –, BVerfGE 75, 108-165, Rn. 126, juris – Künstlersozialversicherung.

¹⁰³ BVerfG, Beschluss vom 08.10.1963 – 2 BvR 108/62 –, BVerfGE 17, 122-135, Rn. 22, juris.

¹⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 04.04.2001 – 2 BvL 7/98 –, BVerfGE 103, 310-332, Rn. 39 f., juris; BVerfG, Beschluss vom 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 –, BVerfGE 75, 108-165, Rn. 126, juris – Künstlersozialversicherung; BVerfG, Beschluss vom 08.10.1963 – 2 BvR 108/62 –, BVerfGE 17, 122-135, Rn. 22, juris.

¹⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 –, BVerfGE 83, 82-88, Rn. 9, juris; BVerfG, Beschluss vom 15.03.1989 – 1 BvR 1428/88 –, BVerfGE 80, 48-53, Rn. 13, juris; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Auflage 2018, Art. 3. Rn. 90.

sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund“¹⁰⁶ für die gesetzliche Differenzierung finden lässt. Art. 3 Abs. 1 GG verlangt insoweit nicht die „zweckmäßigste und gerechteste Lösung“ vom Gesetzgeber, sondern lediglich eine „vernünftige“.¹⁰⁷ Ein gesteigerter Prüfungsmaßstab, etwa ein an der Verhältnismäßigkeitsprüfung orientierter, ist hier nur in Ausnahmefällen denkbar, weil insbesondere keine Nähe zu den persönlichen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG oder sonst gravierende Grundrechtsbeeinträchtigungen gegeben ist.

Für die Schaffung der jeweiligen sachbereichsspezifischen Experimentierklauseln sind **zwei primäre Vergleichsgruppen** denkbar. Unternehmen, die digital-innovative Technologien und Geschäftsmodelle anbieten, gehören zum einen zur spezifischen Gruppe derjenigen Wirtschaftsakteure, die digital-innovative Technologien und Geschäftsmodelle anbieten (Vergleich 1) und zum anderen zur allgemeinen Gruppe der Wirtschaftsakteure (Vergleich 2). Innerhalb beider Vergleichsgruppen ist eine Ungleichbehandlung möglich:

- **Vergleich 1:** Das Unternehmen „Innovative Paketzustellung 1“ und das Unternehmen „Innovative Paketzustellung 2“ wollen eine vergleichbare Innovation im Sinne der Reallabore-Strategie erproben. Es sind jedoch nicht für beide Unternehmen ausreichend Kapazitäten für eine sinnvolle Erprobung vorhanden. Die zuständige Behörde genehmigt nur dem Unternehmen 1 die Erprobung im Reallabor. Das Unternehmen 2 meint, es sei ungleich behandelt worden und klagt gegen die Zulassung des konkurrierenden Unternehmens.

Zur Rechtfertigung der darin unter Umständen liegenden Ungleichbehandlung muss die Entscheidung der Behörde nachprüfbar aus sachlichen Gründen erfolgt sein. Detaillierte Vorgaben darüber, anhand welcher Kriterien Behörden zwischen den Angeboten mehrerer Wirtschaftsakteure auswählen sollen, reduziert

¹⁰⁶ BVerfG, Beschluss vom 05.10.1993 – 1 BvL 34/81 –, BVerfGE 89, 132-144, Rn. 39, juris; BVerfG, Beschluss vom 16.05.1961 – 2 BvF 1/60 –, BVerfGE 12, 341-354, Rn. 37, juris; ähnlich BVerfG, Beschluss vom 20.03.1979 – 1 BvR 111/74 –, BVerfGE 51, 1-43, Rn. 74, juris; BVerfG, Beschluss vom 12.10.1976 – 1 BvR 197/73 –, BVerfGE 42, 374-397, Rn. 53, juris.

¹⁰⁷ BVerfG, Beschluss vom 13.03.2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79-111, Rn. 105 ff., juris; ähnlich BVerfG, Beschluss vom 08.10.1991 – 1 BvL 50/86 –, BVerfGE 84, 348-365, Rn. 39.

zwar deren Flexibilität, jedoch wird unter anderem besser gewährleistet, dass die Entscheidung über die Zulassung einer Innovation zu einem Reallabor nicht willkürlich im Sinne des Verfassungsrechts getroffen wird.

- **Vergleich 2:** Das Unternehmen „Digital“ und das Unternehmen „Analog“ wollen beide ein neues Produkt unter realen Bedingungen testen, doch nur das Unternehmen Digital erfüllt auch die Voraussetzungen der Erprobung von vorwiegend digitalen „Innovationen“ im Rahmen der Reallabore-Strategie. Das Unternehmen Analog meint, die Ausrichtung der Reallabore-Strategie auf solche „Innovationen“ stelle eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung seiner analogen Innovationen dar.

Zur Rechtfertigung einer solchen Schlechterstellung ist sachlich zu begründen, wieso mit der Experimentierklausel bestimmte Innovationen erprobt werden sollen. Hier kann an das Ziel der Förderung technologischer Innovationen, wie es auch unionsrechtlich vorgesehen ist, angeknüpft werden. Auch das regulatorische Lernen zu einer komplexen und dynamischen Materie stellt einen wichtigen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung digitaler und analoger Innovationen dar. Es könnte mithin ein weiterer Maßstab formuliert werden, welche Innovationen noch als vorwiegend digitale Innovationen im Sinne der Reallabore anzusehen sind.

Diese Konstellationen können für andere Unterscheidungskriterien (räumlich, zeitlich, persönlich) variiert werden. Beispielsweise war der Bayerische Verfassungsgerichtshof in einer Popularklage im Jahr 2006 mit der probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens für eine gewisse Zeit und nur im Zuständigkeitsbereich eines Verwaltungsgerichtsbezirks in Bayern befasst. Die Antragsteller rügten unter anderem eine Verletzung des Gleichheitssatzes wegen der räumlichen Begrenzung auf einen bestimmten Bezirk.¹⁰⁸ Die Auswahl des konkreten Regierungsbezirks überprüfte das Gericht hier anhand eines erweiterten Willkürmaßstabs aufgrund der Berücksichtigung des Erprobungscharakters.¹⁰⁹

¹⁰⁸ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, juris.

¹⁰⁹ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 48 f., juris.

„Bei einem Erprobungsgesetz mit Experimentiercharakter ist der Gestaltungsspielraum des Normgebers erweitert, d. h. der Rahmen, innerhalb dessen Regelungen noch als verfassungsgemäß angesehen werden können, ist mangels zuverlässiger Beurteilungsgrundlagen größer als sonst“.¹¹⁰

Das Gericht lehnte eine Verletzung des Gleichheitssatzes ab, weil aufgrund von sachlichen Kriterien keine willkürliche Benachteiligung angenommen wurde.¹¹¹ Wenn einzelne Unterscheidungskriterien selbst noch in der Erprobung sind, kann also der Überprüfungsmaßstab weiter reduziert sein.

Die Rüge der Ungleichbehandlung nichtbegünstigter Konkurrenten ist ein machtvoller Hebel gegen die Zulassung von Innovationen der Konkurrenz zur Erprobung im Reallabor. Die jeweilige Experimentierklausel sollte entsprechend vorausschauend begründet und auch so ausgestaltet werden, dass auf Verwaltungsebene sowohl in der Sache als auch dem Verfahren nach nachvollziehbare Entscheidungen getroffen werden. Dies spricht für ein untergesetzliches Regelwerk zur Steuerung der Verwaltungsentscheidung in den zuständigen Behörden. Hierbei sollte hinreichend detailliert umschrieben werden, wann eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als zu erprobende Innovation im Reallabor angesehen werden. Damit können zum einen Unsicherheiten und unterschiedliche Anwendungen durch die für die Verwaltung zuständigen, auch kommunalen Behörden reduziert werden. Zum anderen können Wirtschaftsakteure ihr Verhalten möglichst verlässlich darauf ausrichten sowie auch ablehnende Behördenentscheidungen nachvollziehen, was die Akzeptanz einer Regelung erhöht und darum Klagen und andere Rechtsbehelfe reduziert. Aus Gründen des allgemeinen Gleichheitssatzes ist die Verfahrensausgestaltung oder ein bestimmtes Verfahren jedoch nicht erforderlich.

bb) Geringe Relevanz der Abwehrrechte

Die grundrechtlichen Freiheitsrechte der Wirtschaftsakteure spielen bei der Entscheidung über die Zulassung zum Reallabor eine untergeordnete Rolle. Es könnte jedoch diskutiert werden, ob das Erfordernis der Zulassung zum Reallabor einen Eingriff in Freiheitsrechte darstellt, weil

¹¹⁰ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 49, juris.

¹¹¹ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 54 f., juris.

dadurch der freie Wettbewerb der Marktakteure gesteuert wird. Von den in Betracht kommenden Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), ist die Berufsfreiheit für diese Frage am speziellsten,¹¹² die auch Art. 16 GRCh kodifiziert.

Die **Berufsfreiheit** sichert auch die **Teilhabe am Wettbewerb** im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln.¹¹³ Davon ist jedoch grundsätzlich weder Schutz vor Konkurrenz¹¹⁴ noch ein Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten¹¹⁵ umfasst. Die Wettbewerber haben auch keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere verleiht Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht das Recht, den Marktzutritt eines weiteren Konkurrenten abzuwehren.¹¹⁶ Etwas anderes kann jedoch in Ausnahmefällen gelten, wenn eine hoheitliche Maßnahme zu einer **Wettbewerbsveränderung führt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat**.¹¹⁷ Doch dies setzt voraus, dass die Wettbewerbsveränderung im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht,¹¹⁸ insbesondere wenn sie in einem staatlich regulierten Markt stattfindet.¹¹⁹ Ein regulier-

¹¹² Zur detaillierten Abgrenzung s. unten bei E.II.2.a)bb).

¹¹³ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 78, juris – Berliner Vergabegesetz. Ähnl. als Funktionsbedingungen s. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 u.a. –, BVerfGE 105, 252-279, Rn. 43, juris – Glykolwarnung; BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 u.a. –, BVerfGE 115, 205-259, Rn. 82, juris – Geschäfts- und Betriebsgeheimnis; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163, Rn. 60, juris – Vergaberecht.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 100, juris – Apothekenwerbung, st. Rspr.

¹¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 u.a. –, BVerfGE 105, 252-279, Rn. 43, juris – Glykolwarnung; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163, Rn. 60, juris – Vergaberecht.

¹¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163, Rn. 60, juris; BVerwG, Urteil vom 15.12.2011 – 3 C 41/10 –, Rn. 18, juris; Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 39, juris.

¹¹⁷ BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08 –, Rn. 9, juris; BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.08.2004 – 1 BvR 378/00 –, Rn. 21, juris – Vertragsarzt.

¹¹⁸ BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08 –, Rn. 9, juris; BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.08.2004 – 1 BvR 378/00 –, Rn. 21, juris – Vertragsarzt; ähnl. BVerfG, Beschluss vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86 –, BVerfGE 82, 209-236, Rn. 63, juris – Krankenhausplan. S. auch BVerfG, Beschluss vom 12.10.1977 – 1 BvR 216/75 –, BVerfGE 46, 120-160, Rn. 45, juris – digitale Nachrichtenübermittlung.

¹¹⁹ BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08 –, Rn. 9, juris; BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.08.2004 – 1 BvR 378/00 –, Rn. 20, juris – Vertragsarzt.

ter Markt liegt nur dann vor, wenn der Staat die Bedingungen des Wettbewerbs weitgehend nicht den Marktkräften überlässt.¹²⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat mehrere Kriterien entwickelt, die für einen in diesem Sinne regulierten Markt sprechen. Dies ist für die Reallabore schon sehr zweifelhaft, weil weder Budgetierungen oder sonstige Deckelungen der erzielbaren (Gesamt-)Einnahmen noch Subventionierungen mit berufsregelnder Tendenz noch Bedarfsprüfungen für die Erprobung von Innovationen geregelt werden sollen.¹²¹ Selbst in Fällen, in denen eine Erprobung in einem regulierten Markt erfolgen sollte, erscheint ein Eingriff in die Berufsfreiheit zweifelhaft, weil nach dem Bundesverwaltungsgericht ebenfalls zu fordern ist, dass die in Rede stehenden Wettbewerbsbedingungen (auch) dem individuellen Interesse der Teilnehmer am Wettbewerb zu dienen bestimmt sind.¹²² Dies ist für die Zulassung zur Erprobung am Markt nicht ersichtlich. Es ist darum nicht von einem Eingriff in die Berufsfreiheit auszugehen. Auch Eingriffe in andere Freiheitsgrundrechte sind durch die Entscheidung über die Zulassung einer Innovation zur Erprobung im Reallabor nicht ersichtlich. Vielmehr stellt sich die Erprobung als eine mögliche Erweiterung der Freiheit der Marktakteure dar.

b) EU-Grundfreiheiten

Analog zu den Abwehrrechten können unionsrechtliche Grundfreiheiten der Wirtschaftsakteure eine Rolle spielen. Dazu kann die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV (Verbot von Einfuhrbeschränkungen) gehören, die den grenzüberschreitenden Warenverkehr in der EU vor mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung schützt.¹²³ Von entscheidender Bedeutung ist auch die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV, die die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs für Angehörige anderer Mitgliedstaaten verbietet. Im Kontext neuer Technologien und Geschäftsmodelle dürfte auch die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV eine nicht unerhebliche Rolle spielen. Das im Verhältnis zu den Grundfreiheiten sub-

¹²⁰ BVerfG, Beschluss vom 20.03.2001 – 1 BvR 491/96 –, BVerfGE 103, 172-195, Rn. 45 — Altersgrenze für Kassenärzte. S. auch BVerwG, Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35/07 –, BVerwGE 132, 64-79, Rn. 30, juris; BVerwG, Urteil vom 15.12.2011 – 3 C 41/10 –, Rn. 18, juris.

¹²¹ Vgl. zu den Kriterien OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 41, juris.

¹²² BVerwG, Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35/07 –, BVerwGE 132, 64-79, Rn. 30, juris; BVerwG, Urteil vom 15.12.2011 – 3 C 41/10 –, Rn. 18, juris.

¹²³ *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 34 AEUV Rn. 18.

sidiäre¹²⁴ allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verbietet zudem Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Es handelt sich hierbei um einen speziellen Gleichheitssatz mit grundrechtsähnlicher Qualität.¹²⁵

Die Grundfreiheiten gehören zu den wirkmächtigsten Integrationstreiber des Europäischen Binnenmarktes und ermöglichen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern in umfassender Weise grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit in der Union. Sie gelten unmittelbar und mit Anwendungsvorrang gegenüber deutschem Recht und sind angesichts ihrer primärrechtlichen Verankerung und teilweisen sekundärrechtlichen Verstärkung von zentraler Bedeutung für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr.

Die EU-Grundfreiheiten dürften auch bei der Schaffung neuer Regelungen für innovative Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters von großer Bedeutung sein. Denn diese Technologien und Geschäftsmodelle zeichnen sich regelmäßig durch die Möglichkeit grenzenloser Verbreitung und weltweiter Verfügbarkeit aus und weisen deshalb überproportional häufig einen grenzüberschreitenden Bezug auf, der Voraussetzung für den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten ist. Dabei ist ihr Anwendungsbereich gerade im Kontext neuer Technologien und Geschäftsmodelle im Einzelfall nicht leicht zu bestimmen.¹²⁶

Auch Beschränkungen der Grundfreiheiten im vorliegenden Kontext sind grundsätzlich denkbar, etwa durch die Ausschreibung von Reallaboren oder die Ausweisung von Modellregionen, wenn es für in Deutschland ansässige Unternehmen leichter sein sollte, Teilnahmemöglichkeiten oder Erprobungsgenehmigungen zu erhalten als für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten. Der **grenzüberschreitende Bezug**, den die Anwendung aller Grundfreiheiten voraussetzt, lässt sich jedoch **nicht abstrakt beantworten**. Zudem kommen Rechtfertigungen der Beschränkungen im Einzelfall in Betracht. Folglich sind mögliche Auswirkungen der EU-Grundfreiheiten bei der Anwendung experimenteller Regelung auf oder Ausgestaltung für bestimmte Sektoren und Regelungs-

¹²⁴ *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Auflage 2018, Art. 18 AEUV Rn. 2.

¹²⁵ *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Auflage 2018, Art. 18 AEUV Rn. 1, 5.

¹²⁶ Vgl. EuGH (GK), Urteil vom 24.12.2017, Rs. C-434/15, *Über Spain*, ECLI:EU:C:2017:981, Rn. 33 ff.; EuGH (GK); Urteil vom 10.04.2018, Rs. C-320/16, *Über France*, ECLI:EU:C:2018:221, Rn. 15 ff.

bereiche in den Blick zu nehmen. Gleiches gilt für die spezifischen Anforderungen einschlägigen EU-Sekundärrechts.

c) Beihilfenrecht (Art. 107 AEUV)

Art. 107 Abs. 1 AEUV erklärt staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, für mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Damit enthält Art. 107 Abs. 1 AEUV fünf Tatbestandsvoraussetzungen:

- Eine Beihilfe setzt zunächst eine freiwillige **Begünstigung** von Unternehmen oder Produktionszweigen voraus. Grundsätzlich davon erfasst sind alle Maßnahmen, gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen¹²⁷ oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, da das begünstigte Unternehmen diesen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.¹²⁸ Maßgeblich sind nicht die mit der in Rede stehenden Maßnahme verfolgten Ziele, sondern allein, ob sie eine begünstigende Wirkung entfaltet.¹²⁹ Gleichgültig ist, ob der Vorteil in Gestalt der Gewährung einer Leistung oder in der Verminderung einer Belastung in Erscheinung tritt.¹³⁰

Dabei stellt eine Maßnahme dann keinen Vorteil i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, wenn der Empfänger der staatlichen Leistung eine angemessene, **marktübliche Gegenleistung** erbracht hat.¹³¹ Dasselbe gilt nach der sog. Altmark-Trans-Rechtsprechung dann,

¹²⁷ EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64, Costa / E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253 (1272); EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 83 f.

¹²⁸ EuGH, Urteil vom 11.07.1996, Rs. C-39/94, SFEI u. a /La Poste, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60; EuGH, Urteil vom 29.04.1999, Rs. C-342/96, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 41.

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 02.07.1974, Rs. 173/73, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 26, 28; EuGH, Urteil vom 24.02.1987, Rs. 310/85, Deufil, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8; EuGH, Urteil vom 15.11.2011, Rs. C-106/09 und C-107/09, Kommission/Gibraltar, ECLI:EU:C:2011:732, Rn. 87.

¹³⁰ St. Rspr., siehe EuGH, Urteil vom 08.11.2001, Rs. C-143/99, Adria-Wien-Pipeline, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 38.

¹³¹ Grundlegend EuGH, Urteil vom 23.02.1961, Rs. 30/59, Bergmannsprämie, ECLI:EU:C:1961:2; *Kleine/Sühne*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, 1. Kap. Rn. 103.

wenn mit der staatlichen Leistung ausschließlich die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgeglichen werden soll.¹³² In diesen Fällen liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor.¹³³ Eine Notifizierungspflicht besteht nicht.¹³⁴

Der Vorteil muss einem „**Unternehmen**“ bzw. einem „Produktionszweig im Sinne des § 107 Abs. 1 AEUV gewährt werden, worunter „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ verstanden wird.¹³⁵ Eine Tätigkeit ist wirtschaftlich, wenn sie darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten.¹³⁶ Ob die Tätigkeit der Einheit auf Gewinn ausgerichtet ist oder nicht, ist für ihre Einordnung als Unternehmen demgegenüber unerheblich.¹³⁷ Gleichermaßen erfasst sind auch öffentliche Unternehmen¹³⁸ wie auch Betreiber von Infrastrukturen wie etwa Flughafengesellschaften.¹³⁹

Gemessen hieran könnte darin, dass die Teilnahme an einem Real-labor dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit einräumt, seine innovative Technologie bzw. sein innovatives Geschäftsmodell zu erproben, eine Begünstigung sein. Denn die Einräumung der Erprobungsmöglichkeit eröffnet dem beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, seine Marktposition gegenüber anderen Wettbewerbern, die nicht an der Erprobung teilnehmen, zu verbessern. Darin liegt ein wirtschaftlicher Vorteil für ein Unternehmen, der nicht durch eine marktübliche Gegenleistung kompensiert wird.

¹³² EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 94.

¹³³ EuGH, Urteil vom 22.11.2001, Rs. C-53/00, Ferring, ECLI:EU:C:2001:627, Rn. 27, 32 f.

¹³⁴ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV, Rn. 14; *Kleine/Sühne*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kap. 1 Rn. 19.

¹³⁵ EuGH, Urteil vom 11.12.1997, Rs. C-55/96, Job Centre coop, ECLI:EU:C:1997:603, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 16.11.1995, Rs. C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, ECLI:EU:C:1995:392, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Rs. C-205/03, FENIN, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1998:303, Rn. 36.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 16.11.1995, Rs. C-244/94, FFSA u.a., ECLI:EU:C:1995:392, Rn. 21.

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 15.03.1994, Rs. C-387/92, Banco Exterior de Espana, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 11.

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 24.10.2002, Rs. C-82/01 P, Aéroports de Paris, ECLI:EU:C:2002:617, Rn. 68; s. ferner EuG, Urteil vom 12.12.2000, Rs. T-128/98, Aéroports de Paris, ECLI:EU:T:2000:290, Rn. 108-124; EuG, Urteil vom 17.12.2008, Rs. T-196/04, Ryanair, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 88; EuG, Urteil vom 24.03.2011, T-443/08 und T-455/08, Freistaat Sachsen u.a./Kommission, ECLI:EU:T:2011:117, Rn. 93, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 19.12.2012, C-288/11, Mitteldeutsche Flughafen, ECLI:EU:C:2012:821, Rn. 158.

- Die Beihilfe muss **staatlich oder aus staatlichen Mitteln** gewährt sein. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt dies voraus, dass die Vorteile unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und dem Staat zuzurechnen sind.¹⁴⁰ Darunter fallen mithin alle Maßnahmen der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung sowie staatlich kontrollierter privater Einrichtungen, wenn diese Maßnahmen direkt oder indirekt zu Lasten der öffentlichen Haushalte gehen.¹⁴¹ Dies setzt voraus, dass ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen dem Vorteil, der dem Begünstigten gewährt wird, einerseits und der Verringerung eines Postens des Staatshaushalts oder einem hinreichend konkreten wirtschaftlichen Risiko für dessen Belastung andererseits dargetan werden.¹⁴² Die Zurechnung ist hier gegeben: Die Eröffnung der Möglichkeit für ein Unternehmen, neuartige Technologien oder Geschäftsmodelle in einem Reallabor zu erproben, ist dem Staat zuzurechnen. Die Belastung öffentlicher Haushalte dürfte allerdings zweifelhaft sein: So hat die EU-Kommission festgehalten, dass die Gewährung von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen mangels Belastung des Staatshaushalts zu keiner Übertragung von staatlichen Mitteln führe.¹⁴³
- Eine Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt zudem nur dann vor, wenn die Zuwendung zu einer **Begünstigung bestimmter Unternehmen** führt (**selektiver Vorteil**). Eine Beihilfe liegt demgegenüber nicht vor, wenn eine Maßnahme unterschiedslos allen Unternehmen im Land zugutekommt.¹⁴⁴ Gemessen hieran dürften Zweifel an der Selektivität der Maßnahme bestehen: Denn die Möglichkeit zur Teilnahme von Unternehmen an den Erprobungsräumen der Reallabore steht erst einmal sämtlichen Unternehmen offen. Soweit alle Unternehmen die Möglichkeit haben, sich nach

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 21.03.1991, Rs. 303/88, Italien/Kommission, ECLI:EU:C:1991:136, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 16.05.2002, Rs. C-482/99, Stardust, ECLI:EU:C:2002:294, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 20.11.2003, Rs. C-126/01, GEMO, ECLI:EU:C:2003:622, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 15.06.2004, Rs. C-345/02, Pearle ua/Hoofdbedrijfschap Ambachten, ECLI:EU:C:2004:448, Rn. 35.

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 17.03.1993, Rs. C-72/91 u. C-73/91, Sloman Neptun, ECLI:EU:C:1993:97, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 30.11.1993, Rs. C-189/91, Kirsammer-Hack, ECLI:EU:C:1993:907, Rn. 17.

¹⁴² EuGH, Urteil vom 19.03.2013, Rs. C-399/10 P und C-401/10 P, Bouygues, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 99.

¹⁴³ Kommission, Beschluss vom 24.03.2015, SA. 33 078, Belgien, JC Decaux Belgium Publicité; vgl. auch EuGH, Urteil vom 14.01.2015, Rs. C-518/13, Eventech, ECLI:EU:C:2015:9, Rn. 31 ff., 43 f.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-143/99, Adria-Wien-Pipeline, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 36.

transparenten Regeln auf die Teilnahme zu bewerben, dürfte es daher an der Selektivität fehlen. Dies ist im Einzelfall in Abhängigkeit von der wettbewerblichen Wirkung des jeweiligen Reallabors zu überprüfen.

- Eine **Wettbewerbsverfälschung** im Sinne des § 107 Abs. 1 AEUV liegt in der tatsächlichen oder potentiellen Verbesserung der Wettbewerbssituation des begünstigten Unternehmens gegenüber anderen Unternehmen auf einem abgegrenzten Markt.¹⁴⁵ Handelt es sich um eine bloß potentielle Verbesserung der Wettbewerbssituation, muss diese hinreichend konkret sein und von der Kommission belegt werden.¹⁴⁶ Auch bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen der gewährten Beihilfe und der Wettbewerbsverfälschung. Dabei ist es unerheblich, ob die Wettbewerbsverfälschung am Markt tatsächlich spürbar ist oder nicht.¹⁴⁷ Dieses Merkmal dürfte vorliegend erfüllt sein.
- Eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich unzulässige Beihilfe liegt nur dann vor, wenn sie geeignet ist, den **zwischenstaatlichen Handel an Waren und Dienstleistungen zu beeinträchtigen**. Dies ist der Fall, wenn die Beihilfe sich über das Gebiet des beihilfegebenden Mitgliedsstaats auf die Konkurrenzsituation von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten auswirkt.¹⁴⁸ Die bloße Eignung einer Maßnahme zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels genügt.¹⁴⁹ Von einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs kann daher bereits ausgegangen werden, wenn sich die Stellung eines Unternehmens im Vergleich zu seinen Mitbewerbern in den anderen Mitgliedstaaten verstärkt.¹⁵⁰ Auch ist kein Mindestmaß an Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erforderlich, es sind also auch Beihilfen

¹⁴⁵ Von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, 63. EL 2017 Art. 107 AEUV Rn. 66 ff.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 14.10.1987, Rs. 248/84, Borken-Bocholt, ECLI:EU:C:1987:437, Rn. 18, 21.

¹⁴⁷ Urteil vom 14.07.2011, Rs. T-357/02 RENV, Freistaat Sachsen/Kommission, ECLI:EU:T:2011:376, Rn. 29 f.; EuG, Urteil vom 06.03.2002, Verb. Rs. T-127/99 u. T-148/99, Territorio Histórico de Álava, ECLI:EU:T:2002:59, Rn. 224 f.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 17.06.1999, Rs. C-75/97, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1999:311, Rn. 47, 51.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 30.04.2009, Rs. C-494/06 P, WAM, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 2.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 19.11.2000, Rs. C-156/98, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2000:467, Rn. 33.

mit geringem Umfang oder an Unternehmen geringer Größe erfasst.¹⁵¹ Folglich dürfte dieses Merkmal vorliegend erfüllt sein.

Ausgehend hiervon stellt die Eröffnung von Erprobungsräumen für Unternehmen durch die Teilnahme an Reallaboren regelmäßig mangels Gewährung aus staatlichen Mitteln und mangels **Selektivität der Maßnahme keine Beihilfe** im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Überdies erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Eröffnung der Erprobungsmöglichkeit unter die sog. De-Minimis-Beihilfen fallen und deshalb zulässig sind. Selbst wenn die Erprobung eine Beihilfe darstellte und die Voraussetzungen der De-Minimis-Verordnung nicht erfüllt werden, ist eine Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (z.B. Art. 25 AGVO) oder – im Ausnahmefall – eine Rechtfertigung der Beihilfe nach Maßgabe von Art. 107 Abs. 3 b) oder c) AUEV möglich.

Vor diesem Hintergrund sind beihilfenrechtliche Bedenken im vorliegenden Kontext von untergeordneter Bedeutung. Im Einzelfall sollte je nach Art und Umfang des Reallabors und der damit verbundenen wettbewerblichen Vorteile allerdings entschieden werden, ob eine vertiefte beihilfenrechtliche Prüfung und gegebenenfalls eine Notifizierung der EU-Kommission erforderlich ist.

d) Schlussfolgerungen

Ob ein Wirtschaftsakteur die Möglichkeit erhält, seine Innovation im Reallabor zu erproben, ist das Ergebnis einer komplexen Prüfung, die einen **Flaschenhals jedes Reallabors** darstellt. Bei der Ausgestaltung der jeweiligen Experimentierklausel ist insbesondere der allgemeine Gleichbehandlungssatz beachten. Jener Aspekt legt es nahe, eine sachlich differenzierende und transparente Struktur für die grundlegende Entscheidung, ob Innovationen für eine Erprobung im Reallabor zugelassen werden, aufzusetzen. Auf der Grundlage der Prüfung wird empfohlen, besondere Mühen auf die Ausgestaltung der Definition des Tatbestands aufzuwenden. Eine handhabbare, flexible aber zugleich hinreichend genaue Definition des Tatbestands einer im Reallabor zu erprobenden „In-

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 11.11.1987, Rs. 259/85, Frankreich/Kommission, ECLI:EU:C:1987:478, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 21.03.1990, Rs. C-142/87, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1990:125, Rn. 43; EuGH, Urteil vom 14.11.1994, Rs. C-278/92 bis C-280/92, Spanien/Kommission, ECLI:EU:C:1994:325, Rn. 42; EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 81.

novation“ reduziert die Risiken möglicher auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützter Rechtsstreitigkeiten von abgelehnten Mitbewerbern. Weiterhin hätte es den positiven Effekt, dass es nicht von Kommune zu Kommune abhängt, ob eine Technologie als „innovativ“ angesehen wird oder nicht. Durch eine Steuerung des Outputs der Behörde wird auch sichergestellt, dass gezielt solche Innovationen erprobt werden, welche die Reallabore-Strategie rechtspolitisch in den Blick nimmt. Zudem sollte das Verfahren für eine Zulassung zum Reallabor mit Bedacht ausgestaltet werden. Aus Gründen des allgemeinen Gleichheitssatzes ist die Verfahrensausgestaltung oder ein bestimmtes Verfahren aus unserer Sicht nicht erforderlich.

Es stellen sich weiterführende Fragen hinsichtlich der zuständigen Behörde sowie der von Seiten der Innovatoren erforderlichen Unterlagen. Eine weitere Frage ist, wie die materiellen und formellen Details der Zulassung zum Reallabor geregelt werden sollten. Passend erscheint eine Ausgestaltung dieser Details durch untergesetzliches Regelwerk in Gestalt einer Verordnung. Dieses Regelungsinstrument passt aufgrund seiner erhöhten Flexibilität gut zur Erprobung und der sachlichen Eigenart der dynamischen und flexiblen, zu fördernden Technologie. Diese Fragen werden unter F. aufgegriffen.

2. Konstellation II: Art und Weise der Erprobung im Reallabor

Von zentraler Bedeutung im Kontext sind die Risiken, die für Dritte entstehen, wenn Innovationen erprobt werden. Die Risiken hat der Staat aufgrund im Detail darzustellender Pflichten durch eine vorausschauende Regelung auf das vertretbare Mindestmaß zu reduzieren. Es handelt sich insbesondere um Risiken für das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), je nach Gefahrgeneigtheit der erprobten Innovation und der Wahrscheinlichkeit von Unfällen, sowie Gefahren für Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), je nach Verarbeitung von Daten (dazu a)). Auch eine Folge dieser Pflichten ist es, dass den Staat die Verpflichtung trifft, die experimentelle Erprobung der Innovationen intensiv zu begleiten. Dies dürfte auch begleitende Pflichten für die Wirtschaftsakteure erfordern. Jene Pflichten können in Freiheitsgrundrechte der Unternehmen eingreifen, jedoch bestehen keine Bedenken, dass die Pflichten verfassungsgemäß ausgestaltet werden können (dazu b)). Unionsrechtliche und völkerrechtliche Gewährleistungen stützen diese beiden Aspekte.

a) Grundrechtliche Schutzpflichten für Dritte

Verfassungsrechtliche Pflichten zum Schutz von Belangen Dritter spielen im vorliegenden Kontext innovationsoffener Regulierung eine zentrale Rolle. Es sind mehrere Dritte denkbar, deren Rechtsgüter durch die Erprobung unter realen Bedingungen bedroht sein können:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wenn sie Innovationen in der Erprobung steuern,
- Konsumentinnen und Konsumenten, wenn sie Innovationen in der Erprobung nutzen wollen und nutzen,
- Dritte (Passantinnen und Passanten, Anwohner, Verkehrsbeteiligte etc.), die durch die Erprobung einer Innovation betroffen sind.

Inwiefern Bedrohungen der Rechtsgüter von Dritten aus verfassungsrechtlichen Gründen die Regulierung durch den Staat gebieten, kann dogmatisch sowohl aus dem abwehrrechtlichen Charakter als auch aus der Schutzpflichtendimension von Grundrechten hergeleitet werden. Die Abgrenzung zwischen abwehrrechtlicher Dimension und Schutzpflichten hängt davon ab, ob die gefährliche Aktivität dem Staat zugeordnet werden kann. Es lässt sich gut vertreten, dass gefährliche Handlungen von Privaten dem Staat zuzurechnen sind, wenn dieser die Handlungen durch behördliche Entscheidungen erlaubt hat.¹⁵² Darüber hinaus können es Schutzpflichten im Folgenden gebieten, solche Genehmigungsverfahren auszugestalten. Insofern vorgelagerte Schutzpflichten werden darum detailliert dargestellt.

aa) Rechtlicher Rahmen von Schutzpflichten

Schutzpflichten kennt das deutsche Recht in verschiedenen Ausprägungen. Die Vornahme bestimmter Rechtshandlungen seitens des Staates zum Schutz bestimmter ihrerseits rechtlich geschützter Güter vor Gefahren stellt eine wesentliche Aufgabe des Staates dar. Zentrale Bedeutung beanspruchen diejenigen Schutzpflichten, die sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangen die Grundrechtsbestimmungen der deut-

¹⁵² Dahingehend zu einer atomrechtlichen Genehmigung BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 115, juris — Kalkar I.

schen öffentlichen Gewalt ein aktives Handeln zum Schutz grundrechtlicher Rechtsgüter in denjenigen Fällen ab, in denen diese durch Dritte bedroht werden.¹⁵³ Dabei werden Schutzpflichten mehrheitlich als eigenständiger objektiv-rechtlicher Gehalt der Grundrechte verstanden.¹⁵⁴

Die Verfassung kennt einige ausdrücklich normierte Schutzpflichten, wie den Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, den Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG oder den Schutz der Umwelt gemäß Art. 20a GG. Darüber hinaus sind Schutzpflichten als Wirkungen aller Grundrechte anerkannt:¹⁵⁵

„Die Freiheitsgrundrechte [...] schützen nicht nur vor Eingriffen der Staatsgewalt in eine dem Individuum verbürgte Freiheitssphäre. Vielmehr verpflichten sie den Staat auch, diese Freiheitssphäre zu schützen und zu sichern.“¹⁵⁶

Grundvoraussetzung dafür, dass der Staat seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nachkommen muss, ist die Beeinträchtigung eines grundrechtlichen Schutzgutes oder die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung jeweils durch Dritte.¹⁵⁷ Staatliches Handeln auf Grundlage von Schutzpflichten setzt mithin eine grundrechtliche Gefährdungslage voraus, die dem Staat nicht als Eingriff zuzurechnen ist. Die Schutzpflicht kann alle staatliche Gewalt – Legislative, Exekutive und Judikative innerhalb ihrer

¹⁵³ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 151 ff, juris – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160-165, Rn. 13, juris; BVerfG, Beschluss vom 01.08.1978 – 2 BvR 1013/77 –, BVerfGE 49, 24-70, Rn. 65, juris – Kontaktsperregesetz; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I; BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, Rn. 53, juris; BVerfG, Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 –, BVerfGE 121, 317-388, Rn. 119, juris – Rauchverbot; BVerfG, Urteil vom 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 –, BVerfGE 125, 39-103, Rn. 134, juris.

¹⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 152, juris – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, Rn. 53, juris; Stern, Staatsrecht III/1, S. 931, 937, 948.

¹⁵⁵ Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 191 Rn. 218, 222.

¹⁵⁶ BVerfG, Urteil vom 10.01.1995 – 1 BvF 1/90 u.a. –, BVerfGE 92, 26-53, Rn. 74, juris – Zweitregister.

¹⁵⁷ Isensee (a.a.O.), § 191 Rn. 218, 226 f., 263; vgl. BVerfG, Urteil vom 31.07.1973 – 2 BvF 1/73 –, BVerfGE 36, 1-37, Rn. 79, juris; BVerfG, Beschluss vom 16.12.1980 – 2 BvR 419/80 –, BVerfGE 55, 349-370, Rn. 38, 40, juris – Hess-Entscheidung.

jeweiligen Kompetenzen – treffen,¹⁵⁸ doch typischerweise richtet sie sich primär an den Gesetzgeber.¹⁵⁹

Inhaltlich erstreckt sich die grundrechtliche Schutzpflicht zum einen darauf, Grundrechtsbeeinträchtigungen vorzubeugen (Gefahrenabwehr), zum anderen auf die Beseitigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen, die bereits eingetreten sind oder andauern.¹⁶⁰ In der vorbeugenden Dimension können es Schutzpflichten insbesondere gebieten,

„rechtliche Regelungen so auszugestalten, daß auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt.“¹⁶¹

Hinsichtlich der genauen Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum, der im konkreten Fall zu bestimmen ist:

„Ob, wann und mit welchem Inhalt sich eine solche Ausgestaltung von Verfassungs wegen gebietet, hängt von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen ab.“¹⁶²

Dem Staat steht also bei der Auswahl derjenigen Maßnahmen, die er zur Erfüllung der Schutzpflicht ergreifen möchte, ein weiterer Spielraum zu.¹⁶³ Zentral ist jedoch das **Untermaßverbot**. Die zur Erfüllung der Schutzpflicht ergriffenen Maßnahmen müssen dazu geeignet sein, die in Rede

¹⁵⁸ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 152, 170, juris – Schwangerschaftsabbruch I.; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

¹⁵⁹ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 157, juris – Schwangerschaftsabbruch I.

¹⁶⁰ Isensee (a.a.O.), § 191 Rn. 218, 236, 263.

¹⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

¹⁶² BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

¹⁶³ BVerfG, Beschluss vom 16.12.1980 – 2 BvR 419/80 –, BVerfGE 55, 349-370, Rn. 37, juris – Hess-Entscheidung; BVerfG, Beschluss vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54-87, Rn. 60, juris – Fluglärm; BVerfG, Urteil vom 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82 –, BVerfGE 85, 191-214, Rn. 69, juris – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, Urteil vom 10.01.1995 – 1 BvF 1/90 u.a. –, BVerfGE 92, 26-53, Rn. 74, juris – Zweitregister („das Grundgesetz [gibt] nur den Rahmen, nicht aber bestimmte Lösungen vor“); BVerfG, Urteil vom 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 –, BVerfGE 125, 39-103, Rn. 135, juris.

stehenden Angriffe abzuwehren bzw. den drohenden Gefahren wirksam vorzubeugen.¹⁶⁴ Nach dem Bundesverfassungsgericht muss der Staat

*„ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, dass ein [...] angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot)“.*¹⁶⁵

Vor dem Hintergrund dieser normativen Struktur der grundrechtlichen Schutzpflichten ergibt sich für die Prüfung, ob eine Verletzung einer Schutzpflicht gegeben ist, ein weiter vom Untermaßverbot geprägter Maßstab, den das Bundesverfassungsgericht wie folgt umschreibt:

*„Das Bundesverfassungsgericht kann [...] die Verletzung einer Schutzpflicht nur feststellen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.“*¹⁶⁶

Obwohl das Auswahlermessen der zuständigen Staatsorgane bei der Erfüllung der Schutzpflichten von Verfassungen wegen besonders weit ausgeprägt ist, bewegt sich die Ermessensentscheidung gleichwohl in den Grenzen verfassungsrechtlicher Erwägungen, die das Ermessen steuern können.

Entscheidend sind auch die Bedeutung des Schutzguts sowie die Intensität und Wahrscheinlichkeit der Gefährdung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Schutzpflicht des Staates umso ernster genommen werden, je höher der Rang des infrage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Werteordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist,¹⁶⁷ je intensiver die einzelne Grundrechtsbeeinträchtigung aus-

¹⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174-202, Rn. 82, juris; BVerfG, Urteil vom 10.01.1995 – 1 BvF 1/90 –, BVerfGE 92, 26-53, Rn. 74, juris.

¹⁶⁵ BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 186, 188, juris – Schwangerschaftsabbruch II; vgl. (BVerfG, Urteil vom 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 –, BVerfGE 125, 39-103, Rn. 135, juris.

¹⁶⁶ BVerfG, Urteil vom 10.01.1995 – 1 BvF 1/90 u.a. –, BVerfGE 92, 26-53, Rn. 74, juris – Zweitregister; vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174-202, Rn. 82, juris; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 188, juris – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfG, Urteil vom 01.12.2009 – 1 BvR 2857/07 –, BVerfGE 125, 39-103, Rn. 135, juris.

¹⁶⁷ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 153, juris – Schwangerschaftsabbruch I; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

fällt¹⁶⁸ oder je größer das Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung insgesamt ist.¹⁶⁹

bb) Betroffene Schutzgüter

Innovationen, die unter realen Bedingungen erprobt werden, betreffen unterschiedlich gewichtige Schutzgüter und sind unterschiedlich risikointensiv in Abhängigkeit von Interaktionen mit der Umwelt. Jede Innovation ist darum konkret auf mögliche beeinträchtigte Schutzgüter sowie die Risikointensität samt der Risikowahrscheinlichkeit zu prüfen. Wichtig sind im Kontext insbesondere Risiken für das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie für Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Der Staat hat auch Sachgüter nach Art. 14 Abs. 1 GG zu schützen.

Das **Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)** schützt das körperliche Dasein, die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit.¹⁷⁰ Rechte mit ähnlichem Gehalt finden sich auch im Unions- und im Völkerrecht in Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GRCh sowie in Art. 2 EMRK. Dieses Recht ist von überragender Wichtigkeit und steht in der grundgesetzlichen Ordnung ganz oben.¹⁷¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus

*„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG die umfassende, im Hinblick auf den Wert des Lebens besonders ernst zu nehmende Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, es vor allem vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren“.*¹⁷²

¹⁶⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, Rn. 59, juris; BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 231, juris.

¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

¹⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118-166, Rn. 82, juris – Luftsicherheitsgesetz.

¹⁷¹ BVerfG, Urteil vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118-166, Rn. 82, juris – Luftsicherheitsgesetz („Höchstwert“); BVerfG, Beschluss vom 01.08.1978 – 2 BvR 1013/77 u.a. –, BVerfGE 49, 24-70, Rn. 99, juris – Kontaktsperregesetz.

¹⁷² BVerfG, Beschluss vom 01.08.1978 – 2 BvR 1013/77 u.a. –, BVerfGE 49, 24-70, Rn. 99, juris – Kontaktsperregesetz. Ähnl. BVerfG, Entscheidung vom 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160-165, Rn. 13,

Das Grundrecht gebietet darum, unter Umständen auch als Abwehrrecht, aber insbesondere als Schutzpflicht, dass der Staat durch Verfahrens- und Organisationsrecht, gegebenenfalls auch durch Verbote, Risiken für das Leben und die körperliche Unversehrtheit minimiert.¹⁷³ Dass auch schwerwiegende Gefährdungen nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden können, führt jedoch nicht zum Verfassungsverstoß, wenn Ungewissheiten durch entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens (jenseits entfernter Wahrscheinlichkeiten) nach dem Stand von Wissenschaft und Technik praktisch ausgeschlossen werden.¹⁷⁴ Dort wo keine hinreichende Erfahrungsgrundlage aus vergangenen Geschehnissen zugrunde gelegt werden kann, sind Schlüsse aus simulierten Verläufen zu ziehen.¹⁷⁵ Risiken der Technik gebieten darum in Relation zur Gefahreneignisheit eine Risiken minimierende Regulierung.

Im Kontext der Reallabore-Strategie sind Innovationen in folgenden Bereichen für das Schutzgut des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit besonders risikoreich:

- Straßen- und Luftverkehr: Angestellte, Fahrgäste, sonstige Verkehrsteilnehmer sowie Anwohner sind bei digitalen Diensten für individuelle Mobilität in der Erprobung wie etwa autonomfahrenden Bussen oder Flugtaxi sowie unter Umständen bei intelligenter Verkehrsflusssteuerung auch vor technologischen Fehlern zu schützen.
- Luftverkehr und Postwesen: Angestellte, Verkehrsteilnehmer sowie Anwohner sind auch vor technologischen Fehlern bei eingesetzten Logistikanwendungen wie etwa Lieferrobotern oder Flugdrohnen zum Warentransport zu schützen.
- Anlagen und industrielle Prozesse: Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer u.ä. sind auch vor technologischen Fehlern bei neuar-

juris — Schleyer; BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a. –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 153, juris — Schwangerschaftsabbruch I.

¹⁷³ BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, Rn. 53, juris — Mühlheim-Kärlich; BVerwG, Urteil vom 17.07.1980 – 7 C 101/78 –, BVerwGE 60, 297-315, Rn. 21, juris; *Jarass*, in: *Ders./Pieroth* (Hrsg.), GG, 15. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 91a, 99.

¹⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 119 f., juris — Kalkar I.

¹⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 119, juris — Kalkar I.

tigen Anwendungen zur vereinfachten Steuerung industrieller Prozesse zu schützen.

Das **allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)** schützt Dritte im Kontext der Reallabore im Hinblick auf ihre Daten in unterschiedlichen Ausprägungen. In dieser Hinsicht schützen auch Art. 8 GRCh sowie Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK. Der Datenschutz ist stark unionsrechtlich durchformt. Eine ganz zentrale, bereichsübergreifende Bedeutung beansprucht die seit 2018 anwendbare Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Die Berücksichtigung der spezifischen Anforderungen der DS-GVO ist dabei angesichts der Spezialität der Materie und ihrer spezifischen Auswirkungen auf innovative digitale Technologien und Geschäftsmodelle gesondert zu untersuchen und deshalb Bestandteil eines eigenständigen Leistungsabrufs.

Das nationale Grundrecht gewährleistet als Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich „selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu entscheiden“.¹⁷⁶ Dieser grundrechtliche Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit setzt im Zeitalter automatisierter Datenverarbeitung früh an, wie das Bundesverfassungsgericht bereits in dem grundlegenden Volkszählungs-Urteil hervorgehoben hat.¹⁷⁷ Umfasst ist schon eine eher abstrakte Gefährdungslage, die durch den Kontrollverlust des Einzelnen gekennzeichnet ist,

„wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden können, die der Betroffene weder überschauen noch verhindern kann.“¹⁷⁸

¹⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a. –, BVerfGE 120, 1-51, Rn. 137, juris — Al Quaida-Fall; BVerfG, Beschluss vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 198, juris — Online-Durchsuchung; BVerfG, Beschluss vom 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03 u.a. –, BVerfGE 118, 168-211, Rn. 86, juris — Kontenabfrage.

¹⁷⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a. –, BVerfGE 65, 1-71, Rn. 147 ff., juris — Volkszählung: „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden“ (Rn. 148).

¹⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 198, juris — Online-Durchsuchung; ähnlich BVerfG, Urteil vom 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 –, BVerfGE 120, 378-433, Rn. 97, juris.

Personenbezogen sind „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person“.¹⁷⁹ Der Schutzzumfang ist nicht auf sensible Informationen beschränkt, weil

*„es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein schlechthin, also ungeachtet des Verwendungskontextes, belangloses personenbezogenes Datum mehr [gibt]“.*¹⁸⁰

Der Staat ist verpflichtet, die informationelle Selbstbestimmung durch geeignete Regelungen zu schützen.¹⁸¹ Daneben kann auch der Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme relevant sein. Dieses Grundrecht hat das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Vergangenheit entwickelt, um

*„neuartigen Gefährdungen zu begegnen, zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und gewandelter Lebensverhältnisse kommen kann“.*¹⁸²

Diese Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift dort, wo speziellere Bestimmungen wie Art. 10 GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) und Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) keinen hinreichenden Schutz gewähren. Der Schutz ist insbesondere dort relevant, wo Telekommunikationsgeräte, wie Computer oder Smartphones, sowie elektronische Geräte, die in Wohnungen oder Kraftfahrzeugen enthalten sind, zahlreiche Daten erzeugen, verarbeiten und speichern, so dass auch durch Vernetzungen weitreichende Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Nutzers bis hin zu einer Profilbildung möglich sind.¹⁸³

Die vorwiegend digitalen Innovationen im Kontext der Reallabore-Strategie sind aus der Perspektive der oben genannten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vielfach risikoreich, sodass sich Fragen hinsichtlich des Umgangs mit erfassten Daten stellen. Besonders risikoreich sind folgende Bereiche:

¹⁷⁹ BVerfG, Urteil vom 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 –, BVerfGE 128, 1-90, Rn. 156 juris — Gentechnikgesetz; BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a. –, BVerfGE 65, 1-71, Rn. 147, juris — Volkszählung.

¹⁸⁰ BVerfG, Urteil vom 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 u.a. –, BVerfGE 120, 378-433, Rn. 66, juris — KFZ-Kennzeichen-Erfassung.

¹⁸¹ S. Murswiek/Rixen, Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 122 m.w.N.

¹⁸² BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 169, juris — Online-Durchsuchung.

¹⁸³ BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 173, 178, juris — Online-Durchsuchung.

- Telemedizin: Die digital verfügbaren Daten insbesondere in den Krankenakten der Menschen sind bei der Versorgung in einer „digitalen Klinik“ zu schützen.
- Straßenverkehr: Mobilitätsangebote können im Hinblick auf die erzeugten Daten besonders risikoreich sein, weil daraus Bewegungsprofile erstellt werden könnten. Besonders risikoreich ist es ebenfalls, wenn Innovationen mit Umgebungserkennung arbeiten, die auch eine flächendeckende Gesichtserkennung ermöglichen.
- „Internet of Things“, „Smart City“, „Smart Home“: Bei der Nutzung neuartiger Technologien, insbesondere im häuslichen Bereich, werden zahlreiche, mitunter private oder intime Daten erzeugt, wenn Anwendungen Umgebungssensoren, Mikrofone und Kameras verwenden.

Auch die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) gebietet in ihrer objektiven Dimension, dass der Gesetzgeber Schutzvorkehrungen für Vermögenswerte zu treffen hat.¹⁸⁴ Daneben können weitere Schutzgüter im Zusammenhang mit den Innovationen betroffen sein. So kann der Vermögensschutz bei digitalen Innovationen im Bereich von Fin-Techs relevant werden, auch das Fernmeldegeheimnis oder die Unverletzlichkeit der Wohnung sind denkbare, allerdings eher untergeordnete Schutzgüter.

- cc) Keine rechtssichere Minimierung der Schutzpflichten durch Einwilligung in Risiken

Es erscheint zweifelhaft, ob Gebote aus staatlichen Schutzpflichten reduziert werden können, indem Dritte in die mit der Erprobung einhergehenden Risiken umfänglich einwilligen. Eine Einwilligung in Beeinträchtigungen und Risiken ist zwar nach dem Grundsatz, dass dem Einwilligenden kein Unrecht geschieht (*volenti non fit iniuria*), innerhalb der durch die Menschenwürde gesteckten Grenzen auch im Bereich grundlegender Grundrechte wie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich möglich.¹⁸⁵ Doch zum einen könnte die objektiv-rechtliche Dimension der Schutzpflichten einer Einwilligung entgegenstehen.¹⁸⁶ Zum anderen sind auch die Voraussetzungen der Einwilligung nicht rechtssicher überprüf-

¹⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2005 – 1 BvR 782/94 –, BVerfGE 114, 1-72, Rn. 144, juris — Bestandsübertragung für eine Lebensversicherung.

bar. Die Einwilligung setzt unter anderem eine detaillierte Aufklärung¹⁸⁷ sowie die Einwilligungsfähigkeit¹⁸⁸ voraus. Ob diese gegeben sind, kann nicht bei allen Personen, die mit Erprobungen in Kontakt kommen, unterstellt oder dokumentiert werden.

Allerdings ist zu erwägen, ob Dritte bei gefahrgeneigten Erprobungen flankierend zu den Schutzmaßnahmen informiert werden, dass sich die genutzten Innovationen in der Erprobung befinden oder sie sich in einem Raum der Erprobung aufhalten. Dafür spricht, dass die Bürgerinnen und Bürger heutzutage erwarten, eigenständig informierte Entscheidungen treffen zu können. Der Staat unterstützt sie durch Orientierung bietende Informationen.¹⁸⁹ Dadurch werden Bürgerinnen und Bürger auch an gesellschaftlichen Problemlösungen beteiligt.¹⁹⁰

dd) Schlussfolgerungen

Nach alledem hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum hinsichtlich der Erfüllung der Schutzpflichten, der durch das Untermaßverbot begrenzt ist. Nach der Detailprüfung der Schutzpflichten bestehen Bedenken, Risiken betreffende Verfahren komplett einer Flexibilisierung anheim zu stellen soweit Schutzgüter betroffen sind. Es erscheint hingegen sinnvoll und effizient, solche Verfahrensanforderungen vorzulagern und dadurch die Pflichten für Wirtschaftsakteure abzuschichten. Geboten sind präventiv wirkende Zulassungsverfahren, bei denen die Risiken einer Innovation durch Gefahrenprognosen aufgrund des aktuellen Stands von Wissenschaft und Technik abschätzbar werden. Hier sollten Erkenntnisse aus *ex ante* durchgeführten Tests einfließen. Wie detailliert die für eine Gefahrenprognose erforderlichen Unterlagen sein müssen,

¹⁸⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 90.

¹⁸⁶ Vgl. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 300.

¹⁸⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 90; vgl. die Anforderungen an die freiwillige Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff nach Art. 3 Abs. 2 lit. a GRCh, die eine vorherige detaillierte Aufklärung erfordert.

¹⁸⁸ Auf Unterstützung durch Dritte angewiesene Menschen, etwa Kinder und manche Menschen mit Behinderung, könnten alleine voraussichtlich nicht einwilligen.

¹⁸⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 –, BVerfGE 105, 252-279, Rn. 53 f., juris — Glykolwarnung; BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 670/91 –, BVerfGE 105, 279-312, Rn. 74 f., juris — Osho-Bewegung.

¹⁹⁰ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 –, BVerfGE 105, 252-279, Rn. 53., juris — Glykolwarnung; BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 – 1 BvR 670/91 –, BVerfGE 105, 279-312, Rn. 74, juris — Osho-Bewegung.

hängt vom jeweiligen Gefährdungspotential der Innovation ab. Hier gibt es also keine „one size fits all“-Lösung. Geboten ist stattdessen eine risikobasierte Ausgestaltung, wonach mal keine Unterlagen und mal Unterlagen über intensive Prüfungen in Testverfahren vorab vorgelegt werden müssen.

Dort wo wichtige Schutzgüter involviert und die Risiken für sie hoch sind sowie die im Vorfeld durchgeführten Tests Ungewissheiten über Risiken nicht praktisch ausschließen konnten, erscheinen aufgrund der Schutzpflichten unterschiedliche Pflichten und Möglichkeiten je nach Stadium der Erprobung sinnvoll. Zu Beginn einer Erprobung ist beispielsweise eine engmaschigere staatliche Überwachung, die auch in begleitenden Pflichten der Wirtschaftsakteure korrespondiert, denkbar. Zu denken ist an die Verpflichtung zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen oder Informations- oder Berichtspflichten mit variierenden zeitlichen Intervallen. Weiterhin dürfte in bestimmten Fällen ebenfalls eine örtliche Begrenzung der Erprobung zu Beginn geboten sein, weil die noch nicht in Gänze abschätzbaren Risiken dort besser kontrolliert werden können. Andere, etwa zahlenmäßige Begrenzungen des Umfangs sind denkbar und hängen von der konkreten Innovation ab. Die Begrenzungen sollten jedoch schrittweise erweitert werden, soweit sich die Erprobung bewährt, um realere Bedingungen herzustellen. Nur in sehr seltenen Fällen sind die Risiken für Schutzgüter zu hoch, so dass weder *ex ante* und/oder begleitend durchgeführte Untersuchungen noch zeitliche, räumliche und/oder persönliche Begrenzungen ausreichen und sich eine Erprobung in Gänze verbietet.¹⁹¹

b) Grundrechte der Wirtschaftsakteure

Nach der bisherigen Prüfung ist also anzunehmen, dass der Gesetzgeber gehalten ist, den im Reallabor zugelassenen Wirtschaftsakteuren bei der Erprobung Pflichten aufzuerlegen, die der Begleitung der Erprobung dienen: die Verpflichtung zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen, Informations- oder Berichtspflichten. Solche Pflichten sind aufgrund des Erprobungscharakters der Regelung und der Schutzpflichten geboten, denn sie begleiten die Erprobung der gesetzlichen Regelung einer ebenso dynamischen wie komplexen, neuartigen Materie mit

¹⁹¹ Zum Schutz des ungeborenen Lebens bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs s. BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 188, juris – Schwangerschaftsabbruch I („Experimente sind aber bei dem hohen Wert des zu schützenden Rechtsgutes nicht zulässig“).

bisweilen hohen Risiken für Dritte und kompensieren voraussichtlich reduzierte Prüfungen.¹⁹² Durch diese die Erprobung begleitenden Pflichten könnte in die Berufsfreiheit in Gestalt der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG),¹⁹³ die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Wirtschaftsakteure eingegriffen werden. Die Berufsfreiheit ist darunter das speziellste Grundrecht.

aa) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG schützt das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen am Markt.¹⁹⁴ Unter die vielen Gewährleistungen des Grundrechts fallen auf Unternehmerseite etwa die Freiheit der unternehmerischen Betätigung,¹⁹⁵ das Recht auf freie Vertragsgestaltung¹⁹⁶ sowie der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen¹⁹⁷. Weiterhin zählt die bereits im Zusammenhang mit der Zulassung zum Reallabor geprüfte Wettbewerbsfreiheit dazu, die jedoch nur in Ausnahmefällen vor Veränderungen der Wettbewerbsbedingungen schützt. Einen ähnlichen Schutzbereich haben auf unionsrechtlicher Ebene die Art. 15 und 16 GRCh. Insbesondere Art. 16 GRCh schützt die freie Berufsausübung der Unternehmer und bildet damit ein zentrales Wirtschaftsgrundrecht der EU.¹⁹⁸ Geschützt sind alle

¹⁹² S. im Einzelnen oben E.I.3.d). Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 119, juris — Kalkar I; BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 u.a. –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 202, juris — Schwangerschaftsabbruch II; BVerfG, Urteil vom 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 –, BVerfGE 95, 267-322, Rn. 181, juris — LPG-Altschulden; BVerfG, Beschluss vom 26.10.2004 – 1 BvR 911/10 u.a. –, BVerfGE 111, 333-365, Rn. 154, juris — Brandenburgisches Hochschulgesetz; BVerfG, Beschluss vom 17.02.2016 – 1 BvL 8/10 –, BVerfGE 141, 143-182, Rn. 61, juris — Akkreditierung von Studiengängen.

¹⁹³ Die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG in ihren Gestalten der Freiheit der Berufswahl (Satz 1) und der Berufsausübung (Satz 2) ist mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt in Satz 2 als ein einheitliches Grundrecht zu verstehen.

¹⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 –, BVerfGE 116, 135-163, Rn. 60 — Vergaberecht; BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 u.a. –, BVerfGE 115, 205-259, Rn. 82, juris — Geschäfts- und Betriebsgeheimnis.

¹⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 173, juris — Mitbestimmung.

¹⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 78, juris — Berliner Vergabegesetz.

¹⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 u.a. –, BVerfGE 115, 205-259, Rn. 84, juris — Geschäfts- und Betriebsgeheimnis.

¹⁹⁸ Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Charta Art. 16 Rn. 1; Jarass, GrCh, Art. 16, Rn. 2.

natürlichen wie juristischen Personen des Privatrechts¹⁹⁹ bei der Ausübung wirtschaftlicher Betätigung in allen Formen.²⁰⁰ Auch der „freie Wettbewerb“ ist vom Schutzbereich des Art. 16 GRCh erfasst.²⁰¹

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist hier allerdings gegeben, wenn den Wirtschaftsakteuren zusätzliche Pflichten auferlegt werden, wie die Pflicht zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen oder Informations- oder Berichtspflichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellen solche Pflichten Eingriffe dar, selbst wenn sie eine begünstigende Entscheidung begleiten.²⁰² Aufgrund der Berufsbezogenheit dieser Pflichten greifen sie in die Berufsfreiheit ein.

Es bestehen jedoch keine Bedenken, dass dieser Eingriff gerechtfertigt werden kann. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit prüft das Bundesverfassungsgericht in Relation zur Eingriffsintensität anhand eines gleitenden Maßstabs. Der Eingriff hier ist als wenig eingriffsintensiv anzusehen. Es ist nur die Berufsausübungsfreiheit betroffen, weil nicht der Zugang zu einem bestimmten Beruf geregelt wird. Solche die Berufsausübung betreffenden Eingriffe werden durch das Bundesverfassungsgericht meist als wenig eingriffsintensiv angesehen.²⁰³

Hinzukommt, dass der Eingriff der Verwirklichung einer Begünstigung dient, denn erst durch die begleitenden Pflichten wird die Erprobung im Reallabor ermöglicht. An die Rechtfertigung eines solchen nicht schwerwiegenden Eingriffs sind nach dem Bundesverfassungsgericht keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Ausreichend ist, wenn der Eingriff verhältnismäßig ist, „das heißt der Eingriff muss zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein“.²⁰⁴ Das setzt voraus, dass „ausreichende Gründe des Ge-

¹⁹⁹ Calliess/Ruffert/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 16, Rn. 3; Jarass, GrCh EU-Grundrechte-Charta, Art. 16, Rn. 10 f.

²⁰⁰ Calliess/Ruffert/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 16, Rn. 1.; Jarass, GrCh, Art. 16, Rn. 7 f.

²⁰¹ Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil v. 22.1.2013 (Rechtssache C-283/11, Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk), Rn. 42.

²⁰² BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 u.a. –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 107, juris — Gigaliner.

²⁰³ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377-444, Rn. 76, juris — Apothekenurteil.

²⁰⁴ BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 297, juris — Vorratsdatenspeicherung; ähnl. BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 84, juris — Apothekenwerbung.

meinwohls“ gegeben sind.²⁰⁵ Hierfür sind vernünftige Gründe des Allgemeinwohls ausreichend.²⁰⁶ Die Gründe für die begleitenden Pflichten liegen hier im Erprobungscharakter der Experimentierklausel. Sie sind dazu da, die probeweise Zulassung und damit die Förderung digitaler Technologien und ihrer Wirtschaft im Reallabor unter Abwägung mit den Schutzpflichten für die exponierten Rechtsgüter Dritter zu ermöglichen sowie über das Regulieren von Innovationen zu lernen. Wenn die begleitenden Pflichten so ausgestaltet und begründet werden, dass sie sich in diesem sachlichen Rahmen halten, bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit. Ebenso ist davon auszugehen, dass die Beschränkung des Rechts aus Art. 16 GRCh gerechtfertigt ist. Denn diese erfordert ähnlich wie Art. 12 GG, dass eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage sowie ein legitimer Gemeinwohlzweck vorliegen und die Beeinträchtigung verhältnismäßig ist.²⁰⁷ Da kein intensiver Eingriff gegeben ist, können begleitende Pflichten durch Gesetz und auch durch Rechtsverordnung auferlegt werden.²⁰⁸

bb) Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG, europarechtlich geregelt in Art. 17 GRCh und Art. 1 1. ZP zur EMRK) schützt die „Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter“.²⁰⁹ Im Bereich der Berufsausübung bestehen Überschneidungen mit der Berufsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht grenzt Berufs- und Eigentumsfreiheit danach ab, ob die Regelung der Sache nach auf die Betätigung, also den Erwerb (Beruf), oder auf das Ergebnis der Betätigung, also das Erworbenene (Eigentum), abzielt.²¹⁰ Bei den begleitenden Pflichten für Wirtschaftsakteure

²⁰⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 84, juris — Apothekenwerbung; BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 297, juris — Vorratsdatenspeicherung.

²⁰⁶ BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 297, juris — Vorratsdatenspeicherung.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 22.01.2013, Rs. C-283/11, Sky Österreich, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 48; *Jarass*, GrCh EU, Art. 16, Rn. 20 f.

²⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 86, juris — Apothekenwerbung.

²⁰⁹ BVerfG, Urteil vom 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90 –, BVerfGE 84, 133-160, Rn. 91, juris — Abwicklung von DDR-Einrichtungen.

²¹⁰ BVerfG, Urteil vom 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90 –, BVerfGE 84, 133-160, Rn. 91, juris — Abwicklung von DDR-Einrichtungen.

im Reallabor werden nicht die erworbenen Güter, sondern die Handlungen für den Erwerb der Güter geregelt. Ungeachtet dessen, dass durch die Pflichten Zeit und Kosten aufgewendet werden müssen, welche das Erworbenes schmälern, zielt die Regelung doch auf die Erwerbsbetätigung ab. Sachnäher ist darum die Berufsfreiheit, so dass die Eigentumsfreiheit verdrängt wird. Auch die Handlungsfreiheit tritt zurück.

Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist eine umfassende Freiheit,²¹¹ die jegliches menschliche Handeln vor staatlichen Eingriffen schützt. Wenn ein spezielleres Grundrecht gegeben ist, wird sie als Aufanggrundrecht verdrängt.²¹² So liegt der Fall hier, da der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet ist. In sonstige Freiheitsrechte dürfte die innovationsfördernde smarte Regulierung, die Gegenstand dieser Untersuchung ist, wohl kaum eingreifen.

3. Schlussfolgerungen: Untermaßverbot und Verfahrensrecht

Experimentierklauseln sind komplexe regulatorische Werkzeuge, nicht nur aufgrund der von ihr geregelten komplexen und dynamischen Materie. Sie müssen aufgrund zweier Konstellationen unterschiedliche Rechtsgüter und Interessen berücksichtigen. Einerseits sind die Wirtschaftsakteure und ihre Interessen beim Wettbewerb zu berücksichtigen, wenn darüber entschieden wird, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als Innovation im Sinne der Reallabore anzusehen ist. Andererseits sind Schutzpflichten für Dritte sowie Freiheitsrechte der Wirtschaftsakteure in Ausgleich zu bringen, wenn über die Erprobung der Innovation im Reallabor entschieden wird. Beiden Konstellationen ist gemein, dass sie dem Gesetzgeber einen weiten Umsetzungsspielraum belassen, der durch das Untermaßverbot begrenzt wird. Weiterhin sind es in beiden Konstellationen insbesondere Verfahren, die auszugestalten sind. In der Wettbewerbs-Konstellation ist es primär der allgemeine Gleichheitssatz, der ein objektives und sachlich nachvollziehbares Verfahren gebietet. In der Erprobungs-Konstellation folgen die Anforderungen an die Ausgestaltung eines Risiken minimierenden Verfahrens aus staatlichen Schutzpflichten für Dritte, die sich insbesondere aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben. Grundrechte der Wirtschaftsakteure als Abwehrrechte, insbesondere die Berufsfreiheit,

²¹¹ BVerfG, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 BvR 396/98 –, BVerfGE 114, 371-396, Rn. 51, juris — Kabelgro-schen, st. Rspr.

²¹² BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 78, juris – Berliner Verga-begesetz.

müssen Beachtung finden, wenn den Wirtschaftsakteuren auch aufgrund der Schutzpflichten für Dritte begleitende Pflichten auferlegt werden.

Vor diesem Hintergrund sind auch weit gefasste, agile sachbereichsspezifische Experimentierklauseln zulässig. Denn die individuellen Güter und Interessen setzen ihnen keine zu engen Grenzen. Dies liegt daran, dass die avisierte Wirtschafts- und Technologieregulierung keine typische Eingriffsverwaltung darstellt, die mit besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbunden wäre. Stattdessen werden insbesondere wirtschaftlicher Wettbewerb und Risiken für Dritte reguliert. Die besondere Herausforderung besteht hier darin, alle Güter und Interessen in hinreichendem Maße sicher und flexibel abzubilden und die unterschiedlichen Risikopotentiale zu berücksichtigen.

V. Pfeiler 3: Leistungsstärke von Experimentierklauseln

Von zentraler Bedeutung ist zudem, die Leistungsstärke einer Experimentierklausel bei ihrer Ausgestaltung zu gewährleisten. Denn nur durch eine leistungsstarke Ausgestaltung wird sichergestellt, dass eine Experimentierklausel entsprechend ihrem intendierten Zweck im behördlichen Alltag zur Anwendung kommt.

Im Fachrecht sind bereits zahlreiche experimentelle Regelungen vorhanden. Diese Regelungen sind im Detail unterschiedlich ausgestaltet und bewähren sich in der praktischen Anwendung in unterschiedlicher Weise. Sie sind für die konkrete Ausgestaltung der Arbeitshilfe von hohem Interesse. Denn aus ihnen ergibt sich ein anwendungsorientiertes Wissen, das für eine leistungsstarke Ausgestaltung einer jeden Experimentierklausel genutzt werden sollte. Um leistungsstark zu sein, müssen Experimentierklauseln zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle im Reallabor auch innovations- und anwendungsfreundlich ausgestaltet sein.

Bei besonders weit oder unspezifisch formulierten Regelungen besteht die Gefahr, dass sie ihren intendierten Zweck nicht erreichen, weil der Normanwender – sowohl die zur Anwendung berufene Verwaltung als auch der Wirtschaftsteilnehmer, der von der Regelung Gebrauch machen möchte, – nicht genau weiß, welche Voraussetzungen oder Rechtsfolgen die Regelung im Einzelfall mit sich bringt. Andererseits besteht bei zu eng formulierten Regelungen die Gefahr, dass sie unflexibel und darum nicht innovationsfreudig sind.²¹³ Gerade im Bereich experimenteller Gesetze ist eine gesteigerte Offenheit der Regelung darum häufig zu beobachten.

Vor diesem Hintergrund muss die Untersuchung der Ausgestaltung und Anwendungspraxis existierender experimenteller Regelungen insbesondere die folgenden Fragen beantworten:

- Welche Gestaltungsmöglichkeiten bewähren sich in der Praxis? Wo gibt es Fallstricke, die es zu vermeiden gilt?
- Wo ist das experimentelle Programm offen bzw. wo wird es konkretisiert? Wer konkretisiert das Programm? Ergibt sich daraus ein Unterscheid für die Leistungsstärke der Norm?

Ausgehend hiervon werden im Folgenden fachrechtliche experimentelle Regelungen einer eingehenden Prüfung ihrer Ausgestaltung und Anwendungspraxis unterzogen (dazu 1.). Aufgrund der thematischen Ausrichtung der Materie werden dabei

²¹³ Siehe dazu bereits oben D.III.

primär solche experimentellen Regelungen untersucht, die über einen ausgeprägten Wirtschafts- und Technologiebezug verfügen. Die Schlussfolgerungen, die sich aus der Untersuchung der Ausgestaltung sowie der Anwendungspraxis von fachrechtlicher experimenteller Gesetzgebung mit Wirtschafts- und Technologiebezug für die Leistungsstärke innovationsoffener Regelungen ergeben, werden darauf aufbauend in den Blick genommen (dazu 2.).

Auf einen Blick: Leistungsstärke von Experimentierklauseln

- Die Nützlichkeit einer Experimentierklausel in der Rechtspraxis ist ganz maßgeblich davon abhängig, ob sie hinreichend leistungsstark, insbesondere anwendungsfreundlich ausgestaltet ist. Denn die **Leistungsstärke** einer Experimentierklausel bestimmt darüber, ob die Norm entsprechend ihrem intendierten Zweck im behördlichen Alltag zur Anwendung kommt.
- Die **Anwendungspraxis** verdeutlicht, dass eine leistungsstarke Experimentierklausel zwar **flexibel, aber nicht zu weit**, insbesondere nicht ohne Konkretisierungen für die über die Erprobung unterscheidenden Behörden ausgestaltet werden sollte.
- Leistungsstarke Experimentierklauseln gewährleisten, dass Wirtschaft und Verwaltung **verlässlich erkennen**, unter welchen Voraussetzungen Innovationen erprobt werden können.

1. Ausgestaltung und Anwendungspraxis von Experimentierklauseln

Das Bundes- und Landesrecht hält zahlreiche verwirklichte Experimentierklauseln bereit.²¹⁴ Im Folgenden werden aus Gestaltungsperspektive besonders interessante und aussagekräftige Regelungen auf ihre positiven und negativen Elemente untersucht, um daraus für die Ausgestaltung der Arbeitshilfe weiterführende Schlüsse zu ziehen.

Die untersuchten Regelungen werden in der Darstellung zunächst danach unterschieden, zu welcher Art von Abweichungsentscheidung die Verwaltung

²¹⁴ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 67 ff.

ermächtigt wird: Zum einen bestehen Experimentierklauseln, die Behörden ermächtigen, durch individuelle Entscheidungen, also insbesondere Verwaltungsakte oder Allgemeinverfügungen, von bestehenden Regelungen abzuweichen (dazu a)). Zum anderen ermächtigen Experimentierklauseln die Behörden dazu, Rechtsverordnungen in Abweichung von bestehenden gesetzlichen Regelungen zu erlassen (dazu b)).

a) Ermächtigung zum Erlass individueller Regelungen

Die individuellen Regelungen unterscheiden sich danach, wie genau sie die Abweichungsmöglichkeiten vorschreiben und ob es zusätzliches untergesetzliches Regelwerk zur Konkretisierung gibt. Sehr weit ausgestaltet ist die Abweichungsmöglichkeit im Personenbeförderungsgesetz für neue Verkehrsarten oder Verkehrsmittel (dazu aa)). Die Ausnahme-Regelung in der sog. Drohnen-Verordnung ist dagegen in der Ermächtigungsgrundlage konkreter und wird zusätzlich durch eine ermessensleitende Vorschrift gelenkt (dazu bb)). Einen noch engeren Anwendungsbereich hat eine Ausnahmegvorschrift zur vorläufigen Regelung im Bereich der Straßenverkehrsordnung (dazu cc)).

aa) Generalklauselartige Norm mit Konkurrenz: § 2 Abs. 7 PBefG

Ein wichtiges Beispiel für eine Experimentierklausel ist § 2 Abs. 7 PBefG aus dem Jahr 1990 für den sog. Erprobungsverkehr.²¹⁵ Die Vorschrift sieht Folgendes vor:

„Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen“.

Es handelt sich also um eine Klausel, die die Behörde durch Gesetz **zu zahlreichen, nicht näher benannten Abweichungen ermächtigt**.²¹⁶ In

²¹⁵ Eingeführt durch Art. 28 des Dritten Rechtsbereinigungsgesetzes vom 28.06.1990, BGBl. 1990 I, S. 1221, 1229.

²¹⁶ VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2019 – 5 E 1711/19 –, BeckRS 2019, 14008, Rn. 25, erwähnt beispielsweise für den Mobilitätsanbieter MOIA, dass keine Bindung an eine bestimmte Linie entgegen § 42 Abs. 1 PBefG, keine Bindung an die Rückkehrpflicht für Mietwagen, keine Pflicht zur Bereithaltung nur an Taxenständen, keine Beförderungspflicht und keine gesetzlich gebundenen Preise bestehen. Aufgrund der weiten Formulierung sind zahlreiche weitere Abweichungen denkbar.

Hinsicht auf ihren Tatbestand ist die Experimentierklausel generalklauselartig ausgestaltet. Untergesetzliches Regelwerk zur Konkretisierung dieser Klausel besteht nicht. Da diese Erprobungsmöglichkeit seit über zwei Jahrzehnten gesetzlich vorgesehen ist und für Erprobungen bei der Personenbeförderung im Verkehr sehr nachgefragt wird, können aus der Norm wichtige Schlüsse für leistungsstark ausgestaltete Experimentierklauseln gezogen werden.

§ 2 Abs. 7 PBefG hat sich in der Praxis insoweit bewährt, als sie aktuell zur Erprobung neuer Mobilitätskonzepte vielerorts genutzt wird.²¹⁷ Jedoch gibt es auch **Schwierigkeiten in der Handhabe** der Norm:

- Nach einer **Befragung mehrerer Kommunen** wird die Vorschrift für sehr sinnvoll erachtet.²¹⁸ Zugleich wird in der Befragung der Kommunen Kritik an der Norm geäußert. Die Norm sei insgesamt noch nicht ausreichend auf die Durchführung von Erprobungsverfahren ausgerichtet, was insbesondere an der als notwendig bezeichneten Durchführung des Anhörungsverfahrens gemäß § 14 PBefG liege.²¹⁹ Vereinzelt wurde die unflexible Erprobungsdauer von vier Jahren kritisiert.²²⁰
- Auch in **Rechtsprechung und Literatur** spiegeln sich vielfältige Schwierigkeiten bei der Anwendung der Norm wider:

Zunächst ist § 2 Abs. 7 PBefG **vergleichsweise unbestimmt** ausgestaltet. Mit der „praktischen Erprobung“ wird ein Zweck bestimmt, der nicht näher konkretisiert wird. Er kann darum nur begrenzt die Auslegung anleiten. Weiterhin wird nicht definiert, wann eine Verkehrsart oder ein Verkehrsmittel „neu“ im Sinne der Norm ist. In der Kommentarliteratur werden Verkehrsart oder ein Verkehrsmittel als „neu“ angesehen, wenn sie bisher bekannte Beförde-

²¹⁷ Auf Grundlage von § 2 Abs. 7 PBefG erproben etwa die Mobilitätsanbieter MOIA, Clever Shuttle und BerlKönig in deutschen Großstädten ihre innovativen „Ride Pooling“-Angebote. Diese Mobilitätskonzepte zeichnen sich dadurch aus, dass das vorhandene Transportmittel von mehreren Fahrgästen gleichzeitig genutzt wird und die Fahrgäste mit ähnlichen Start- und Zielorten auf Grundlage eines computergestützten Algorithmus' unter Inkaufnahme kleinerer Umwege gebündelt zu ihrem jeweiligen Ziel befördert werden. Vgl. auch BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 72; Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

²¹⁸ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

²¹⁹ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

²²⁰ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

rungsmittel mit neuartiger Technologie derart verändern, dass erhebliche Veränderungen im Verkehrsgeschehen oder in der Art und Weise der Personenbeförderung zu erwarten sind.²²¹ Autonom, d.h. ohne Fahrer fahrende Automobile dürften darunter fallen.²²² Diese Unsicherheit könnte durch eine nähere Umschreibung des Tatbestandsmerkmals „neu“ gelöst werden. Ebenfalls werden entgegenstehende öffentliche Verkehrsinteressen nicht näher definiert, so dass zum Teil von Gerichten auch Interessen, die nicht im engeren Sinne solche des Verkehrs sind, als einer Erprobung entgegenstehend angesehen werden.²²³ Es besteht hier die Gefahr einer überschießenden Auslegung entgegenstehender Interessen, die dazu führen kann, dass die Erprobung in der Praxis restriktiver angewendet wird, als womöglich intendiert.

Als besonders problematisch erweist sich, dass der Tatbestand des § 2 Abs. 7 PBefG hinsichtlich des **Umfangs der Abweichung unbestimmt** ist. Die Vorschrift ermächtigt schlicht zu „Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes“. In der Praxis führt dies zu massiven Unterschieden hinsichtlich der Bedingungen, unter denen die Erprobung genehmigt wird. Unterschiede kommen etwa in Betracht in Bezug auf die Anzahl, Art und Ausstattung der Fahrzeuge, mit denen die Erprobung durchgeführt werden darf, auf den Zeitraum und den Ortsteil, in dem die Erprobung täglich durchgeführt werden darf, sowie die Preise, die bei der Durchführung für die Dienstleistung erhoben werden dürfen.²²⁴ Dies führt nicht nur dazu, dass die Erprobung je nach Kommune unterschiedlich ausfällt und kaum überörtlich aussagekräftige Erprobungsergebnisse zustande kommen. Im Einzelfall können die aufgestellten Bedingungen sogar die Erfolgsaussichten einer Erprobung kompromittieren, etwa wenn die Erprobungsgenehmigung für einen „Ride Pooling“-Dienst auf so wenige Fahrzeuge beschränkt wird, dass der Dienst

²²¹ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

²²² *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

²²³ Wie weit die öffentlichen Verkehrsinteressen im Sinne von § 2 Abs. 7 PBefG reichen, wird unterschiedlich verstanden. Das OVG Hamburg, Beschluss vom 24.09.2014 – 3 Bs 175/14 –, Rn. 16, juris, geht eher weit und fasst im Fall des streitigen Gelegenheitsverkehrs von „uber pop“ darunter nicht nur, dass gewerblich genutzte Fahrzeuge entsprechend versichert sein müssen, sondern auch, ob nach dem Geschäftsmodell Einkommens- und Umsatzsteuer sowie Sozialabgaben für die Fahrer erfasst werden. Entsprechend spricht das OVG Hamburg von „überragende[n] Interessen der Allgemeinheit“.

²²⁴ Vgl. auch VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2019 – 5 E 1711/19 –, BeckRS 2019, 14008, Rn. 25.

von den Verkehrsteilnehmern mangels hinreichender Verfügbarkeit oder angesichts überlanger Wartezeiten nicht genutzt wird. Es verbleibt der Eindruck, dass das extrem weite behördliche Ermessen, das sowohl die betroffenen öffentliche Verkehrsinteressen bewerten als auch eine Vielzahl von Erprobungsbedingungen festlegen muss, die Erprobung eher behindert als fördert.

Zudem besteht eine gewisse Unklarheit, welche **formellen Voraussetzungen** für die Abweichung nach § 2 Abs. 7 PBefG im Einzelfall einzuhalten sind. Unklar ist insbesondere, ob das komplexe Anhörungsverfahren nach § 14 PBefG zu durchlaufen ist.²²⁵ Wenn dies der Fall ist, erscheint die Anforderung unverhältnismäßig, weil sie auf die dauerhafte Zulassung typisierter Beförderungen – und nicht die von § 2 Abs. 7 PBefG bezweckte vorübergehende Erprobung – zugeschnitten ist.

Schwierigkeiten liegen auch darin, dass § 2 Abs. 7 PBefG eine **maximale Geltungsdauer** der Ausnahmegenehmigung von 4 Jahren vorsieht. Eine Verlängerung darüber hinaus ist nicht möglich. Diese starre Grenze führt vor allem dann zu regulatorischen Schwierigkeiten, wenn nach Ablauf der Geltungsdauer noch keine hinreichenden Erkenntnisse über den Erfolg der Erprobung vorliegen. Da eine Verlängerung der Höchstdauer nicht vorgesehen ist,²²⁶ kann die Verwaltung in diesem Fall nicht flexibel reagieren. Auch steht einer „Umgehung“ dieser Frist durch eine neue Antragstellung eines anderen Unternehmens § 6 PBefG entgegen.²²⁷ Zweifelhaft wäre auch, ob es sich in einem solchen Fall noch um ein „neues“ Verkehrsmittel handeln würde.²²⁸ Stattdessen besteht die einzige Möglichkeit der Fortführung der Erprobung in einer Anpassung des geltenden Rechtsrahmens durch den Gesetzgeber.²²⁹ **Rechtsschutzverfahren Dritter stellen darum eine Gefahr der Verkür-**

²²⁵ Dahingehend die Befragung der Kommunen nach BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71; dagegen jedoch *Heinze/Fiedler*, in: *Heinze/Fehling/Fiedler*, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 1.

²²⁶ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris; *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 492.

²²⁷ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 493.

²²⁸ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 493.

²²⁹ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 492.

zung oder gar der faktischen Verhinderung der Genehmigung dar.

So hatte das VG Hamburg dem Eilantrag eines Taxenunternehmers gegen die dem Mobilitätsanbieter MOIA erteilte Genehmigung teilweise stattgegeben.²³⁰ Diese Entscheidung hatte zur Folge, dass das Unternehmen von der Genehmigung nur noch in eingeschränktem Maß Gebrauch machen konnte (Teilnahme am Straßenverkehr mit 200 statt mit 500 – 1000 Fahrzeugen). Zwar hat das OVG Hamburg diesen Beschluss abgeändert mit der Begründung, dass § 2 Abs. 7 PBefG keine drittschützende Wirkung entfalte.²³¹ Diese Konstellation verdeutlicht jedoch die Auswirkungen einer Experimentierklausel, die eine maximale Geltungsdauer der Erprobungsgenehmigung vorsieht: Denn befristete und nicht verlängerbare Erprobungsgenehmigungen können aufgrund der aufschiebenden Wirkung von Drittwidersprüchen oder Drittanfechtungsklagen (§ 80 Abs. 1 VwGO) vom Genehmigungsinhaber für die Dauer zeitaufwändige Rechtsschutzverfahren vielfach nicht genutzt werden.²³² Konkurrenten haben dadurch einen Hebel, die Erprobung faktisch zu verhindern oder zu verkürzen.²³³ Lösungen hierfür könnten etwa im Entfallen der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbehelfe, einer Hemmung der starren Befristung oder einer Flexibilisierung der Befristung liegen.

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass sich § 2 Abs. 7 PBefG zum Teil mit der weiteren Ermächtigungsgrundlage in **§ 2 Abs. 6 PBefG** überschneiden kann. § 2 Abs. 6 PBefG lautet:

„Anstelle der Ablehnung einer Genehmigung kann im Fall einer Beförderung, die nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform erfüllt, eine Genehmigung nach denjenigen Vorschriften dieses Gesetzes erteilt werden, denen diese Beförderung am meisten entspricht, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.“

²³⁰ VG Hamburg, Beschluss vom 24. April 2019 – E 1711/19 –, BeckRS 2019, 14008; vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 20.12.2018 – 5 E 4748/18 –, BeckRS 2018, 40419.

²³¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris.

²³² OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris.

²³³ Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07. 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris; Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

§ 2 Abs. 6 PBefG ermächtigt zur Genehmigungserteilung im Fall einer Beförderung, die nicht alle Merkmale einer im PBefG typisierten Verkehrsart oder -form erfüllt, nach denjenigen Vorschriften, denen die Beförderung am meisten entspricht. Erforderlich ist die gewisse Entsprechung einer typisierten Beförderungsart,²³⁴ jedoch nicht dass sie „neu“ ist. Es ist aber nicht ausdrücklich ausgeschlossen, dass sie „neu“ sein kann. Ebenso wie § 2 Abs. 7 PBefG dürfen „öffentliche Verkehrsinteressen“ nicht entgegenstehen, sodass der Exekutive ein Spielraum bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes eröffnet wird. Eine Begrenzung auf vier Jahre ist hier nicht vorgesehen. Aufgrund der Systematik liegt es nahe, ein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Normen zu verneinen. Jedoch bestehen Streitigkeiten und Unsicherheiten bei der Abgrenzung. Teils wird in der Kommentarliteratur vertreten, dass eine Genehmigung auch bei neuartigen Verkehrsarten schon auf der Grundlage von § 2 Abs. 6 PBefG erteilt werden könne, sodass es keines Rückgriffs auf § 2 Abs. 7 PBefG bedürfe.²³⁵ § 2 Abs. 7 PBefG erfülle nur eine ergänzende Funktion als Ermächtigungsgrundlage für die Bewilligung von Ausnahmen von einzelnen Vorschriften des PBefG.²³⁶ Nach anderer Auffassung ist für die Erprobung einer neuen Verkehrsart § 2 Abs. 7 PBefG als *lex specialis* die vorrangige Ermächtigungsgrundlage.²³⁷ Derartige Unklarheiten bei der Abgrenzung beider Genehmigungsalternativen führen auch bei der Anwendung in der Praxis zu Rechtsunsicherheit. Es ist darüber nachzudenken, das Verhältnis der Experimentierklausel zu anderen Ausnahmeregelungen klarzustellen, damit insbesondere das Steuerungsziel, mehr über die Regulierung zu lernen, erreicht wird.

Soweit mehrere Wirtschaftsteilnehmer eine ähnliche neue Verkehrsart erproben wollen und die zuständige Behörde den Erprobungsraum auf eine bestimmte Anzahl ähnlicher Erprobungen be-

²³⁴ OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 29, juris; *Fielitz/Grätz*, Personenbeförderungsgesetz – Kommentar, 76. Aktualisierung – 12/2018, § 2 Rn. 28; *Heinze*, in: Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, 2. Aufl. 2014, § 2, Rn. 54.

²³⁵ *Bidinger*, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, Erg.-Lfg. 1/19, § 2 Rn. 483; in die Richtung gehend wohl auch VG Hamburg (5. Kammer), Beschluss vom 20.12.2018 – 5 E 4748/18 –, BeckRS 2018, 40419 Rn. 68.

²³⁶ *Bidinger*, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, Erg.-Lfg. 1/19, § 2 Rn. 484.

²³⁷ *Zeil*, GewArch 2018, S. 405 (408); *Mayer*, RAW 1/2020, im Erscheinen.

schränken will (**Konkurrenz um eine Erprobung**), stellt sich die Frage, wie zwischen den Konkurrenten auszuwählen ist.²³⁸ § 2 Abs. 7 PBefG enthält dafür keine Maßgabe, somit hat die Auswahl ausschließlich nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 40 VwVfG) zu erfolgen. Angesichts der dargestellten Komplexität der Entscheidungen, die die Behörde hinsichtlich der Verkehrsinteressen und hinsichtlich der Erprobungsbedingungen treffen muss, besteht ein erhöhtes Risiko, dass eine Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Konkurrenten ermessensfehlerhaft ausfällt. Ungeklärt ist überdies, was gilt, wenn ein berücksichtigter Konkurrent die Erprobung vor Ablauf der Erprobungsgenehmigung abbricht, und was daraus für einen nicht berücksichtigten Konkurrenten folgt.²³⁹

Als **Schlussfolgerungen** legt die Anwendungspraxis nahe, dass eine Ausgestaltung auf Tatbestandsseite hinsichtlich des Erprobungszwecks, der Umschreibung der Innovationsprojekte und der entgegenstehenden Interessen konkreter und zugleich auf Verfahrensseite flexibler ausgestaltet sein sollte. Insgesamt verlangt § 2 Abs. 7 PBefG ein hohes Maß an Konkretisierungsentscheidungen von der vollziehenden Behörde. Dadurch ist für Behörden und für Unternehmen nur schwer erkennbar, wann und in welchem Umfang die Erprobungsmöglichkeit für ein Innovationsprojekt zur Verfügung steht bzw. stehen soll. Eine gewisse Konkretisierung der Vorschriften, von denen abgewichen werden kann, liegt auch aufgrund der Schutzpflichten nahe. Auch die starre Befristung der Genehmigung ohne Verlängerungsmöglichkeit erscheint aus praktischer Perspektive problematisch.

Es erscheint wünschenswert, dass die im Koalitionsvertrag vereinbarte und aktuell erörterte Novellierung des PBefG die voranstehenden Überlegungen zur Rechtssicherheit und Leistungsfähigkeit der Experimentierklausel des aktuellen § 2 Abs. 7 PBefG mit einbezieht. Berücksichtigt man die bislang zirkulierten Vorschläge – namentlich die Eckpunkte für

²³⁸ Die Frage stellt sich nicht, wenn zwar mehrere Dienstleister eine Erprobung vorhaben, aber die zuständige Behörde den Erprobungsraum nicht beschränkt. Mangels behördlicher Auswahlentscheidung fehlt es dann an der Konkurrenzsituation, vgl. Nds. OVG, Beschluss vom 17.12.2019 – 7 ME 42/19 –, II.1.

²³⁹ Diese Frage stellte sich etwa, wenn – wie aktuell diskutiert – der Mobilitätsanbieter BerIKönig seine Erprobung in Berlin vor Ablauf der Erprobungsgenehmigung aus wirtschaftlichen Gründen einstellen sollte. Dem konkurrierenden Mobilitätsanbieter MOIA wurde eine Erprobungsgenehmigung unter Verweis auf die bereits durch BerIKönig durchgeführte Erprobung versagt.

eine Novellierung des PBefG²⁴⁰ sowie die zuletzt dazu eingebrachten Vorschläge des Verkehrsministeriums NRW – so besteht Anlass zur Sorge, dass zumindest eine einheitliche Anwendung in Deutschland angesichts weitreichender Abweichungsbefugnisse der zuständigen Kommunen noch nicht erreicht wird.²⁴¹ Ob die Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Regelungen für die Erprobung neuer Mobilitätskonzepte durch die Novellierung gesteigert wird, bleibt abzuwarten.

- bb) Ausnahme als Regelfall, gelenkt durch Innenrecht: § 21b Abs. 3 Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO, auch sog. „DrohnenVO“)

§ 21b Abs. 3 LuftVO ermöglicht seit seiner Einfügung im Jahr 2017 in „begründeten Fällen“ die Abweichung von den Betriebsverboten in § 21b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-9 LuftVO. Die Regelung selbst basiert auf der Verordnungsermächtigung des § 32 LuftVG. Es handelt sich um eine **Ausnahmezulassung**, die insbesondere für **unbemannte Luftfahrzeuge (Drohnen)** genutzt wird. § 21b Abs. 3 LuftVO lautet:

„In begründeten Fällen kann die zuständige Behörde Ausnahmen von den Betriebsverboten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 9 zulassen, wenn die Voraussetzungen von § 21a Absatz 3 Satz 1 erfüllt sind. § 20 Absatz 5 und § 21a Absatz 5 und 6 gelten entsprechend“.

Zuständig ist die örtliche Luftfahrtbehörde des Landes (§ 21c LuftVO). Die Norm ermöglicht die Abweichung unter mehreren materiellen und formellen Voraussetzungen, aber mit Einschränkungen. Unter anderem darf die Ausnahmezulassung nicht zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen, insbesondere dürfen keine Vorschriften über den Datenschutz und über den Naturschutz verletzt werden. Auch der Schutz vor Fluglärm ist angemessen zu berücksichtigen.²⁴² Nebenbestimmungen und Auflagen sind möglich.²⁴³ Interessant ist, dass die dem

²⁴⁰ Bspw. verfügbar unter https://www.bzp.org/Content/MELDUNGEN/_doc/PBefG-Eckpunkte.PDF.

²⁴¹ Eingehend Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

²⁴² Dies ist geregelt in § 21a Abs. 3 Satz 1 LuftVO, der lautet: „Die Erlaubnis wird erteilt, wenn 1. der beabsichtigte Betrieb von unbemannten Fluggeräten nach Absatz 1 und die Nutzung des Luftraums nicht zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere zu einer Verletzung der Vorschriften über den Datenschutz und über den Naturschutz, führen und 2. der Schutz vor Fluglärm angemessen berücksichtigt ist“.

²⁴³ S. Satz 2 in § 20 Absatz 5 LuftVO, der lautet: „Die Erlaubnis kann natürlichen und juristischen Personen oder Personenvereinigungen allgemein oder für den Einzelfall erteilt werden. Sie kann mit Nebenbestimmungen versehen, insbesondere mit Auflagen verbunden werden.“

Antrag beizufügenden Unterlagen auf den Einzelfall abgestimmt durch die zuständige Behörde nach Ermessen bestimmt werden. Die Verordnung zählt gestaffelt exemplarisch Unterlagen auf, die insbesondere verlangt werden können. Spezielle fachspezifische Bewertungen oder Gutachten sind nur bei Erforderlichkeit vorgesehen.²⁴⁴ Der Wortlaut der Norm schreibt weder einen Erprobungszweck vor, noch regelt er Evaluierungserfordernisse oder zeitliche bzw. räumliche Begrenzungen. Die Regelung ist darum **keine klassische Experimentierklausel** nach der oben genannten Definition. Eine in der Verordnung festgeschriebene Evaluationspflicht besteht nur für eine Höhenbegrenzung (§ 21b Abs. 4 LuftVO).

Zwar werden zunehmend auch **gewerbliche Drohnenprojekte** auf Grundlage der Ausnahmezulassung nach § 21b Abs. 2 LuftVO realisiert. So dient die Vorschrift etwa als Grundlage für die Zulassung von automatisierten Transporten von industriellen Laborproben (thyssenkrupp Steel Europe AG/doks. innovation GmbH), von der drohnengestützten Bestandsaufnahme in großen Warenlagern (Volkswagen AG/doks. innovation GmbH) von medizinischen Gewebe- und Laborproben (Medifly Hamburg, LabFly) sowie für den vollautomatischen Post austausch per Drohne (Boeing Global Services).²⁴⁵ Die Norm weist aber auch erhebliches **Verbesserungspotential** auf: Mangels eindeutiger Vorgaben zu den vorzulegenden Antragsunterlagen und zu den konkreten Anforderungen an Fluggerät und Flugbetrieb ist es für Unternehmen, die innovative Dienstleistungen unter Verwendung von Drohnen erproben wollen, kaum möglich zu erkennen, was für den Erhalt einer Genehmigung erforderlich ist. Zugleich sind die zuständigen Luftfahrtbehörden teilweise nicht immer in der Lage, im Genehmigungsverfahren präzise Anforderungen an das Fluggerät, die Flugroute und die Bedingungen des Erprobungsbetriebs zu stellen. Dies führt zu langen Genehmigungsverfahren und erfordert eine zeit- und damit auch kostenintensive Kommunikation

²⁴⁴ S. § 21a Abs. 5 LuftVO: „Die zuständige Behörde bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob dem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis weitere Unterlagen beigelegt werden müssen. Sie kann insbesondere noch verlangen: 1. den Nachweis, dass der Grundstückseigentümer oder sonst Berechtigte dem Aufstieg zugestimmt hat, 2. das Gutachten eines Sachverständigen über die Eignung des Geländes und des betroffenen Luftraums für den Betrieb von unbemannten Luftfahrtsystemen oder Flugmodellen, 3. weitere fachspezifische Bewertungen oder Gutachten, insbesondere zum Natur- und Lärmschutz, sofern diese im Einzelfall erforderlich sind.“

²⁴⁵ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 69 - 71.

zwischen Innovator und Behörde.²⁴⁶ Der Antragserfolg ist für die Antragsteller dabei häufig nicht vorhersehbar. Je nach Bundesland fällt offenbar auch die Genehmigungspraxis sehr unterschiedlich aus.²⁴⁷ Gewerbliche Antragsteller nehmen die Zulassungspraxis der einzelnen Landesbehörden denn auch als heterogen und intransparent wahr.²⁴⁸ Für Unternehmen, die Drohnen über die Grenzen verschiedener Bundesländer hinweg betreiben wollen, wird die Erprobung durch die Zuständigkeit der verschiedenen Luftfahrtbehörden sowie deren unterschiedliche Genehmigungspraxis deutlich erschwert.²⁴⁹ Auch dürften die Ausnahmegenehmigungen für kommerzielle Betreiber auf Dauer kaum als tragfähige Geschäftsgrundlage für den Regelbetrieb dienen.²⁵⁰

Zur **Konkretisierung** hat das BMVI im Oktober 2017 in Abstimmung mit den Ländern in der Verwaltungsvorschrift „Gemeinsame Grundsätze“²⁵¹ des Bundes und der Länder für die Ausnahmezulassung gem. § 21a und 21b LuftVO veröffentlicht, die der Vereinheitlichung der Genehmigungspraxis von Drohnen dienen, indem einheitliche Standards definiert werden.²⁵² Zur Harmonisierung des risikobasierten Ansatzes ist eine formalisierte Risikobewertung anhand einer Anlage vorzunehmen.²⁵³ Es werden Vorgaben zur Ausnahme von einzelnen Verbotstatbeständen des § 21b Abs. 1 Satz 1 LuftVO gemacht.²⁵⁴ Auch werden Verfahrensvorgaben abweichend von § 21b Abs. 3 LuftVO vorgenommen, beispielsweise wird

²⁴⁶ Nach Auskünften von Branchenvertretern werden im Rahmen von Genehmigungsverfahren teilweise Anforderungen an die Ausstattung der Fluggeräte gestellt, die sich technisch nicht realisieren lassen.

²⁴⁷ Nach Auskünften von Branchenvertretern beteiligen manche Luftfahrtbehörden sämtliche öffentliche und private Stellen, deren Einrichtungen im Rahmen der geplanten Erprobung von einer Drohne überflogen werden sollen – also z.B. Fernstraßenbehörden, Energieversorger, verschiedene Kommunen, lokale Ordnungsämter, private Grundstückseigentümer. Dies zieht das Genehmigungsverfahren deutlich in die Länge. Gerade die Beteiligung lokaler Behörden, die nicht über das erforderliche Fachwissen verfügen, erschwere dabei den Abschluss der Genehmigungsverfahren.

²⁴⁸ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 70.

²⁴⁹ Mit dieser Herausforderung ist etwa die Deutsche Bahn konfrontiert, die Drohnen für die bundeslandgrenzüberschreitende Inspektion ihrer Anlagen einsetzen möchte.

²⁵⁰ *Stellpflug/Hilpert*, NVwZ 2017, S. 1490 (1495).

²⁵¹ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze des Bundes und der Länder für die Erteilung von Erlaubnissen und die Zulassung von Ausnahmen zum Betrieb von unbemannten Fluggeräten gemäß § 21a und § 21b Luftverkehrs-Ordnung“ („Gemeinsame Grundsätze“), (NfL-1-1163-17 (2017)).

²⁵² BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 70.

²⁵³ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017)), S. 3, 9 nach Anlage 3, SORA-GER nach Empfehlungen des internationalen Gremiums „*Joint Authorities for Rulemaking on Unmanned Systems*“, genannt JARUS.

²⁵⁴ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017)), S. 6 f.

vorgegeben, dass bei Nähe zu Bundesfernstraßen (vgl. Nr. 5 des § 21b Abs. 1 Satz 1 LuftVO) grundsätzlich im Rahmen von Nebenbestimmungen die Verfahrensanforderungen des vereinfachten Verfahrens vorzuschreiben sind.²⁵⁵ Es ist ein Musterbescheid vorhanden;²⁵⁶ es hat also eine deutliche Ermessenskonkretisierung auf Basis einer Verwaltungsvorschrift stattgefunden. Gleichwohl bestehen die oben dargestellten grundsätzlichen Probleme bei der Genehmigungspraxis nach Auskunft von Branchenvertretern in vielen Fällen fort. Auch halten sich offenbar nicht alle Luftfahrtbehörden an die Vorgaben der Gemeinsamen Grundsätze. Dass das anwendbare Recht hier noch deutliches Verbesserungspotential aufweist, wird nicht zuletzt dadurch deutlich, dass bis auf wenige Ausnahmen der gewerbliche Einsatz von Drohnen nur im Erprobungs- und nicht im Regelbetrieb erfolgt und sich regelmäßig auf den Flug über wenige Kilometer mit Sichtverbindung des Drohnenpiloten zur Drohne beschränkt.

Aus der bisherigen Anwendungspraxis lassen sich wichtige **Schlüsse** im Hinblick auf die Ausgestaltung leistungsstarker Experimentierklauseln ziehen. Zum einen ist darauf zu achten, dass für die Antragsteller abschätzbar ist, ob ein Antrag Aussicht auf Erfolg hat. Andernfalls besteht die Gefahr, dass der Innovator von der Erprobung von vornherein Abstand nimmt oder die Klausel zum Streitfall wird und bis zum Erprobungsbeginn wertvolle Zeit und Ressourcen verloren gehen. Zum anderen zeigt die Vereinheitlichung der Genehmigungspraxis durch die „Gemeinsame Grundsätze“ im Fall des § 21b LuftVO, dass die sinnvolle Konkretisierung der Genehmigungsanforderungen nicht zwangsläufig in der gesetzlichen Regelung selbst erfolgen muss, sondern auch auf untergesetzlicher Ebene – etwa durch Verwaltungsvorschriften – erfolgen kann. Zudem sollten die vom Antragsteller vorzulegenden Unterlagen entweder bereits *ex ante* vorgegeben oder zumindest durch eine exemplarische Aufzählung hinreichend konkretisiert sein. Schließlich sollte jedenfalls für bestimmte Dienstleistungen, die über die Grenzen verschiedener Bundesländer hinweg angeboten oder erprobt werden sollen, erwogen werden, die behördliche Zuständigkeit zu zentralisieren.

Der Rechtsrahmen für die Herstellung und den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge wird aktuell **durch europäisches Recht vereinheitlicht**.

²⁵⁵ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017)), S. 3.

²⁵⁶ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017)), Anlage 1.

Auf Grundlage der Luftfahrt-Grundverordnung²⁵⁷ wurden spezifische Vorgaben für Konstruktion und Herstellung²⁵⁸ sowie für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge²⁵⁹ erlassen. Die Vorgaben für den Betrieb von Drohnen gelten ab dem 31.12.2020 auch für Deutschland unmittelbar (Art. 288 Abs. 2 AEUV).²⁶⁰ Bis dahin muss Deutschland insbesondere die für die Durchsetzung der neuen Vorgaben zuständige Behörde benannt haben. Welche Folgen sich aus den neuen Regelungen für die Experimentierklausel des § 21b Abs. 3 LuftVO und die erprobungsweise Zulassung von unbemannten Luftfahrzeugen ergeben, bedarf eigener Würdigung.

- cc) Enge Auslegung unter Variation des Prüfungsmaßstabs: § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO

Nach § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO können die Straßenverkehrsbehörden die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken zur Erforschung des Unfallgeschehens, des Verkehrsverhaltens, der Verkehrsabläufe sowie zur Erprobung geplanter verkehrssichernder oder verkehrsregelnder Maßnahmen beschränken oder verbieten und den Verkehr umleiten.²⁶¹ § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO enthält eine Ermächtigung der Behörde, **an sich zulässiges Verhalten zu beschränken**. Zweck der Vorschrift ist es, Verkehrsbeschränkungen zu ermöglichen, die aufgrund ihres Forschungs- bzw. Experimentiercharakters nicht unmittelbar der Verkehrssicherheit und -ordnung dienen.²⁶² § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO

²⁵⁷ Verordnung (EU) 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit, Abl. L 212/1.

²⁵⁸ Delegierte Verordnung (EU) 2019/945 der Kommission vom 12.03.2019 über unbemannte Luftfahrzeugsysteme und Drittlandbetreiber unbemannter Luftfahrzeugsysteme, Abl. L 152/1.

²⁵⁹ Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 der Kommission vom 24.05. 2019 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge, Abl. L 152/45.

²⁶⁰ Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 i.V.m. Art. 1 Nr. 4 Buchst. a) Durchführungsverordnung (EU) 2020/746 der Kommission vom 04.06.2020 zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 hinsichtlich der Verschiebung der Anwendungsfristen bestimmter Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, Abl. L 176/14.

²⁶¹ § 45 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 6 StVO lauten: „Die Straßenverkehrsbehörden können die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung des Verkehrs beschränken oder verbieten und den Verkehr umleiten. Das gleiche Recht haben sie [...] zur Erforschung des Unfallgeschehens, des Verkehrsverhaltens, der Verkehrsabläufe sowie zur Erprobung geplanter verkehrssichernder oder verkehrsregelnder Maßnahmen“.

²⁶² König, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32.

umfasst zwei Alternativen, die unterschiedlichen Anforderungen unterliegen. Die erste Alternative erfasst die „Erforschung“ (des Unfallgeschehens etc.), die zweite Alternative ermächtigt zur „Erprobung“ verkehrssichernder oder -regelnder Maßnahmen.

Entsprechend der verschiedenen Zielrichtungen beider Alternativen stellt die Rechtsprechung an die Zulässigkeit der Maßnahmen unterschiedliche Anforderungen. Maßnahmen im Sinne der ersten Alternative dienen der **Erforschung** tatsächlicher Begebenheiten (Unfallgeschehen, Verkehrsverhalten etc.), um auf Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse zur Gefahrenabwehr geeignete Maßnahmen zu ermitteln. Sie sind in der Regel vorläufig und kurz befristet.²⁶³ Zwischen den vorläufigen Erforschungsmaßnahmen und den endgültigen Gefahrenabwehrmaßnahmen muss nicht zwangsläufig Identität bestehen.²⁶⁴ Im Unterschied dazu dient die zweite Alternative des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO der **Erprobung** einer bereits konkret geplanten verkehrssichernden oder --regelnden Maßnahme im Hinblick auf ihre Eignung zur Gefahrenabwehr. Für diese Erprobungsmaßnahme verlangt die Rechtsprechung, dass sie grundsätzlich auch als endgültige Maßnahme rechtlich zulässig wäre.²⁶⁵ Das ist der Fall, wenn die Maßnahme mit Mitteln des Straßenverkehrsrechts bewirkt werden kann und sie keine Entwidmung oder Beschränkung nach dem Straßenrecht erfordert (Vorbehalt des Straßenrechts).²⁶⁶ Dieses Erfordernis leitet die Rechtsprechung aus der „für eine Erprobung zu fordernde **Identität** zwischen vorläufiger und geplanter endgültiger Regelung“ ab.²⁶⁷ Aufgrund des Vorbehalts des Straßenrechts kommt der Erprobungsklausel daher nur ein eingeschränkter Anwendungsbereich zu. Tiefgreifende, in den Bereich des Straßenrechts fallende Regelungen sind auf Basis der Vorschrift nicht möglich.²⁶⁸

²⁶³ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32.

²⁶⁴ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Dezember 1995 – 25 B 2750/95 –, Rn. 15, juris.

²⁶⁵ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 28. Juni 2018 – 11 CS 18.964 –, Rn. 12, juris.

²⁶⁶ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

²⁶⁷ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

²⁶⁸ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

Der eigentliche Mehrwert der Vorschrift liegt darin, dass nach der Rechtsprechung **andere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit** einer Maßnahme zu stellen sind, denn es wird nicht für erforderlich erachtet, dass eine erprobte Maßnahme auch als endgültige Maßnahme verhältnismäßig wäre.²⁶⁹ Eine Maßnahme zur Erprobung für einen begrenzten Zeitraum unterliegt danach geringeren Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit als bei ihrer endgültigen Anordnung.²⁷⁰ Dennoch zieht der VGH Mannheim in einer älteren Entscheidung den Schluss, dass der Zweck des § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 2. Alt. StVO durch das Erfordernis der Identität weitgehend verfehlt werde.²⁷¹

b) Ermächtigung zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen

Daneben können experimentelle Regelungen die Verwaltung auch zum Erlass von generellen Regelungen in Form von Verordnungen ermächtigen. Hohe Praxisrelevanz haben die sog. Gigaliner-Verordnung im Straßenverkehr, die mittlerweile in den Regelbetrieb übernommen wurde und zu der sich das Bundesverfassungsgericht bereits geäußert hat (dazu aa)) sowie die SINTEG-V aus dem Bereich der Energiewirtschaft (dazu bb)) und eine weitere Wirtschaftsförderung im Bereich von vom Strukturwandel betroffenen Regionen (dazu cc)). Ihnen ist gemein, dass sie eher detailliert ausgestaltet sind. Kaum Praxisrelevanz kommen dagegen Ermächtigungen im Bereich des Gewerbe- und Gaststättenrechts zur Erleichterung von Existenzgründungen und Betriebsübernahmen zu (dazu dd)).

aa) Risikorelevante Verordnungsermächtigung: § 6 Abs. 1, Abs. 3 StVG für die Gigaliner-Verordnung

Einen wichtigen Anwendungsfall stellt die Rechtsverordnung des BMVI zur Erprobung von Lang-LKW²⁷² (auch als „Gigaliner“ oder „Riesenlastwagen“ bezeichnet) dar (LKWÜberStVAusV). Rechtsgrundlage für diese Verordnung ist die Verordnungsermächtigung in § 6 Abs. 1 Nr. 1,

²⁶⁹ Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juni 2018 – 11 CS 18.964 –, Rn. 14, juris.

²⁷⁰ Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juni 2018 – 11 CS 18.964 –, Rn. 14, juris; *Schubert*, NZV 2018, S. 485.

²⁷¹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

²⁷² Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge vom 19.12.2011 (LKWÜberStVAusV), eBAnz AT144 2011 V2; zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 19.09.2019, BAnz AT 01.10.2019 V1 .

Nr. 2, Nr. 3 sowie Nr. 5a StVG iVm § 6 Abs. 3 StVG.²⁷³ Das Bundesverfassungsgericht hat die LKWÜberlStVAusnV im Jahr 2014 für **mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt**.²⁷⁴ Insbesondere erkennt es das Bundesverfassungsgericht als mit der Verfassung vereinbar an, dass die Erprobung neuer Fortbewegungsmittel das bestehende Schutzniveau für Verkehrsteilnehmer potentiell senkt. Der Ordnungsgeber sei nicht an ein einmal festgelegtes Schutzniveau gebunden.²⁷⁵ Weiterhin bejaht das Gericht eine hinreichende Schutzzweckorientierung der Verordnung.²⁷⁶ Dies veranschaulicht einen weiten Spielraum der Exekutive im risikorelevanten Bereich unter § 6 StVG.

Diese Erprobungsmöglichkeit, die mittlerweile in den Regelbetrieb überführt wurde, wurde in der Praxis breit angenommen und zentral begleitet. An der fünfjährigen Erprobung nahmen 46 Unternehmen mit insgesamt 120 Lang-LKW teil.²⁷⁷ Sie wurde zudem durch die Bundesanstalt für Straßenwesen **wissenschaftlich begleitet und evaluiert**.²⁷⁸ Seit Ablauf der Testphase im Jahr 2016 hat das BMVI vier der fünf erprobten Lang-LKW-Typen für den Regelbetrieb zugelassen und zugleich die wissen-

²⁷³ Die Verordnung bedarf dabei nicht zusätzlich der Verankerung in § 6 Abs. 1 Nr. 16 StVG, s. BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 71: „[...] § 6 Abs. 1 Nr. 16 StVG, der zu Regelungen über die Beschränkung des Straßenverkehrs zur Erforschung des Unfallgeschehens, des Verkehrsverhaltens, der Verkehrsabläufe sowie zur Erprobung geplanter verkehrssichernder oder verkehrsregelnder Regelungen und Maßnahmen ermächtigt [...] dient ausweislich der Gesetzesbegründung „allein der Klarstellung“. Bisher seien derartige Regelungen zu Versuchszwecken [...] auf § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG [...] gestützt worden. Mögliche Zweifel, ob diese „mittelbare Beziehung zur Verkehrssicherheit“ das Sicherheitsmerkmal des § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG erfülle, sollten durch die neue Ermächtigung gegenstandslos werden (vgl. BTDrucks 8/3150 S. 10). Die angesprochenen möglichen Zweifel wurden danach eindeutig nicht geteilt, sondern nur zur Kenntnis genommen und mit einer nicht konstitutiven, sondern rein klarstellenden Regelung beantwortet.

²⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119.

²⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 57, juris.

²⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 58, 61 ff., juris.

²⁷⁷ Irzik u.a., „Feldversuch mit Lang-Lkw“, Abschlussbericht vom November 2016, https://www.bast.de/BAST_2017/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v1-lang-lkw/v-lang-lkw-abschluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3, S. 27.

²⁷⁸ Irzik u.a., „Feldversuch mit Lang-Lkw“, Abschlussbericht vom November 2016, https://www.bast.de/BAST_2017/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v1-lang-lkw/v-lang-lkw-abschluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3.

schaftliche Begleitung abgeschlossen.²⁷⁹ In der Erprobung ermöglichte die Verordnung vorübergehend das testweise Befahren eines **festgelegten Streckennetzes** mit Lang-LKW: Zu diesem Zweck regelte die Verordnung in den §§ 3 - 5 die nähere Bestimmung der testweise zugelassenen Fahrzeuge sowie ihrer Abmessungen und technischen Anforderungen. § 12 der Verordnung enthielt zudem **die Verpflichtung zur Teilnahme an einer wissenschaftlichen Untersuchung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen**.²⁸⁰ Zum anderen legt die Verordnung in ihrer Anlage das Streckennetz fest, das befahren werden darf.²⁸¹ Das Streckennetz für die Erprobung wurde seit Beginn der Testphase im Jahr 2012 durch Änderungsverordnungen des BMVI **fortlaufend erweitert**.²⁸² Die letzte Erweiterung dieses Positivnetzes erfolgte auf Wunsch der Bundesländer im Oktober 2019.²⁸³

Rechtsgrundlage für den **Regelbetrieb** ist weiterhin die LKWÜberlStVAusV. Statt einer Verpflichtung zur Evaluation sieht deren aktuelle Fassung nunmehr lediglich eine punktuelle und anlassbezogene Kontrolle vor. Dazu statuiert § 12 LKWÜberlStVAusV eine Anzeigepflicht der Transportunternehmen im Falle eines Unfalls oder bei Schwierigkeiten der Straßenbefahrbarkeit, „insbesondere zu solchen, die in der besonderen Länge des Fahrzeugs begründet sind“. § 12 LKWÜberlStVAusV lautet:

„Kommt es beim Verkehr mit Fahrzeugen mit Überlänge im Sinne des § 3 Satz 1 Nummer 1 zu einem Unfall oder zu Schwierigkeiten bei der Befahrbarkeit von Strecken oder Verkehrsanlagen, insbesondere zu solchen,

²⁷⁹ Siehe zum Verlauf des Feldversuchs https://www.bast.de/BAST_2017/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v1-lang-lkw/v1-lang-lkw.html?nn=1817946#doc618864bodyText2.

²⁸⁰ § 12 Abs. 1 LKWÜberlStVAusV a.F. lautete: „*Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge dürfen am Straßenverkehr nur teilnehmen, wenn mit diesen an einer wissenschaftlichen Untersuchung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen teilgenommen wird.*“

²⁸¹ § 2 Abs. 1 LKWÜberlStVAusV lautet: „Der Verkehr mit Fahrzeugen und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge ist ausschließlich auf den in der Anlage festgelegten Strecken nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zulässig.“

²⁸² Irzik u.a., „Feldversuch mit Lang-Lkw“, Abschlussbericht vom November 2016, https://www.bast.de/BAST_2017/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v1-lang-lkw/v-lang-lkw-abschluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3, S. 18 f.

²⁸³ Neunte Verordnung zur Änderung der Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge, BAnz AT 01.10.2019 V1.

die in der besonderen Länge des Fahrzeugs begründet sind, so hat das Transportunternehmen dies bei der Bundesanstalt für Straßenwesen, Brüderstraße 53, 51427 Bergisch Gladbach, schriftlich auf dem Postwege oder elektronisch an LangLkw@bast.de anzuzeigen. Hierbei sind Ort, Zeit und Ursache des Vorkommnisses anzugeben sowie eine kurze Vorgangsbeschreibung beizubringen.“

Dennoch erfuhr insbesondere die Regelzulassung ohne weitere wissenschaftliche Begleitung **Kritik durch den Bundesrechnungshof**. Dieser beanstandete, dass zu einzelnen möglichen Problemfeldern (etwa das Durchfahren von Baustellen und Kreisverkehren) noch keine ausreichenden Erkenntnisse vorlägen. Das BMVI müsse daher weiterhin die zahlenmäßige Entwicklung von Lang-LKW erfassen und bei steigender Anzahl mögliche Folgen erneut untersuchen.²⁸⁴ Die Kritik des Bundesrechnungshofes verdeutlicht die elementare Bedeutung einer umfassenden wissenschaftlichen Evaluation – bei hohem Risiko unter Umständen auch über die Erprobungsphase hinaus.

bb) Detaillierte Verordnungsermächtigung: § 119 EnWG i.V.m. SINTEG-V

Eine weitere geglückte Experimentierklausel findet sich in § 119 EnWG. Die Vorschrift dient dazu, die finanzielle Kompensation für Vorhaben im geförderten Forschungs- und Entwicklungsprogramm „Schaufenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende“ (sog. SINTEG-Vorhaben) zu regeln.²⁸⁵ Diese Regelung verdeutlicht, wie breit das Spektrum ist, innerhalb dessen die Regulierung von Erprobungen im Reallabor stattfinden.

§ 119 Abs. 1 Satz 1 EnWG ermächtigt die Bundesregierung zum Erlass einer **Rechtsverordnung über die finanzielle Kompensation für Teilnehmer an dem bundesweiten Forschungs- und Entwicklungsprogramm**. Die Regelung gibt jedoch auch bestimmte Voraussetzungen vor, die in der Verordnung enthalten sein müssen. Hier regelt also der Gesetzgeber, von welchen Normen in welchem Umfang abgewichen werden darf, welche Erkenntnisinteressen verfolgt werden müssen und wie der Ausgleich wirtschaftlicher Vor- und Nachteile zu erfolgen hat. Hervorzuheben ist die Anforderung gem. § 119 Abs. 3 Nr. 1 EnWG, wonach

²⁸⁴ Bundesrechnungshof, 2018 Bemerkungen – Ergänzungsband Nr. 10 „Auswirkungen von Lang-Lkw auf die Infrastruktur ausreichend untersuchen“, Dokument abrufbar unter: 2018-bemerkungen-ergaenzungsband-nr-01-auswirkungen-von-lang-lkw-auf-die-infrastruktur-ausreichend-untersuchen.

²⁸⁵ Vgl. Lietz, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 102. EL August 2019, § 119 EnWG Rn. 1.

die Verordnungsregelungen zur Sammlung von Erfahrungen und Lerneffekten beitragen müssen. Diese Formulierung verdeutlicht den Erprobungszweck der Experimentierklausel und gewährleistet, dass diesem auch entsprochen wird.²⁸⁶ Die ausdifferenzierten Regelungen sollen sicherstellen, dass die „Inanspruchnahme der Regelungen auf die in diesem Rahmen sinnvollen und im Sinn des Erkenntnisinteresses im SINTEG-Programm benötigten Fälle begrenzt wird“.²⁸⁷ Mit § 119 EnWG hat der Gesetzgeber also einen eher **engmaschig regulierenden Ansatz** verfolgt, der jedoch auch Konkretisierungsleistungen auf die Verwaltung überträgt.

Aufgrund von § 119 EnWG wurde im Jahr 2017 die **SINTEG-VO** erlassen, die in der Kommentarliteratur als „Experimentierverordnung“ bezeichnet wird.²⁸⁸ So hat die SINTEG-VO selbst einen zeitlich begrenzten Anwendungsbereich und tritt nach Ende des Programmzeitraumes wieder außer Kraft (vgl. § 14 Abs. 2 SINTEG-VO). Sie regelt den notwendigen Rahmen für die Teilnehmer des Programms, insbesondere die Erstattung von wirtschaftlichen Nachteilen, die den Teilnehmern aufgrund der Projektstätigkeit entstehen. Damit ermöglicht die Verordnung die Erprobung neuer Technologien, Verfahren und Geschäftsmodelle ohne wirtschaftliche Nachteile und beschleunigt den Weg der Innovationen vom Labor in die Praxis und auf den Markt. Seit ihrem Erlass im Jahr 2017 demonstriert die SINTEG-VO **erhebliche Praxisrelevanz**. Es kooperieren über 300 Unternehmen im Rahmen der fünf Schaufenster, die sich jeweils in ihrem Umfang und ihrer Schwerpunktsetzung unterscheiden:

So entwickelt etwa das größte Schaufenster im Rahmen von SINTEG, das Projekt „C/sells“²⁸⁹, ein intelligentes, dezentrales Energiesystem für Baden-Württemberg, Bayern und Hessen mit besonderem Fokus auf die im Süden Deutschlands bedeutsame Solarenergie. Beteiligt hieran sind 57 Partner aus Wissenschaft, Industrie und Netzbetrieb, darunter etwa die DB Energie GmbH, das Deutsche Zentrum für Luft- und Raumfahrt sowie

²⁸⁶ *Winkler*, in: Kment (Hrsg.), NomosKommentar Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl. 2019, § 119 Rn. 19.

²⁸⁷ BT-Drs. 18/10209, S. 127; *Winkler*, in: Kment (Hrsg.), NomosKommentar Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl. 2019, § 119 Rn. 8.

²⁸⁸ Vgl. *Lietz*, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 102. EL August 2019, § 119 EnWG Rn. 1.

²⁸⁹ Informationen zum Projekt sind abrufbar unter: <https://www.csells.net/de/>.

mehrere Fraunhofer-Institute, Stadtwerke und Hochschulen.²⁹⁰ In neun „C/sells-Citys“ wird zudem die gesellschaftliche Involvierung erforscht.

Das Schaufenster „New 4.0 – Norddeutsche EnergieWende“ hingegen untersucht, wie Schleswig-Holstein als bedeutendes Erzeugungszentrum insbesondere für Windenergie und Hamburg als bevölkerungsreiche Metropole mit hohem Stromverbrauch sich bis zum Jahr 2035 zu 100 Prozent mit Strom aus erneuerbaren Energien versorgen können.²⁹¹ Nach Auslaufen des Projekts Ende 2020 ist in einem nächsten Schritt die Durchführung des Projektvorhabens „Norddeutsches Reallabor“ geplant.²⁹²

cc) Mehrstufige Wirtschaftsförderung: Titel zur finanziellen Förderung

Ein weiteres Beispiel für eine untergesetzlich geregelte Experimentierklausel findet sich in Teil II B. Ziffer 4.6 des seit dem 1. Januar 2020 geltenden Koordinierungsrahmens der **Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ (GRW)**. Die Gemeinschaftsaufgabe fällt in die gemeinsame Kompetenz von Bund und Ländern (Art. 91a GG). Sie zielt darauf ab, Gebiete mit wirtschaftlichen Standortnachteilen und Strukturproblemen finanziell oder durch sonstige Maßnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu fördern. Die Bewertung bzw. Rangfolge der Strukturschwäche der Regionen erfolgt auf Basis eines bundesweit einheitlichen, ausdifferenzierten Regionalindikatorenmodells (Arbeitsmarkt- und Einkommensgrößen sowie Infrastrukturausstattung). Gesetzliche Grundlage für die Förderung ist das GRW-Gesetz (GRWG). Die grundsätzlichen Fördergrundsätze und -bedingungen legt der Gesetzgeber selbst im GRWG fest (§§ 2, 3 GRWG).²⁹³ Eine Konkretisierung der förderfähigen Maßnahmen, der Voraussetzungen und Durchführungsbestimmungen erfolgt dann in Form des „gemeinsamen Koordinierungsrahmens für die regionale Wirtschaftsförderung“, der regelmäßig aktualisiert wird (§ 4 GRWG).

²⁹⁰ Eine Übersicht der C/sells-Partner ist abrufbar unter: <https://www.csells.net/de/partner/projektpartner.html>.

²⁹¹ Informationen zum Projekt sind abrufbar unter: <https://www.new4-0.de/>.
²⁹² <https://www.new4-0.de/energiewende/#projektziele>.

²⁹³ § 3 GRWG (Förderungsarten) lautet: „Die finanzielle Förderung kann in der Gewährung von Zuschüssen, Darlehen und Bürgschaften bestehen.“.

Der **Koordinierungsrahmen** wird durch den sogenannten „**Koordinierungsausschuss**“ erlassen, der durch die Bundesregierung und die Landesregierungen gebildet wird und damit ein Gremium der Exekutive darstellt.²⁹⁴ Rechtstechnisch handelt es sich hierbei nach überwiegender Literaturauffassung um einen verwaltungsintern wirkenden „staatsleitenden Gesamtakt“ ohne Rechtssatzqualität.²⁹⁵ Auch die Experimentierklausel in Teil II B. Ziffer 4.6 ist in ihrer Wirkung damit auf das Verhältnis zwischen Bund und Ländern beschränkt.²⁹⁶ Ausweislich des Regelungstexts soll durch die Klausel eine weitere Steigerung der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit der regionalen Wirtschaftsstruktur ermöglicht werden. Zu diesem Zweck eröffnet sie den Ländern einen weiten Spielraum, indem sie allgemein den Einsatz von Fördermitteln für Maßnahmen zulässt, die nicht im Koordinierungsrahmen vorgesehen sind. Eine materielle Einschränkung erfolgt durch die Festlegung einer Obergrenze in Abs. 1, durch den Ausschluss gewerblicher Investitionen in Abs. 2 sowie einer zeitlichen Befristung der Mittelbereitstellung in Abs. 3. Zudem ist vor Bewilligung einer Förderung die Zustimmung des GRW Unterausschusses einzuholen (Abs. 4), der sich aus einem Beauftragten des Bundesministers für Wirtschaft und Energie als Vorsitzenden sowie aus Beauftragten der Mitglieder des Koordinierungsausschusses zusammensetzt.

Die **Durchführung des Koordinierungsrahmens erfolgt durch die Länder, die zu diesem Zweck Richtlinien als Grundlage für die Förderung im Einzelfall** erlassen.²⁹⁷ Auch bei diesen Richtlinien handelt es sich rechtstechnisch um Innenrecht ohne unmittelbare Rechtswirkung für den Rechtsbetroffenen. Eine solche Mittelvergabe ohne gesetzliche Grundlage²⁹⁸ wird von der ständigen Rechtsprechung im Bereich der

²⁹⁴ § 5 GRWG (Koordinierungsausschuss) lautet: „Für die Beschlussfassung über den gemeinsamen Koordinierungsrahmen und Anpassungen nach § 4 Abs. 2 und 3 bilden die Bundesregierung und die Landesregierungen einen Koordinierungsausschuss“.

²⁹⁵ Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, S. 337; vgl. die Ausführungen des BVerwG zur vergleichbaren Konstellation des Rahmenplans auf Grundlage des GAKG, BVerwG, Urteil vom 06.11.1986 – 3 C 72/84 –, BVerwGE 75, 109-119, Rn. 33, juris.

²⁹⁶ Vgl. Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, S. 337.

²⁹⁷ Siehe etwa die Richtlinie „Kriterien für die Förderung von Investitionszuschüssen der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur (GRW)“ der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung für den Zeitraum vom 01.07.2014 bis zum 31.12.2020, abrufbar unter: https://www.ibb.de/media/dokumente/foerderprogramme/wirtschaftsfoerderung/grw/grw_berlinerfoerderkriterien_rl.pdf.

²⁹⁸ Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, S. 337.

Subventionsvergabe als Teil der Leistungsverwaltung für zulässig gehalten, sofern ein entsprechender Haushaltsansatz im Haushaltsplan vorhanden ist.²⁹⁹ Denn eine Eingriffswirkung besteht hier nur mittelbar durch „Eingriff“ der Leistungsgewährung in das Marktgeschehen, die für Dritte einen belastenden Charakter annehmen kann.³⁰⁰

dd) Geringe Praxisrelevanz: § 13 GewO und § 32 GastG

§ 13 GewO und § 32 GastG stellen Beispiele für Experimentierklauseln dar, die in der Praxis kaum Bedeutung erlangt haben.³⁰¹ § 13 GewO lautet: *„Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zur Erprobung vereinfachender Maßnahmen, insbesondere zur Erleichterung von Existenzgründungen und Betriebsübernahmen, für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren Ausnahmen von Berufsausübungsregelungen nach diesem Gesetz und den darauf beruhenden Rechtsverordnungen zuzulassen, soweit diese Berufsausübungsregelungen nicht auf bindenden Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts beruhen und sich die Auswirkungen der Ausnahmen auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränken“.* § 32 GastG lautet: *„Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zur Erprobung vereinfachender Maßnahmen, insbesondere zur Erleichterung von Existenzgründungen und Betriebsübernahmen, für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren Ausnahmen von Berufsausübungsregelungen nach diesem Gesetz und den darauf beruhenden Rechtsverordnungen zuzulassen, soweit diese Berufsausübungsregelungen nicht auf bindenden Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts beruhen und sich die Auswirkungen der Ausnahmen auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränken“.* Die wortgleichen § 13 GewO und § 32 GastG wurden im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung von Vorschlägen zu Bürokratieabbau und Deregulierung aus den Regionen vom 21.6.2005³⁰² erlassen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu stärken und Bürgerinnen und Bürger sowie Wirtschaft durch Abschaffung überflüssiger Verwaltungsverfahren zu entlasten.³⁰³ Weiterhin sollte die Möglichkeit der

²⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 06.11.1986 – 3 C 72/84 –, BVerwGE 75, 109-119, Rn. 34, juris; BVerwG, Urteil vom 26.04.1979 – 3 C 111/79 –, BVerwGE 58, 45-54, Rn. 18, juris.

³⁰⁰ *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Auflage 2019, S. 338.

³⁰¹ *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 3.

³⁰² BGBl. I S. 1666.

³⁰³ *Pielow*, Gewerbeordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 13 Vor Rn. 1; *Ennuschat*, in: Tettin-ger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 1.

befristeten Aufhebung von Berufsausübungsregelungen dazu dienen, die Auswirkungen auf die Praxis zu untersuchen, um bei positiver Bewertung die Bestimmungen gegebenenfalls gesamthaft aufzuheben.³⁰⁴ Rechtstechnisch handelt es sich bei beiden Normen um Verordnungsermächtigungen gerichtet an die Exekutive der Bundesländer.

Auf Basis des § 13 GewO hat lediglich das Land Berlin eine Verordnungsregelung zur Liberalisierung von den Versteigerungs- und Besichtigungszeiten des § 5 VerstV³⁰⁵ erlassen, die inzwischen außer Kraft getreten ist. Auch eine auf § 32 GastG gestützte Verordnung ist, soweit ersichtlich, bisher nicht ergangen.³⁰⁶ Als möglichen Grund hierfür wird von Behördenseite im Rahmen einer exemplarischen Befragung der enge Anwendungsbereich der Normen genannt.³⁰⁷ So hat der Bundesrat bereits vor Einfügung der Experimentierklauseln beanstandet, dass diese nur zur Zulassung vereinfachender Maßnahmen auf dem Gebiet der Berufsausübungsregeln ermächtigen. Nachhaltige Deregulierung sei hingegen nur im Bereich der Berufszugangsregelungen zu erreichen.³⁰⁸ Auch die Beschränkung des § 13 GewO auf Berufsausübungsregelungen der GewO und der darauf gestützten Rechtsverordnungen wird in der Kommentarliteratur kritisiert. Danach hätte die deregulierende Zielsetzung des § 13 GewO erst eine tatsächliche Schlagkraft entfaltet, wenn der Anwendungsbereich sich auch auf gewerberechtliche Gesetze im weiteren Sinn (etwa WaffenG, PflanzenschutzG) erstreckt hätte.³⁰⁹ Eine weitere materielle Einschränkung ergibt sich aus den bindenden Vorgaben des Unionsrechts.

Hinzu kommen zeitliche und räumliche Beschränkungen, denn die Dauer der Erprobung ist auf maximal fünf Jahre begrenzt. Aus der Ermächtigung der Landesregierungen zum Erlass der Rechtsverordnung folgt zudem eine räumliche Begrenzung des Geltungsbereichs der Verordnung

³⁰⁴ BT DRS 15/4231, S. 18; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, *Gewerbeordnung Kommentar*, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 1.

³⁰⁵ Verordnung zur Aussetzung des Versteigerungsverbots an Sonn- und Feiertagen (Versteigerungsverbotsaussetzungsverordnung - VerstVerbAussetzungsV) vom 18.09.2007, GVBl. Berlin 2007, 331, gültig bis 30.09.2012.

³⁰⁶ *Schönleiter*, *NomosKommentar zum GastG*, 1. Aufl. 2012, § 32 Rn. 1.

³⁰⁷ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 73; vgl. *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 5; *Schönleiter*, *NomosKommentar zum GastG*, 1. Auflage 2012, § 32 Rn. 1.

³⁰⁸ BT DRS 15/4231, S. 36.

³⁰⁹ *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 3.

auf das jeweilige Bundesland.³¹⁰ Auch diesbezüglich hat der Bundesrat bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu bedenken gegeben, dass die Beschränkung der Auswirkungen auf das jeweilige Land praktische Schwierigkeiten aufwerfe. Ziehe etwa ein Gewerbetreibender aus dem Zuständigkeitsbereich eines Landes, in dem die Aufbewahrungspflichten für Geschäftsunterlagen aufgehoben sind, in ein Land, in dem keine entsprechende Rechtsverordnung in Kraft ist, träten spätestens bei einer Betriebsprüfung der Zuzugsbehörde Probleme auf.³¹¹

Zudem lässt sich die mangelnde Praxisbedeutung der beiden Klauseln mit den Auswirkungen der Föderalismusreform im Jahr 2006 erklären. Insbesondere die den Ländern in § 32 GastG eingeräumte Möglichkeit zur Ausnahmegewährung ist angesichts der Übertragung der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht auf die Länder praktisch gegenstandslos geworden.³¹² Das gilt umso mehr, als diese Übertragung bereits im Jahr 2006, also bereits im Jahr nach Einfügung der Experimentierklauseln, erfolgte. So hat etwa der Landtag Brandenburg im Jahr 2007 erklärt, angesichts der Arbeiten an einer umfassenden Deregulierung des Gaststättenrechts habe bisher kein Anlass bestanden, die Möglichkeiten der Erprobungsklausel des § 32 GastG einzusetzen.³¹³ Auch ist den Ländern im Zuge der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz im Bereich Gewerbe hinsichtlich des praktisch bedeutsamen Ladenschluss- und Spielhallenrechts sowie der Schaustellung von Personen und des Markt- und Messewesens übertragen worden. So ist etwa die oben genannte Bestimmung des § 5 VerstV als Ladenschlussbestimmung in die alleinige Länderkompetenz übergegangen.³¹⁴

2. Schlussfolgerungen für die Leistungsstärke

Die Anwendungspraxis verdeutlicht, dass eine leistungsstarke Experimentierklausel nicht zu weit, insbesondere nicht ohne Konkretisierungen für die über die Erprobung unterscheidenden Behörden ausgestaltet werden sollte. Selbst solche Behörden, die wie Luftfahrtbehörden über ein umfangreiches Fachwis-

³¹⁰ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/ders. (Hrsg.), *Gewerbeordnung Kommentar*, 8. Auflage 2011, § 13 Rn. 2; *Schönleiter*, *NomosKommentar zum GastG*, 1. Auflage 2012, § 32 Rn. 1.

³¹¹ BT Drs. 15/4231, S. 36.

³¹² *Schönleiter*, *NomosKommentar zum GastG*, 1. Auflage 2012, § 32 Rn. 1.

³¹³ Landtag Brandenburg, Drs. 4/4327.

³¹⁴ *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, *GewO* § 13 Rn. 5.

sen verfügen und denen ein relativ detailliertes Regelwerk zur Verfügung steht, können überfordert werden durch die Adaptionen, welche die komplexen Innovationen erfordern. Folgende Schlüsse sind aufgrund der detaillierten Untersuchung unterschiedlicher Aspekte von experimentellen Regelungen und offenen Normen möglich.

a) Dichte der Regelung: Steuerung zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung

Der innovationsfreudige Erprobungszweck erfordert eine hinreichend flexible und für Adaptionen entlang des Experiments offene Ausgestaltung der Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erprobung von Innovationen im Reallabor. Gleichzeitig sprechen nicht nur die Innovationsverantwortung, die der Staat aufgrund diverser Schutzgüter hat, sondern auch die praktischen Erfahrungen mit Normen gegen eine ganz offene Ausgestaltung. Denn bei einer sehr offenen Ausgestaltung besteht das Risiko, dass der Erprobungszweck und damit das Steuerungsziel verfehlt werden. Die Gründe hierfür können darin liegen, dass die Norm einerseits wegen einfacherer Alternativen nicht angewandt oder andererseits durch überschießend enge Auslegung verengt wird. Rechtsanwender können überfordert sein. Es kann auch zu einem „Flickenteppich“ an unterschiedlichen Auslegungen kommen. Diese typischen Risiken der Verwaltungssteuerung durch abstraktes Recht werden durch die dynamische, vielfältige und hochkomplexe Materie potenziert. Eine gewisse Determinierung ist darum der Sache nach dienlich.

Die Untersuchung der Praxis legt folgende Schlüsse nahe:

- Die **zu erprobenden Innovationen** sollten nach Möglichkeit umschrieben werden, damit keine Unsicherheiten auf Tatbestandsebene dazu führen, dass eine Norm zu wenig genutzt wird. Eine Umschreibung des **Erprobungszwecks** ist sachdienlich, weil es schwierig sein dürfte, die unbegrenzt möglichen Innovationen im Vorfeld besonders genau zu bezeichnen.
- **Systematische Hinweise hinsichtlich des Anwendungsbereichs und des Verhältnisses zu anderen Normen**, die Ausnahmen von Anforderungen erlauben, sollten zumindest in der Gesetzesbegründung enthalten sein, um Auslegungsfragen zu minimieren.
- Die **formellen Verfahrens- und Formvorschriften sollten möglichst flexibel** normiert werden. Zu denken ist an ein **risikobasier-**

tes Cluster (Bedeutung des Schutzguts, Risikowahrscheinlichkeit und -intensität sowie Erprobungsstadium und *ex ante* Prognosen). Gemessen daran können unterschiedliche vorzulegende Unterlagen gefordert werden.

- Die **Voraussetzungen für eine Abweichung sollten auf den Sachbereich zugeschnitten** werden, insbesondere auch die generisch zu fassenden **entgegenstehenden Interessen**. Es droht ansonsten eine überschießende Auslegung entgegenstehender Belange.
- Die **Feinsteuerung kann durch untergesetzliches Regelwerk** erfolgen, bevorzugt durch Rechtsverordnungen. Diese können zum einen steuern und sind zum anderen in aller Regel mit geringerem Realisierungsaufwand und darum hoher Reaktionsschnelle verbunden. Aufgrund der Schutzpflichten-Dimension erscheinen Rechtsverordnungen hierfür besser geeignet als Verwaltungsvorschriften.

Insgesamt sollte die **Regelung nicht zu eng ausgestaltet** werden, um ihren Mehrwert nicht von Beginn an unnötig zu begrenzen. Denkbar erscheint auch, die Dichte der Ausgestaltung vom **Stadium der Erprobung** abhängig zu machen. Es hängt dann von dem **regulatorischen Ansatz** ab, ob zu Beginn einer Erprobung von Innovationen eher den sachnahen Behörden viel Spielraum gegeben und dann nachjustiert wird oder ob die Behörden zu Beginn verstärkt durch konkretere Ausgestaltungen „an die Hand genommen“ werden.

b) Technische Einzelheiten: Ausrichtung am Erprobungshorizont

Die Anwendungspraxis zeigt, dass bei der Ausformung von technischen Einzelheiten der Erprobungshorizont im Blick zu behalten ist. Dies erleichtert eine systematisch kohärente Ausgestaltung und entsprechend auch die Anwendung. Folgende Schlüsse sind hinsichtlich rechtstechnischer Einzelheiten aus der Anwendungspraxis zu ziehen:

- **Starre Befristungen der Geltungsdauer sollten vermieden werden**, wenn sie mit Rechtsschutzverfahren Dritter kollidieren können. Für diese Problematik ist eine Lösung dringend anzuraten, ansonsten sind die Erreichung des Erprobungszwecks und damit das Steuerungsziel bedroht. Denkbar sind das Entfallen der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbehelfe, eine Hemmung der starren Befristung oder eine Flexibilisierung der Befristung.

- Es kann normiert oder angelegt werden, dass aufgrund der Vorläufigkeit der Regelung **Voraussetzungen, die für endgültige Regelungen gelten, nicht oder nur entsprechend anzuwenden** sind. Dies dient zum einen der Klarstellung und zum anderen der Vereinfachung. Als Anker für eine ausführliche Erläuterung bieten sich die Gesetzesbegründung und der Regelungszweck an. In der Formulierung der Experimentierklauseln sollte eine gewisse Vorläufigkeit dann auch zum Ausdruck kommen.

c) Kommunikation: Expertise in Staat und Gesellschaft

Eine primär auf die Hierarchie der Verwaltung setzende Steuerung passt nicht zu den Erprobungen im Reallabor. Einerseits ist die staatliche Regulierung noch tastend, weil die endgültige, am besten passende Regelung noch geschaffen werden soll. Hierfür ist der Staat angewiesen auf einen „guten Draht“ zu den Wirtschaftsakteuren, welcher durch begleitende Pflichten statuiert werden sollte. Andererseits bestehen voraussichtlich zum Teil gewisse Informationsasymmetrien zwischen dem Staat und privaten Wirtschaftsakteuren oder wissenschaftlichen Einrichtungen, die praktisch oder wissenschaftlich bereits über hohes Fachwissen hinsichtlich der Materie verfügen. Die Anwendungspraxis hat gezeigt, dass auf solches Fachwissen zurückgegriffen werden kann. Dies kann auch noch weiter ausgebaut werden:

- Die Hinzuziehung von **Expertengremien** kann sinnvoll sein, um Informationsasymmetrien auszugleichen und sich dadurch ein umfassenderes Bild zu verschaffen. Solche Gremien können dafür nützlich sein, die Gefahren von innovativen Technologien oder Geschäftsmodellen besser einschätzen und danach die Voraussetzungen für die Erprobung bestimmen zu können.
- Auch die unterschiedlichen Behörden im föderalen Staat, etwa landesweit in den Kommunen, verfügen über ein wertvolles Fachwissen für die Begleitung der Erprobung. Es kann nützlich sein, eine **staatliche Kommunikationsplattform** zum Erfahrungsaustausch und als Datenbank über Erprobungen einzurichten. Ein solches „*soft law*“-Instrument kann zur Vereinheitlichung von Entscheidungen beitragen.

VI. Schlussfolgerungen

Die voranstehende Darstellung der drei Pfeiler effektiver experimenteller Gesetzgebung zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle – Innovationsoffenheit, Innovationsverantwortung und Leistungsstärke – zeigt auf, dass innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und den Anforderungen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht oszillieren (dazu 1.). Eingedenk dieses Spannungsverhältnisses können verschiedene Parameter identifiziert werden, die bei der Ausgestaltung zugleich rechtssicherer und leistungsstärker Experimentierklauseln im Rahmen der Arbeitshilfe berücksichtigt werden sollten (dazu 2.).

1. Innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Innovationsoffene Regelungen oszillieren zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht:

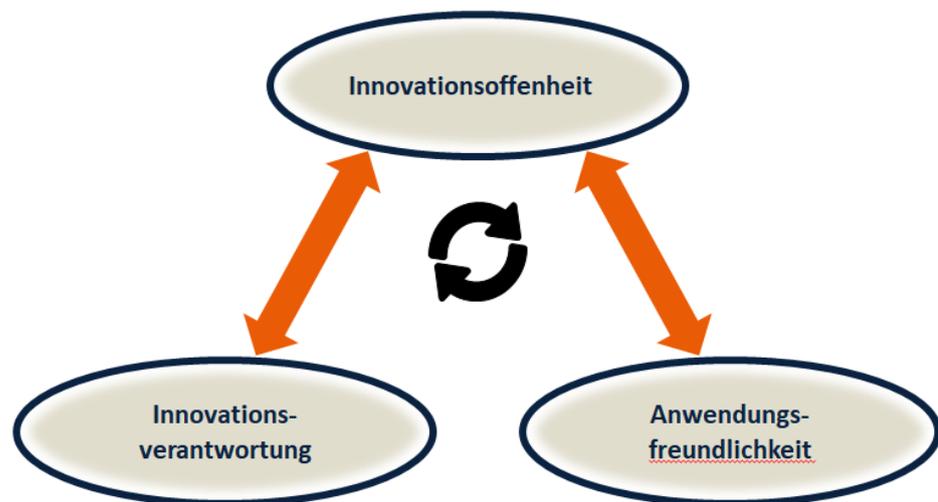
- Der Gesetzgeber verfügt über einen **breiten verfassungsrechtlichen Spielraum**, gerade auch bei der Erprobung neuer Konzepte und bei der Schaffung experimenteller Gesetzgebung. Gleichzeitig sind auch experimentelle Regelungen **hinreichend bestimmt und rechtssicher** auszugestalten. Dabei muss der Gesetzgeber insbesondere die durch die experimentelle Regelung berührten Güter und Interessen berücksichtigen. Aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht gebieten die individuellen Grund- und Menschenrechte sowie das Rechtsstaatsprinzip, dass experimentelle Regelungen nicht zu offen ausgestaltet sein dürfen. Das gilt insbesondere dort wo Risiken bestehen, vor denen der Staat seine Bürgerinnen und Bürger zu schützen hat (Schutzpflichten). Erforderlich sind deshalb risikobasierte (Verfahrens-)Vorgaben, die die Risiken der Innovationen in Relation zu ihrem Gefährdungspotential minimieren.

Innovationsoffene Regelungen bedürfen deshalb einer **Balance zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung**.

- Damit eine Experimentierklausel Innovationen auch wirksam fördern und der Wirtschaft den gewünschten „Raum zum Atmen“ geben kann, muss der Gesetzgeber eine solche Regelung zugleich **hinreichend leistungsstark** formulieren. Insbesondere muss er gewährleisten, dass Innovator und Verwaltung verlässlich erkennen können, unter welchen Voraussetzungen die Innovation erprobt werden kann.

Ausgehend von unserer Analyse der Anwendungspraxis ist es einerseits zwar sinnvoll, **formelle und materielle Vorgaben hinreichend offen** zu regeln, um Innovationen hinreichende Spielräume zu eröffnen. Andererseits sollten Rechtsanwender bei der Auslegung und Anwendung innovationsoffener Regelungen angeleitet werden, um eine einheitliche und vorhersehbare Gesetzesanwendung zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, **formelle und materielle Vorgaben präzise** zu regeln.

Aus Perspektive der Leistungsstärke bedürfen innovationsoffene Regelungen somit auch einer **Balance zwischen Innovationsoffenheit und Anwendungsfreundlichkeit**. Diese doppelte Balance kann wie folgt veranschaulicht werden:



2. Aspekte einer rechtssicheren und leistungsstarken Experimentierklausel

Eingedenk des Spannungsverhältnisses zwischen Innovationsverantwortung und Anwendungsfreundlichkeit sollten die nachfolgend identifizierten Parameter bei der Ausgestaltung von Experimentierklauseln berücksichtigt werden, um Rechtssicherheit und Leistungsstärke zu vereinen. Unsere Arbeitshilfe wird sich daran orientieren.

- **Regelungskompetenz:** Der Anwendungsbereich der Regelung sollte mit Blick auf den Umsetzungserfolg auf Bereiche zugeschnitten sein, in denen dem jeweiligen Regelungsgeber (Bund oder Land) auch die Kompetenz zukommt, das jeweilige Fachrecht zu regeln.

- **Vorhersehbare Kriterien für die Annahme von Innovativität:** Die Entscheidung, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als zu erprobende Innovation anzusehen ist und in den Anwendungsbereich der innovationsoffenen Regelung fällt (Zulassung zum Reallabor), sollte detaillierter geregelt werden, um der Verwaltung die Anwendung zu erleichtern, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für den Innovator zu gewährleisten und die Einhaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes abzusichern.
- **Beschleunigung:** Die zügige, einheitliche und vorhersehbare Anwendung innovationsoffener Regelungen ist der Kern ihrer Leistungsstärke. Deshalb sollten Experimentierklauseln Regelungselemente enthalten, die es ermöglichen, dass die Zulassung und Durchführung der Erprobung einer Innovation beschleunigt erfolgt. Wichtig sind dafür klare Zuständigkeitsregelungen und smarte Zuständigkeitsaufteilungen – u.U. auch Zuständigkeitskonzentration – genauso wie hinreichend präzise Erprobungsvoraussetzungen, die den Normanwendern – Verwaltung und Innovatoren – die zügige Durchführung des Genehmigungsverfahrens ermöglichen. Denkbar erscheint es auch, dass eine Experimentierklausel vorsieht, anstelle von Erprobungsgenehmigungen Regelbetriebsgenehmigungen zu erteilen, die für eine Erprobungsphase mit spezifischen Auflagen versehen werden und deren Fortbestand unter der Bedingung der erfolgreichen und gefähderungsfreien Erprobung steht.
- **Delegationsbefugnis und Verordnungsermächtigung:** Nicht alle Vorgaben für Zulassung und Durchführung der Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle müssen im Parlamentsgesetz selbst geregelt werden. Die Delegation auf die Verwaltung ermöglicht sachnahe Präzisierungen und schnellere Anpassungen des Regelwerks. Zu diesem Zweck sollten innovationsoffene gesetzliche Regelungen regelmäßig Verordnungsermächtigungen enthalten. Grundlegende Aspekte der Organisation und des Verfahrens müssen angesichts der möglichen betroffenen Rechtsgüter im Parlamentsgesetz niedergelegt sein.
- **Verwaltungslenkung durch untergesetzliches Regelwerk:** Zur verbesserten Steuerung sollten Regelungen, die die Behörden zur Handlung ermächtigen, regelmäßig durch untergesetzliches Regelwerk (Rechtsverordnungen, u.U. auch Verwaltungsvorschriften) deutlich konkretisiert werden. Dies dient einer vereinheitlichten Behördenpraxis und einer Verfahrensbeschleunigung. Den zuständigen Behörden wird es dadurch erleichtert, Entscheidungen zugunsten der zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodelle zu treffen; gleichzeitig laufen sie

nicht Gefahr, mit der Bewertung der komplexen Erprobungsbedingungen allein gelassen zu werden. Grundsätzlich kann gelten: Je komplexer der Regelungsbereich ausfällt, desto konkreter sollte die Verwaltungslenkung durch untergesetzliches Regelwerk ausfallen.

- **Erprobungscharakter:** Wegen des Erprobungscharakters experimenteller Gesetzgebung und der auf ihrer Grundlage erlassenen Genehmigungen sollte die innovationsoffene Regelung den vorübergehenden Charakter der Behördenentscheidung berücksichtigen. Dabei sollten auch die Dauer der Befristung einer Erprobungsgenehmigung, Verlängerungsmöglichkeiten sowie die mögliche Übernahme in den Regelbetrieb durch formelles oder materielles Gesetz geregelt werden. Auch die Auswirkung von Rechtsbehelfen Dritter mit aufschiebender Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) auf die Befristung der Erprobungsgenehmigung sollte in der Regelung Berücksichtigung finden. Vielversprechend erscheint es auch zu regeln, dass die Behörde bei ihrer Entscheidung über die Zulassung oder Durchführung der Erprobung den vorübergehenden Charakter der Entscheidung berücksichtigen und ihr Ermessen dementsprechend ausüben soll.
- **Evaluation und Transfer:** Experimentelle Gesetzgebung ergeht mit dem Ziel der Gewinnung von Erfahrungen. Dementsprechend benötigt sie Regelungen zu ihrer Evaluation und einen strukturierten Transfer des Wissens aus der Evaluation in den Rechtsetzungsprozess. Die Evaluation zielt auf die Rechtssicherheit und Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Regelung, bezieht ihre Erfahrungen maßgeblich aus der Anwendungspraxis. Deshalb können sich aus diesem Erfordernis auch begleitende Pflichten für die Innovatoren – etwa Berichtspflichten – ergeben. Für den Transfer des Wissens aus der Evaluation kommt es darauf an, die Kommunikation zwischen den Akteuren so zu strukturieren, dass die regulatorischen Erkenntnisse aus der Erprobung in den Rechtsetzungsprozess eingespeist werden. Dadurch wird die effektive Verbesserung des evaluierten Regelwerks abgesichert.
- **Kompensation möglicher Gefährdungslagen durch risikobasierte Erprobungsanforderungen und Verfahrensvorschriften:** Bei Innovationen, die Schutzgüter von hoher Bedeutung gefährden können, bedarf es besonderer (Verfahrens-)Vorschriften zur Kompensation möglicher Risiken – insbesondere angesichts der dem Erprobungscharakter geschuldeten Weite der Regelung und der Ungewissheit der Auswirkungen der Innovation. Dadurch lassen sich Risiken wirksam verringern. Regelmäßig lassen sich Risiken bereits durch Verfahrensanforderungen, etwa Beobach-

tungs- und Berichtspflichten, einhegen. Bei riskanteren Innovationen können materielle Anforderungen, z.B. zu Sicherheitszertifizierungen des Produkts, das Risiko wirksam einhegen. Bei besonders riskanten Innovationen oder bei Unberechenbarkeit ihrer Auswirkungen könnte es angemessen sein, die Erprobung in einem geschützten Testraum zuzulassen (Sandkasten-Reallabor im engeren Sinne), um hinreichende Erfahrungen für eine mögliche spätere Erprobung unter Realbedingungen zu sammeln und die dabei erforderliche Reduzierung der mit der Erprobung verbundenen Risiken auf das vertretbare Mindestmaß zu gewährleisten. Die gesetzlichen und untergesetzlichen Anforderungen sollten dementsprechend in Abhängigkeit vom Risiko ausgestaltet werden, wobei sich die Anforderungen risikobasiert typisieren und clustern lassen (beispielsweise nach einem Ampelsystem).

- **Zwingende europarechtliche Vorgaben in einzelnen Sektoren:** In einzelnen Sektoren – etwa im Datenschutz oder im Regelwerk für unbemannte Luftfahrzeuge – existieren zwingende fachrechtliche Vorgaben aus dem Europarecht, von denen nicht abgewichen werden kann. Wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts muss der Gesetzgeber diese Vorgaben berücksichtigen.

E. Die Formulierung von Experimentierklauseln („Setzkasten“)

Experimentierklauseln müssen so formuliert werden, dass sie rechtssicher und auch leistungsstark sind. Die Grundlagen für die Rechtssicherheit und Leistungsstärke von Experimentierklauseln zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung wurden im voranstehenden Kapitel D. detailliert dargestellt. **Dieses Kapitel stellt die notwendigen und optionalen Elemente von Experimentierklauseln mit Variationsmöglichkeiten dar. Auf diese Weise können Experimentierklauseln risikobasiert und flexibel im Einklang mit höherrangigem Recht und so leistungsstark formuliert werden**, dass sie Innovationen auch wirksam fördern und der Wirtschaft den gewünschten „Raum zum Atmen“ geben. Es ist als praxisorientiertes Produkt im Sinne einer Arbeitshilfe zu lesen, das einem **Handbuch oder Kommentar** gleicht, und die unterschiedlichen Empfängerhorizonte sowie die Unterschiede der Innovationen und Sachbereiche übergreifend berücksichtigt. Hierfür finden sich auch zahlreiche plastische Beispiele, systematische Erklärungen und Verknüpfungen, Variationsmöglichkeiten, Formulierungen und Bewertungen.

Zu berücksichtigen ist: Behörden, Innovatoren, Konkurrenten und Dritte bzw. die Umwelt müssen als „**Stakeholder**“ der Erprobung von Innovationen verstanden werden, die Interessen an der und bei der Erprobung haben. Rechtlich geschützte Interessen müssen ermittelt, berücksichtigt und ausbalanciert werden. Weiterhin können Kommunikationswege geschaffen werden, um das Wissen und die Interessen zu bündeln und in die Formulierung von Experimentierklauseln einzubeziehen.

Für eine **praxistaugliche Arbeitshilfe** für die Formulierung von Experimentierklauseln durch die Rechtsetzung werden zunächst **allgemeine Leitlinien** vorangestellt. Die allgemeinen Leitlinien beinhalten eine knappe Auseinandersetzung mit bestimmten Aspekten, die für die Formulierung von Experimentierklauseln essentiell sind und deshalb immer mitbedacht werden müssen, auch weil sie sich auf die jeweiligen Regelungselemente auswirken können. Die Leitlinien sollen dadurch helfen, in Zweifelsfällen und bei Zielkonflikten zu einer angemessenen, ausgewogenen und vor allem rechtssicheren Ausgestaltung der Experimentierklauseln zu kommen. Mit Blick darauf enthalten die Leitlinien auch eine „**Checkliste**“ für die Formulierung von Experimentierklauseln (dazu I.).

In den folgenden Abschnitten werden die Elemente einer Experimentierklausel im Einzelnen erläutert. Die Elemente bilden einen sog. „**Setzkasten**“, der für die Formulierung von Experimentierklauseln herangezogen werden kann (dazu II.-IV. und die nachfolgenden einleitenden Bemerkungen).

Experimentierklauseln können nach dieser Arbeitshilfe insbesondere 15 Elemente umfassen. Von diesen Elementen sind neun Elemente notwendig und sechs Elemente optional. Ein Element wird als **notwendig** erachtet, wenn eine Experimentierklausel nicht ohne die Regelung funktioniert. Alle anderen Elemente sind **optional** und müssen nicht geregelt

werden. Doch auch ein notwendiges Element muss nicht notwendigerweise neu geregelt werden. Es kann sein, dass es eine allgemeine Regelung gibt, die das notwendige Element bereits abdeckt. Im Rahmen der Behandlung des jeweiligen Elements wird im Folgenden dargestellt, ob das Element notwendig oder optional ist. Zur besseren Übersicht werden notwendige Elemente **orange** und optionale Elemente **blau** hervorgehoben.

Der „**Setzkasten**“ für die Formulierung von Experimentierklauseln lässt sich wie folgt als **Muster einer Experimentierklausel** veranschaulichen:

Muster einer Experimentierklausel
Abs. 1: [Erprobungszweck]
Abs. 2: Tatbestand und Rechtsfolge Allgemeiner Teil: [Zuständigkeit] [Ermächtigung der Behörde] [Entscheidungstenor], wenn [Erprobungsgegenstand] und [Materielle Begrenzung]. Besonderer Teil: [Verfahrensvorgaben mit Antrag]. [Umfang (sachlich und räumlich) der Erprobung]. [Begleitende Pflichten]. [Befristung der Entscheidung]. [Weitere Nebenbestimmungen]. [Möglichkeit der Aufhebung].
Abs. 3: [Evaluation samt Transfer]. [Befristung der Klausel].
Abs. 4: [Verordnungsermächtigung bzw. Nennung der Rechtsgrundlage].

Absatz 1 regelt den Erprobungszweck. Dieses Element ist nicht zwingend. Es kann jedoch die Leistungsstärke einer Experimentierklausel erhöhen, weil der Zweck das Ermessen der Fachbehörde anleitet. Er ist eine Leitplanke für die Anwendung und ein wichtiger Anker für die Auslegung der Norm (dazu II.).

Absatz 2 ist das komplexe Kernstück der Experimentierklausel. Dort wird zentral geregelt, ob und wie eine Erprobung stattfindet. Darum ist bei der Formulierung des Absatzes besonders auf Innovationsoffenheit in Balance mit Innovationsverantwortung zu achten. Dieser Absatz umfasst einen allgemeinen Teil mit Grundlagen für die behördliche Entscheidung über die Erprobung. Daneben umfasst der Absatz einen besonderen Teil, der Elemente der Risikobasierung und des Erprobungscharakters enthält (dazu III.).

Absatz 3 ist zentral für das regulatorische Lernen über und durch die Experimentierklausel. Das Lernziel ist sowohl auf die Regulierung als auch auf die Innovation gerichtet (dazu IV.).

Absatz 4 beinhaltet einen Bezug zu untergesetzlichem Regelwerk in Gestalt von Verordnungen. Diese sind insbesondere attraktiv, um eine flexible Regelung zu schaffen, die bei Bedarf vergleichsweise einfach nachjustiert werden kann. Eine Nachjustierung dürfte bei der Erprobung regelmäßig erforderlich werden, weil sich insbesondere die Möglichkeit der Einschätzung der Risiken mit voranschreitender Erprobung verbessert und sich Innovationen im Verlauf der Erprobung bewähren können (dazu V.).

Bei der Ausgestaltung der Elemente in E.II.-V. sind die genannten allgemeinen Leitlinien zu beachten(dazu I.).

Hinweis für die Lektüre

Im folgenden Abschnitt werden zunächst **allgemeine Leitlinien** für die Formulierung von Experimentierklauseln erörtert. Die daran anschließenden Abschnitte beinhalten eine handbuchartige Darstellung von Regelungselementen samt ihrer Variationsmöglichkeiten. **Für einen sehr kompakten Überblick können die „Checkliste“ auf Seite 124 und das voranstehende Muster einer Experimentierklausel gelesen werden.**

I. Allgemeine Leitlinien für die Formulierung von Experimentierklauseln

Im Zusammenhang der notwendigen und optionalen Elemente für einen „Setzkasten“ zur angemessenen Formulierung von Experimentierklauseln in bestimmten Sachbereichen tauchen drei zentrale Aspekte immer wieder auf: Risikobasierung (dazu 1.), Erprobungscharakter (dazu 2.) und Systematik (dazu 3.). Diese Aspekte sind für eine rechtssichere Formulierung von Experimentierklauseln stets zu berücksichtigen und wirken sich auch im Rahmen der einzelnen Regelungselemente aus. Sie werden deshalb in den Leitlinien vorangestellt. Daraus lassen sich zugleich Leitfragen entwickeln, die beim Auftreten von Zielkonflikten und als „Checkliste“ für die Formulierung von Experimentierklauseln Hilfestellung bieten (dazu 3.).

1. Risikobasierung

Die Formulierung der Experimentierklausel erfolgt **risikobasiert**, das heißt unter Analyse der Risiken, die von der Erprobung einer Innovation für Rechte und Interessen Dritter ausgehen können. Nur so kann sichergestellt werden, dass Schutzpflichten verwirklicht und die Materie angemessen geregelt wird. Um die risikobasierten Elemente formulieren zu können, müssen die Innovationen im Sachbereich auf ihre Risiken untersucht werden. In vielen Fällen werden im Anfangsstadium einer Erpro-

bung die Risiken noch schwer abschätzbar sein. Erforderlich sind hier aufeinander abgestimmte risikobasierte Vorgaben, durch die Risiken eingehegt und kontrolliert werden können: In einem **ersten Schritt** sollten die Erprobungen herausgefiltert werden, die aufgrund ihrer Risiken in keinerlei vertretbarem Umfang durchgeführt werden können (das „Ob“ der Erprobungsfähigkeit). Dies geschieht durch die materielle Begrenzung der Erprobung im allgemeinen Teil von Absatz 2 der Muster-Experimentierklausel. Zudem gibt die materielle Begrenzung in einem **zweiten Schritt** auch den Umfang vor, innerhalb dessen die Erprobung in vertretbarer Weise erfolgen darf. Dieser Umfang wird begleitet durch ein „Korsett“ aus risikobasierten Regelungen im besonderen Teil von Absatz 2 der Muster-Experimentierklausel, welche schrittweises Lernen und die angepasste Kontrolle von möglicherweise riskanten, aber nicht unververtretbaren Erprobungen ermöglichen (das „Wie“ der Erprobungsfähigkeit). Das „Korsett“ soll sich verändern können, je nach Erkenntnissen und Erfahrungen durch die Erprobung. Es soll also eine innovationsoffene, lernende Regelung geschaffen werden.

Elemente dieses „Korsetts“ sind neben der materiellen Begrenzung Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung, Vorgaben über den zulässigen Umfang einer Erprobung sowie Pflichten, welche die Durchführung der Erprobung begleiten. Diese Regelungen sind aufeinander abzustimmen, denn sie ergänzen sich:

- Die materielle Begrenzung gibt vor, wie eng das „Korsett“ zu schnüren ist, also wie umfangreich die Antragsunterlagen, wie begrenzt oder weit der jeweils zulässige Umfang der Erprobung und wie umfangreich die begleitenden Pflichten sein müssen.
- Das Bedürfnis nach einer präventiven Kontrolle von möglichen Risiken durch den räumlich und sachlich begrenzten Umfang einer Erprobung ist geringer, wenn in den Antragsunterlagen im Genehmigungsverfahren bereits die möglichen Risiken der Erprobung und deren Kontrollierbarkeit überzeugend dargelegt wurden.
- Ob sich die Erprobung in der Praxis bewährt, kann ermittelt werden, wenn begleitende Pflichten, wie Informations- und Berichtspflichten, bestehen.

Hinweis für die Formulierung

Risikobasierte Elemente steuern das „Ob“ und das „Wie“ der Erprobungsfähigkeit einer Innovation. Es handelt sich um materielle Begrenzungen einer Erprobung, Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung, Vorgaben über den zulässigen Umfang einer Erprobung sowie Pflichten, welche die Durchführung der Erprobung begleiten. Sie dienen zur **Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten**. Darum sind sie **nicht bei jeder Erprobung im selben Maße relevant**.

2. Erprobungscharakter

Daneben hängt die Formulierung von Experimentierklauseln zentral von dem **Erprobungscharakter** der Regelung ab, denn die Experimentierklausel verfolgt einen doppelten Erprobungszweck: Durch die Experimentierklausel will die Rechtsetzung über den regulatorischen Ansatz ebenso wie über die Innovation lernen. Sie hat mit gewissen Unsicherheiten über Regulierung und Innovation produktiv umzugehen. Daraus folgt, dass sowohl die gesetzliche Regelung als auch die darin geregelte behördliche Entscheidung durch den vorübergehenden Erprobungscharakter geprägt sein müssen. Zugleich verlangen Innovationen aufgrund ihrer Natur nach Offenheit für dynamische Entwicklungen, insbesondere wenn sie – wie hier – in einem komplexen Bereich angesiedelt sind. Deshalb bedürfen Experimentierklauseln der Flexibilität mit Augenmaß. Dies muss in der jeweiligen Regelung berücksichtigt werden, v.a. durch innovationsoffene Rechtsbegriffe und Anpassungsmechanismen.

Hinweis für die Formulierung

Elemente zur **Umsetzung des vorübergehenden Erprobungscharakters** gewährleisten das doppelte Lernen über die Regulierung und die Innovation. Es handelt sich um Verfahrensvorgaben zur Genehmigung einer Erprobung, zur Befristung der Erprobung sowie zur Evaluation der Experimentierklausel samt Transfer des Evaluationswissens in die Rechtsetzung und die Befristung der Experimentierklausel. Daneben ermöglichen materielle Vorgaben und Anpassungsmechanismen, dass Dynamik und Entwicklungsoffenheit von Innovationen in der Erprobung berücksichtigt werden.

3. Systematik

Weiterhin bestimmen die **Sachbereiche**, in denen die zu erprobenden Innovationen angesiedelt sind, die Formulierung von Experimentierklauseln. Die jeweilige Regelung muss sich in die bestehende rechtliche **Systematik** einfügen. Wenn allgemeine Normen bestehen, müssen diese zu dem experimentellen Charakter der Erprobung passen. Unter Umständen lässt der Normbestand in den jeweiligen Sachbereichen eine Experimentierklausel nur in reduziertem Umfang zu. Beispielsweise sind abweichende Regelungen durch Experimentierklauseln nicht zulässig, wenn die Vorschriften, von denen abgewichen werden soll, durch höherrangiges Recht – insbesondere **Unionsrecht** – vorgegeben sind. Daneben können konkurrierende Ausnahmegesetze bestehen, deren Verhältnis zu der Experimentierklausel zu klären ist.

Hinweis für die Formulierung

Alle Elemente einer Experimentierklausel müssen sich in die bestehende **rechtliche Systematik** fügen. Dies erfordert vorab eine Analyse des Normbestands: Für die Formulierung ist einerseits zu bestimmen, ob **allgemeine Regelungen bestehen**, etwa des Verfahrens oder der Haftung, und ob diese zu der Erprobung passen. Andererseits ist zu bestimmen, ob und wie **höherrangiges Recht eine Erprobung determiniert**. So ist insbesondere für die Formulierung des materiellen Tatbestands der Experimentierklausel zu prüfen, ob von höherrangigem Recht abgewichen werden kann bzw. inwieweit höherrangiges Recht Vorgaben macht, die bei der Erprobung zu beachten sind. Zudem kann das Verhältnis zu **konkurrierenden Ausnahmegesetzen** zu klären sein.

4. „Checkliste“ für die Formulierung anhand von Leitfragen

Die Formulierung von Experimentierklauseln sollte unter Beachtung dieser allgemeinen Leitlinien erfolgen. Die Leitlinien können in Leitfragen überführt werden, die in der folgenden „Checkliste“ übersichtlich dargestellt werden. Im Fall von Zielkonflikten bei der Formulierung der einzelnen Elemente von Experimentierklauseln tragen sie zu einer strukturierten Lösung bei.

„Checkliste“ für die Formulierung anhand von Leitfragen

- Analyse der **Risiken der Erprobung**
 - Welche Innovationen im Sachbereich der Experimentierklausel sind **typisch, möglich oder gewollt**? Was charakterisiert sie?
 - Welche **Chancen, aber auch Risiken für Dritte bzw. die Umwelt** werden von der Erprobung jener Innovationen erwartet? Mit welcher **Wahrscheinlichkeit** werden sie erwartet?
 - Entspricht die Experimentierklausel diesen Chancen und Risiken?

- Abbildung des **Erprobungscharakters der Experimentierklausel**
 - Ermöglicht die Experimentierklausel das **Lernen über die Regulierung und die Innovationen**?
 - Passen die Elemente der Experimentierklausel zu dem **vorübergehenden** Charakter einer Erprobung?

- Analyse der **rechtlichen Systematik im Sachbereich**
 - Wo bestehen **allgemeine Regelungen**, die den Bedarf einer Sonderregelung entfallen lassen?
 - In welchem Umfang ist eine Abweichung von bestehenden Regelungen zulässig? Eine Abweichung ist insbesondere nicht zulässig bei unionsrechtlicher Determinierung oder bei entgegenstehendem Verfassungsrecht.
 - Welche Regelungen **konkurrieren**, so dass ihr Verhältnis zu der Experimentierklausel zu bedenken oder klarzustellen ist?

Hinweis für die Lektüre

Die folgenden Abschnitte beinhalten eine handbuchartige Darstellung von Elementen samt ihrer Variationsmöglichkeiten. **Für einen sehr kompakten Überblick können die voranstehende „Checkliste“ und das Muster einer Experimentierklausel auf Seite 119 gelesen werden.**

II. Absatz 1: Erprobungszweck der Experimentierklausel

Optional

Muster Experimentierklausel

Abs. 1: [Erprobungszweck].

Abs. 2: Tatbestand und Rechtsfolge.

Abs. 3: [Evaluation samt Transfer].
Befristung der Klausel.

Abs. 4: [Verordnungsermächtigung bzw.
Nennung der Rechtsgrundlage].

Die Experimentierklausel kann eine Regelung zum Erprobungszweck beinhalten. Es handelt sich um ein optionales Element.

Für die explizite Formulierung eines Erprobungszwecks spricht zum einen die **Normenklarheit**, denn für Rechtsanwender und Antragsteller wird unmittelbar ersichtlich, dass es sich um Maßnahmen mit vorübergehendem Charakter handelt, die auf der Grundlage der Norm erlassen werden.

Zum anderen kann der Erprobungszweck als **Auslegungshilfe** nützlich sein. Für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Rechtspraxis

durch Behörden und Gerichte wird u.a. der „Sinn und Zweck“ einer Regelung ermittelt. Wenn der Zweck der Experimentierklausel in einem eigenen Absatz niedergeschrieben wird, prägt dies die Auslegung der unbestimmten Begriffe. Je mehr unbestimmte Rechtsbegriffe in einer Klausel verwendet werden, desto eher bietet es sich darum an, einen Erprobungszweck zu formulieren.

Weiterhin kann die Formulierung des Zwecks auch gezielt zur **Steuerung der Ermessensausübung der Behörde** dienen. Dies zeigt § 40 VwVfG, wonach die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der ermächtigenden Regelung auszuüben hat. Die Steuerung durch den Erprobungszweck ist folglich dort nützlich, wo durch Auslegung einzelne Element zu konkretisieren sind und die Behörde nach Ermessen entscheidet. Weil trotzdem Spielräume verbleiben, handelt es sich um eine eher weiche Steuerung der Rechtsanwendung.

Diese Ziele (Normenklarheit, Auslegungshilfe, Ermessenssteuerung) können durch einen schlichten oder einen komplexeren Erprobungszweck erreicht werden. Ein schlichter Erprobungszweck beispielsweise am Anfang der Experimentierklausel kann lauten „Zur *praktischen Erprobung* [...]“. Damit wird der Rechtsanwendung bereits verdeutlicht, dass die Entscheidung auf Grundlage der Experimentierklausel vorübergehender Natur ist.

Beispiele

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur praktischen Erprobung [...]“

Weitere Beispiele: § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 Var. 2 StVO, § 22a Abs. 3 Nr. 1 StZVO, § 13 GewO, § 32 GastG, § 81 Abs. 2 Landesbauordnung Schleswig Holstein, § 30 Vermessungs- und Katastergesetz NRW, § 20 Abs. 1 Satz 3 Mediengesetz Sachsen-Anhalt, § 113a Satz 1 Niedersächsisches Schulgesetz, Art. 31 Bayerisches Kinderbildungs- und Betreuungsgesetz.

Ein darüber hinausgehender, komplexerer Erprobungszweck kann zusätzliche Schwerpunkte setzen. In Zweifelsfällen können Behörde und Gerichte immer wieder auf einen solchen komplexeren Zweck zurückgreifen. Beispielsweise kann als doppelter Erprobungszweck neben der praktischen Erprobung der Innovation auch das regulatorische Lernen für eine dauerhafte Regulierung betont werden.

Beispielsweise könnte eine Formulierung aus dem Bereich der automatisiert fahrenden Eisenbahn lauten:

„Diese Vorschrift dient der praktischen Erprobung von fahrerlos oder unbegleitet fahrenden Eisenbahnen und dem Lernen über die dauerhafte Regulierung des teil- und vollautomatisierten Fahrbetriebs in diesem Gesetz sowie den darauf beruhenden Rechtsvorschriften.“

Wenn für eine Behörde beispielsweise fraglich ist, welche begleitenden Pflichten mit einer Erprobung einhergehen sollen und dies im Gesetz nicht abschließend geregelt ist, muss sich die Behörde bei ihrer Entscheidung auch am Erprobungszweck orientieren. Sie müsste die begleitenden Pflichten also auch daran messen, ob sie für das Lernen über die dauerhafte Regulierung der Innovation ausreichend sind.

Hinweis für die Formulierung

Nach erster Formulierung der Experimentierklausel ist besser erkennbar, ob und wie der Erprobungszweck zur Konkretisierung der Experimentierklausel als optionales Element formuliert werden sollte. **Der Zweck kann darum als letztes Element formuliert werden.**

III. Absatz 2: Tatbestand und Rechtsfolge der behördlichen Entscheidung



Absatz 2 über Tatbestand und Rechtsfolge für die behördliche Entscheidung über die Erprobung einer Innovation ist das komplexe Kernstück der Experimentierklausel. Es handelt sich um einen notwendigen und vielschichtigen Absatz.

Jedoch sind nicht alle Elemente dieses Absatzes notwendig. Auch die notwendigen Elemente sind nicht alle zwingend eigens zu formulieren, sondern gegebenenfalls kann auf bestehende allgemeine Regelungen in dem jeweils normierten Sachbereich, in dem die Erprobung angesiedelt ist, zurückgegriffen werden.

Der Absatz 2 enthält zum einen den **Tatbestand** der Experimentierklausel: Der Tatbestand hat die Funktion, diejenigen innovativen Technologien und Geschäftsmodellen herauszufiltern, die im Reallabor erprobt werden sollen. Der Tatbestand erfüllt also eine **wichtige Filterfunktion**. **Notwendig sind die Konkretisierung des Erprobungsgegenstands, eine materielle Begrenzung der Erprobung aufgrund möglicher widerstreitender Interessen und Belange, die Regelung der behördlichen Zuständigkeit sowie Vorgaben über das Verfahren.**

Weiterhin enthält der Absatz 2 zentrale Elemente der **Rechtsfolge**: Von der Formulierung der Rechtsfolge hängt es ab, wie und in welchem Umfang die Erprobung von Innovationen genehmigt wird. Diese Seite der Befugnisnorm dient im Unterschied zum Tatbestand nicht dazu, Technologien und Geschäftsmodelle herauszufiltern, die nicht erprobt werden sollen oder nicht erprobt werden dürfen. Stattdessen hat die Rechtsfolge die zentrale Funktion, die Behörde zu einer Entscheidung zu ermächtigen und dabei den Korridor vorzugeben, innerhalb dessen sich eine rechtmäßige und zweckmäßige Entscheidung bewegt. Dieser Korridor muss so ausgestaltet sein, dass bei der Rechtsanwendung eine dem Einzelfall angemessene Entscheidung über die Erprobung des Tatbestands in einem Sachbereich getroffen werden kann. Darum ist die Rechtsfolgenseite einer Experimentierklausel zentral für die Ermöglichung einer für den Sachbereich angemessenen Erprobung. Der Korridor, der auf Rechtsfolgenseite zu formulieren ist, kann je nach Sachbereich und den im Sachbereich angesiedelten Innovationen sehr unterschiedlich ausfallen. Es gibt zahlreiche Elemente, die auf Rechtsfolgenseite geregelt werden können. Manche davon müssen unter Umständen geregelt werden, damit die Experimentierklausel rechtsicher und leistungsstark funktioniert.

Bei einer systematischen Analyse einer Experimentierklausel sind Tatbestand und Rechtsfolge zu trennen. Für den zentralen Absatz 2 im Setzkasten der Arbeitshilfe für die Formulierung von Experimentierklauseln werden die Elemente jedoch gemischt, weil eine fertige Experimentierklausel als „Endprodukt“ diese Elemente auch mischt. Die Darstellung orientiert sich am „Endprodukt“. Aufgrund der Komplexität dieses Absatzes ist es sinnvoll, Unterabsätze für einen allgemeinen und einen besonderen Teil zu bilden.

1. Allgemeiner Teil



In dem allgemeinen Teil des zentralen Absatzes 2 des Musters einer Experimentierklausel wird vorgeschrieben, wer, auf der Basis welcher Unterlagen und nach welchem Verfahren, was (im Grundsatz), anhand welcher Kriterien, nach welcher Abwägung und in welchen Grenzen entscheidet. Dieser allgemeine Teil ist der zentrale Kern einer jeden Befugnisnorm. Auch Experimentierklauseln müssen diese Elemente aufweisen.

a) Zuständigkeit

Notwendig

Als Tatbestand einer Experimentierklausel, die nicht „*self-executing*“ ist, sondern die durch eine Behörde umgesetzt wird, muss notwendigerweise geregelt werden, welche Behörde für die Entscheidung über die Erprobung zuständig ist. **Unter Umständen gibt es eine passende allgemeine Regelung, so dass keine gesonderte Regelung erforderlich ist** (dazu aa)). Daneben kann es sein, dass andere Behörden bei der Entscheidung zu beteiligen sind oder deren Beteiligung sinnvoll ist (dazu bb)).

aa) Zuständige Behörde

Es bedarf einer Behörde, die entscheidet, ob und wie die Erprobung einer Innovation durchgeführt werden kann. Charakteristisch für diese Entscheidung ist, dass hierzu eine Abweichung von fachrechtlichen Vorgaben ermöglicht wird. Zuständig für die Entscheidung ist darum die jeweilige Fachbehörde. Diese ist im Fachrecht unter Umständen schon als zuständige Behörde geregelt. Dann müsste in der Klausel keine spezielle Behörde genannt werden, weil eine allgemeine Regelung besteht.

Variationsmöglichkeiten sind in diesem Bereich aufgrund der Zuständigkeitsverteilung in der Regel kaum möglich. Auch wäre es für eine leistungsstarke Experimentierklausel meist nicht sinnvoll, die Zuständigkeit einer anderen Behörde als der fachrechtlichen Behörde aufzuerlegen, denn die fachrechtliche Behörde verfügt über tiefes Wissen und Erfahrung im jeweiligen Sachbereich.

bb) Behördenbeteiligung

Eine spezielle Regelung kann dort erforderlich sein, wo sich Aufgabengebiete unterschiedlicher Behörden überschneiden oder ergänzen. **In solchen Fällen ist zu prüfen, ob eine oder mehrere andere Behörden bei der Entscheidung über die Erprobung beteiligt werden müssen oder beteiligt werden sollen.** An eine Beteiligung ist zu denken, wenn integrierte Regelungsansätze verfolgt werden, d.h. unterschiedliche Regelungen unterschiedliche Behörden ermächtigen bzw. verpflichten, ein Regelungsziel zu verfolgen. In gewisser Weise ist dies auch bei der geteilten Fach- und Rechtsaufsicht der Fall. **In sich überschneidenden oder parallelen Aufgabengebieten ist darauf zu achten, dass sich Experimentierklauseln in die komplexe bestehende Systematik auch hinsichtlich der Zuständigkeiten einfügen.**

Die behördliche Beteiligung kann unterschiedlich ausgestaltet werden. Denkbar sind Formen der einfachen Beteiligung, etwa durch Anhörung, die schlichte Abstimmung durch Benehmen oder die intensivere Abstimmung durch Herstellung des Einvernehmens.

Beispiel

§ 113a Satz 1 Niedersächsisches Schulgesetz: „Zur Erprobung von Modellen der eigenverantwortlichen Steuerung von Schulen kann das **Kultusministerium im Einvernehmen mit dem Schulträger** auch außerhalb von Vereinbarungen nach § 113 Abs. 2 Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 112 und 113 Abs. 1 zulassen, soweit erwartet werden kann, dass dadurch die Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit in der Verwaltung der Schulen verbessert wird.“

Gemeinsame Grundsätze des Bundes und der Länder für die Erteilung von Erlaubnissen und die Zulassung von Ausnahmen zum Betrieb von unbemannten Fluggeräten gemäß § 21a und § 21b Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO) (NfL-1-1163-17 (2017)), Nr. 1.2.3: „ [...] **Das Benehmen mit der örtlich zuständigen Straßenbaubehörde** ist immer herzustellen, wenn Belange der Bundesfernstraßen berührt sind, auch wenn der Tatbestand von § 8 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) nicht erfüllt ist. [...]“

Beteiligungsformen können auch zwischen der entscheidenden Behörde und weiteren Behörden kombiniert werden.

Beispiele

§ 11 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 Vertrauensdienstegesetz: „Innovative Identifizierungsmethoden, die noch nicht durch Verfügung im Amtsblatt anerkannt sind, können von der **Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik und nach Anhörung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit** für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vorläufig anerkannt werden [...]“

§ 20 Abs. 1 1. Teil Sächsisches E-Government-Gesetz: „Die **jeweils fachlich zuständige oberste Staatsbehörde wird ermächtigt, zur Einführung und Fortentwicklung des E-Governments im Benehmen mit dem Beauftragten für Informationstechnologie des Freistaates Sachsen und nach Zustimmung des Staatsministeriums des Innern sowie im Falle der Nummer 3 im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen** durch Rechtsverordnung sachlich oder räumlich begrenzte Ausnahmen von der Anwendung folgender landesrechtlicher Verwaltungsverfahren- und Verwaltungskostenregelungen für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren zuzulassen [...]“

Die Ausgestaltung der konkreten Beteiligung von Behörden hängt von der Regelungsmaterie ab. Wenn die Expertise einer anderen Behörde lediglich hilfreich erscheint, sollte eine schlichte Abstimmung, wie das Benehmen, geregelt werden. Wenn das Aufgabengebiet einer anderen Behörde betroffen sein könnte, muss eine weitergehende Beteiligungsform, etwa das Einvernehmen, geprüft werden.

b) Ermächtigung der Behörde

Notwendig

Die zuständige Behörde ist zu ermächtigen, über die Erprobung der Innovation auf der Basis des Tatbestands zu entscheiden. **Die Behörde kann zu einer gebundenen Entscheidung ermächtigt werden. Dann „muss“ die Behörde die Erprobung genehmigen, wenn die Voraussetzungen des Tatbestands vorliegen.** Eine solche Formulierung findet sich in der bisherigen praktischen Umsetzung von Experimentierklauseln soweit ersichtlich nicht. Dagegen spricht, dass sie den Entscheidungsspielraum der Behörden reduziert, obwohl die Regelung selbst noch erprobt wird. Eine solche Regelung erscheint darum voreilig.

Im Regelfall bietet es sich an, der Behörde einfaches Ermessen („kann“) bei der Entscheidung über die Erprobung einzuräumen. Dies entspricht der bisherigen Rechtssetzungspraxis im Bereich von Erprobungen. Die Behörde trifft die Entscheidung dann nach pflichtgemäßem Ermessen in einem zweckmäßigen Umfang. Sie hat ein Entschließungsermessen („Ob“ der Erprobung) und Handlungsermessen („Wie“ der Erprobung), wenn das Ermessen nicht weiter eingeschränkt wird. Eine solche Ermessensentscheidung der Behörde ist gerichtlich auf Ermessensfehler überprüfbar (§ 40 VwVfG). Die Ermächtigung könnte etwa lauten:

*„Die zuständige Behörde **kann** [Rechtsfolge im Übrigen], wenn [Tatbestand].“*

Beispiel

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel **kann die Genehmigungsbehörde** auf Antrag **im Einzelfall** Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.“

Gleichwertig sind Ausdrücke wie „darf“, „ist berechtigt“, „ist befugt“ oder „entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen“, die ebenfalls eine Ermessensentscheidung der Behörde vorsehen.

Denkbar ist es, das Ermessen der Behörde zu lenken, in dem eine gewisse Entscheidung vorgezeichnet wird. **Dann „soll“ das Ermessen der Behörde grundsätzlich in der vorgegebenen Weise ausgeübt werden, es sei denn es liegen atypische Umstände vor.** Dieses Ermessen wird intendiertes Ermessen genannt. Eine Sollens-Regelung ist innovationsfreundlicher, da Innovationen dann im Regelfall erprobt werden dürften. Sie kommt insbesondere dann in Betracht, wenn von der Erprobung geringe Risiken erwartet werden oder die Risiken und ihre Regulierung bereits bekannt sind. Bei Experimentierklauseln für neue und möglicherweise risikoreiche Erprobungen bietet sich das intendierte Ermessen weniger an, weil es noch keine „typischen“ und damit auch noch keine „atypischen“ Fälle der Erprobung geben dürfte.

Das behördliche Ermessen wird durch den Erprobungscharakter bzw. einen Erprobungszweck geleitet. Ungeachtet dessen ist es möglich, die Beachtung des Erprobungscharakters als Grundsatz für die Ermessensausübung explizit vorzusehen. Eine dahingehende Formulierung könnte etwa lauten:

„Bei der Ausübung ihres Ermessens hat die zuständige Behörde zu beachten, dass die Genehmigung nach [Vorschrift/Absatz der Befugnisnorm] zeitlich begrenzt ist.“

Durch diesen Zusatz würde sichergestellt, dass sich die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens nicht von Erwägungen leiten lässt, die eine dauerhafte Entscheidung zugrunde legen.

c) Möglicher Entscheidungstenor: Was darf die Behörde entscheiden?

Notwendig

Weiterhin ist auf Rechtsfolgenseite zu regeln, „was“ die Behörde entscheiden darf, wie also die Entscheidung auf Grundlage der Experimentierklausel lautet. Es handelt sich um den möglichen Tenor, den die Behörde bei ihrer Entscheidung auf Grundlage einer Experimentierklausel formulieren wird. Dieses Element ist notwendig, weil andernfalls keine Befugnisnorm vorliegt, die eine Behörde dazu ermächtigt, an den Tatbestand Rechtsfolgen zur Erprobung anzuknüpfen.

aa) Entscheidungsmöglichkeiten

Grundlegend sind zwei mögliche Entscheidungen denkbar, zu welcher eine Experimentierklausel berechtigen kann:

- **Bloße Abweichungsmöglichkeit:** Zum einen kann die Experimentierklausel das Abweichen von bestimmten Vorschriften ermöglichen. Hier wäre nur zu regeln, in Bezug auf welche Vorschriften probeweise die Abweichungsmöglichkeit bestehen soll.

Beispiel

§ 20 Abs. 1 1. Teil Sächsisches E-Government-Gesetz: „Die jeweils fachlich zuständige oberste Staatsbehörde wird ermächtigt, zur Einführung und Fortentwicklung des E-Governments im Benehmen mit dem Beauftragten für Informationstechnologie des Freistaates Sachsen und nach Zustimmung des Staatsministeriums des Innern sowie im Falle der Nummer 3 im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen **durch Rechtsverordnung sachlich oder räumlich begrenzte Ausnahmen von der Anwendung folgender landesrechtlicher Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungskostenregelungen für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren zuzulassen [...]**“

Diese Regelungsvariante bietet sich an, wenn nicht auch unmittelbar eine bestimmte Tätigkeit mit Außenwirkung genehmigt werden soll. Für die Entscheidung über die Erprobung einer Innovation unter realen Bedingungen kommt diese Variante darum in Betracht, wenn sich die Experimentierklausel in einem allgemeinen Zulassungs- oder Genehmigungsverfahren auswirkt, jedoch dem Innovator unmittelbar (noch) keine Befugnis verleihen soll.

- **Zulassung bzw. Genehmigung unter Abweichung von bestehenden Vorschriften:** Zum anderen kann die Experimentierklausel eine Innovation zur Erprobung unter realen Bedingungen als Abweichung von bestehenden Vorschriften zulassen bzw. genehmigen. Die Entscheidung hat dann genau genommen zwei Bestandteile: Zum einen die Abweichung von Vorschriften und zum anderen die temporäre Eröffnung des öffentlichen Raums für die Innovation. Das bedeutet, dass eine Befugnisnorm unter Abweichung von bestehenden Vorschriften geschaffen wird. Diese Entscheidungsmöglichkeit geht insofern über die bloße Abweichungsmöglichkeit hinaus. Sie ist in der Praxis be-

stehender Experimentierklauseln häufig anzutreffen, wenn bestimmte Technologien oder Geschäftsmodelle in der realen Welt mit Außenwirkung erprobt werden sollen.

Beispiele

§ 1 LKWÜberStVAusnV: „Die Verordnung regelt die Voraussetzungen, bei deren Erfüllen bestimmte Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge **am Straßenverkehr abweichend von den Vorschriften der Straßenverkehrs-Ordnung und der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung teilnehmen dürfen.**“

Zugleich stellen andere Vorschriften, wie §§ 8, 9 LKWÜberStVAusnV, spezielle Bedingungen auf.

§ 21b Abs. 3 LuftVO: „In begründeten Fällen kann die zuständige Behörde **Ausnahmen von den Betriebsverboten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 9 zulassen**, wenn die Voraussetzungen von § 21a Absatz 3 Satz 1 erfüllt sind. § 20 Absatz 5 und § 21a Absatz 5 und 6 gelten entsprechend.“

§ 119 Abs. 1 EnWG: „Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für Teilnehmer an dem von der Bundesregierung geförderten Forschungs- und Entwicklungsprogramm „Schaufenster intelligente Energie – Digitale Agenda für die Energiewende“ **Regelungen zu treffen, die von den in Absatz 2 Nummer 1 bis 3 genannten Vorschriften abweichen oder Zahlungen im Rahmen dieser Vorschriften erstatten.**“

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur **praktischen Erprobung** neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall **Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften** für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.“

Diese Variante ermöglicht eine Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erprobung von Innovationen unter realen Bedingungen „aus einem Guss“, bei der die Gefahr von systematischen Brüchen reduziert ist. Sie wird deshalb für die Erprobung von Innovationen im Reallabor regelmäßig einschlägig sein.

Beide Varianten erfordern eine **detaillierte Analyse des Normbestands** anhand von drei Fragen:

- **Wo bestehen rechtliche Innovationshemmnisse?**

- **Wo sind Abweichungen von Innovationshemmnissen auf Grund von höherrangigem Recht unzulässig?** Diese Frage erfordert eine Prüfung der jeweiligen Gestaltungsspielräume im nationalen Recht jedes einzelnen Sachbereichs. Die Unzulässigkeit der Abweichung kommt insbesondere dort in Betracht, wo Unionsrecht nationalrechtliche Klauseln vorgibt. Die Unzulässigkeit einer Abweichung kommt auch dort in Betracht, wo Verfassungsrecht eine bestimmte Regelung zwingend erfordert. Letztere Konstellation wird aufgrund des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums deutlich seltener gegeben sein als die unionsrechtliche Determinierung.
- **Wie ist das Verhältnis zu anderen Vorschriften, die Ausnahmen oder Abweichungen ermöglichen?** Der jeweilige Normbestand kann im Einzelfall mehrere Vorschriften vorsehen, die Abweichungen und Ausnahmen ermöglichen. In diesem Fall ist das Verhältnis der jeweiligen Normen zueinander zu klären. Regelungsdoppelungen oder -überschneidungen sollten zum Zweck der Rechtsklarheit unbedingt vermieden werden. Andernfalls drohen Rechtszersplitterung und Unklarheiten für die Rechtsanwender in Verwaltung und Wirtschaft. Ein wichtiges Beispiel für ein solches Bedürfnis der Klärung ist das Verhältnis von § 2 Abs. 6 PBefG und § 2 Abs. 7 PBefG.³¹⁵ Der beste Ort, die Abgrenzung der Experimentierklausel zu einer anderen Befugnisnorm zu dokumentieren, ist die Gesetzesbegründung.

bb) Regelung der Abweichungsmöglichkeit

Es sind zwei grundlegend unterschiedliche Varianten denkbar, um die Abweichungsmöglichkeit von bestehenden Vorschriften zu regeln.

- **Enge Variante (konkrete Benennung der Vorschriften, von denen abgewichen werden kann):** Es können die Vorschriften, von denen ein Abweichen möglich sein soll, **konkret benannt werden**. Voraussetzung ist eine Prüfung des Normbestands auf seine Notwendigkeit anhand von höherrangigem Recht.
- **Weite Variante (offene Regelung zum Abweichen):** Es kann auch weitergehend geregelt werden, **dass von den Vorgaben des jeweiligen Fachgesetzes abgewichen werden kann**. Hier kann für die Fälle, in denen das einfache Recht durch höherrangiges Recht determiniert wird, bei Bedarf ergänzt werden, dass

³¹⁵ S. dazu oben D.V.1.a)aa).

- von bestimmten, höherrangig determinierten Vorschriften entgegen dem Grundsatz keine Möglichkeit des Abweichens besteht (**konkrete Rückausnahme**)

„[Genehmigung], soweit die Erprobung außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie (EU) 2016/797 in der jeweils geltenden Fassung erfolgt“;

- die Möglichkeit des Abweichens nur besteht, soweit dies mit höherrangigem Recht vereinbar ist (**weite Rückausnahme**)

„[Genehmigung], soweit dies mit dem Eisenbahnrecht der Europäischen Union vereinbar ist“.

Diese Ergänzungen machen dort Sinn, wo eine unionsrechtliche Determinierung besteht und auch das Verfassungsrecht die Materie stark durchdringt. Beispiele hierfür sind Teile des Eisenbahnrechts oder Aspekte der Produktsicherheit.

d) Erprobungsgegenstand

Notwendig

Zentrales Element des Tatbestands in Absatz 2 ist der Erprobungsgegenstand. Dieses Element ist in allen Experimentierklauseln notwendig, andernfalls ist eine Experimentierklausel unvollständig. Nur wenn dieser Erprobungsgegenstand gegeben ist, kann eine Erprobung erfolgen.

aa) Formulierung durch Balance von Bestimmbarkeit und Flexibilität

Es ist eine angemessene Formulierung dieses zentralen Tatbestandsmerkmals anhand einer Balance von **Bestimmbarkeit und Flexibilität** zu finden. Hinreichende Bestimmbarkeit wird zum einen aufgrund des **rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots**³¹⁶ benötigt. Zum anderen ist die hinreichende Bestimmbarkeit auch wegen des **allgemeinen Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG** sinnvoll, denn durch eine nachvollziehbare Umschreibung des Erprobungsgegenstands wird gewährleis-

³¹⁶ S. zu den rechtsstaatlichen Anforderungen im Detail oben D.III.1.b).

tet, dass die auf der Grundlage einer Experimentierklausel getroffene Auswahlentscheidung der Behörde möglichst transparent anhand von überprüfbaren sachlichen Kriterien erfolgt. Dadurch wird sichergestellt, dass die Genehmigung der gerichtlichen Überprüfung Stand hält.³¹⁷ Für eine hinreichende Bestimmbarkeit des Tatbestands spricht auch die **Leistungsstärke**, denn die Experimentierklausel soll genutzt werden und das ihrem intendierten Zweck entsprechend. Eine solche möglichst einheitliche und gezielte Anwendung der Experimentierklausel wird u.a. durch die Konkretisierung des Erprobungsgegenstands sichergestellt. Zudem gehen von einer verlässlichen, vorhersehbaren Experimentierklausel stärkere **Anreizwirkungen für die Innovationskraft der Unternehmen** aus, weil diese die Realisierung der Innovation besser planen können. Diese Gründe sprechen für eine Konkretisierung des Erprobungsgegenstands.

Jedoch sollen und können Innovationen nicht zu detailliert definiert werden, denn **die Natur ihrer Sache gebietet hinreichende Flexibilität**. Bei einer zu detaillierten Definition könnte es sein, dass die Experimentierklausel nicht bei allen, an sich unbegrenzt möglichen und zudem dynamischen sowie komplexen Innovationen greift,³¹⁸ die erprobt werden wollen. Darum bedarf es hier der Innovationsoffenheit.

Aus den oben genannten Gründen der Rechtssicherheit und Leistungsstärke sowie der Innovationsoffenheit ist darum **eine Umschreibung zur Konkretisierung des Erprobungsgegenstands einer detaillierten Definition vorzuziehen**. Die Umschreibung kann durch untergesetzliches Regelwerk konkretisiert werden.

bb) Konkretisierung des Erprobungsgegenstands

Für die Formulierung des zentralen Tatbestandsmerkmals von Experimentierklauseln ist es **zentral, dass die zuständige Behörde in die Lage versetzt wird, anhand von verlässlichen Kriterien sachlich nachvollziehbar zu entscheiden, welche Innovationen erprobt werden sollen**. Es ist darum zu formulieren, wann eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als eine im Reallabor zu erprobende Innovation angesehen werden soll. Dadurch wird der **Erprobungsgegenstand als zentrale „Stellschraube“ des materiellen Tatbestands** einer Experimentierklausel konkretisiert: Von der Subsumtion unter dieses Merkmal hängt es ab, ob eine Erprobung auf der Grundlage einer Experimentierklausel erfolgt.

³¹⁷ S. zu den Rechtsgütern und Interessen in der Konstellation des Wettbewerbs um die Erprobung oben D.IV.1.

³¹⁸ S. dazu die Ausführungen zum Kontext oben in D.II.

Für die Formulierung dieses Tatbestandsmerkmal ist es elementar, vorab zu untersuchen und zu verstehen, welche zu erprobenden innovativen Technologien und Geschäftsmodelle im Sachbereich möglich oder gewollt sind und wodurch sie charakterisiert sind.

- **Konkretisierung durch Verwendung anerkannter Oberbegriffe:** Eine Möglichkeit der Konkretisierung des Erprobungsgegenstands ist es, einen **anerkannten Oberbegriff für einen bestimmaren Sachbereich** zu verwenden. Dies erfolgt beispielsweise in § 20 Abs. 1 1. Teil Sächsisches E-Government-Gesetz, wo der Erprobungsgegenstand die „**Einführung und Fortentwicklung des E-Governments**“ darstellt. In Art. 19 Abs. 1, 1. Teil E-Government-Gesetz Bayern wird in ähnlicher Weise die „**Einführung und Fortentwicklung elektronischer Verwaltungsinfrastrukturen**“ zur Voraussetzung der Experimentierklausel gemacht.
- **Konkretisierung durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe:** Wenn im Begriff selbst nicht der innovative bzw. neuartige Aspekt umfasst ist oder wenn mehrere innovative bzw. neuartige Technologien und Geschäftsmodelle unter dem Tatbestand einer Experimentierklausel erprobt werden sollen, ist es weiterhin möglich, mit **unbestimmten Rechtsbegriffen wie „Innovation“, „neu“ oder „neuartig“** zu arbeiten. Dadurch wird eine Vielheit an zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodellen erfasst.

Beispiele

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur praktischen Erprobung **neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel** [...]“

Weitere Beispiele „neu“: § 20 Abs. 1 Mediengesetz Sachsen-Anhalt, § 30 Abs. 1 Satz 1 Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen, § 30 Vermessungs- und Katastergesetz NRW, Art. 19 Abs. 1 Nr. 3 E-Government-Gesetz Bayern.

Beispiele „innovativ“: § 11 Abs. 3 Satz 1 Vertrauensdienstegesetz, Art. 31 Bayerisches Kinderbildungs- und -Betreuungsgesetz.

Der in der Klausel verwendete unbestimmte Rechtsbegriff muss durch die Rechtsetzung nicht näher konkretisiert werden. Die Konkretisierung erfolgt dann in der Rechtsanwendung durch Behörden und Gerichte.

Hintergrundinformation: In § 2 Abs. 7 PBefG wird nicht näher umschrieben, wann oder wie lange eine Verkehrsart oder ein Verkehrsmittel

„neu“ im Sinne der Norm ist. In der **Kommentarliteratur** zu § 2 Abs. 7 PBefG werden Verkehrsart oder ein Verkehrsmittel zum Teil als „neu“ angesehen, wenn sie bisher bekannte Beförderungsmittel mit neuartiger Technologie derart verändern, dass erhebliche Veränderungen im Verkehrsgeschehen oder in der Art und Weise der Personenbeförderung zu erwarten sind.³¹⁹ Autonom, d.h. ohne Fahrer fahrende Automobile sollen darunter fallen.³²⁰ Ähnlich verlangen andere Stimmen eine „konzeptionelle Änderung des Verkehrs an sich, wie etwa eine Fahrtenwunschkündelung“ und wollen nicht schon eine Änderung der Form der Fahrtenvermittlung ausreichen lassen.³²¹ Hier wird „neu“ **wirkungsbezogen verstanden, indem auf gewisse Veränderungen abgestellt wird**. Der **Rechtsprechung** sind bislang nur Anhaltspunkte zu entnehmen, wann eine Verkehrsart oder ein Verkehrsmittel „neu“ ist. Zum Teil wird „neu“ auch hier wirkungsbezogen als Veränderung verstanden und eine Verbindung mit der Digitalisierung hergestellt.³²² Daneben wird „neu“ **auch als unbekannt** übersetzt.³²³ Bei diesem Ansatz zur Definition des unbestimmten Tatbestandsmerkmals „neu“ stehen mehr **die fehlenden Kenntnisse über die Technologie oder das Geschäftsmodell** als deren Wirkungen im Vordergrund. Hier wird die Folgefrage zu beantworten sein, ob Technologien und Geschäftsmodelle, die bereits in der Erprobung sind oder die im Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde erprobt wurden, noch als „neu“ angesehen werden können. **Dieses Beispiel zeigt, dass auf Tatbestandsseite Klärungsbedarf besteht, den die Rechtsetzung für ihren jeweiligen Bereich konkretisieren kann**. Eine Konkretisierung ist aber nicht stets erforderlich, auch mit Blick auf eine Innovationsoffenheit kann auf sie verzichtet werden.

Hinsichtlich der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs durch die Rechtsetzung sind unterschiedliche Varianten denkbar:

³¹⁹ Bidinger, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

³²⁰ Bidinger, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

³²¹ Linke/Jürschik, NZV 2018, S. 496 (499).

³²² Vergabekammer Niedersachsen, Beschluss vom 19. Juni 2018 – VgK-18/2018 –, juris, Rn. 49: „Das Vergaberecht ist nicht das richtige Instrument dafür, Taxiunternehmer vor Konkurrenz durch neue Mobilitätsdienste zu schützen, und die Taxiunternehmer haben offensichtlich ebenfalls die Notwendigkeit erkannt, neue Beförderungskonzepte zu entwickeln. *Die Mobilität ist im Wandel und die zunehmende Digitalisierung sorgt auch in anderen Bereichen für die Veränderung bestehender Systeme.*“, Hervorh. nur hier.

³²³ Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 01. Juli.2019 - 3 Bs 113/19 -, juris, Rn. 34.

- **Implizite Konkretisierung:** Der unbestimmte Rechtsbegriff kann verwendet werden, ohne diesen hier näher zu konkretisieren. Stattdessen könnte ein **Erprobungszweck** geregelt werden, in dem die als Reallabore zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodelle gesellschaftlich und ökonomisch eingeordnet werden.³²⁴ Dieser kann dann im Wege der Auslegung herangezogen werden, um das unbestimmte Tatbestandsmerkmal zu konkretisieren. Wichtig ist es, um die Auslegung sicherzustellen, bei Zweck und Tatbestand eine einheitliche Terminologie durchzuhalten, so dass in der Rechtsanwendung Schlüsse aus Wortlaut und Systematik gezogen werden können.

Beispiel

§ 10b Abs. 1 Landesmediengesetz NRW setzt im Tatbestand einer Experimentierklausel voraus, dass es sich um Pilotverfahren zum „Zwecke der Einführung und Weiterentwicklung digitaler terrestrischer Übertragungstechniken“ handeln muss, die der „Vorbereitung von Entscheidungen über die künftige Nutzung digitaler terrestrischer Übertragungstechniken“ dienen und grenzt so die unter der Norm zulässigen Pilotverfahren ein.

- **Konkretisierung durch Definition:** Der unbestimmte Rechtsbegriff kann im **Folgesatz oder einem folgenden Absatz definiert** werden. Die Schwierigkeit besteht bei dieser Variante darin, die erforderliche Offenheit und Flexibilität für künftige Innovationen beizubehalten. Eine zu detaillierte Definition des unbestimmten Begriffs bietet sich meist aus den eingangs genannten Gründen nicht an. Sinnvoll ist eine eher weiche Definition. Innovationen könnten mit „Neuartigkeit“ oder „Verbesserungen“ assoziiert werden. Es könnte heißen:

„Innovationen im Sinne dieser Experimentierklausel sind gegenüber den am Markt bisher verbreiteten Angeboten neue oder verbesserte Angebote im Bereich der Digitalisierung.“

- **Konkretisierung durch Aufzählung:** Eine Stellschraube für Innovationsoffenheit kann darin bestehen, **keine abschließende Definition** vorzunehmen, sondern den unbestimmten Begriff durch eine **exemplarische Aufzählung** von innovativen, neuen oder neuartigen Technologien und Geschäftsmodellen zu

³²⁴ S. zum Erprobungszweck E.II.

konkretisieren. Denkbar ist auch, **externe Kriterien** heranzuziehen beispielsweise die Zugehörigkeit eines Unternehmens zu einer Liste innovativer Branchen (z.B. „FinTech“), die Inhaberschaft eines Patents oder die Bescheinigung der Innovativität durch ein externes unabhängiges Gutachten oder Gremium.

Folgende Kriterien könnten beispielsweise zur Konkretisierung genannt werden:

„Ein neuer Markt oder eine neue Kundengruppe wird durch die innovative Technologie/das innovative Geschäftsmodell erschlossen.“

„Die Neuerung wäre ohne eine digitale Anwendung nicht möglich.“

„Die Technik/das Geschäftsmodell verbessert das nachhaltige Wirtschaften.“

- **Umsetzung durch untergesetzliches Regelwerk:** Jene Konkretisierungen können untergesetzlich umgesetzt werden. Der unbestimmte Rechtsbegriff kann dabei im Gesetz verwendet werden, ohne diesen dort näher zu definieren. Stattdessen kann er durch untergesetzliches Regelwerk konkretisiert werden. **Der Vorteil an einer Regelung durch untergesetzliches Regelwerk ist, dass eine schnellere Anpassung und damit auch eine gewisse Innovationsoffenheit bei detaillierterer Steuerung der Verwaltung möglich ist.**³²⁵

e) Materielle Begrenzung der Erprobung

Notwendig

Im Tatbestand der meisten Experimentierklauseln ist auch ein materielles Element notwendig, das die Erprobung begrenzt. Das Element muss in einem ersten Schritt diejenigen Innovationen herausfiltern, deren Erprobung aufgrund möglicher Risiken nicht vertretbar und darum unter keinen Umständen erprobungsfähig sind (**„Ob“ der Erprobungsfähigkeit**). Dies wird nur selten der Fall sein. In einem zweiten Schritt gibt das Element auch den Umfang vor, innerhalb dessen die Art und Weise der Erprobung vertretbar ist (**„Wie“ der Erprobungsfähigkeit**). Dieser Umfang wird durch die Regelungen im besonderen Teil des Absatzes 2 begleitet.

³²⁵ S. zu den Anwendungsmöglichkeiten von Rechtsverordnungen und den Anforderungen E.V.

Das Element dient allgemein gesprochen dazu, die Einheit der Rechtsordnung zu wahren und Güter miteinander in Ausgleich zu bringen. Bei risikogeneigten Innovationen werden dadurch staatliche Schutzpflichten verwirklicht (dazu aa)). Es stehen unterschiedliche Varianten einer allgemeinen Begrenzung der Erprobung zur Verfügung, mit denen die Erprobung durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen begrenzt wird (dazu bb)). Daneben kommen zusätzliche weitere materielle Begrenzungen bei der Erprobung von besonders risikogeneigten Innovationen in Betracht (dazu cc)).

aa) Zweck der Begrenzung

Das Element der Begrenzung verfolgt den Zweck, die Vorteile der Erprobung den widerstreitenden Interessen und Belangen bereits auf der Ebene des Tatbestands gegenüberzustellen. Dahinter steckt zum einen das Ziel der **Wahrung der Einheit der Rechtsordnung**: Experimentierklauseln können nicht etwas genehmigen, was aus anderen Gründen, wie Schutzpflichten oder anderem höherrangigem Recht, ganz oder in einem gewissen Umfang unzulässig ist. Mit diesem Element wird also ein Widerspruch mit bestehendem Recht vermieden. Zum anderen wird dadurch ein **Prozess der Anwendung praktischer Konkordanz** normiert: Die Erprobung ist nicht um jeden Preis möglich, sondern erfolgt in Abwägung mit unterschiedlichen Belangen. Dadurch sichert die Rechtsetzung staatliche Schutzpflichten ab und ist doch flexibel.

Die materielle Begrenzung kann sich unterschiedlich auf die Genehmigung der Erprobung auswirken. **Zum einen kann es sein, dass eine Erprobung auf der Ebene des Tatbestands in Gänze unzulässig erscheint und darum nicht genehmigt werden kann. In diesem Fall filtert das Tatbestandsmerkmal also diejenigen Innovationen aus, die unter keinen Umständen erprobungsfähig sind („Ob“), weil sie als nicht verträglich mit widerstreitenden Interessen angesehen werden. Die Folge kann zum anderen sein, dass die Erprobung auf der Rechtsfolgenseite auf das verträgliche Maß der Erprobungsfähigkeit begrenzt wird („Wie“).** In diesem Fall leitet das Tatbestandsmerkmal den verhältnismäßigen Umfang der Erprobung an, soweit jene widerstreitenden Interessen und Belange nicht entgegenstehen bzw. deren Entgegenstehen ausgeräumt werden kann. Es handelt sich dann um ein „Minus“ zur gänzlichen Untersagung. Insofern korrespondiert dieses Merkmal auch mit der Rechtsfolgenseite, hier insbesondere mit möglichen Regelungen über den Umfang der zulässigen Erprobung.³²⁶

³²⁶ S. zur möglichen Regelung des Umfangs der Erprobung auf Seiten der Rechtsfolge E.III.2.b).

bb) Varianten einer allgemeinen Begrenzung

Auf eine allgemeine Begrenzung der Erprobung kann nur in seltenen Fällen verzichtet werden, wenn keine widerstreitenden Interessen oder Belange ersichtlich sind, die gegen die Erprobung sprechen könnten. In den anderen Fällen ist eine allgemeine Begrenzung notwendig, um widerstreitende Interessen und Belange in Ausgleich zu bringen.

Welche der unterschiedlichen Varianten einer allgemeinen Begrenzung genutzt wird, hängt davon ab, wie bestimmbar und zahlreich möglicherweise entgegenstehende Interessen sind.

In den meisten Fällen werden die möglichen widerstreitenden Interessen und Belange zahlreich sein. Für solche Fälle bewährt sich eine negative Begrenzung der Erprobung anhand von unbestimmten Rechtsbegriffen, etwa indem offen formuliert wird, dass „öffentliche Interessen“ der Erprobung „nicht entgegenstehen“ dürfen (nachstehend **offene negative Formulierung**). Sind hingegen die möglichen widerstreitenden Interessen und Belange überschaubar und bestimmbar, kommt auch eine Begrenzung durch konkrete Aufzählung der Belange in Betracht. Hier ist es denkbar, die Begrenzung negativ oder positiv zu formulieren (nachstehend **konkrete negative oder positive Formulierung der Begrenzung**). Im Folgenden werden diese Varianten einer allgemeinen Begrenzung vorgestellt:

- **Offene negative Formulierung:** Wenn die entgegenstehenden Interessen und Rechtsgüter so unbestimmt bzw. zahlreich sind, dass sie sinnvollerweise nicht in einer Klausel einzeln aufgezählt werden können, bietet es sich an, mit **unbestimmten Rechtsbegriffen** zu arbeiten. Diese können so offen formuliert werden, dass eine Vielzahl anerkannter Interessen und Belange in rechtsstaatlich zulässiger Weise darunter gefasst werden. Ein in der Rechtsetzungspraxis häufig anzutreffendes Beispiel ist die Formulierung, dass **gewisse öffentliche Interessen der Erprobung nicht entgegenstehen dürfen**.

Beispiel

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, **soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.**“

Hintergrundinformation: Es handelt sich bei den nicht entgegenstehenden öffentlichen Interessen um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**. Dieser wird dafür eingesetzt, um zahlreiche öffentliche Interessen weiteren Belangen gegenüberzustellen und sie gegeneinander abzuwägen. Eine allgemeine Definition des Begriffs der nicht entgegenstehenden öffentlichen Interessen gibt es nicht. Aus rechtsstaatlicher Sicht bestehen jedoch keine Bedenken gegen diese offene Formulierung. Zur Auslegung des Begriffs können in der Regel die fachrechtlichen Grenzen herangezogen werden. Das bedeutet, dass in der Regel nicht alle denkbaren öffentlichen Interessen von der Formulierung erfasst sind, sondern nur solche, die im Rahmen des Fachrechts auch geprüft werden. Weiterhin wird der Passus häufig näher konkretisiert als „schwerwiegende“ o.ä. öffentliche Interessen im Sinne des jeweiligen Gesetzes. **Beispielsweise findet sich die qualifizierte Form der nicht entgegenstehenden „überwiegenden“ öffentlichen Interessen in unterschiedlichen Gesetzen, von der StPO (z.B. § 153c Abs. 3 und 4, § 153d Abs. 1 StPO) bis zum besonderen Ordnungsrecht (§ 4 Abs. 2 Nr. 6 AtomG, § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 3 KrWG u.a.).** Der Begriff wird regelmäßig durch die Rechtsprechung für das jeweilige Fachrecht konkretisiert, so dass unter Umständen schon auf eine umfangreiche Kasuistik zurückgegriffen werden kann.³²⁷

Bei der Konkretisierung des Begriffs durch Gerichte sowie bei der Auslegung des Begriffs durch die Verwaltung ist es allerdings möglich, dass der Begriff nicht so ausgelegt wird, wie er womöglich intendiert war. Dies verdeutlicht das Beispiel der Auslegung des § 2 Abs. 7 PBefG. Die Vorschrift regelt, dass die „öffentlichen Verkehrsinteressen“ der Erprobung nicht entgegenstehen dürfen. Hier ist die Begrenzung negativ formuliert, denn öffentliche Verkehrsinteressen dürfen der Genehmigung nicht entgegenstehen. Die öffentlichen Verkehrsinteressen werden hier nicht näher definiert. In der Rechtspraxis und der Kommentarliteratur wird unterschiedlich verstanden, wie weit die öffentlichen Verkehrsinteressen im Sinne von § 2 Abs. 7 PBefG reichen. Zum Teil zählen Gerichte auch Interessen der Allgemeinheit dazu, die nicht im engeren Sinne solche des Verkehrs sind.³²⁸ In der Fachliteratur wird zum Teil gesagt,

³²⁷ S. etwa zu § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrWG a.F. BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2009 – 7 C 16/08 –, BVerwGE 134, 154-166, juris Rn. 34.

³²⁸ Das OVG Hamburg, Beschluss vom 24.09.2014 – 3 Bs 175/14 –, Rn. 16, juris, geht eher weit und fasst im Fall des streitigen Gelegenheitsverkehrs von „uber pop“ darunter nicht nur, dass gewerblich genutzte Fahrzeuge entsprechend versichert sein müssen, sondern auch, ob nach dem Geschäftsmodell Einkommens- und Umsatzsteuer sowie Sozialabgaben für die Fahrer erfasst werden. Entsprechend spricht das OVG Hamburg von „überragende[n] Interessen der Allgemeinheit“.

öffentliche Verkehrsinteressen stünden der Erprobung bereits entgegen, wenn eine hohe Zahl von einzusetzenden Fahrzeugen beantragt würde und danach zu vermuten sei, dass die zugelassene Erprobung wirtschaftliche Interessen umsetze.³²⁹ Sollte sich eine Auslegung wie die letztere durchsetzen, würde die Regelungssystematik in bedenklicher Weise umgekehrt werden. Öffentliche Verkehrsinteressen dürften der Erprobung dann nicht mehr nur nicht entgegenstehen, sondern die Erprobung müsste öffentliche Verkehrsinteressen befriedigen. Es würde sich dann um eine positive Formulierung der Begrenzung handeln. An den Auslegungsbeispielen zeigt sich, dass eine relativ offene Formulierung das Risiko birgt, dass die entgegenstehenden Interessen überschießend ausgelegt werden.³³⁰

Eine vorausschauende Formulierung von Experimentierklauseln kann hier verbauen und das jeweilige öffentliche Interesse so konkretisieren, dass der Begriff gleichwohl die Vorteile der Flexibilität entfalten kann. Zum einen können die öffentlichen Interessen **positiv** näher präzisiert werden.³³¹ **Es können etwa nicht abschließende Regelbeispiele formuliert werden, in denen das öffentliche Interesse in der Regel oder insbesondere entgegenstehen kann.** Es ist möglich, dass hier auf bereits bestehende Vorschriften verwiesen wird. Diese Regelungstechnik ist anzuraten, um die Systematik des Fachrechts einzuhalten. Eine in diese Richtung gehende Regelung ist in der LuftVO zu finden. Der Tatbestand formuliert die entgegenstehenden Rechtsgüter und Interessen als Gefährdungstatbestand. Eine Priorisierung erfolgt durch die Nennung von mehreren besonders zu prüfenden Komplexen an Vorschriften hinsichtlich Datenschutz, Naturschutz und überdies den Schutz vor Fluglärm.

³²⁹ Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz – Kommentar, 76. Aktualisierung – 12/2018, § 2 Rn. 28.

³³⁰ Wengleich höhere Instanzen bzw. Gerichte andere Auslegungen vornehmen könnten.

³³¹ Jenseits von Experimentierklauseln bspw. § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 KrWG, dazu OVG NRW, Urteil vom 15. August 2013 – 20 A 2798/11 –, juris Rn. 99 ff.

Beispiel

§ 21b Abs. 3 LuftVO i.V.m. § 21a Abs. 3 S. 1 LuftVO: „Die Erlaubnis wird erteilt, wenn 1. der beabsichtigte Betrieb von unbemannten Fluggeräten nach Absatz 1 und die Nutzung des Luftraums **nicht zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere zu einer Verletzung der Vorschriften über den Datenschutz und über den Naturschutz, führen** und 2. der **Schutz vor Fluglärm angemessen berücksichtigt** ist.“

Zum anderen können die öffentlichen Interessen negativ präzisiert werden, etwa indem, Negativ-Beispiele aufgelistet werden, die nicht unter den Rechtsbegriff fallen sollen.

- **Konkrete negative oder positive Formulierung der Begrenzung:** Neben der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs wie den nicht entgegenstehenden öffentlichen Interessen ist es auch denkbar, eine Begrenzung durch konkrete Interessen und Belange zu formulieren. **Dies kann erfolgen, wenn Interessen und Belange bestimmbar und aufzählbar sind.** Die Begrenzung kann negativ oder positiv formuliert werden. **Bei einer negativen Formulierung dürfen bestimmte Interessen und Belange der Erprobung nicht widersprechen; bei einer positiven Formulierung muss sich die Erprobung auf bestimmte Interessen und Belangen positiv auswirken.** Die positive Formulierung ist ein strengeres Tatbestandsmerkmal, denn es ist mit erhöhtem Begründungsaufwand verbunden, bestimmte Gründe für eine Erprobung anzuführen.

Beispiel

§ 113a Satz 1 Niedersächsisches Schulgesetz: „Zur Erprobung von Modellen der eigenverantwortlichen Steuerung von Schulen kann das Kultusministerium im Einvernehmen mit dem Schulträger [...] Ausnahmen von den Vorschriften der §§ 112 und 113 Abs. 1 zulassen, **soweit erwartet werden kann, dass dadurch die Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit in der Verwaltung der Schulen verbessert wird.**“

cc) Varianten zusätzlicher risikobezogener Begrenzungen

Neben einer allgemeinen Begrenzung der Erprobung, welche die Abwägung der widerstreitenden Interessen und Belange ermöglicht, kann es bei risikogeneigten Innovationen geboten sein, zusätzliche risikobezogene Begrenzungen vorzusehen. Solche zusätzlichen Begrenzungen dienen der Reduzierung von Risiken für Dritte, die durch die Erprobung von Innovationen entstehen können, auf das vertretbare Mindestmaß. Sie haben das Ziel, staatliche Schutzpflichten für die Rechtsgüter und Interessen Dritter durch materielle Vorgaben zu verwirklichen. **Um zusätzliche Begrenzungen formulieren zu können, sollen die Innovationen im Sachbereich auf mögliche Risiken bei der Erprobung geprüft werden.** Anhand möglicher Risiken können materielle Begrenzungen sachangemessen bestimmt werden.

Hinweis zur Formulierung

Diese materiellen Vorgaben zur Begrenzung der Erprobung wirken mit weiteren Vorgaben zusammen, um bei risikogeneigten Innovationen die Risiken für Dritte zu minimieren. Sie stehen im Zusammenhang mit Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung, Vorgaben über den zulässigen Umfang einer Erprobung und Pflichten, welche die Erprobung begleiten. Die Vorgaben dienen zur **Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten**. Darum sind sie **nicht bei jeder Erprobung in demselben Maße relevant**.

In Betracht kommen u.a. folgende zusätzliche Anforderungen:

- **Gegenstandsbezogene Anforderungen:** Gegenstandsbezogene Anforderungen dienen einer Vergewisserung der Genehmigungsbehörde, dass der zu erprobende Gegenstand hinsichtlich gewisser Risiken von einer anerkannten Stelle als gemeinwohlverträglich angesehen wird. Gefordert werden können zusätzliche Untersuchungen, Bewertungen bzw. Bescheinigungen durch anerkannte beliehene Stellen. Denkbar sind etwa anerkannte technische Prüfungen, Sicherheitszertifizierung, Konformitätsbewertungen oder andere Nachweise der Produktsicherheit. Es kann bereits eine gesetzliche Regelung bestehen oder eine solche geschaffen werden, welche zu einer Haftungsfreistellung des Adressaten der Amtshaftung führen kann.

Beispiel

§ 10 Abs. 4 Kraftfahrtsachverständigengesetz: „Die mit der Unterhaltung einer Technischen Prüfstelle beauftragte Stelle hat das Land, in dessen Gebiet die Technische Prüfstelle tätig wird, **von allen Ansprüchen Dritter wegen Schäden freizustellen, die durch Sachverständige, Prüfer oder Hilfskräfte in Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben verursacht werden.**“

Um gegenstandsbezogene Anforderungen in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht rechtssicher zu treffen, ist vorab die unionsrechtliche Determinierung zu prüfen. Häufig dürfte das Unionsrecht in bestimmten Bereichen gegenstandsbezogene Anforderungen und Nachweise aufstellen.

Beispiel

§ 11 Abs. 3 Satz 1 Vertrauensdienstegesetz: „Innovative Identifizierungsmethoden, die noch nicht durch Verfügung im Amtsblatt anerkannt sind, können von der Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik und nach Anhörung der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vorläufig anerkannt werden, **sofern eine Konformitätsbewertungsstelle die gleichwertige Sicherheit der Identifizierungsmethode im Sinne des Artikels 24 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe d der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 bestätigt hat.**“

- **Personenbezogene Anforderungen:** Daneben können personenbezogene Anforderungen geregelt werden. Diese machen Sinn, wenn es auf die Kenntnisse und Erfahrungen von Personen ankommt, die bei der Erprobung einer Innovation eine aktive Rolle einnehmen, etwa indem sie die Innovation steuern oder sie auf andere Weise beherrschen. Wenn tatsächlich besondere Anforderungen an diese Personen bei der Erprobung gestellt werden, können besondere rechtliche Anforderungen, die über das übliche Maß hinausgehen, sinnvoll sein. Zu solchen Anforderungen können gewisse Erfahrungen, Kenntnisse oder Trainings gehören. Sie können je nach Risiken gestuft werden: Ist das Risiko höher, können mehr Erfahrungen oder Kenntnisse gefordert werden, als wenn das Risiko niedriger ist. Ein Vorbild hierfür findet sich in dem EU-Rechtsrahmen für Drohnen, der unbemannte Luftfahrzeugsysteme risikoba-

siert in verschiedene Kategorien aufteilt und diese Kategorien unterschiedlich strengen Anforderungen unterwirft. Unterschiedliche Voraussetzungen werden etwa an die Kenntnisse der Fernpiloten für den Betrieb von Drohnen der verschiedenen Kategorien gestellt.³³² Ein ähnliches Beispiel ist in der LKWÜberStVAusV geregelt.

Beispiele

§ 11 Abs. 1 Satz 1 LKWÜberStVAusV: „Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge nach § 3 Satz 1 Nummer 2 bis 5 dürfen am Straßenverkehr nur teilnehmen, wenn deren **Fahrer seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen im Besitz der Fahrerlaubnis der Klasse CE sind und über mindestens fünf Jahre Berufserfahrung im gewerblichen Straßengüter- oder Werkverkehr verfügen.**“

§ 11 Abs. 2 Satz 1 LKWÜberStVAusV: „Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge dürfen am Straßenverkehr nur teilnehmen, wenn deren **Fahrer vor dem erstmaligen Führen eines Fahrzeugs oder einer Fahrzeugkombination mit Überlänge an einer mindestens zweistündigen Einweisung in das eingesetzte Fahrzeug oder die eingesetzte Fahrzeugkombination durch den Hersteller oder eine von diesem beauftragte Stelle teilgenommen haben**, in der insbesondere der sichere Umgang mit den besonderen Fahreigenschaften des eingesetzten Fahrzeugs oder der eingesetzten Fahrzeugkombination praktiziert wird.“

dd) Insbesondere: Anforderungen an die Haftung

Eine Experimentierklausel kann zudem Anforderungen an die Haftung des Innovators aufnehmen.

Anforderungen an die Haftung folgen zum einen allgemeinen haftungsrechtlichen Erwägungen: Personen, die im eigenen Interesse eine Gefahrenquelle schaffen und verantworten, profitieren nicht nur von den Vorteilen, sondern haben unter Umständen auch für die daraus entstehenden Schäden einzustehen. Damit geschädigte Personen ihren Schaden ausgleichen können, sind Versicherungen der Risiken ratsam. Dadurch wird etwa abgesichert, dass Geschädigte nicht auch das Insolvenzrisi-

³³² Art. 8, 9 Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 der Kommission vom 24. Mai 2019 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge.

ko der Schädiger tragen. Jedoch besteht bei den Risiken von Innovationen zum Teil die tatsächliche Herausforderung, eine Versicherung zu finden, die bereit ist, diese Risiken zu versichern. Zum anderen können Anforderungen an die Haftung des Innovators auch darauf gerichtet sein, die Haftungsrisiken der öffentlichen Hand zu reduzieren.

Anforderungen an die Haftung bauen meist auf bestehende, komplexe und differenzierte Regelungen auf. **Welche Haftungsregelungen einschlägig sind, ist darum für die jeweilige Innovation im Einzelfall zu untersuchen.** Diese allgemeinen und speziellen fachrechtlichen Regelungen können wie folgt skizziert werden, wobei zwischen der Haftung unter Privaten und der Staatshaftung zu unterscheiden ist:

- **Zur Haftung unter Privaten:** Die **Haftung unter Privaten** ist sehr komplex und ausdifferenziert geregelt. Zum einen knüpft die Haftung an unterschiedlichen Quellen an, denn es gibt zahlreiche vertragliche, auf Vertrauen basierende sowie gesetzliche Haftungsnormen. Zum anderen sind die Haftungstatbestände sehr unterschiedlich. Insbesondere knüpfen Haftungsnormen gestuft an subjektive Vorwerfbarkeiten an. Für manche besonderen Gefahrenquellen gibt es die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung, die allein den Betrieb der Gefahrenquelle zur Voraussetzung der Haftung macht. Beispiele für die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung für bestimmte Schäden sind etwa die Haftung des Halters bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers nach § 7 Abs. 1 StVG, die besonders strenge Haftung des Halters des Luftfahrzeugs bei dem Betrieb eines Luftfahrzeugs i.S.d. § 1 Abs. 2 LuftVG nach § 33 Abs. 1 Satz 1 LuftVG³³³, die Haftung des Betriebsunternehmers bei dem Betrieb einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn nach § 1 HPflG sowie die Haftung des Herstellers für den Fehler eines Produkts nach § 1 ProdHaftG. Solche und weitere Haftungstatbestände mit speziellen Voraussetzungen können im Bereich von zu erprobenden Innovationen bestehen.

Es ist zu klären, welche Regelungen für die Haftung unter Privaten für die zu erprobenden Innovationen anwendbar sind, ob diese angemessen sind, insbesondere ob sie die Risiken der zu erprobenden Innovation angemessen abbilden. Wenn die Haftungsregelungen nicht anwendbar oder nicht angemessen sind oder andere Haftungslücken bestehen, kann eine gesetzgeberische Regelung bereits vor der Erprobung einer Innovation erforderlich sein.

³³³ S. dazu BGH, NJW-RR 2017, S. 476 f. Rn. 12.

Diskussionen über bestehende Haftungsregelungen und ihre Übertragbarkeit auf Innovationen werden intensiv geführt. Der Kern der Frage ist, ob die typische Betriebsgefahr einer Innovation von der bereits bestehenden Haftungsnorm umfasst ist. Überwiegend werden bestehende Regelungen übertragen und ggf. modifiziert. Für den Fall der autonom bzw. automatisiert auf der Schiene fahrenden Eisenbahn wird etwa überwiegend angenommen, dass § 1 HPfIG als zentrale Haftungsnorm im Bahnverkehr unverändert übertragbar ist. Dies wird damit begründet, dass auch bei automatisierter Betriebsweise die typische Bahnbetriebsgefahr wie die hohe Geschwindigkeit und die Spurbundenheit weiterhin bestehen.³³⁴ Für den Fall der straßenverkehrsrechtlichen Haftungs Vorschriften der §§ 7, 18 StVG hat sich der Bundestag in einer im Jahr 2017 beschlossenen StVG-Novelle entschieden, die bestehenden Regelungen für das automatisierte Fahren aufrechtzuerhalten. Auch wenn die Haftungsregelungen selbst unangetastet bleiben, hat der Gesetzgeber einzelne Ergänzungen vorgenommen, um den Besonderheiten des automatisierten Fahrens gerecht zu werden.³³⁵ Eine Neuregelung der Haftungsnormen könnte allerdings im Fall des autonomen Fahrens auf der Straße erforderlich werden. Bezweifelt wird insbesondere eine unveränderte Anwendung der Regelung über die Fahrerhaftung, wenn das Kraftfahrzeug autonom fährt.³³⁶ Für Drohnen wird die Anwendung der Gefährdungshaftung nach § 33 LuftVG befürwortet.³³⁷

- **Zur Staatshaftung:** Daneben haftet auch der Staat nach dem **Staatshaftungsrecht** für Schäden. Dies setzt unter anderem voraus, dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes die einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt (Art. 34 GG, mit Überleitung der Haftung nach § 839 BGB). Es muss also eine Amtspflicht bestehen und auch drittgerichtet sein, der Geschädigte muss „Dritter“ sein und die konkret beeinträchtigten Belange müssen insbesondere vom Drittschutz umfasst sein. Hinzu kommen weitere Voraussetzungen, die eine staatliche Haftung ausschließen oder beschränken können. **Diese komplexen Voraussetzungen erfordern eine Analyse im Ein-**

³³⁴ Piontek, in: Filthaut/Piontek/Kayser, Kommentar zum Haftpflichtgesetz, 10. Auflage 2019, § 1 Rn. 22; Schäfer, Drittschäden durch Drohnen, VersR 2017, S. 849 (852).

³³⁵ Beispielsweise wurden die Höchstbeträge für die Haftung bei Personen- und Sachschäden verdoppelt, s. § 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StVG.

³³⁶ Walter, in: Gsell u.a. (Hrsg.), BeckOK StVG, Stand: 1.9.2019, § 17 Rn. 15.

³³⁷ Uschkereit/Zdanowiecki, NJW 2016, S. 444 (449); Schäfer, Drittschäden durch Drohnen, VersR 2017, S. 849 (852); Schimikowski/Wilke, Drohnen und Privathaftpflichtversicherung, r+s 2019, S. 490 (492 m.w.N.); Holle/Bredelbach, Rechtlicher Rahmen für den privaten Betrieb von Drohnen nach der deutschen „Drohnen-Verordnung“ vom 30.3.2017, NZV 2020, S. 132 (134).

zelfall. In der Rechtsprechung ist u.a. ein vielgestaltiger Kanon an anerkannten, nicht abschließenden Amtspflichten etabliert. Anerkannt ist durch den BGH etwa eine allgemeine Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln,³³⁸ mit jeweils fachbereichsspezifischen Ausprägungen. Eine Haftung für legislatives und normatives Unrecht wie bei der Formulierung von Experimentierklauseln kommt dabei aber in aller Regel nicht in Betracht. Anknüpfungspunkt wäre allerdings unter Umständen die Verletzung von Schutzpflichten oder konkreten Aufsichts- und Überwachungspflichten für technische Betriebe, die der Staat durch seine Zulassung für die Öffentlichkeit eröffnet.³³⁹

Die Staatshaftung korrespondiert mit den staatlichen Schutzpflichten³⁴⁰. Zudem bestehen Überschneidungen mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen für die experimentelle Gesetzgebung,³⁴¹ beispielsweise den begleitenden Pflichten wie Überwachungspflichten. **Auch vor dem Haftungshintergrund ist darum eine detaillierte Risikoanalyse der Innovationen vorab und eine risikobasierte Ausgestaltung der Klausel geboten. Die risikobasierte Ausgestaltung muss sowohl die Beherrschbarkeit von Risiken ermöglichen als auch bei Bedarf regulatorisch nachgebessert werden können.**

Neben der Haftung zwischen Privaten und der Staatshaftung können in einer Experimentierklausel Elemente vorgesehen werden, welche die Haftung des Innovators betreffen. In Betracht kommen insbesondere eine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung sowie die Pflicht zur Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung gegenüber dem Staat:

- **Abschluss einer Haftpflichtversicherung:** Vor dem jeweiligen haftungsrechtlichen Hintergrund kann es sinnvoll sein, den Betreiber einer Innovation zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zu verpflichten. **Hierdurch werden sowohl der Betreiber selbst als auch geschädigte Dritte vor den finanziellen Folgen eines Schadensfalles geschützt.** Eine Herausforderung kann aktuell noch auf tatsächlicher Seite bestehen, wenn ein Innovator keine Versicherung findet, die bereit ist, das unter Umständen unübersichtliche Risiko einer neuartigen Innovation zu versichern. Ein gesetzliches Element, welches den Abschluss einer Haftpflichtversicherung erfordert, sollte diese aktuelle Herausforderung mit den Risiken abwägen. **Passend kann eine Ermessensregelung**

³³⁸ S. nur BGH, NJW-RR 2013, S. 1490 (1491, Rn. 13).

³³⁹ S. dazu nur *Reinert*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK BGB, 53. Auflage (Stand: 01.02.2020), § 839 Rn. 74 f.

³⁴⁰ S. zu den Schutzpflichten im Detail D.IV.2.a).

³⁴¹ S. zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die experimentelle Gesetzgebung im Detail D.III.2.

sein, so dass es Spielräume seitens der Behörde für den Einzelfall gibt. Eine zwingende Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung ist jedoch zu empfehlen, wenn die Risiken flächendeckend hoch sind. Vielfach bestehen bereits allgemeine Regelungen, die zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichten. Auf jene Regelungen kann bei der Formulierung einer Experimentierklausel bspw. in den formellen Vorgaben über Antragsunterlagen verwiesen werden. Erforderlich ist eine sorgfältige Analyse des Normbestands.

Beispiele

§ 43 Abs. 2 Luftverkehrsgesetz: „Der Halter eines Luftfahrzeugs ist verpflichtet, zur Deckung seiner Haftung auf Schadensersatz nach diesem Unterabschnitt eine Haftpflichtversicherung in einer durch Rechtsverordnung zu bestimmenden Höhe zu unterhalten. Satz 1 gilt nicht, wenn der Bund oder ein Land Halter des Luftfahrzeugs ist.“

§ 3 Abs. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung: „Fahrzeuge dürfen auf öffentlichen Straßen nur in Betrieb gesetzt werden, wenn sie zum Verkehr zugelassen sind. Die Zulassung wird auf Antrag erteilt, wenn das Fahrzeug einem genehmigten Typ entspricht oder eine Einzelgenehmigung erteilt ist und eine dem Pflichtversicherungsgesetz entsprechende Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung besteht. Die Zulassung erfolgt durch Zuteilung eines Kennzeichens, Abstempelung der Kennzeichenschilder und Ausfertigung einer Zulassungsbescheinigung.“

§ 1 Pflichtversicherungsgesetz: „Der Halter eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers mit regelmäßigem Standort im Inland ist verpflichtet, für sich, den Eigentümer und den Fahrer eine Haftpflichtversicherung zur Deckung der durch den Gebrauch des Fahrzeugs verursachten Personenschäden, Sachschäden und sonstigen Vermögensschäden nach den folgenden Vorschriften abzuschließen und aufrechtzuerhalten, wenn das Fahrzeug auf öffentlichen Wegen oder Plätzen (§ 1 des Straßenverkehrsgesetzes) verwendet wird.“

- **Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung:** Weiterhin kann geregelt werden, dass vom Innovator die Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung verlangt werden „muss“, „soll“ oder „kann“, um eine Erprobung zu genehmigen. **Aufgrund der verfassungsrechtlichen Anforderungen ist im Detail zu prüfen, ob und wie das Verlangen einer Haftungsfreistellungserklärung sinnvoll, verhältnismäßig und zumutbar ist:**

Es ist innerhalb der durch die Verfassung gezogenen Grenzen möglich, die Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung zu verlangen. Art. 34 GG steht dem nicht gänzlich entgegen, denn die Vorschrift regelt, dass die Haftung den Staat oder die Körperschaft nur „grundsätzlich“ trifft.³⁴² Es besteht darum Raum für die Modifikation des Umfangs der Haftungsübernahme i.S.d. Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB.³⁴³ **Jedoch sind Haftungsbegrenzungen nur in Ausnahmefällen zulässig. Nach der Rechtsprechung des BGH darf eine Beschränkung der staatlichen Haftung nicht willkürlich sein, sondern muss auf sachgerechten Erwägungen beruhen und sich an der Grundentscheidung der Verfassung ausrichten.**³⁴⁴ Das kann bedeuten, dass eine Regelung über eine Haftungsfreistellung mit gewichtigen Gründen des öffentlichen Wohls begründet werden müsste sowie der Haftungsausschluss verhältnismäßig und für den Betroffenen zumutbar ausgestaltet werden müsste.³⁴⁵ **Das Erfordernis einer Haftungsfreistellung müsste gesetzlich vorgesehen werden, um sie in einem Bescheid umsetzen zu können.**³⁴⁶ Unter Umständen könnte auch eine Regelung in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag in Betracht kommen.

Für eine Haftungsbeschränkung spricht, dass auf diesem Wege das staatliche Haftungsrisiko für die unter Umständen noch wenig überschaubaren Schadensrisiken reduziert werden kann. Dies könnte Amtsträger bei der Entscheidung über die Erprobung entlasten. Jedoch ist auch zu bedenken, dass sich das Erfordernis der Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung des Innovators negativ auf die Innovationskraft auswirken könnte. **Wenn die Risiken bereits intensiv durch risikobasierte Anforderungen reguliert werden, könnte es in der Summe aus der Perspektive der Förderung von Innovationen zu weitgehend sein, allein dem Innovator das Haftungsrisiko aufzubürden.**

³⁴² BVerfG, Urteil vom 19. Oktober 1982 – 2 BvF 1/81 –, BVerfGE 61, 149-208, juris Rn. 141– Amtshaftung. S. grundlegend auch BGH, NJW 1974, S. 1507 (1509).

³⁴³ BVerfG, Urteil vom 19. Oktober 1982 – 2 BvF 1/81 –, BVerfGE 61, 149-208, juris Rn. 141– Amtshaftung.

³⁴⁴ BGH, NJW 1974, S. 1507 (1509); BGH, NJW 1987, S. 1696; ähnl. BGH, NJW 1957, S. 1925 (1926). Daneben *Papier/Shirvani*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 839 Rn. 338; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage 2013, bei Fn. 594.

³⁴⁵ Vgl. *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 34 Rn. 58.

³⁴⁶ S. BGH, NJW 1973 S. 1741 (1743); BGH, NJW 1984, S. 615 (617) beide zu einem Haftungsausschluss durch kommunale Satzung. Daneben *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage 2013, bei Fn. 593, *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 34 Rn. 58; *Papier/Shirvani*, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, § 839 Rn. 126, 339.

2. Besonderer Teil

Muster Experimentierklausel

Abs. 1: [Erprobungszweck].

Abs. 2: Tatbestand und Rechtsfolge.
- Allgemeiner Teil
- Besonderer Teil

Abs. 3: [Evaluation samt Transfer].
Befristung der Klausel.

Abs. 4: [Verordnungsermächtigung bzw.
Nennung der Rechtsgrundlage].

Die besondere Herausforderung für die Formulierung von Experimentierklauseln liegt darin, dass die Innovationen sowie die möglicherweise von ihrer Erprobung im öffentlichen Raum ausgehenden Risiken für Dritte zu Beginn einer Erprobung wenig bekannt und kaum abschätzbar sein können. **Eine innovationsoffene Regulierung findet Wege, mit solchen Ungewissheiten umzugehen.** Besonders unvertretbare Risiken sollten bereits auf Tatbestandsebene im allgemeinen Teil einer Experimentierklausel herausgefiltert werden („Ob“ der Erprobungsfähigkeit). Andere Risiken können durch eine passgenaue Genehmigung der Erprobung in adäquatem Maße eingehegt und

kontrolliert sowie schrittweise aktualisiert werden („Wie“ der Erprobungsfähigkeit). **Es bedarf der Risikobasierung und der Abbildung des Erprobungscharakters in einer Experimentierklausel.** Dadurch soll eine innovationsoffene Grundlage geschaffen werden, die es den Fachbehörden ermöglicht, die Genehmigung schrittweise mit wachsenden Kenntnissen ebenfalls wachsen oder atmen zu lassen. **In einem besonderen Teil der Experimentierklausel soll darum ein „Korsett“ geschaffen werden, welches schrittweises Lernen und angepasste Kontrolle ermöglicht, um mit der dynamischen Materie mitzuwachsen.**

a) Verfahrensvorgaben

Notwendig

Diesem Element des Tatbestands wird zugrunde gelegt, dass die Entscheidung über die Erprobung beantragt werden muss, vgl. § 2 Abs. 7 PBefG.

Wenn es ein Antragserfordernis gibt, bedarf es Vorgaben über das Verfahren, das durch den Innovator bei der zuständigen Behörde zu durchlaufen ist. **Dieses Element ist zwar notwendig, jedoch nicht notwendigerweise neu zu regeln oder zu verändern. Hier kommt es darauf an, welche allgemeinen Regeln im Fachrecht bestehen, ob diese übertragen werden können und ob sie ausreichend sind.** Gegen eine Übertragung der allgemeinen Regeln im Fachrecht auf das Verfahren der Erprobungsgenehmigung können zwei Gründe sprechen: Einerseits kann es die unter-

schiedliche Risikogeneigtheit von Innovationen gebieten, Verfahren risikobasiert flexibilisiert auszugestalten. Andererseits gebietet es der temporäre Horizont einer Entscheidung über die Erprobung, nicht solche Verfahrensvorgaben aufzustellen, die eine dauerhafte Entscheidung legitimieren sollen (dazu aa)). Es gibt mehrere Varianten, das Verfahren auszugestalten (dazu bb)).

aa) Zweck der spezifischen Regelung des Verfahrens

Es empfiehlt sich meist, spezifische Vorgaben über Form, Inhalt und Verfahren für die Beantragung einer Entscheidung über die Erprobung in einer Experimentierklausel zu treffen.

Zum einen sind hier **risikobasierte Ausgestaltungen** möglich, d.h. das Antragsverfahren kann für unterschiedlich risikogeneigte Innovationen unterschiedlich ausgestaltet werden. Die risikobasierte Ausgestaltung bietet sich dort an, wo eine Bandbreite an Innovationen erprobt werden soll und diese unterschiedlich risikogeneigt sind. Für eine kaum oder wenig risikointensive Erprobung wäre es unter Umständen nicht verhältnismäßig dieselben Anforderungen an das Verfahren zu stellen wie für eine stärker risikointensive Innovation. Umgekehrt könnten Schutzpflichten des Staates verletzt werden, wenn die Anforderungen an das Verfahren zu sehr auf die wenig risikointensiven Innovationen ausgerichtet sind. **Um die Verfahrensvorgaben formulieren zu können, müssen die Innovationen im Sachbereich auf mögliche Risiken bei der Erprobung untersucht werden.**

Hinweis für die Formulierung

Die risikobasierten Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung wirken mit weiteren Vorgaben zusammen, um bei risikogeneigten Innovationen die Risiken für Dritte zu minimieren. Sie stehen im Zusammenhang mit der materiellen Begrenzung einer Erprobung, Vorgaben über den zulässigen Umfang einer Erprobung und den die Erprobung begleitenden Pflichten. Die Vorgaben dienen zur **Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten**. Darum sind sie **nicht bei jeder Erprobung in demselben Maße relevant.**

Zum anderen sollte bei den Verfahrensvorgaben **der temporäre Charakter der Entscheidung über die Erprobung** bedacht werden: Die beantragte Entscheidung dient nicht der Legitimierung einer dauerhaften Rechtsgestaltung, sondern trifft eine vor-

läufige Regelung, in der Regel in Form der Zulassung oder Genehmigung einer Erprobung unter Abweichung von bestehenden Vorschriften. Darum sind allgemeine Vorgaben über das Antragsverfahren nicht angemessen, wenn sie auf eine dauerhafte Entscheidung zugeschnitten sind. Das kann etwa der Fall sein, wenn gemäß der allgemeinen, auf eine dauerhafte Entscheidung ausgerichteten Vorschrift komplexe und langwierige Anhörungsverfahren im Vorfeld der Entscheidung zu durchlaufen wären (z.B. § 14 PBefG). Zu der möglichst agilen und lernfähigen Regelung für einen begrenzten Zeitraum passen auf die Legitimierung einer dauerhaften Entscheidung ausgerichteten Verfahrensvorgaben nicht.

Hinweis für die Formulierung

Verfahrensvorgaben müssen daran angepasst werden, dass die Entscheidung über die Erprobung einer Innovation vorübergehenden Charakter hat. Zudem setzen die Befristung der Erprobung sowie die Evaluation der Experimentierklausel samt Transfer des Evaluationswissens in die Rechtssetzung und die Befristung der Experimentierklausel zentral den Erprobungscharakter der Experimentierklausel um. **Mit Blick auf die Verfahrensvorgaben für die Entscheidung können durch den vorübergehenden Erprobungscharakter im Vergleich zu dauerhaften, allgemeinen Entscheidungen vereinfachte Vorgaben gemacht werden.**

- bb) Varianten von Verfahrensvorgaben, insbesondere Anforderungen an den Inhalt der Unterlagen

Einzelne Aspekte des Verfahrens können unterschiedlich ausgestaltet werden. Dritte sind zu beteiligen und Innovatoren anzuhören, wenn ihre rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt werden sollen. Hier kann zumeist auf allgemeine Vorschriften zurückgegriffen werden, wenn diese zum Erprobungscharakter passen.

Daneben ist insbesondere zu bestimmen, wie umfangreich die von den Innovatoren einzureichenden Antragsunterlagen sein sollen. Antragsunterlagen müssen so aussagekräftig sein, dass die zuständige Behörde eine qualifizierte Entscheidung über die Erprobung treffen kann. Die Entscheidung lautet auf „Ob“ und „Wie“ der Erprobung. Zentral ist darum, dass die zuständige Behörde anhand der Unterlagen bestimmen kann, ob der Tatbestand der Experimentierklausel erfüllt ist und welche Vorgaben auf Rechtsfolgenseite erforderlich sind, um eine Erprobung in zulässigem und sinnvollem Umfang zu ermöglichen. Entsprechende Unterlagen sollten vom In-

novator beigebracht werden. **Zur beschleunigten und vereinfachten Behandlung von Anträgen empfiehlt sich eine Standardisierung der erforderlichen Antragsunterlagen.** Die Herausforderung bei den komplexen und dynamischen Innovationen liegt allerdings zugleich darin, dass in den meisten Fällen eine gewisse Flexibilität sinnvoll ist, weil Innovationen sehr unterschiedlich charakterisiert sind und weil sich die Erprobung in unterschiedlichen Stadien befinden kann. Die Verfahrensvorgaben sollten darum auch nicht zu statisch sein.

Die beizubringenden Unterlagen können reichen von groben bis umfangreichen Unterlagen über die Funktionsweise der Technologien und Geschäftsmodelle sowie ihre Sicherheit. In besonders risikogeneigten Fällen können auch im Vorfeld umfangreiche wissenschaftliche Untersuchungen oder technische Gutachten geboten sein. **Der Umfang der Antragsunterlagen kann risikobasiert bestimmt werden. Die vom Innovator beizubringenden Antragsunterlagen würden dann nicht einheitlich vorgegeben, sondern es würde risikobasiert Raum für Flexibilität belassen.** Ein Beispiel für risikobasiert flexibilisierte und zugleich standardisierte Verfahrensvorgaben findet sich in der Verwaltungsvorschrift zu §§ 21a, 21b Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO).

Beispiel

§ 21b Abs. 3 LuftVO: „In begründeten Fällen kann die zuständige Behörde Ausnahmen von den Betriebsverboten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 9 zulassen, wenn die Voraussetzungen von § 21a Absatz 3 Satz 1 erfüllt sind. § 20 Absatz 5 und **§ 21a Absatz 5 und 6 gelten entsprechend.**“

§ 21a Abs. 5 LuftVO: „Die zuständige Behörde **bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob dem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis weitere Unterlagen beigelegt werden müssen. Sie kann insbesondere noch verlangen:**

1. den Nachweis, dass der Grundstückseigentümer oder sonst Berechtigte dem Aufstieg zugestimmt hat,
2. das Gutachten eines Sachverständigen über die Eignung des Geländes und des betroffenen Luftraums für den Betrieb von unbemannten Luftfahrtsystemen oder Flugmodellen,
3. weitere fachspezifische Bewertungen oder Gutachten, insbesondere zum Natur- und Lärmschutz, sofern diese im Einzelfall erforderlich sind.

Die Experimentierklausel in § 21b Abs. 3 LuftVO verweist für Verfahrensvorgaben auf § 21a Abs. 5 LuftVO. Diese Vorschrift überlässt es überwiegend dem Ermessen

der Behörde, welche weiteren Unterlagen, dem Antrag beigelegt werden müssen, nennt jedoch auch Beispiele, die insbesondere verlangt werden können.

Hintergrundinformation: Dazu gehören gewisse Gutachten oder fachspezifische Bewertungen. Die vom BMVI erlassenen Gemeinsamen Grundsätze des Bundes und der Länder für die Erteilung von Erlaubnissen und die Zulassung von Ausnahmen zum Betrieb von unbemannten Fluggeräten gemäß § 21a und § 21b Luftverkehrs-Ordnung (Gemeinsame Grundsätze) konkretisieren dieses Ermessen für zwei risikobasierte Verfahrensarten, die für die Ausnahmeerteilung zur Erprobung nach § 21b Abs. 3 LuftVO zu durchlaufen sind.

- **Im „vereinfachten Verfahren“ für bestimmte unbemannte Fluggeräte mit relativ geringerem Risiko gelten u.a. geringere Anforderungen an den erforderlichen Antragsinhalt.** Einzureichen sind die persönlichen Daten, der Nachweis eines ausreichenden Versicherungsschutzes sowie eine Erklärung des Antragstellers und des Steuerers nach § 21a Abs. 3 LuftVO, dass rechtliche Vorgaben nicht verletzt werden. Vorgelegt werden muss überdies ein entsprechender Nachweis über zusätzliche Kenntnisse etwa in der Anwendung und der Navigation der Fluggeräte, den einschlägigen luftrechtlichen Grundlagen und der örtlichen Luftraumordnung, soweit der Nachweis dieser Kenntnisse für den Betrieb gesetzlich vorgesehen ist.³⁴⁷ Durch die Verfahrensanforderung wird also sichergestellt, dass die für die Genehmigung des Betriebs erforderlichen Kenntnisse über die Technologie, ihren Einsatz und die Risiken vorliegen.
- **Im „Verfahren in sonstigen Fällen“ erfolgt eine vereinheitlichte Risikobewertung nach den Vorgaben der Specific Operations Risk Assessment Germany (SORA-GER).** Die Vorgaben der SORA-GER enthalten objektive Kriterien zur Bewertung der Risiken und dienen ausdrücklich der Unfallvermeidung.³⁴⁸ Hier sind die Risiken vergleichsweise höher als bei den vom „vereinfachten Verfahren“ erfassten Drohnen. Entsprechend dem risikobasierten Ansatz werden vom Antragsteller im „Verfahren in sonstigen Fällen“ neben den oben aufgeführten Antragsunterlagen weitere Angaben und Nachweise entsprechend den spezifischen Risiken gefordert. So ist eine Unbedenklichkeitserklärung der zuständigen Ordnungsbehörde oder bei Betrieb innerhalb von naturschutzrechtlichen

³⁴⁷ S. Gemeinsame Grundsätze unter 2.3.; § 21a Abs. 4 LuftVO.

³⁴⁸ Gemeinsame Grundsätze, Anlage C unter A.

Schutzgebieten eine Gestattung der zuständigen Naturschutzbehörde erforderlich.³⁴⁹

- *Es ist zu berücksichtigen, dass die Drohnenregulierung wegen der neuen Vorgaben des Unionsrechts aktuell der Überarbeitung bedarf.*

Beispielsweise könnte eine Formulierung aus dem besonders riskanten Bereich der automatisiert fahrenden Eisenbahn lauten:

„Die Aufsichtsbehörde bestimmt die dem Antrag beizulegenden Unterlagen nach pflichtgemäßem Ermessen bezogen auf das Stadium der Erprobung. Es können insbesondere wissenschaftliche Untersuchungen über Sicherheit und Funktionalität des Betriebes einer fahrerlos oder unbegleitet fahrenden Eisenbahn vorzulegen sein.“

- b) Zulässiger (sachlicher und räumlicher) Umfang der Erprobung

Optional

Für die Erprobung vieler Innovationen ist es aus Rechtsetzungsperspektive überaus sinnvoll, den möglichen Umfang der Erprobung einer Innovation in der Experimentierklausel zu konkretisieren. Dieses Element ist ein integraler Bestandteil der Experimentierklausel auf Rechtsfolgenseite. Neben der zeitlichen Begrenzung einer Erprobung in Form der Befristung (s. dazu sogleich unter E.III.2.d)) sowie denkbaren persönlichen Begrenzungen auf Tatbestandsseite, sind hier insbesondere räumliche und sachliche Begrenzungen der Erprobung zu erwägen. **Räumliche und sachliche Begrenzungen sind hilfreich, um die Erprobung einer Innovation für die Stadien ihrer Erprobung jeweils passgenau zu genehmigen.**

Das Element ist optional, weil es nicht bei allen Erprobungen erforderlich ist und zudem Fachbehörden bei ihrer Entscheidung über die Zulassung bzw. Genehmigung auch über den zulässigen Umfang einer Erprobung entscheiden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet die Prüfung, ob eine Erprobung etwa in reduziertem Umfang genehmigt werden kann, bevor die Genehmigung komplett versagt wird. **Eine Genehmigung in reduziertem Umfang kommt in Betracht, wenn dadurch die möglichen Risiken, die in Abhängigkeit des Stadiums einer Erprobung bestehen bzw.**

³⁴⁹ Gemeinsame Grundsätze unter 3.2.

ersichtlich sind, hinreichend kontrolliert werden können. Die Formulierung sollte darum risikobasiert erfolgen.

Hinweis für die Formulierung

Der Umfang der zulässigen Erprobung wirkt mit weiteren Vorgaben zusammen, um bei risikogeneigten Innovationen die Risiken für Dritte zu minimieren. Er steht im Zusammenhang mit Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung, der materiellen Begrenzung der Erprobung sowie Pflichten, welche die Durchführung der Erprobung begleiten. Die Vorgaben dienen zur **Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten**. Darum sind sie **nicht bei jeder Erprobung in demselben Maße relevant**.

Die Konkretisierung des Umfangs kann aus zwei Gründen die **Leistungsstärke einer Experimentierklausel steigern**. Einerseits kann mit einer gesetzlichen Steuerung des möglichen Umfangs vermieden werden, dass Fachbehörden durch ihr weites Ermessen in Entscheidungsnot geraten. Wenn die gesetzliche Regelung den Fachbehörden ein gutes Gerüst für die behördliche Entscheidung bietet, kann so die Offenheit der Fachbehörden gegenüber Innovationen erhöht werden. Andererseits kann durch die Konkretisierung auch ein unübersichtlicher „Flickenteppich“ an gravierend unterschiedlichen Ermessensspraxen der Fachbehörden vorgebeugt werden, denn sie würde das Ermessen auf Rechtsfolgenseite eingrenzen. Dadurch kann die Planungssicherheit für Innovatoren verbessert werden.

Es bestehen Variationsmöglichkeiten für dieses Element:

- **Offene Formulierung:** Zunächst kann die räumliche und/oder sachliche Begrenzung offen formuliert werden. Das Gesetz gibt dann nur einen weiten Rahmen für die Ermessensausübung auf Rechtsfolgenseite vor. Die Konkretisierung in einer Einzelfallentscheidung läge überwiegend bei der Fachbehörde.

Beispiel

Art. 19 Abs. 1 E-Government-Gesetz Bayern: „Zur Einführung und Fortentwicklung elektronischer Verwaltungsinfrastrukturen kann die Staatsregierung durch Rechtsverordnung **sachlich und räumlich begrenzte** Abweichungen von folgenden Vorschriften vorsehen: [...]“

§ 20 Abs. 1 E-Government-Gesetz Sachsen: „Die jeweils fachlich zuständige oberste Staatsbehörde wird ermächtigt, zur Einführung und Fortentwicklung des E-Governments [...] durch Rechtsverordnung **sachlich oder räumlich begrenzte Ausnahmen von der Anwendung** folgender landesrechtlicher Verwaltungsverfahren- und Verwaltungskosten-regelungen für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren zuzulassen: [...]“

- **Konkretisierte Formulierung:** Weiterhin kann die Begrenzung auch stärker konkretisiert werden. **Dabei ist es besonders sinnvoll, die räumliche und sachliche Begrenzung vom Stadium der Erprobung abhängig zu machen.** Da mögliche und präventiv zu kontrollierende Risiken der Erprobung in einem frühen Erprobungsstadium häufig nicht gänzlich bekannt sind, bieten sich hier zunächst weitergehende Begrenzungen an. Um positive Anreize zu schaffen, sollte vorgesehen werden, den Umfang der Erprobung schrittweise zu erweitern, wenn sich die Erprobung in der Praxis bewährt.

Beispiel

Ein überzeugendes Beispiel für eine räumliche und sachliche Begrenzung des Umfangs der Erprobung mit schrittweise wachsender Erweiterungsmöglichkeit ist die sog. **Gigaliner-Erprobung:** Die probeweise Zulassung von Gigalinnern für den Straßenverkehr erfolgte auf einem bestimmten vorab festgelegten Streckennetz, das teils in der Verordnung selbst, teils in der Anlage zur Verordnung aufgeführt war. Dieses Streckennetz wurde durch mehrere Verwaltungsänderungen während des eigentlichen Erprobungszeitraums von 2011 bis 2016 und auch nach der Regelzulassung schrittweise erweitert und umfasst inzwischen einen Großteil des deutschen Streckennetzes. Eine weitere Erweiterung erfolgte nach Abschluss des Erprobungszeitraums durch Vergrößerung der nach der Verordnung zulässigen Längenmaße der zugelassenen Fahrzeuge.

- Bei **möglicherweise besonders riskanten Erprobungen**, bei deren Unberechenbarkeit oder Unkontrollierbarkeit oder wenn nicht hinreichend Antragsunterlagen für eine Erprobung im öffentlichen Raum vorgelegt werden können, kann es in einem vorgelagerten Testverfahren sinnvoll sein, die **Erprobung zunächst in einem besonders geschützten und kontrollierten Testraum durchzuführen („Sandkasten“ im engeren Sinne)**, um dort zunächst Erfahrungen für eine mögliche spätere Erprobung unter Realbedingungen zu sammeln.

Beispielsweise könnte eine Formulierung aus dem besonders riskanten Bereich der automatisiert fahrenden Eisenbahn lauten:

„Der Umfang der Erprobung wird bezogen auf das Stadium der Erprobung genehmigt. Zu Beginn einer Erprobung soll die Eisenbahn mit einem Triebfahrzeugführer besetzt sein, der bei Bedarf die Funktionen übernehmen kann, und die Erlaubnis soll auf geeignete Teststrecken begrenzt werden. Wenn der Verlauf der Erprobung dem nicht entgegensteht, soll der Umfang der Erprobung schrittweise erweitert werden.“

- c) Begleitende Pflichten

Notwendig

Für die Formulierung einer Experimentierklausel sind die Erprobung begleitende Pflichten auf Rechtsfolgenseite notwendig zu prüfen. Die Pflichten können sich an den Innovator oder an die Fachbehörde richten. In Betracht kommen insbesondere Überwachungs- oder Berichtspflichten sowie die Pflicht zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen. Jedoch müssen begleitende Pflichten nicht in allen Konstellationen zwingend geregelt werden, sie sind jedoch in den meisten Fällen sinnvoll. Das zeigt sich an den Zwecken der begleitenden Pflichten (dazu aa)). Entsprechend der verfolgten Zwecke sind die Pflichten unterschiedlich auszugestalten (dazu bb)).

- aa) Zwecke der begleitenden Pflichten

Überwachungs-, Berichts- oder andere die Erprobung begleitende Pflichten dienen mehreren Zwecken. Zum einen dienen sie dazu, **staatliche Schutzpflichten gegenüber Dritten zu verwirklichen, wenn die Innovationen risikoreich sind**. Denn der Staat hat die Pflicht, bei der Zulassung oder Genehmigung der Erprobung risikobehafteter Innovationen die hierdurch möglicherweise betroffenen Rechtsgüter zu

schützen. Ein Zweck solcher begleitender Pflichten ist also das rechtzeitige Erkennen und Reduzieren von Risiken bei der Erprobung. Dieser Zweck ist verfassungsrechtlich vorgegeben. Hier sollen die begleitenden Pflichten den weiten gesetzgeberischen Spielraum der experimentellen Regelung kompensieren. Wenn Risiken für Dritte gegeben sind, müssen darum begleitende Pflichten geregelt werden. **Um die begleitenden Pflichten formulieren zu können, müssen die Innovationen im Sachbereich auf möglichen Risiken bei der Erprobung untersucht werden.**

Hinweis zur Formulierung

Die Pflichten, welche die Durchführung der Erprobung begleiten, wirken mit weiteren Vorgaben zusammen, um bei risikogeeigneten Innovationen die Risiken für Dritte zu minimieren. Sie stehen im Zusammenhang mit der materiellen Begrenzung der Erprobung, Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung und Vorgaben über den zulässigen Umfang einer Erprobung. Die Vorgaben dienen zur **Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten**. Darum sind sie **nicht bei jeder Erprobung in demselben Maße relevant**.

Zum anderen **bereiten die begleitenden Pflichten die Evaluation der gesetzlichen Regelung vor und effektuieren diese**. Begleitende Pflichten wie Berichts- und Informationspflichten von Innovatoren und Fachbehörden dienen hier dem Zweck, regulatorisches Lernen nach einer Erprobung zu ermöglichen. Berichte und Informationen aus der Anwendungspraxis sind für die Evaluation der Experimentierklausel von großer Bedeutung. Denn aus ihnen lassen sich wertvolle Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit der Klausel und etwaigen Nachbesserungsbedarf ziehen.³⁵⁰ Ziel der begleitenden Pflichten kann also auch die Anpassung bzw. Verbesserung des rechtlichen Rahmens sein. **Solche begleitenden Pflichten müssen sich nicht an der Risikogeeignetheit der Erprobung orientieren**. Stattdessen sollten sie so ausgestaltet sein, dass sie Erkenntnisse für die weitere Rechtsetzung liefern. Sie könnten sich etwa auf die Praktikabilität und Verständlichkeit der Klausel oder die Akzeptanz bei den Anwendern beziehen. Empfehlenswert ist darüber hinaus eine Regelung, die den Informationsfluss von Anwendern und Fachbehörden bis zur Rechtsetzungsinstanz gewährleistet, etwa durch korrespondierende Berichts- oder Weiterlei-

³⁵⁰ Vgl. „Arbeitsprogramm Bessere Rechtssetzung und Bürokratieabbau 2018“, Kabinettsbeschluss der Bundesregierung (2018), S. 2.

tungspflichten der Fachbehörde. **Auf der Grundlage der durch die begleitenden Pflichten erhaltenen Informationen können die Auswirkungen der Innovation während der Erprobung effektiv überwacht und erforderlichenfalls nachgesteuert werden.** Ein weiterer Zweck ist also die Vorbereitung der Verbesserung der Regelung. Eine solche Vorbereitung der Evaluation ist sinnvoll, sie ist aber verfassungsrechtlich nicht zwingend. Schließlich ermöglichen Berichtspflichten auch Rückschlüsse auf den Erfolg der Erprobung selbst und sind damit etwa für die Entscheidung relevant, ob die Innovation nach der Erprobung in den Regelbetrieb überführt werden kann und welchen Risiken hierbei zu begegnen ist.

bb) Varianten der begleitenden Pflichten

Die begleitenden Pflichten sollten entsprechend ihrer Zwecke, der Erfüllung von Schutzpflichten und der Vorbereitung der Evaluation, formuliert werden. Begleitende Pflichten sind erforderlich, wenn Risiken für Dritte aufgrund von staatlichen Schutzpflichten minimiert werden müssen. Sie sind jedoch auch sinnvoll, um die Evaluation vorzubereiten.

Allerdings können begleitende Pflichten in Grundrechte der Wirtschaftsakteure eingreifen.³⁵¹ Sie können gleichwohl in einer Verordnung vorgesehen werden, das verfassungsrechtliche Wesentlichkeitsgebot steht dem nicht entgegen.³⁵² Jedoch müssen sie gerechtfertigt und insbesondere verhältnismäßig sein. **Darum empfiehlt es sich, die Pflichten und ihren Umfang aus den Schutzpflichten heraus auszugestalten bzw. auf das legitime Evaluationsinteresse auszurichten.** Dies wird in den folgenden Absätzen und Beispielen für die risikobezogenen begleitenden Pflichten konkretisiert.

Risikobezogene begleitende Pflichten sollten in Abhängigkeit zur Risikogeneigtheit und dem Stadium der Erprobung ausgestaltet werden.

- Je risikogeneigter eine Innovation ist, desto umfangreicher und tiefergehender können begleitende **Pflichten für die Innovatoren** ausgestaltet sein. Sie können insbesondere auch die wissenschaftliche Untersuchung bzw. Begleitung beinhalten. An wissenschaftlichen Untersuchungen sollten vor allem solche Innovationen in der Erprobung teilnehmen müssen, die wenig erforscht und entweder von besonders hohem gesellschaftlichem Interesse oder von besonders hoher Risikogeneigtheit sind.

³⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 u.a. –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 107, juris — GIGALINER.

³⁵² BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 u.a. –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 107, juris — GIGALINER.

Beispiel

§ 12 Abs. 1 LKWÜberlStVAusN a.F. (01.01.2012): „Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge dürfen am Straßenverkehr nur teilnehmen, wenn mit diesen **an einer wissenschaftlichen Untersuchung** durch die Bundesanstalt für Straßenwesen **teilgenommen** wird.“

- Daneben ist auch die Regelung von **staatlichen Überwachungspflichten** bei risikogeneigten Innovationen unter Umständen geboten. Durch eine begleitende staatliche Überwachung werden die Risiken für Schutzgüter während der Erprobung kontrolliert. Bei einer negativen Entwicklung der Risiken können Behörden zeitnah eingreifen. Sie können die Zulassung oder Genehmigung der Erprobung unter Umständen widerrufen oder als milderer Mittel zunächst den Umfang der Erprobung reduzieren.

Beispiel

§ 10 Abs. 3 Satz 3-5 Vertrauensdienstegesetz: „Die Bundesnetzagentur und das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik **überwachen die Eignung der vorläufig anerkannten Identifizierungsmethoden über den gesamten Zeitraum der vorläufigen Anerkennung**. Werden **durch die Überwachung sicherheitsrelevante Risiken bei der vorläufig anerkannten Identifizierungsmethode erkannt**, so kann die Aufsichtsstelle im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik dem qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter die **Behebung dieser Risiken durch ergänzende Maßnahmen auferlegen**, sofern dies sicherheitstechnisch sinnvoll ist. Lässt sich durch **ergänzende Maßnahmen keine hinreichende Sicherheit** der vorläufig anerkannten Identifizierungsmethode gewährleisten, **so soll die Aufsichtsstelle dem qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter die Nutzung dieser Identifizierungsmethode untersagen**.“

Je risikogeneigter eine Innovation ist, desto umfangreicher und engmaschiger können Überwachungs- und Berichtspflichten ausgestaltet sein. Bei den Intervallen der begleitenden Pflichten sollten zudem das Stadium der Erprobung und die Bekanntheit der Innovation berücksichtigt werden.

In einem früheren Stadium der Erprobung bzw. wenn die Innovationen und ihre Auswirkungen eher unbekannt sind, können ebenfalls engmaschigere Intervalle der begleitenden Pflichten geboten sein. Eine Formulierung könnte zum Beispiel lauten:

„Der Innovator berichtet der Fachbehörde in angemessenen Intervallen über die Weiterentwicklung der Innovation in der Erprobung. Im ersten Jahr sind regelmäßig Intervalle von vier Monaten angemessen. In den Folgejahren sollen die Intervalle vergrößert werden, wenn die Innovation oder der bisherige Verlauf der Erprobung dem nicht entgegenstehen.“

Zudem kommt es darauf an, **passende zeitliche Abstände der Berichtspflichten** zu bestimmen.

- **Offene Formulierung:** Diese können der Fachbehörde überlassen werden, indem ein unbestimmter Rechtsbegriff wie „angemessen“ verwendet wird. Diese offene Formulierung ermöglicht hinreichende Flexibilität.

Beispiel

§ 30 Abs. 2 Landesmediengesetz NRW: „Die LfM soll von den Veranstaltern und Anbietern **in angemessenen zeitlichen Abständen** einen **Erfahrungsbericht** über die laufenden Modell- und Betriebsversuche und nach deren Abschluss eine jeweilige **Auswertung** verlangen.“

- **Konkrete Formulierung:** Daneben können konkrete Zeiträume für Berichtspflichten auch vorgegeben werden, wenn dies zum Sachbereich und den darin erprobten Innovationen passt.

Beispiel

Punkt 4.6 Abs. 5 Koordinierungsrahmen der Gemeinschaftsaufgabe zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur: „Die Länder **berichten dem Unterausschuss jährlich** schriftlich über die Verwendung der Mittel.“

Ob der vorgegebene Zeitraum zum Sachbereich passt, hängt davon ab, ob es einen formalisierten „Takt“ gibt, welcher den Sachbereich strukturiert. Wei-

terhin hängt es von den Innovationen und dem bisherigen Verlauf der Erprobung ab. Wenn zahlreiche und unterschiedliche Innovationen von der Experimentierklausel erfasst werden, erscheint es weniger passend oder möglich, einen für alle Innovationen angemessenen Zeitraum zu fixieren.

Beispielsweise könnte eine Formulierung aus dem besonders riskanten Bereich der automatisiert fahrenden Eisenbahn lauten:

„Das Eisenbahnunternehmen berichtet der Aufsichtsbehörde in angemessenen Intervallen über die Durchführung der Erprobung. Im ersten Jahr sind regelmäßig Intervalle von vier Monaten angemessen. In den Folgejahren sollen die Intervalle vergrößert werden, wenn der bisherige Verlauf der Erprobung dem nicht entgegensteht. Der Bericht enthält insbesondere sicherheitsrelevante Daten.“

Begleitend zu der Erprobung muss der Erprobende an einer wissenschaftlichen Untersuchung über den Fahrbetrieb und dessen dauerhafter Regulierung teilnehmen.“

d) Befristung der Erprobung

Notwendig

Ein zentrales Element von Experimentierklauseln ist die Befristung auf Rechtsgenseite. Die Befristung dient der Absicherung des vorübergehenden Erprobungszwecks der Regelung.

Hinweis zur Formulierung

Die Befristung der Erprobung einer Innovation setzt den vorübergehenden Erprobungscharakter der Experimentierklausel um. Dazu dienen auch Verfahrensvorgaben für diese Entscheidung sowie die Evaluation der Experimentierklausel samt Transfer des Evaluationswissens in die Rechtsetzung und die Befristung der Experimentierklausel.

Es bestehen mehrere Bezugspunkte für die Befristung. Zum einen kommt die Befristung der Experimentierklausel selbst in Betracht (s. dazu E.IV.). Zum anderen ist die

Befristung der behördlichen Entscheidung über die Erprobung ein zentrales Element von Experimentierklauseln. Damit wird der Umfang der Erprobung zeitlich begrenzt. Durch diese zeitliche Begrenzung der Erprobung wird sichergestellt, dass vorübergehende Entscheidungen getroffen werden.

aa) Dauer der Befristung

Die zeitliche Begrenzung der Erprobung, kann unterschiedlich ausgestaltet werden:

- **Keine oder offene Formulierung der Dauer:** Die Befristung muss nicht eigens vorgesehen werden. In diesem Fall wird der Fachbehörde die Entscheidung über die zeitliche Befristung im Rahmen ihres zweckgebundenen Ermessens überlassen. Ähnlich wäre es, wenn nur geregelt würde, dass die Erprobung für eine „angemessene Zeit“ zu befristen ist.

Diese Varianten einer offenen Formulierung belassen den Fachbehörden einen weiten Spielraum. Zum einen kann dadurch eine annähernd gleichmäßig andauernde Erprobung von Innovationen nicht erreicht werden. Dies kann sich auf die Aussagekraft der Erprobung auswirken. Denn es ist möglich, dass zum Teil sehr kurze Befristungen vorgesehen werden, so dass es auf Grund des zeitlichen Umfangs nicht oder kaum möglich ist, behördenübergreifend systematische Aussagen für die Erprobung und deren Evaluation zu treffen. Die Folge wäre überdies ein „Flickenteppich“ unterschiedlichen zeitlichen Umfangs von Behörde zu Behörde, wenn nicht Gerichte die Konkretisierung übernehmen. Damit wären Erprobungen für Innovatoren auch ökonomisch wenig planbar, so dass die Innovationskraft darunter leiden könnte. Gerade bei diesem zentralen Element der Erprobungen sollte darum eine gewisse Vereinheitlichung erfolgen, indem die **Befristung in Experimentierklauseln vorgesehen und angemessen konkretisiert** wird.

- **Formulierung einer konkreten Dauer:** Es kann eine konkrete Dauer in der Experimentierklausel vorgegeben werden. Dadurch wäre der zeitliche Umfang der Erprobung sowohl minimal als auch maximal determiniert. Es wären dann zumindest bei risikogeeigneten Innovationen zunächst eher kleine Erprobungshorizonte mit Verlängerungsmöglichkeit vorzusehen.

Eine Determinierung der Experimentierphase von Anfang an ohne Adaptionsmöglichkeit erscheint jedoch wenig angemessen. Für eine solche Regelung spricht zwar die damit einhergehende Einheitlichkeit sowie Planungssicherheit. Dagegen ist jedoch die mangelnde Flexibilität der Behörde anzuführen, auf die Einzelumstände der zu erprobenden Innovationen einzugehen. Weiterhin ist damit ein höherer Verwaltungsaufwand verbunden, wenn die

Erprobungsentscheidung beispielsweise jedes Jahr verlängert werden müsste. Außerdem dürften von einer sehr kurzen Experimentierphase nur geringe Anreizwirkungen für Innovatoren ausgehen, weil innerhalb eines nur kurzen Zeitrahmens die meisten Innovationen nicht angemessen erprobt werden können und nicht „gerichts feste“ Verlängerungsaussichten mangels Planbarkeit dieses Defizit nicht ausgleichen.

Ein für die zu kurze Experimentierzeit von zunächst 1,5 Jahren kritisiertes Beispiel einer Experimentierklausel ist § 10a des aktuellen Glücksspielstaatsvertrags in der Fassung vom Dritten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 01.01.2020.³⁵³ Zuvor war bei dieser Regelung, die ohne behördliche Entscheidung operiert, eine Experimentierphase von sieben Jahren vorgesehen.

Beispiel

§ 10a Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV: „Um eine bessere Erreichung der Ziele des § 1, insbesondere auch bei der Bekämpfung des in der Evaluierung festgestellten Schwarzmarktes, zu erproben, wird § 10 Abs. 6 auf das Veranstellen von Sportwetten bis zum 30. Juni 2021 nicht angewandt. Im Falle einer Fortgeltung des Staatsvertrages nach § 35 Abs. 2 verlängert sich die Frist bis zum 30. Juni 2024.“

- **Formulierung eines Rahmens:** Im Sinne der Leistungsfähigkeit der Experimentierklausel wäre es ratsam, der Fachbehörde einen Rahmen für die Befristung vorzugeben. **Dieser Rahmen könnte eine regelmäßige maximale und optimalerweise auch eine minimale Dauer der Befristung vorsehen.** Dadurch würde einerseits der Behörde Spielraum belassen, auf die Einzelumstände der zu erprobenden Innovationen einzugehen. Andererseits würden Leitplanken für die Behörde sowie die Innovatoren formuliert werden, auf die sie sich stützen können.

Beispielsweise könnte eine solche Befristung lauten:

„Die Erprobung ist für eine angemessene Zeit zu befristen. In der Regel ist eine Zeit von mindestens zwei, höchstens aber fünf Jahren angemessen.“

³⁵³ S. zu dieser Kritik der EU-Kommission an der kurzen Experimentierphase Lüder, NVwZ 2020, S. 190 (193 f.).

Durch den unbestimmten Rechtsbegriff „angemessen“ wird sichergestellt, dass eine Entscheidung im Einzelfall vorzunehmen ist. **Die Risiken, der Stand ihrer Erprobung sowie der übrige Umfang der Erprobung sollten Determinanten einer „angemessenen“ Dauer der Befristung sein.** Es wird weiterhin ein konkreter Rahmen angegeben, dessen Zahlen variieren können. Durch den Zusatz „in der Regel“ wird zum einen rechtlich die Abweichungsmöglichkeit sichergestellt und zum anderen eine Orientierung für das Ermessen der Behörde gegeben. Eine solche Formulierung ist darum hinreichend innovationsoffen.

bb) Verlängerungsmöglichkeit

Die Rechtsetzung entscheidet auch, ob eine Verlängerungsmöglichkeit nach Ablauf der zeitlichen Begrenzung bestehen soll. Für die Verlängerungsmöglichkeit spricht zum einen, dass die Erprobung von Regelung und Innovation **unvorhergesehene Entwicklungen und Herausforderungen** mit sich bringen können. Diese können entgegen der ursprünglichen Prognose eine andere Erprobungsdauer angemessen erscheinen lassen. Zum anderen erscheint es möglich, dass es **aus rechtlichen, tatsächlichen oder politischen Gründen zum Ende der Erprobung nicht möglich ist, eine dauerhafte Regelung aufzusetzen.** Weiterhin wird eine **innovationsoffene Kultur** etabliert, in der Erprobungen nicht nach dem ersten Anlauf bereits für den Regelbetrieb reif sein müssen. Solche Unwägbarkeiten sind der Natur der Erprobung geschuldet. Daraus resultiert ein **Bedürfnis auch nach zeitlicher Flexibilität**, das sich niederschlagen sollte. Eine Verlängerungsmöglichkeit ist darum sinnvoll.

Wenn eine Verlängerungsmöglichkeit nicht gewünscht sein sollte, kann das Bedürfnis nach zeitlicher Flexibilität auch durch eine längere maximale Befristung umgesetzt werden. Dort wo keine Verlängerungsmöglichkeit besteht, wird es für zulässig erachtet, dass der Gesamtzeitraum der Erprobung aufgeteilt und die Behörde die Genehmigung für bestimmte Zeiträume innerhalb des Gesamtzeitraums „peu à peu“ erteilt.³⁵⁴ Dadurch wird eine gewisse Flexibilität hergestellt. Es kann also bei einer maximalen Begrenzung von vier Jahren zunächst ein Zeitraum von zwei Jahren genehmigt und dann um weitere zwei Jahre „verlängert“ werden. Ein Beispiel für eine solche Regelung ist die Erprobungsklausel für neue Verkehrsarten oder Verkehrsmittel zur Personenbeförderung nach § 2 Abs. 7 PBefG.³⁵⁵

³⁵⁴ Zu § 2 Abs. 7 PBefG: *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Aufl. 2016, Erg. Lfg. 2019, § 2 Rn. 492.

³⁵⁵ Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 01.07.2019 3 Bs 113/19, Rn. 30, juris.

Beispiel

§ 2 Abs. 7 PBefG: „Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften **für die Dauer von höchstens vier Jahren** genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.“

Ein Zeitraum von maximal vier Jahren, wie im obigen Beispiel, ist dafür jedoch zu knapp bemessen. Er dürfte dort nicht ausreichen, wo Innovationen und auch das zu schaffende dauerhafte Regelwerk komplex sind. Angeregt wird daher, eine längere maximale Dauer vorzusehen, wenn komplexe Innovationen in komplexen Sachbereichen erprobt werden sollen.

Jedoch sollten Verlängerungsmöglichkeiten nicht überreizt werden. Die Innovationen sowie ihre Regelung sollen sich in der realen Welt bewähren. Der Regelbetrieb sollte darum das (erreichbare) Ziel sein. Es kann bereits in der gesetzlichen Regelung vorgesehen werden, dass die vorläufige Zulassung oder Genehmigung der Erprobung unter bestimmten vorab zu definierenden Voraussetzungen in den Regelbetrieb übernommen werden „kann“, „soll“ oder „muss“. Von einer solchen Regelung dürfte erhebliche Anreizwirkung für die Innovatoren ausgehen, weil sie dem Innovator die langfristige Nutzung der Innovation in Aussicht stellt. **Aufgrund der eigenen Voraussetzungen einer solchen Regelung wäre eine eigene Klausel zu schaffen.** Eine solche Regelung könnte ansatzweise wie folgt aussehen:

*„¹Erfüllen der Genehmigungsinhaber und die genehmigte Tätigkeit innerhalb eines Zeitraums von [Anzahl] Jahren ab der Bestandskraft der Erprobungsgenehmigung die Voraussetzungen nach Satz 2, so kann die zuständige Behörde dem Genehmigungsinhaber eine Genehmigung für den Regelbetrieb erteilen.
² Voraussetzungen nach Satz 1 sind: [...].“*

cc) Verhältnis zur aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage

Weiterhin ist bei der Ausgestaltung der Befristung zu bedenken, dass nach § 80 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO Widerspruch und Klage auch von Dritten grundsätzlich aufschiebende Wirkung entfalten. Durch die aufschiebende Wirkung ist bei der Erhebung von Rechtsmitteln durch Dritte gegen die Erprobungsgenehmigung zumindest die Vollziehung der Genehmigung gehemmt. Erprobungsgenehmigungen können in dieser Zeit nicht genutzt werden. Dies ist problematisch bei befristeten und

nicht verlängerbaren Erprobungsgenehmigungen.³⁵⁶ Darum sollte das Verhältnis zwischen der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln und der Befristung der Genehmigung geklärt werden; der Konflikt zwischen maximaler Befristung und aufschiebender Wirkung sollte aufgelöst werden. Es sind unterschiedliche Varianten denkbar, um den Konflikt aufzulösen:

- Es kann geregelt werden, dass die aufschiebende Wirkung gegen die Erprobungsgenehmigung entfällt (s. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO). Bei dieser Variante kann die **Erprobung trotz Erhebung eines Rechtsmittels durch Dritte** erfolgen. Diese Variante könnte lauten:

„Die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen die Genehmigung der Erprobung entfällt nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO.“

- Weiterhin kann eine Hemmung der Befristung während der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln Dritter geregelt werden. Dadurch würde der Fristlauf gehemmt durch den Drittwiderspruch oder die Drittanfechtungsklage, für die Dauer der aufschiebenden Wirkung von Drittanspruch oder Drittanfechtungsklage würde also die Frist nicht laufen. Bei dieser Variante kann **keine Erprobung bei Erhebung eines Rechtsmittels durch Dritte** erfolgen. Diese Variante könnte lauten:

„[Regelung zur Befristung, insbesondere ihre Dauer] Der Fristablauf wird gehemmt durch die Erhebung der Klage oder des Widerspruchs gegen die Genehmigung. [Regelung zur Verlängerungsmöglichkeit]“.

- Schließlich kann die Befristung flexibilisiert werden, so dass im Fall der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels der Konfliktfall durch behördliche Verlängerung der Frist entschärft werden kann. Denkbar wäre dies durch die Regelung einer besonderen Verlängerungsmöglichkeit. Bei dieser Variante kann **keine Erprobung bei Erhebung eines Rechtsmittels durch Dritte** erfolgen. Diese Variante könnte lauten:

„[Regelung zur Befristung, insbesondere ihre Dauer und Verlängerungsmöglichkeit ohne Rechtsverfolgung.] Im Falle der Erhebung der Klage oder des Widerspruchs gegen die Genehmigung soll die Dauer der Befristung entsprechend verlängert werden.“

³⁵⁶ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris.

e) Weitere Nebenbestimmungen

Optional

Als optionales Element kann in einer Experimentierklausel auch geregelt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen der Verwaltungsakt zur Zulassung oder Genehmigung der Erprobung mit Nebenbestimmungen versehen werden kann. Die Befristung als ein Unterfall einer Nebenbestimmung wurde bereits behandelt.

Nebenbestimmungen sind unselbstständige Anordnungen, die von der Entscheidung über die Erprobung der Innovation als Hauptregelung abhängen, diese in ihrer Wirkungsweise beschränken oder ergänzen, die Entscheidung über die Erprobung der Innovation selbst jedoch nicht berühren. **Durch Nebenbestimmungen können auf den Einzelfall zugeschnittene, situationsgerechte Lösungen geschaffen werden, die der Behörde weitere Handlungsoptionen eröffnen. Hierdurch kann die Behörde zukünftig Einfluss auf die Erprobung nehmen. Auch dem Innovator zugesagtes Entgegenkommen kann durch Nebenbestimmungen rechtsverbindlich geregelt werden.**

Beispiel

§ 21b Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 20 Absatz 5 LuftVO: „Die Erlaubnis kann natürlichen und juristischen Personen oder Personenvereinigungen allgemein oder für den Einzelfall erteilt werden. **Sie kann mit Nebenbestimmungen versehen, insbesondere mit Auflagen verbunden werden.**“

Eine sondergesetzliche Regelung, wonach die Genehmigung mit Nebenbestimmungen versehen werden kann, ist klarstellender Natur.³⁵⁷ Denn Nebenbestimmungen sind im allgemeinen Verwaltungsrecht in § 36 VwVfG geregelt. Wenn die Behörde dazu ermächtigt wird, eine Ermessensentscheidung zu treffen, darf ein Verwaltungsakt bereits nach § 36 Abs. 2 VwVfG³⁵⁸ oder im Rahmen der fachrechtlichen

³⁵⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 24.05.2006 – 4 C 9/04 –, Rn. 19, juris.

³⁵⁸ Ob § 36 Abs. 2 VwVfG eine Ermächtigungsgrundlage ist, ist umstritten. Dahingehend: Hamburgisches OVG, Urteil vom 24.05.1995 – Bf V 35/94 –, Rn. 38, juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom

Ermächtigung als „Minus“ mit Nebenbestimmungen erlassen werden, die dem Zweck des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufen dürfen (s. § 36 Abs. 3 VwVfG). Die in § 36 VwVfG enthaltenen Bestimmungen verkörpern allgemeine Rechtsgrundsätze und können im gesamten Verwaltungsverfahrensgesetz herangezogen werden. Eine generelle Zulassung von Nebenbestimmungen durch Rechtsvorschriften wie im obigen Beispiel hat darum deklaratorische Natur. Aus Gründen der Normenklarheit sollte die sondergesetzliche Regelung der Nebenbestimmungen zurückhaltend eingesetzt werden.

Denkbar ist, dass durch eine sondergesetzliche Regelung konkretisiert wird, welche Arten von Nebenbestimmungen zulässig sind und unter welchen Voraussetzungen sie möglich sind.³⁵⁹ Das würde den Entscheidungsspielraum der Fachbehörde reduzieren. Ein Beispiel für eine solche Regelung ist § 145 Abs. 4 Satz 1 und 2 BauGB, wonach die dort geregelte Sanierungsgenehmigung nur in bestimmten Fällen bedingt oder befristet werden kann. Eine solche eingrenzende Regelung ist für Experimentierklauseln wegen deren vorläufigen Erprobungscharakters wenig sinnvoll. Zudem soll der Fachbehörde grundsätzlich eher mehr Flexibilität für eine passende Einzelfallentscheidung eröffnet werden.

f) Möglichkeit der Aufhebung

Optional

Die Experimentierklausel kann eine Sondervorschrift über die Aufhebung des Verwaltungsakts über die begünstigende Zulassung oder Genehmigung der Innovation zur Erprobung enthalten. **Da die Aufhebung (§ 43 Abs. 2 Var. 1 VwVfG) durch Rücknahme (§ 48 VwVfG) und Widerruf (§ 49 VwVfG) allgemein geregelt ist, besteht jedoch meist nur ein geringes zusätzliches Regelungsbedürfnis.** Hinzukommt, dass zum Teil bereits spezialgesetzliche Regelungen im Sachbereich bestehen können. Erforderlich ist darum eine genaue Untersuchung des jeweiligen Normbestands.

08.12.2008 – 13 A 2091/07 –, Rn. 16, juris; *Weiß*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2019, § 36, Rn. 82; *Ziekow*, in: Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. 2020, § 36, Rn. 16.

³⁵⁹ S. BVerwG, Urteil vom 24.05.2006 – 4 C 9/04 –, Rn. 19, juris.

Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum ist zudem eingeschränkt, weil einzelne Voraussetzungen, insbesondere Elemente des Vertrauensschutzes, verfassungsrechtlich vorgeprägt sind.³⁶⁰ **Soweit solche allgemeineren Regelungen gelten, ist eine Regelung wie in den „Gemeinsamen Grundsätzen“ zu §§ 21a und 21b LuftVO deklaratorisch und kann darum unterbleiben.**

Beispiel

„Gemeinsame Grundsätze“ zu §§ 21a und 21b LuftVO: „Die Erlaubnis und die Zulassung von Ausnahmen werden, sofern sie nicht durch Allgemeinverfügung erteilt wird, auf einen Zeitraum von längstens zwei Jahren befristet. Eine Verlängerung erfolgt nicht, wenn der Antragsteller im zurückliegenden Erlaubniszeitraum fortgesetzt, vorsätzlich oder in erheblichem Umfang gegen die Festlegungen der Erlaubnis verstoßen hat. **Die Möglichkeit des Widerrufs der Erlaubnis und Zulassung von Ausnahmen während deren Gültigkeit bleibt unberührt.**“

Ob eine über die allgemeinen Regelungen hinausgehende Spezialvorschrift für Aufhebungsmöglichkeiten sinnvoll ist, kann nur für den einzelnen Sachbereich ermittelt und beurteilt werden. Folgende spezielle Regelungen sind insbesondere denkbar:

- **Widerrufsvorbehalt:** Sinnvoll kann es sein, einen Widerrufsvorbehalt nach § 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG zu regeln. Nach dieser Vorschrift kann der Widerruf eines bei Erlass rechtmäßigen Verwaltungsaktes durch Rechtsvorschrift zugelassen werden. Regelmäßig müssen aufgrund des Rechtsstaatsprinzips Gründe für den Widerruf genannt werden. Diese Gründe müssten dem Zweck der Experimentierklausel entsprechen und dürften sich nicht in Widerspruch zu den allgemeinen Regelungen in § 49 VwVfG setzen. Ein Widerrufsvorbehalt für den Fall, dass die im Entscheidungszeitpunkt vorliegenden Genehmigungsvoraussetzungen künftig einmal nicht mehr gegeben sein sollten (vgl. die Sonderregelung in § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG), wird durch die Rechtsprechung als nicht zulässig erachtet. Ein Widerrufsvorbehalt könnte etwa lauten:

„Die Genehmigung ist widerruflich. Neben den in §§ 48, 49 VwVfG genannten Gründen kann die Genehmigung ohne Entschädigung ganz oder teilweise widerrufen werden, wenn die Erprobung nicht innerhalb von zwei Jahren ab Ge-

³⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 16. 12. 1981 – 1 BvR 898/79 –, BVerfGE 59, 128-172, Rn. 82, juris; Müller, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, 47. Ed., 01.04.2020, § 48 Rn. 11.

„Genehmigungserteilung durchgeführt wird oder der erlaubte Umfang der Erprobung erheblich unterschritten wird.“

Der Widerruf aufgrund des Vorbehalts muss aber auch im Einzelfall rechtmäßig und insbesondere verhältnismäßig sein.

- **Gebundene Aufhebung im Einzelfall:** Weiterhin ist etwa eine Sonderregelung denkbar, die das grundsätzliche Ermessen der Behörde bei der Entscheidung über die Aufhebung reduziert. Die Voraussetzungen für eine solche weitgehende Regelung sind jedoch im Einzelfall zu prüfen.

Beispiel

§ 6g Abs. 1 AEG: „Die Genehmigungsbehörde kann bei begründetem Zweifel daran, dass ein Unternehmen, dem sie eine Unternehmensgenehmigung erteilt hat, die Anforderungen der §§ 6a bis 6e erfüllt, jederzeit prüfen, ob es diesen Anforderungen tatsächlich nachkommt. **Die Genehmigungsbehörde hat die Unternehmensgenehmigung zu widerrufen, wenn sie feststellt, dass das Unternehmen den Anforderungen nach Satz 1 nicht nachkommt.**“

IV. Absatz 3: Evaluation samt Transfer und Befristung der Experimentierklausel

Muster Experimentierklausel
Abs. 1: [Erprobungszweck].
Abs. 2: Tatbestand und Rechtsfolge.
Abs. 3: [Evaluation samt Transfer]. Befristung der Klausel.
Abs. 4: [Verordnungsermächtigung bzw. Nennung der Rechtsgrundlage].

Für das mit einer Experimentierklausel verbundene Ziel, über die Regulierung sowie die Innovation in der Erprobung zu lernen, ist zwingend die Evaluation samt Transfer des Evaluationswissens in den Rechtsetzungsprozess zu regeln. Das legt das Verfassungsrecht nahe. Zudem kann die gesetzliche Klausel befristet werden. In beiden Elementen kommt zum Ausdruck, dass die Experimentierklausel Erprobungscharakter hat. Beide Elemente gewährleisten eine dynamische Regelung, einerseits durch Wissen (Evaluation samt Transfer) und andererseits durch den Anreiz für die Rechtsetzung, sich wieder mit der Regelung zu befassen (Befristung).

1. Evaluation und Transfer

Notwendig

Die Experimentierklausel bedarf einer Evaluierung. Darum ist eine Regelung zu treffen, welche die Pflicht zur Evaluierung statuiert. Das Bedürfnis ergibt sich aus dem Zweck von Experimentierklauseln, die Erprobung von Innovationen aktiv mit regulatorischem Lernen zu verbinden. Verbunden damit ist die Frage, inwieweit die einzelnen Reallabore auf Grundlage der Experimentierklausel wirksam und rechtssicher erprobt werden können. Schließlich erfordert auch die besondere Weite des gesetzgeberischen Spielraums bei experimenteller Gesetzgebung eine Evaluierung. Nimmt der Gesetzgeber diesen weiten Spielraum in Anspruch, muss er im Gegenzug auch die Auswirkungen der experimentellen Regelung überwachen, evaluieren und gegebenenfalls überarbeiten. Ausgehend hiervon hat Evaluation drei Bezugspunkte:

- Die **Evaluation der Experimentierklausel** dient dazu festzustellen, ob die Experimentierklausel mit ihren einzelnen Elementen richtig – also ausgewogen, gegenstandsangemessen und leistungsstark – ausgestaltet ist.
- Eng damit verknüpft ist die **Evaluation der einzelnen Reallabore**, die auf Grundlage der Experimentierklausel durchgeführt werden. Sie dient dazu festzustellen, wie die Experimentierklausel genutzt wird.

- Die **Evaluation des Gesetzes**, in dem die Experimentierklausel verankert ist, dient dazu festzustellen, ob der gesetzliche Rahmen, in dem sich die Experimentierklausel bewegt, angepasst werden muss.

Hinweis für die Formulierung

Die Evaluation der Experimentierklausel samt Transfer des Evaluationswissens in die Rechtsetzung setzt den vorübergehenden Erprobungscharakter der Experimentierklausel um. Dazu dienen auch Verfahrensvorgaben für die Entscheidung über die Erprobung, die Befristung der Erprobung sowie die Befristung der Experimentierklausel.

Entsprechend der Zwecke von Evaluierung und Transfer sind mehrere Bestandteile und Varianten der Regelung denkbar und sinnvoll:

- **Ziele:** Die Evaluation soll Aufschluss darüber geben, ob und inwieweit die Ziele der Regelung erreicht werden, wie die Regelung nachzubessern ist sowie ob und in welchem Umfang sie in den Regelbetrieb überführt werden kann.³⁶¹ **Dafür muss die Evaluation nicht nur die Anwendung der Experimentierklausel durch die Verwaltung in den Blick nehmen, sondern auch ihre Wirkung auf die einzelnen Erprobungen in den Reallaboren. Es empfehlen sich darum komplementär begleitende Pflichten, wie die bereits erwähnten Berichtspflichten oder Verpflichtungen zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen für die Innovatoren (dazu E.III.2.c)).**

Beispiel

§ 12 Abs. 1 LKWÜberlStVAusnV a.F. von 2012: „Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge dürfen am Straßenverkehr nur teilnehmen, wenn mit diesen an einer wissenschaftlichen Untersuchung durch die Bundesanstalt für Straßenwesen teilgenommen wird.“

³⁶¹ *Smeddinck*, Integrierte Gesetzesproduktion (2006), S. 405; vgl. zum Ziel der Gesetzesevaluation *Schnabel*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Auflage (Stand 2020), § 14 Rn. 8.

Werden die so gewonnenen regulatorischen Erkenntnisse aus der Erprobung in den Rechtsetzungsprozess eingespeist, tragen sie maßgeblich zur verständlichen und zielgenauen Ausgestaltung des Rechts bei.³⁶² Neben der Praxis der Innovatoren sollte auch die Praxis in der Verwaltung und vor Gericht untersucht werden.³⁶³

Es bietet sich darum an, in der Experimentierklausel selbst oder in der Begründung des Regelungsvorhabens die **Ziele** aufzuführen, die der Evaluierung zugrunde gelegt werden und welche Kriterien für die Zielerreichung dabei voraussichtlich herangezogen werden.³⁶⁴ Zudem kann detailliert geregelt werden, welche **Inhalte** nach welchen **Methoden** und **an wen** berichtet werden müssen, um diese Ziele zu erreichen.

Beispiel

§ 21 Sächsisches E-Government-Gesetz:

„(1) Die Staatsregierung legt dem Landtag im Jahr 2021 einen Bericht vor, in dem sie darlegt, 1. welche Auswirkungen dieses Gesetz insbesondere auf die Entwicklung des E-Governments im Freistaat Sachsen hat, 2. welche Projekte auf der Basis der Experimentierklausel des § 20 durchgeführt wurden, 3. wie sich Datenschutz und Barrierefreiheit in den informationstechnischen Systemen des Freistaates Sachsen entwickelt haben, 4. welche Kosten und Nutzen bei der Umsetzung dieses Gesetzes entstanden sind und 5. ob eine Weiterentwicklung der Vorschriften dieses Gesetzes erforderlich ist. Bei der Evaluierung ist auch die Perspektive der Nutzer der E-Government-Angebote, insbesondere der Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen, zu berücksichtigen.“

- **Beginn:** Die Evaluierungsklausel sollte vorsehen, wann die Evaluation beginnt. Die Evaluierung sollte eine angemessene Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes

³⁶² Vgl. „Arbeitsprogramm Bessere Rechtssetzung und Bürokratieabbau 2018“, Kabinettsbeschluss der Bundesregierung (2018), S. 2.

³⁶³ Vgl. zur Evaluation nach § 14 S. 2 IFG *Schnabel*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Auflage (Stand: 01.02.2020), § 14 Rn. 8.

³⁶⁴ Vgl. Konkretisierung der Konzeption zur Evaluierung neuer Regelungsvorhaben vom 23. Januar 2013 durch den Staatssekretärsausschuss (2019), Nr. 1, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975232/1698788/784303d11758802127d37fc38f49dc8a/2019-11-27-beschluss-evaluierung-data.pdf?download=1>.

im Wege einer Ex-post-Evaluation erfolgen.³⁶⁵ **Um aussagekräftige Informationen aus der Anwendungspraxis erhalten zu können, sollte die Evaluation nicht vor dem Abschluss einer Erprobung beginnen.** Die Festlegung eines genauen Starttermins ist nach unserer Einschätzung jedoch nicht erforderlich.

- **Zuständigkeit:** Die Klausel wird meist Vorgaben über die für die Evaluation zuständige Stelle enthalten. Es bietet sich an, die Evaluierung einer Behörde zu übertragen, die der für die Erprobung zuständigen Behörden übergeordnet ist und die von mehreren Behörden Informationen sammeln kann.

Beispiele

§ 14 Satz 2 Informationsfreiheitsgesetz: „Der Deutsche Bundestag wird das Gesetz ein Jahr vor Außerkrafttreten **auf wissenschaftlicher Grundlage evaluieren.**“

§ 1c Straßenverkehrsgesetz: „Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur **wird die Anwendung der Regelungen** in Artikel 1 des Gesetzes vom 16. Juni 2017 (BGBl. I S. 1648) nach Ablauf des Jahres 2019 **auf wissenschaftlicher Grundlage evaluieren.** Die Bundesregierung unterrichtet den Deutschen Bundestag über die Ergebnisse der Evaluierung.“

Geregelt werden sollte zudem, dass im Rahmen eines zu genehmigenden Reallabors der Genehmigungsinhaber einen Verantwortlichen benennt, der für die Evaluation des Reallabors und die Übermittlung erforderlicher Informationen an die zuständige staatliche Stelle verantwortlich ist. Dies ist für den **Wissenstransfer** aus dem einzelnen Reallabor in eine übergeordnete Evaluation der Experimentierklausel und des Gesetzes, in dem diese verankert ist, essentiell.

- **Berichtspflicht:** Optional kann die Klausel regeln, wem und ggf. wann ein Bericht über die gewonnenen Erkenntnisse vorzulegen ist. Wird eine Frist geregelt, muss diese angemessen sein und sollte sich am Umfang der auszuwer-

³⁶⁵ *König*, Evaluierung als Kontrolle der Gesetzgebung, Speyerer Forschungsberichte (1983), S. 9; vgl. zur Ex-post-Evaluation für Regelungsvorhaben auf Bundesebene den Bericht der Bundesregierung „Bessere Rechtsetzung 2013: Erfolge dauerhaft sichern – zusätzlichen Aufwand vermeiden“, S. 24, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/455130/b106b3daa1f62a09c65e5f2f6add643b/2013-03-18-jb-2013-data.pdf?download=1>.

tenden Daten orientieren. Durch den Bericht an eine andere Stelle werden dieser die regulatorischen Problem- und Entwicklungsfelder aufgezeigt. Dieser Wissenstransfer ist elementar für die Verbesserung des Regelwerks im Rechtsetzungsprozess.

Beispiel

§ 1c Straßenverkehrsgesetz: „Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird die Anwendung der Regelungen [...] auf wissenschaftlicher Grundlage evaluieren. **Die Bundesregierung unterrichtet den Deutschen Bundestag über die Ergebnisse der Evaluierung.**“

2. Befristung der Experimentierklausel

Optional

Als optionales Element kann der Geltungszeitraum der Experimentierklausel durch eine Befristung begrenzt werden. Eine solche Regelung wird auch „Sunset-Klausel“ genannt.

Hinweis zur Formulierung

Die Befristung der Experimentierklausel setzt den vorübergehenden Erprobungscharakter der Experimentierklausel um. Dazu dienen auch Verfahrensvorgaben für die Entscheidung über die Erprobung, die Befristung der Erprobung sowie die Evaluation der Experimentierklausel samt Transfer des Evaluationswissens in die Rechtsetzung.

Eine zeitliche Befristung der Experimentierklausel ist sinnvoll, soweit sie selbst erprobt werden soll. Durch eine befristete Experimentierklausel können Regulierungsformen für einen bestimmten Zeitraum auf ihre Effektivität und Praktikabilität hin getestet werden, ohne dass sich der Gesetzgeber in Bezug auf das gewählte Regulierungsinstrument bereits endgültig festlegt. Stellt sich die Norm als obsolet oder

ineffektiv heraus, fällt diese durch Zeitablauf automatisch weg. Bewährt sich die Norm hingegen in der Praxis, muss sich der Gesetzgeber spätestens nach Ablauf der Geltungsdauer damit auseinandersetzen, ob die Klausel erneuert oder als unbefristete Norm erlassen werden kann oder ob Anpassungen erforderlich sind. Aus der Befristung ergibt sich also die Notwendigkeit, dass sich die Rechtsetzung zu einem bestimmten Zeitpunkt mit der Experimentierklausel erneut befasst. Es ist darum sinnvoll, die Regelung der Evaluation und des Transfers mit der Befristung der Experimentierklausel abzustimmen. **Es müsste eine angemessen lange Geltungsdauer vorgesehen werden. Diese sollte so gewählt sein, dass auf Grundlage der Experimentierklausel eine aussagekräftige Anzahl an Erprobungen zugelassen und durchgeführt werden kann.** Denn die aus der Praxisanwendung gewonnenen Erkenntnisse bieten eine wertvolle Grundlage für die Bewertung der Praktikabilität der Experimentierklausel. Eine sinnvolle Befristungsdauer des Gesetzes sollte ein Minimum von fünf Jahren nicht unterschreiten.

Beispiel

§ 13 Abs. 1 und 2 LKWÜberStVAusV a.F.:

„(1) Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2012 in Kraft.

(2) Sie tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2016 außer Kraft.“

Es ist aber auch zu bedenken, dass sich die Befristung negativ auf Innovationen auswirken kann. In Bezug auf längerfristig zu planende Innovationen, deren Erprobung erst nach Ablauf der Geltungsdauer der Klausel stattfinden könnte, wirkt sich eine zeitliche Begrenzung daher möglicherweise hemmend aus. Je nach Dauer der Befristung kann den Innovatoren langfristige Planungssicherheit fehlen.

V. Absatz 4: Verordnungsermächtigung bzw. Nennung der Rechtsgrundlage



Nicht alle Vorgaben für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle müssen in einem Parlamentsgesetz geregelt werden. Stattdessen besteht vielfach die optionale Möglichkeit, die Experimentierklausel ganz oder in Teilen durch eine Rechtsverordnung zu regeln. Für diese komplette oder teilweise Delegation der Rechtsetzungsbefugnis bestehen besondere Regelungen, die für eine rechtssichere Formulierung zu beachten sind.

Rechtsverordnungen sind abstrakt-generelle Regelungen mit Außenwirkung der Exekutive. Ein parlamentarisches Verfahren ist für den Erlass einer Rechtsverordnung nicht zu durchlaufen. Darum können Rechtsverordnungen den parlamentarischen Gesetzgeber bei der Rechtsetzung entlasten. Weil sie zugleich leichter verändert werden können, stehen sie auch für **effektive Steuerung bei gleichzeitig erhöhter Flexibilität**. Im Kontext der Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen bieten sich Rechtsverordnungen darum aus mehreren Gründen an:

- Die Regelung durch Rechtsverordnung empfiehlt sich insbesondere dort, wo **Elemente zur Reduzierung der mit der Erprobung verbundenen Risiken auf das vertretbare Mindestmaß** in ihren Grundzügen flexibel formuliert werden. Einzelheiten dieser Elemente können in einer Rechtsverordnung konkretisiert werden. Dies ist denkbar bei risikobasierten Verfahrensvorgaben für die Genehmigung einer Erprobung, der materiellen Begrenzung einer Erprobung, dem zulässigen Umfang einer Erprobung und den die Durchführung der Erprobung begleitenden Pflichten. Diese Vorgaben bilden ein Gefüge zur Verwirklichung staatlicher Schutzpflichten. Die Abstimmung, die zwischen den risikobasiert flexiblen Vorgaben zu treffen ist, kann in einer Rechtsverordnung erfolgen. Der Vorteil liegt darin, dass solche Regelungen einfacher angepasst werden könnten, wenn sich grundlegende Annahmen, wie beispielsweise Risikoeinschätzungen im Laufe der Erprobung – mitunter sogar mehrfach und in kurzen zeitlichen Abfolgen – ändern.
- Darüber hinaus bietet sich die Steuerung durch eine Rechtsverordnung auch allgemein an, um die **Verwaltung zusätzlich zu lenken**. Zur verbesserten Steuerung kann eine gesetzliche Experimentierklausel, die unbestimmte Rechtsbegriffe und andere Flexibilisierungen enthält, durch untergesetz-

liches Regelwerk wie Rechtsverordnungen **konkretisiert** werden. Dies dient einer **vereinheitlichten Behördenpraxis und einer Verfahrensbeschleunigung**. Den zuständigen Behörden wird es dadurch erleichtert, Entscheidungen zugunsten der zu erprobenden Technologien und Geschäftsmodelle zu treffen; gleichzeitig laufen sie nicht Gefahr, mit der Bewertung der komplexen Erprobungsbedingungen allein gelassen zu werden. Grundsätzlich kann gelten: Je komplexer der Regelungsbereich ausfällt, desto konkreter sollte die Verwaltungslenkung durch untergesetzliches Regelwerk ausfallen.

- In zahlreichen Fällen kann eine **Experimentierklausel auch vollständig in einer Rechtsverordnung** geregelt werden. Dies bietet sich insbesondere bei vielgestaltigen und sich rasch ändernden Materien an. Die Delegation auf die Verwaltung ermöglicht sachnahe Präzisierungen und schnelle Anpassungen des Regelwerks. Die sogleich dargestellten Anforderungen müssen jedoch genau geprüft werden. Daraus kann sich ergeben, dass angesichts der betroffenen Rechtsgüter grundlegende Aspekte im Parlamentsgesetz niedergelegt sein müssen, das die Verordnungsermächtigung enthält.

Rechtsverordnungen sind nicht grenzenlos möglich, sondern bewegen sich innerhalb der durch die Gewaltenteilung, den Parlamentsvorbehalt, das Demokratieprinzip und die Grundrechte vorgezeichneten Grenzen und sind speziell durch Art. 80 GG geregelt. Zentrale Anforderungen sind dem Parlamentsvorbehalt als Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes und Art. 80 GG zu entnehmen.³⁶⁶

***Hintergrundinformation:** Der **Parlamentsvorbehalt**³⁶⁷ wurzelt im Demokratiegebote sowie im Rechtsstaatsprinzip. Er gebietet, dass in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber getroffen werden. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Grundrechtsausübung.³⁶⁸ Dabei betrifft die Normierungspflicht nicht nur die Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt werden muss, sondern*

³⁶⁶ S. zum kumulativen Erfordernis der beiden Anforderungen BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, juris Rn. 76 – Aufgabenübertragung Oberfinanzdirektion; BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 131 – Wahlcomputer.

³⁶⁷ Hierzu im Detail oben in D.III.1.b).

³⁶⁸ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 132 – Wahlcomputer; BVerfG, Urteil vom 08. August 1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, juris Rn. 126 – Kalkar I; BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1982 – 1 BvR 1470/80 –, BVerfGE 61, 260-291, juris Rn. 75; BVerfG, Beschluss vom 06. Juni 1989 – 1 BvR 727/84 –, BVerfGE 80, 124-137, juris Rn. 21 – staatliche Presseförderung; BVerfG, Urteil vom 06. Juli 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1-45, juris Rn. 135 f. – Hennenhaltungsverordnung.

auch, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben.³⁶⁹ Doch auch wenn Grundrechte betroffen sind, müssen nicht alle Details durch ein Parliamentsgesetz bestimmt werden. Ob eine Regelung wesentlich ist, wird danach beurteilt, wie sie sich mit Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstands auf die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere die dort verbürgten Grundrechte auswirkt. Das kann einerseits jenseits der klassischen Eingriffskonstellation der Fall sein, wenn grundrechtlich geschützte Interessen miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen. Andererseits müssen auch in Eingriffskonstellationen nicht alle Details durch Parliamentsgesetz bestimmt werden, sondern können u.a. nach der Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 GG durch Rechtsverordnung der Exekutive geregelt werden.

Bei einer Regelung durch Rechtsverordnung sind zudem die Grenzen des Art. 80 GG zu beachten. Die Vorschrift bildet den zentralen Rahmen für den Erlass von Rechtsverordnungen, die auf einer bundesgesetzlichen Regelung beruhen. Sie enthält u.a. Anforderungen an das Gesetz, welches zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Danach müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz bestimmt werden. Mit anderen Worten muss der Gesetzgeber also selbst entscheiden, welche Fragen innerhalb welcher Grenzen und mit welchem Ziel durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen.³⁷⁰ Die Verordnungsermächtigung muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich formuliert und gefasst sein; sie hat von Verfassungs wegen nur hinreichend bestimmt zu sein.³⁷¹ Es genügt, wenn die Grenzen der Ermächtigung durch Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsgrundsätze bestimmbar

³⁶⁹ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 132 – Wahlcomputer; BVerfG, Urteil vom 06. Juli 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1-45, juris Rn. 135 f. – Hennenhaltungsverordnung.

³⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 133 – Wahlcomputer; BVerfG, Beschluss vom 10. Juni 1953 – 1 BvF 1/53 –, BVerfGE 2, 307-336, juris Rn. 84 – Änderung von Gerichtsbezirken; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 1956 – 1 BvL 54/55 –, BVerfGE 5, 71-77, juris Rn. 19 – Verordnungsermächtigung; BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 1968 – 2 BvL 15/65 –, BVerfGE 23, 62-74, juris Rn. 35 – Erfindervergütung.

³⁷¹ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 133 – Wahlcomputer; BVerfG, Beschluss vom 25. November 1980 – 2 BvL 7/76 –, BVerfGE 55, 207-244, juris Rn. 86 - Nebentätigkeit der Beamten; BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1981 – 1 BvR 640/80 –, BVerfGE 58, 257-283, juris Rn. 62-63 – Schulausschluss; BVerfG, Beschluss vom 03. November 1982 – 2 BvL 28/81 –, BVerfGE 62, 203-216, juris Rn. 20 f.

*sind; dabei sind Zielsetzung des Gesetzes, Sinnzusammenhang mit anderen Bestimmungen und Entstehungsgeschichte des Gesetzes von Bedeutung.*³⁷²

*Im Einzelnen hängen die Bestimmtheitsanforderungen von den Besonderheiten des Regelungsgegenstandes und der Intensität der Maßnahme ab:*³⁷³

- *Das Bundesverfassungsgericht stellt **geringere Anforderungen** an den Bestimmtheitsgrad der Verordnungsermächtigung **für Sachverhalte, die vielgestaltig und schnellen Veränderungen unterworfen sind.***
- *Dagegen legt das Bundesverfassungsgericht **höhere Maßstäbe** an den Bestimmtheitsgrad der Verordnungsermächtigung **bei Regelungen an, die mit intensiveren Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verbunden sind.***³⁷⁴

Für die Formulierung von Experimentierklauseln bedeutet dies, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Verordnungsermächtigung variieren. Sie hängen insbesondere von den Risiken bei der Erprobung von Innovationen ab:

*Einerseits ist der rechtliche Kontext von Experimentierklauseln für die Erprobung von digitalen Innovationen in aller Regel dynamisch und komplex, meist durch die Digitalisierung geprägt.*³⁷⁵ *Es wird sich darum meist um einen vielgestaltigen und schnellen Veränderungen unterworfenen Sachverhalt der Verordnungsermächtigung handeln. Dafür spricht auch der temporäre Erprobungscharakter einer Regelung. Vor diesem Hintergrund sind geringere Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Verordnungsermächtigung zu stellen.*

³⁷² BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 133; BVerfG, Beschluss vom 12. November 1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, juris Rn. 193-194 – Preisgesetz; BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 1968 – 2 BvL 15/65 –, BVerfGE 23, 62-74, juris Rn. 36 - Erfindungsvergütung; BVerfG, Beschluss vom 25. November 1980 – 2 BvL 7/76 –, BVerfGE 55, 207-244, juris Rn. 86 – Nebentätigkeit der Beamten; BVerfG, Beschluss vom 14. März 1989 – 1 BvR 1033/82 –, BVerfGE 80, 1-39, juris Rn. 58 – Multiple Choice Prüfung.

³⁷³ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 133; BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1981 – 1 BvR 640/80 –, BVerfGE 58, 257-283, juris Rn. 62 – Schulausschluss; BVerfG, Beschluss vom 03. November 1982 – 2 BvL 28/81 –, BVerfGE 62, 203-216, juris Rn. 20 f.; BVerfG, Beschluss vom 01. Juli 1987 – 1 BvL 21/82 –, BVerfGE 76, 130-143, juris Rn. 41 – Pauschalgebührenregelung Sozialgerichtsverfahren.

³⁷⁴ BVerfG, Urteil vom 03. März 2009 – 2 BvC 3/07 –, BVerfGE 123, 39-88, juris Rn. 133.

³⁷⁵ S. zum Nachlesen der Gründe, die die Annahme einer vielgestaltigen und schnellen Veränderungen unterworfen Fallgestaltung stützen, im Detail oben der Kontext in D.II.1-4.

*Weiterhin betreffen Experimentierklauseln in der Regel weniger Grundrechte als Abwehrrechte, so dass die Sachverhalte nicht primär von Eingriffen in Grundrechte geprägt sind. Allerdings ist die Thematik durch die **grundrechtlichen Schutzpflichten** getrieben. Diese hängen von den **Risiken der Innovationen** ab.³⁷⁶ Darum ist genau zu prüfen, wie risikointensiv die zu erprobenden Innovationen sind, für die eine Experimentierklausel geschaffen werden soll. In Übertragung der obigen Grundsätze dürften höhere Bestimmtheitsanforderungen an die Verordnungsermächtigung zu stellen sein, je umfangreicher die Schutzpflichten sind und je höherwertiger die Schutzgüter sind.*

Für den Fall, dass die Experimentierklausel gesetzlich geregelt wird und in einer zusätzlichen Rechtsverordnung Elemente näher konkretisiert werden sollen, muss die Experimentierklausel eine Verordnungsermächtigung enthalten. Diese Verordnungsermächtigung hat den geschilderten Anforderungen des Parlamentsvorbehalts und des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu genügen. Daneben ist in der Rechtsverordnung die gesetzliche Rechtsgrundlage anzugeben (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG).

Beispiel

§ 6 StVG Abs. 1 Nr. 2 lit. a StVG:

„Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen über [...]

Nr. 2: die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr einschließlich Ausnahmen von der Zulassung, die Beschaffenheit, Ausrüstung und Prüfung der Fahrzeuge, insbesondere über [...]

lit. a: Voraussetzungen für die Zulassung von Kraftfahrzeugen und deren Anhänger, vor allem über Bau, Beschaffenheit, Abnahme, Ausrüstung und Betrieb, Begutachtung und Prüfung, Betriebserlaubnis und Genehmigung sowie Kennzeichnung der Fahrzeuge und Fahrzeugteile, um deren Verkehrssicherheit zu gewährleisten und um die Insassen und andere Verkehrsteilnehmer bei einem Verkehrsunfall vor Verletzungen zu schützen oder deren Ausmaß oder Folgen zu mildern (Schutz von Verkehrsteilnehmern)“.

Für den Fall, dass die Experimentierklausel als Rechtsverordnung geregelt werden soll, ist u.a. darauf zu achten, dass in der Rechtsverordnung die gesetzliche Rechtsgrundlage genannt wird (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG) und es ist zu prüfen, ob sich die

³⁷⁶ S. zu der grundrechtlichen Schutzpflichtendimension bei Erprobungen im Detail D.IV.2.a) und zu den nur flankierenden Eingriffen bei Erprobungen D.IV.2.b).

gesetzliche Verordnungsermächtigung in den geschilderten Grenzen des Parlamentsvorbehalts sowie des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hält und auch im Übrigen wirksam ist. Zudem muss sich die Rechtsverordnung in den Grenzen der Verordnungsermächtigung halten.
