

GUTACHTEN

Noerr

Noerr LLP
Charlottenstraße 57
10117 Berlin
Deutschland
T +49 30 20942000
F +49 30 20942094
www.noerr.com

Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Möglichkeiten einer „General-klausel“ zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle (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

März 2020

Alicante
Berlin
Bratislava
Brüssel
Budapest
Bukarest
Dresden
Düsseldorf
Frankfurt/M.
Hamburg
London
Moskau
München
New York
Prag
Warschau

Executive Summary

- Der Gesetzgeber kann experimentelle Regelungen flexibel und auch generalklauselartig ausgestalten, und zwar je nach den Erfordernissen der Sachbereiche und den Zwecken der Regelung; er verfügt über einen **weiten Prognose-, Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum**.
- **Innovative Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters** sind wegen ihrer Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit für eine solche experimentelle Gesetzgebung geeignet.
- Der Bundesgesetzgeber verfügt über additive **Gesetzgebungsbefugnisse**, auf deren Grundlage er eine breit ausgestaltete „Generalexperimentierklausel“ – in gewissen Grenzen – umsetzen kann. Wichtig ist dabei insbesondere das „**Recht der Wirtschaft**“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG).
- Dabei sind auch experimentelle Regelungen **hinreichend bestimmt und rechtssicher** auszugestalten. Insbesondere muss der Gesetzgeber die durch die experimentelle Regelung berührten Güter und Interessen berücksichtigen und Risiken wirksam einhegen (**Schutzpflichten**). Dies bemisst sich nach Innovationsbereich, Schutzgut und Risikogeneignetheit der Innovation.
- Damit eine Experimentierklausel Innovationen **wirksam fördern** kann, muss der Gesetzgeber sie zugleich **hinreichend leistungsstark** formulieren. Innovator und Verwaltung müssen verlässlich erkennen können, unter welchen Voraussetzungen eine Innovation erprobt werden kann. In der **Anwendungspraxis** ist dies ein Problem. Experimentierklauseln sollten daher Erprobungsbedingungen hinreichend präzise regeln und einheitliche Anwendung fördern (**Verwaltungslenkung**).
- **Ausgehend hiervon unterbreiten wir einen Handlungsvorschlag mit drei Variationsmöglichkeiten:**
- **„Große Lösung“ (Variante A):** Der Bund schafft ein umfassendes Regelwerk für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle im Reallabor (**Reallabore-Gesetz**). Die Erprobung von Innovationen wird dadurch verstetigt und verbessert: Innovationen werden gleichbehandelt gefördert, wiederkehrende Entscheidungsprozesse standardisiert, Fachbehörden entlastet und Verfahren beschleunigt. Die Regelung unterscheidet drei Stufen:
 - **Stufe 1** regelt als Vorprüfung, ob eine Innovation im Reallabor erprobt werden soll (**Zulassung zum Reallabor**). Zuständig ist der Bund, die Fachbehörde wird beteiligt.
 - **Stufe 2** regelt, in welchem Umfang Innovationen im Reallabor erprobt werden dürfen (**Durchführung des Reallabors**). Sie enthält **fachgesetzliche Experimentierklauseln** in Bundeskompetenz. Zuständig sind die Fachbehörden.
 - **Stufe 3** regelt die **Evaluation** des Gesetzes und den Transfer des Evaluations-Wissens in den Rechtsetzungsprozess. Dies ermöglicht es, das Regelwerk effektiv zu verbessern und die Erprobungsnorm ggf. in den Regelbetrieb zu überführen.
- **„Mittlere“ und „kleine Lösung“ (Varianten B und C):** Das Regelwerk folgt dem gleichen gestuften Regelungsansatz wie in Variante A (3-Stufen-Modell). Sie sehen aber vor, dass Stufe 2 (Durchführung des Reallabors) ganz oder teilweise in den jeweiligen Fachgesetzen geregelt wird.
- **Keine Handlungsoption** ist eine von Sektoren losgelöste, ganz **„Allgemeine Generalexperimentierklausel“** zur Erprobung von Innovationen. Sie wäre angesichts ihrer **Unbestimmtheit** verfassungsrechtlich zweifelhaft und entbehrte der für die Praxis erforderlichen **Leistungsstärke**.

ÜBERSICHT

A.	Sachverhalt und Fragestellung	8
B.	Zusammenfassung	9
C.	Rechtlicher Kontext.....	20
I.	Hohe Dynamik und Komplexität	20
II.	Eigenart digitaler Innovationen verlangt nach Flexibilität und Informationsgewinnung	22
III.	Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter	22
IV.	Folgen für die Ausgestaltung innovationsoffener Regulierung.....	25
D.	Begriffsbestimmung und funktionale Abgrenzung der „Generalexperimentierklausel“	27
I.	Begriff und Funktionen experimenteller Gesetzgebung.....	27
II.	Begriff und Funktionen von Generalklauseln.....	29
III.	Synthese: Experimentelle Gesetzgebung in Gestalt einer Generalklausel	30
E.	Rechtliche Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“	33
I.	Rechtliche Spielräume für die Verwirklichung von General- und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen	33
II.	Durch die „Generalexperimentierklausel“ berührte Güter und Interessen	69
III.	Ausgestaltung und Anwendungspraxis: Bedingungen für eine leistungsstarke „Generalexperimentierklausel“	96
F.	Handlungsvorschlag mit Variationsmöglichkeit zur Verwirklichung der „Generalexperimentierklausel“	125
I.	Wesentliche Parameter zur Schaffung rechtssicherer und leistungsstarker experimenteller Gesetzgebung.....	125
II.	Keine (rechtssichere oder leistungsstarke) Handlungsoption: Eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ zur umfassenden Regelung der Erprobung von Innovationen in sämtlichen Sektoren und Regelungsbereichen	130
III.	Handlungsvorschlag: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore.....	133

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Sachverhalt und Fragestellung	8
B.	Zusammenfassung	9
C.	Rechtlicher Kontext.....	20
I.	Hohe Dynamik und Komplexität	20
II.	Eigenart digitaler Innovationen verlangt nach Flexibilität und Informationsgewinnung	22
III.	Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter	22
IV.	Folgen für die Ausgestaltung innovationsoffener Regulierung.....	25
D.	Begriffsbestimmung und funktionale Abgrenzung der „Generalexperimentierklausel“	27
I.	Begriff und Funktionen experimenteller Gesetzgebung.....	27
II.	Begriff und Funktionen von Generalklauseln.....	29
III.	Synthese: Experimentelle Gesetzgebung in Gestalt einer Generalklausel	30
E.	Rechtliche Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“	33
I.	Rechtliche Spielräume für die Verwirklichung von General- und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen	33
1.	Verfassungsrechtliche Grundlagen für die Schaffung offener Normen: Weiter gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Einschätzungsspielraum im Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Anforderungen an Normen	33
a)	Gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Einschätzungsspielraum.....	33
b)	Verfassungsrechtliche Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere an die Bestimmtheit von Normen.....	36
2.	Verfassungsrechtliche Spielräume zur Verwirklichung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen.....	39
a)	Ausgangspunkt: Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und Normzweck verlangen Flexibilisierung von Bestimmtheitsanforderungen	40
b)	Gründe für den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen: Vielfalt der Verwaltungsaufgaben, Wandel der zu regelnden Lebenssachverhalte, Technik, angemessene Behandlung des Einzelfalls.....	41
c)	Relevanz von Grundrechts Eingriffen und Vorhersehbarkeit	45
d)	Kompensation der gesetzlicher Unbestimmtheit: Auslegungsfähigkeit der Norm durch Verwaltung und Rechtsprechung, verfahrensrechtliche Ausgleichsmechanismen, Beobachtung und Nachbesserung.....	47
e)	Absolute Grenze: „Vage Generalklausel“	49
f)	Schlussfolgerungen	49
3.	Verfassungsrechtliche Spielräume zur Verwirklichung von experimenteller Gesetzgebung.....	50

a)	Ausgangspunkt: Regelungsbefugnis des Gesetzgebers gerade auch für zukünftige Entwicklungen.....	50
b)	Gründe für den Einsatz experimenteller Gesetzgebung	51
c)	Grenzen: Tatsachenbasierte Prognose und Charakter der Erprobungs- und Versuchsregelung.....	52
d)	Beobachtung und Nachbesserung.....	53
e)	Schlussfolgerungen	54
4.	Kompetenzrechtliche Umsetzungsspielräume	55
a)	Ausgangspunkt: Positionsbestimmung zu Regelungsgegenstand und Gesamtzusammenhang einer „Generalexperimentierklausel“ für Innovation.....	56
b)	Keine Sperre der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung durch Zuständigkeiten der EU im vorliegenden Kontext	57
c)	Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG): Voraussichtlich für breite „Generalexperimentierklausel“ einschlägig	58
aa)	Weite Auslegung des „Rechts der Wirtschaft“	58
bb)	Subsumtion der „Generalexperimentierklausel“ unter das „Recht der Wirtschaft“ grundsätzlich denkbar	59
cc)	Aber: „Recht der Wirtschaft“ wirkt als Auffang-Kompetenztitel, speziellere Kompetenztitel haben Vorrang.....	60
dd)	„Ungeschriebene“ Kompetenzen helfen nur begrenzt weiter	62
ee)	Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung.....	64
d)	Kompetenztitel „Telekommunikation“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG): Voraussichtlich nur für Randbereiche einschlägig.....	64
e)	Kompetenztitel des Bundes im jeweiligen Fachrecht der Innovationen	65
f)	Schlussfolgerungen	66
II.	Durch die „Generalexperimentierklausel“ berührte Güter und Interessen	69
1.	Konstellation I: Wettbewerb zwischen den Innovatoren um die Erprobungsmöglichkeit im Reallabor	70
a)	Grundrechte der Wirtschaftsakteure	70
aa)	Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).....	70
bb)	Geringe Relevanz der Abwehrrechte.....	74
b)	EU-Grundfreiheiten.....	76
c)	Beihilfenrecht (Art. 107 AEUV).....	77
d)	Schlussfolgerungen	81
2.	Konstellation II: Art und Weise der Erprobung im Reallabor	82
a)	Grundrechtliche Schutzpflichten für Dritte.....	82
aa)	Rechtlicher Rahmen von Schutzpflichten.....	83
bb)	Betroffene Schutzgüter.....	85

cc)	Keine rechtssichere Minimierung der Schutzpflichten durch Einwilligung in Risiken.....	89
dd)	Schlussfolgerungen	90
b)	Grundrechte der Wirtschaftsakteure.....	91
aa)	Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....	91
bb)	Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) und Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).....	93
3.	Schlussfolgerungen: Untermaßverbot und Verfahrensrecht	94
III.	Ausgestaltung und Anwendungspraxis: Bedingungen für eine leistungsstarke „Generalexperimentierklausel“	96
1.	Ausgestaltung und Anwendungspraxis von Experimentierklauseln	97
a)	Ermächtigung zum Erlass individueller Regelungen	97
aa)	Generalklauselartige Norm mit Konkurrenz: § 2 Abs. 7 PBefG.....	97
bb)	Ausnahme als Regelfall, gelenkt durch Innenrecht: § 21b Abs. 3 Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO, auch sog. „DrohnenVO“).....	103
cc)	Enge Auslegung unter Variation des Prüfungsmaßstabs: § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO	106
b)	Ermächtigung zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen.....	108
aa)	Risikorelevante Verordnungsermächtigung: § 6 Abs. 1, Abs. 3 StVG für die Gigaliner-Verordnung.....	108
bb)	Engmaschige Verordnungsermächtigung: § 119 EnWG i.V.m. SINTEG-V.....	110
cc)	Mehrstufige Wirtschaftsförderung: Titel zur finanziellen Förderung	112
dd)	Geringe Praxisrelevanz: § 13 GewO und § 32 GastG.....	114
2.	Ausgestaltung und Anwendungspraxis von offenen Normen.....	116
a)	Ermächtigung zum Erlass individueller Regelungen.....	116
aa)	Polizeiliche Generalklausel (z.B. § 17 Abs. 1 ASOG).....	116
bb)	Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, § 3 Abs. 1 UWG.....	117
b)	Ermächtigung zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen: § 6 StVG.....	118
c)	Ermächtigung zum Erlass individueller und abstrakt-genereller Regelungen: § 40 Abs. 1, Abs. 3 BImSchG	119
3.	Schlussfolgerungen für die Leistungstärke.....	121
a)	Dichte der Regelung: Steuerung zwischen Innovationsfreude und Innovationsverantwortung.....	121
b)	Technische Einzelheiten: Ausrichtung am Erprobungshorizont	123
c)	Kommunikation: Expertise in Staat und Gesellschaft.....	123
F.	Handlungsvorschlag mit Variationsmöglichkeit zur Verwirklichung der „Generalexperimentierklausel“	125

I.	Wesentliche Parameter zur Schaffung rechtssicherer und leistungsstarker experimenteller Gesetzgebung.....	125
1.	Innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	125
2.	Aspekte einer rechtssicheren und leistungsstarken Regelung.....	127
II.	Keine (rechtssichere oder leistungsstarke) Handlungsoption: Eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ zur umfassenden Regelung der Erprobung von Innovationen in sämtlichen Sektoren und Regelungsbereichen	130
1.	Zweifelhafte Leistungsstärke.....	131
2.	Mangelnde Rechtssicherheit.....	132
III.	Handlungsvorschlag: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore.....	133
1.	„Große Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu und die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer.....	134
a)	Regelungsziele: Vereinheitlichung der Bedingung für die Erprobung von Innovationen, Erleichterung der Erprobung, Verbesserung der Regulierung	134
b)	Regelungsinhalte: Zulassung zum Reallabor, Durchführung des Reallabors, Evaluation und Transfer (Drei Stufen)	135
c)	Rechtliche Umsetzung.....	137
aa)	Stufe 1: Zulassung zum Reallabor	137
(1)	Zulassungszuständigkeit: Zuständigkeit einer Bundesbehörde bei Beteiligung der Fachbehörde mit bindendem Einspruchsrecht.....	137
(2)	Zulassungsverfahren: Prüfung von Innovativität, Erprobungsbedürfnis und Erprobungsfähigkeit; Verfahrensanforderungen	139
bb)	Stufe 2: Durchführung des Reallabors	143
(1)	Rechtsgrundlage für die Durchführung der Erprobung einer Innovation: Sektorenspezifische Experimentierklausel mit Abweichungsbefugnis	143
(2)	Bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung.....	147
cc)	Stufe 3: Evaluation und Transfer.....	148
2.	„Mittlere Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren, beschränkten Vorgaben über die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer.....	149
3.	„Kleine Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer	150

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.

Eine Option zur Verwirklichung von Reallaboren ist die Verankerung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Erprobung innovativer Ideen allgemein in Form einer bereichsübergreifenden „Generalexperimentierklausel“. Ihre Einführung könnte nicht nur zusätzliche Flexibilität des regulatorischen Rahmens gewährleisten, sondern zudem ein klares Signal für eine moderne und zukunftsweisende Innovationspolitik und den Zukunftsstandort Deutschland sein. Die Regelung sollte möglichst hochrangig in der Normenhierarchie verankert werden. Dies gewährleistet rechtssystematisch eine möglichst weitreichende Wirkung der Reallabore-Strategie auf unterschiedliche Anwendungsfelder. Eine solche „Generalexperimentierklausel“ bezieht sich nicht auf spezifische Innovationsbereiche, sondern definiert thematisch breiter oder ganz allgemein Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters.

Das vorliegende Gutachten setzt sich grundlegend damit auseinander, wie eine solche „Generalexperimentierklausel“ rechtssicher und zieladäquat umgesetzt werden kann.

B. Zusammenfassung

Die nachfolgende Untersuchung weist nach, dass der Gesetzgeber experimentelle Regelungen flexibel und auch generalklauselartig ausgestalten kann, und zwar je nach den Erfordernissen der Sachbereiche und den Zwecken der Regelung; er verfügt hierzu grundsätzlich über einen weiten Prognose- und Einschätzungsspielraum. Ein weiteres zentrales Ergebnis der Untersuchung besteht darin, dass die Regulierung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters aufgrund der Schnelligkeit, Komplexität und Innovationskraft der Materie für eine solche experimentelle Gesetzgebung spricht. Schließlich gelangt die Untersuchung zu dem Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber über additive Gesetzgebungsbefugnisse verfügt, auf deren Grundlage er – in gewissen Grenzen – eine breit ausgestaltete und möglichst allgemein formulierte „Generalexperimentierklausel“ umsetzen kann. Im Folgenden werden die wesentlichen Feststellungen der Untersuchungen zusammengefasst:

- Der Gesetzgeber verfügt über **weitreichende Möglichkeiten**, um Experimentierklauseln zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle zu verwirklichen. Um eine **möglichst breit gefasste Regelung auf übergreifender Ebene** („Generalexperimentierklausel“) zu realisieren, kommt unter Ausschöpfung des weit gefassten gesetzgeberischen Spielraums ein **Bundes-Experimentiergesetz mit Variationsmöglichkeit** in Betracht.
- **„Große Lösung“ (Variante A) – Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu und die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer:** Als Variante A wird ein Gesetzesvorhaben vorgeschlagen, das formelle und materielle Vorgaben über die Zulassung zu und die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer enthält.

Diese Variante zielt darauf ab, die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen einheitlicher auszugestalten und die Anwendung experimenteller Gesetzgebung zu erleichtern, indem **bundesweite Regelungen für die Reallabore** geschaffen werden. Diese Variante ließe sich etwa als **Bundes-Experimentiergesetz zur Zulassung, Durchführung sowie Evaluation und Transfer von Reallaboren (Reallabore-Gesetz)** verwirklichen.

Das Reallabore-Gesetz regelt den Umgang mit der Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle unter Realbedingungen auf **drei Stufen**:

- **Stufe 1 – Zulassung zum Reallabor:** Auf der ersten Stufe wird geregelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell zur Erprobung im Reallabor zugelassen wird. Es handelt sich um eine Art **Vorprüfung**, die den Zugang zur Erprobung kanalisieren, standardisieren und vereinfachen soll.

Die Entscheidung darüber soll sich danach bemessen, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als „**innovativ**“ im Sinne des Gesetzes anzusehen sind, ob für die Innovation **grundsätzlich ein Erprobungsbedürfnis** besteht und ob die Innovation **grundsätzlich erprobungsfähig** ist.

Die Prüfung der **Innovativität** dient als niedrigschwelliger **Vorfilter**, um nur förderungswürdige Technologien und Geschäftsmodelle in den Genuss der Erprobung im Reallabor kommen zu lassen. Ausgeschieden werden könnten hier insbesondere „alte“ oder „bekannte“ Technologien und Geschäftsmodelle, die als bereits hinreichend erforscht gelten können oder gar bereits überwiegend oder ausschließlich im Regelbetrieb Anwendung finden.

Die Prüfung des **Erprobungsbedürfnisses** soll die Frage beantworten, warum es für die Realisierung bestimmter Technologien und Geschäftsmodelle überhaupt der Erprobung im Reallabor bedarf. Hierbei ist zu ermitteln, ob bestehende Regelungen dem Markteintritt einer Technologie oder eines Geschäftsmodells entgegenstehen oder ihn zumindest erschweren, und wenn ja welche.

Die Prüfung der **Erprobungsfähigkeit** soll die mit der Innovation oder ihrer Erprobung typischerweise verbundenen Risiken ermitteln. Die Erprobungsfähigkeit besteht, wenn die mit der Erprobung einer Technologie oder eines Geschäftsmodells verbundenen Risiken nicht unverträglich sind und darum öffentliche Interessen der Erprobung nicht eindeutig entgegenstehen. Die Erprobungsfähigkeit bemisst sich **typisiert** in Abhängigkeit von der Bedeutung des Schutzguts, der Risikowahrscheinlichkeit und der voraussichtlichen Risikointensität.

Die **Zuständigkeit** für die Zulassung zum Reallabor sollte bei einer **Bundesbehörde** liegen; die **jeweilige Fachbehörde ist zu beteiligen**. Dies entspricht der Zielsetzung, Innovationen gleichbehandelt zu fördern, wiederkehrende Entscheidungsprozesse zu vereinheitlichen, Fachbehörden zu entlasten und das Verfahren zu beschleunigen.

- **Stufe 2 – Durchführung des Reallabors:** Auf der zweiten Stufe wird geregelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, unter welchen Bedingungen (insbesondere in welchem Umfang) eine Innovation im Reallabor erprobt werden darf.

Zweck der Unterscheidung von Stufe 1 und Stufe 2 ist es, durch eine smarte Zuständigkeitsaufteilung und -verzahnung zwischen Wirtschaftsförderung und Fachrecht wiederkehrende Entscheidungsprozesse wie die Bewertung der Innovativität und Erprobungsbedürftigkeit neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle bundesweit zu vereinheitlichen sowie Fachbehörden durch „Entzerrung“ der Stufen 1 und 2 zu entlasten und so das Verfahren zu beschleunigen.

Die zweite Stufe beinhaltet zum einen allgemeine bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung von Innovationen (überwiegend formelle Verfahrensregelungen). Zum anderen beinhaltet die zweite Stufe die **materielle Rechtsgrundlage für die Durchführung der Erprobung einer Innovation, die in Form einer Experimentierklausel Abweichungen von bestimmten rechtlichen Vorgaben zulässt**. Deren genaue Ausgestaltung hängt insbesondere von den Sektoren und Regelungsbereichen ab, in denen die Erprobung stattfinden soll. Die vorliegende Variante A sieht hierfür vor, dass das **Reallabore-Gesetz anstelle der jeweiligen Fachgesetze alle experimentellen Rechtsgrundlagen für**

die Durchführung der Erprobung bündelt, soweit der Bund dafür die Gesetzgebungskompetenz innehat.

In der Experimentierklausel oder in einer darauf fußenden Reallabore-Rechtsverordnung sollten die **Anforderungen an den Umfang der Erprobung** – und damit auch, von welchen fachrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Erprobung abgewichen kann und von welchen nicht – in gewissem Umfang **präzisiert** werden (**Ermessenslenkung**). Denn wenn Experimentierklauseln zu weit formulierte behördliche Entscheidungsspielräume enthalten, ist dies ein Einfallstor für die uneinheitliche Anwendung der Experimentierklausel, die Überlastung der Fachbehörden und die übermäßige Beschränkungen der Erprobung. Für den Innovator hat dies zur Folge, dass er die Bedingungen der Erprobung kaum vorhersehen kann. Je komplexer der betroffene Sektor, desto detaillierter sollten die Anforderungen an den Umfang der zulässigen Erprobung durch ermessenslenkende Regelungen ausgestaltet sein.

Die rechtliche Zulässigkeit der Erprobung einer Innovation bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts risikoabhängig. Folglich erscheint es sachgerecht, den Umfang der Erprobung einer Innovation im Reallabor nach Maßgabe der **typisierten Risikobewertung** zu bestimmen, die bereits bei der Zulassung zum Reallabor (Stufe 1) grundsätzlich vorgenommen wurde. Daraus folgt eine erhebliche Vereinfachung: Die zuständige Fachbehörde kann bei der Erprobung mehrerer ähnlicher Innovationen im Wesentlichen die gleichen Erprobungsbedingungen festlegen. Auch verhindert es die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Innovationen und erhöht die Vergleichbarkeit der Erprobungsergebnisse. Zugleich verbleiben hinreichende Spielräume für die Verwaltung zur Differenzierung zwischen verschiedenen Innovationen. Eine solche **typisierte Bestimmung des Umfangs der Erprobung unter Rückgriff auf die typisierte Risikobewertung** müsste bei der Ausgestaltung der sektorbezogenen Experimentierklauseln zur Durchführung der Erprobung entsprechend **normiert** werden.

- **Stufe 3 – Evaluation und Transfer:** Schließlich soll das Reallabore-Gesetz auch Regelungen zur Bewertung der Erprobung der Innovationen im Reallabor und zur Evaluation des gesetzlichen Regelwerks enthalten. Das dabei gewonnene Wissen sollte im Wege des Transfers in den Rechtsetzungsprozess eingespeist werden. Dadurch wird die effektive Verbesserung des evaluierten Regelwerks abgesichert.

Das Evaluationserfordernis ist verfassungsrechtlicher Kernbestandteil experimenteller Gesetzgebung. Durch die Evaluation soll der Erprobungscharakter experimenteller Gesetzgebung gewährleistet werden. Deshalb wird untersucht, ob und inwieweit die Ziele der Regelungen des Reallabore-Gesetzes erreicht wurden. Die Evaluation bezieht insbesondere mit ein, ob sich die Regelungen als tauglich erwiesen haben, die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle leistungsstark zu ermöglichen. Auch ist zu untersuchen, wie die Regelungen nachzubessern sind sowie ob und in welchem Umfang sie in den Regelbetrieb überführt werden können.

Für die regulatorische Nachbesserung ist der Transfer von Wissen aus der Evaluation in den Rechtsetzungsprozess zentral. Der Transfer erfordert organisatorische Vorgaben, die die Kommunikation zwischen den Akteuren der Evaluation und denen der Rechtsetzung strukturieren. Auch hierfür zählt es sich aus, bereits auf Stufe 1 eine zentrale Behörde einzuschalten. Diese kann das Wissen auf Stufe 3 sammeln, an das übergeordnete Ministerium weiterleiten und dabei bereits regulatorische Problem- und Entwicklungsfelder aufzeigen.

Aus **kompetenzrechtlichen Gründen** ist es erforderlich, dass sich die Regelungen dieses Reallabore-Gesetzes auf Innovationen und Regelungsbereiche beschränkt, die in den Anwendungsbereich einer speziellen Bundeskompetenz fallen. Nur dann hat der Bund auch eine Kompetenz, die entsprechenden Experimentierklauseln zur Abweichung von Vorgaben des einschlägigen Fachrechts zu regeln.

- **„Mittlere Lösung“ (Variante B) – Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren, beschränkten Vorgaben über die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer:** Variante B knüpft an die voranstehende Variante A an und verfolgt denselben Regelungszweck. Sie enthält im Kern das identische Regelungsprogramm wie Variante A einschließlich des 3-Stufen-Modells, weist aber in Bezug auf die Durchführung des Reallabors eine **andere Regelungssystematik** auf.

Die oben erörterte Variante A sieht vor, die formellen und materiellen Regelungen zur Durchführung des Reallabors im Rahmen eines Reallabore-Gesetzes zu regeln und darin auch die Experimentierklauseln zu normieren, die eine Abweichung von sektorspezifischen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts ermöglichen.

Variante B sieht ebenfalls weiterhin die **Normierung einer materiellen Experimentierklausel** vor, die die zuständige Behörde zur Abweichung von sektorspezifischen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts ermächtigt. Im Gegensatz zu Variante A wird hier aber die Ausgestaltung und Verortung der konkreten Experimentierklausel mit den jeweiligen Abweichungsbefugnissen **in das einschlägige Fachgesetz verlagert**. Im Reallabore-Gesetz nach Variante B werden danach in Bezug auf die Durchführung des Reallabors nur allgemeine, für alle Innovationen gleichermaßen geltende Regelungen gebündelt, die vor allem das Verfahren betreffen; die materiellen Abweichungsbefugnisse sind im Fachgesetz zu regeln.

Für Variante B spricht, dass sie sich in die Regelungssystematiken der bestehenden jeweiligen Fachgesetze eher einfügt als die umfassende Variante A. Dies könnte eine größere Akzeptanz und wegen der Vertrautheit mit dem Fachrecht auch eine verstärkte Anwendung der neuen materiellen Regelungen durch die zuständigen Fachbehörden mit sich bringen.

- **„Kleine Lösung“ (Variante C) – Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer:** Variante C verfolgt weitestgehend denselben Regelungszweck wie die Varianten A und B. Auch knüpft sie an das 3-Stufen-Modell der beiden ersten Varianten an. Sie beschränkt sich jedoch auf Regelungen zur Zulassung zum Reallabor (Stufe 1)

sowie zur Evaluation und Transfer (Stufe 3), enthält demgegenüber jedoch **keinerlei eigenständige Regelungen zur Durchführung des Reallabors** (Stufe 2).

Variante C kommt in Betracht, wenn sich zwar Mehrheiten für den Regelungsansatz und das Regelungsprogramm von Variante A finden, allerdings – ähnlich zu Variante B – eine **Normierung sämtlicher Vorschriften zur Durchführung des Reallabors im jeweiligen Fachgesetz** erfolgen soll. Das Reallabore-Gesetz nach Variante C würde dann – in Teilen ähnlich zu Variante B – den gesamten Erprobungsprozess durch die Regelungen der Stufen 1 und 3 verklammern.

Variante C kommt überdies auch als **Rumpf-Reallabore-Gesetz** in Betracht, wenn sich Varianten A und B und die damit verbundenen Änderungen des jeweiligen Fachrechts etwa wegen politischer Widerstände nicht realisieren ließen (**Negativszenario**). In diesem Fall bedürfte Variante C gewisser **Ergänzungen**, damit die Zulassung zum Reallabor (Stufe 1) für den Innovator nicht wertlos ist. Denkbar wäre in einem solchen Fall, die Zulassung zum Reallabor als eine Art **Innovations-Auszeichnung** (etwa entsprechend dem Reallabore-Label) auszugestalten, die der Innovation wichtige öffentliche Aufmerksamkeit verschafft und den Innovator etwa befugt, an spezifischen Innovations-Förderprogrammen teilzunehmen.

- **Keine Handlungsoption** ist eine von Sektoren losgelöste, ganz „**Allgemeine Generalexperimentierklausel**“ zur Erprobung von Innovationen. Eine solche „Allgemeine Experimentierklausel“ zeichnete sich dadurch aus, dass sie ein weitgehend unbegrenztes Abweichen von nicht näher benannten gesetzlichen Anforderungen zugunsten der Erprobung sämtlicher Innovationen durch behördliche Ermessensentscheidung ermöglicht, und zwar losgelöst von Sektoren und Regelungsbereichen.

Eine solche „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ – eine Art Blanko-Erprobungs-Befugnis – sähe sich **angesichts ihrer weitgehenden Unbestimmtheit grundlegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln** ausgesetzt. Zwar hat der Gesetzgeber gerade in diesem komplexen und dynamischen Regelungsbereich zur Erprobung einer Regulierung grundsätzlich einen besonders weiten Handlungs-, Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum. Doch auch dieser ist durch Bestimmtheitsanforderungen begrenzt, die den typisierten Rahmenbedingungen des Regelungsbereichs gerecht werden müssen.

Zudem entbehrte eine solche „Allgemeine Experimentierklausel“ der für die Praxis erforderlichen **Anwendungsfreundlichkeit und Leistungsstärke**. Die Norm setzte sich aus einer Vielzahl unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe zusammen und räumte der jeweils zuständigen Behörde ein überaus weites Ermessen ein. Weil eine solche Klausel damit aber keine eindeutig handhabbaren Kriterien für das „Ob“ und das „Wie“ der Erprobung enthielte, würden die meisten Behörden es nach unserer Einschätzung vermeiden, auf Grundlage einer solchen Norm die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen zu genehmigen und dabei von existierenden Regelungen abzuweichen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Risiken, die mit der Erprobung verbunden sein können, nicht leicht abschätzen lassen. Auch eine nur annähernd einheitliche Anwendung wäre nicht gewährleistet. Die Norm dürfte in der Folge nicht zu der gewünschten Zunahme an der Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle führen.

- Die voranstehend dargestellten Varianten eines Bundes-Experimentiergesetzes zur Verwirklichung eines agilen Regelwerks für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle sind das **Ergebnis einer umfassenden Analyse der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“**. Sie beruhen zum einen auf einer detaillierten Untersuchung der rechtlichen Spielräume für die Verwirklichung von Generalklauseln und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen. Sie beruhen zum anderen auf einer detaillierten Untersuchung der rechtlich geschützten Güter und Interessen, die durch eine „Generalexperimentierklausel“ berührt werden können. Sie beruhen schließlich auf einer detaillierten Untersuchung der Anwendungspraxis existierender Experimentierklauseln und Generalklauseln, aus denen sich Bedingungen für eine leistungsstarke „Generalexperimentierklausel“ ableiten lassen.
- Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich hinreichende **rechtliche Spielräume für die Verwirklichung von Generalklauseln und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen** entnehmen.

Dem Gesetzgeber ist in dynamischen Sachbereichen ein weiter Spielraum bei der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und **Generalklauseln** eingeräumt. Will der Gesetzgeber solche Sachbereiche regeln, ist er geradezu gehalten, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, um die Verwaltung in die Lage zu versetzen, den Umständen des Sachbereichs und des Einzelfalls angemessene Rechnung zu tragen. Dies trifft auf den vorliegenden Kontext angesichts der ständigen Wandlung und geradezu unvorhersehbaren Vielgestaltigkeit, die die neuen Technologien und Geschäftsmodellen des digitalen Zeitalters paradigmatisch auszeichnet, zu. Zugleich gilt es zu berücksichtigen, dass im hier maßgeblichen Bereich die Pflichten des Gesetzgebers zur **Beobachtung** und gegebenenfalls zur **Nachbesserung technikkoffener Regelungen** und unbestimmter Rechtsbegriffe besonders stark ausgeprägt sind.

Die verfassungsrechtlichen Spielräume für die Verwirklichung **experimenteller Gesetzgebung** setzen voraus, dass es sich um komplexe Sachverhalte handelt, deren konkrete Bewertung, Fortentwicklung und Auswirkungen von einem hohen Maß an Ungewissheit geprägt sind. Dies trifft auf die Regulierung neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters in besonderer Weise zu. **Der Gesetzgeber ist damit grundsätzlich befugt, versuchsweise Regelungen in diesem Bereich zu erlassen und zu Erprobungen durch die Verwaltung zu ermächtigen.** Der besonders weite Spielraum, der dem Gesetzgeber hierbei eingeräumt ist, korrespondiert mit bestimmten Grenzen, die strikt einzuhalten sind. So ist sicherzustellen, dass es sich tatsächlich um Versuchs- und Erprobungsregelungen handelt, also um Regelungen, die tatsächlich der Gewinnung von Erfahrungen dienen. Dies wird insbesondere durch zeitliche Befristungen sichergestellt. Dabei ist der Gesetzgeber in besonderer Weise gehalten, seine experimentellen Regelungen durch eine **sachgerechte Beobachtung zu überprüfen und gegebenenfalls innerhalb angemessener Frist nachzubessern.**

Aus kompetenzrechtlicher Sicht kommt als eine von Fachbereichen losgelöste Querschnittskompetenz das dynamisch verstandene „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) in Betracht. Gestützt hierauf können die wirtschaftlichen Fragen

der Erprobung im Reallabor geregelt werden. **Der Kompetenztitel reicht jedoch nicht aus, um alle Fragen der Erprobung im Reallabor zu regeln.** Es spielen – je nach Ausgestaltung – insbesondere spezielle fachrechtliche Interessen aus den Rechtsbereichen, in denen die zu erprobenden Innovationen voraussichtlich anzusiedeln sind, im Rahmen der Regelung eine eigenständige Rolle. Ein einheitlicher Kompetenztitel für die Regelung der technologischen Neuerungen des digitalen Zeitalters besteht nicht. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“, die losgelöst ist vom Fachbereich, in dem Innovationen angesiedelt sind, kompetenzrechtlich nicht rechtssicher realisieren. Es ist jedoch möglich, eine breite „Generalexperimentierklausel“ für die Erprobung im Reallabor in jenen Bereichen zu schaffen, in denen der Bund auch die Fachkompetenz besitzt.

- Bei der Verwirklichung und späteren Anwendung einer „Generalexperimentierklausel“ sind verschiedene **rechtlich geschützte Güter und Interessen** zu berücksichtigen, die durch die „Generalexperimentierklausel“ berührt werden können.

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 vor allem 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 aus staatlichen Schutzpflichten risikominimierende Verfahrensanforderungen, um Risiken für grundrechtlich geschützte Rechtsgüter – insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht – bei der Erprobung einer Innovation zu minimieren. Streng zu berücksichtigen sind allerdings mögliche Beeinträchtigungen der EU-Grundfreiheiten, die im Einzelfall zu ermitteln sind.

Bei alledem bestehen regelmäßig keine grundlegenden Bedenken gegen eine agile „Generalexperimentierklausel“. Denn die hier in den Blick genommene Wirtschafts- und Technologieregulierung stellt keine typische Eingriffsverwaltung dar, 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. Bei Innovationen mit hohem Risikopotential sind der Erprobung Grenzen zu setzen, die den wirksamen Rechtsgüterschutz gewährleisten.

- **Existierende Experimentierklauseln und Generalklauseln** werden bereits heute in einem gewissen Umfang zur Erprobung neuer Technologien und Geschäftsmodelle genutzt. Allerdings besteht in vielerlei Hinsicht **Optimierungspotential**. Dies liegt nicht allein darin, dass es für viele innovative Technologien und Geschäftsmodelle keine Experimentier- oder Ausnahmeregelungen gibt. Die detaillierte Untersuchung der **Anwendungspraxis** hat bei den existierenden Experimentierklauseln eine Viel-

zahl von Innovations- und Erprobungshemmnissen zutage gefördert. Insbesondere sollte eine Experimentierklausel nicht ohne Konkretisierungen hinsichtlich der Erprobungsbedingungen für die über die Erprobung entscheidenden Behörden ausgestaltet werden. Denn diese **fehlende Verwaltungslenkung** führt regelmäßig zu einer **uneinheitlichen und zurückhaltenden Anwendung** der Experimentierklausel durch die Behörden. Für den Innovator ist zugleich regelmäßig nicht zu erkennen, was für den Erhalt einer Erprobungsgenehmigung erforderlich ist. Dies führt zu langen Genehmigungsverfahren und erfordert eine zeit- und damit auch kostenintensive Kommunikation zwischen Innovator und Behörde. Der Antragserfolg ist für die Antragsteller dabei häufig nicht vorhersehbar. In der Folge besteht die Gefahr, dass der Innovator von der Erprobung Abstand nimmt. Auch starre Befristungen von Erprobungsgenehmigungen ohne Verlängerungsmöglichkeit erweisen sich in der Praxis als problematisch. Vor diesem Hintergrund sprechen gute Gründe dafür, eine Experimentierklausel auf Tatbestandsseite hinsichtlich des Erprobungszwecks, der Umschreibung der Innovationsprojekte und entgegenstehender Interessen konkreter auszugestalten, auf Verfahrensseite indes flexibler. Die Feinsteuerung kann durch **untergesetzliches Regelwerk** (insbesondere Rechtsverordnungen) erfolgen.

- Die umfassende Untersuchung der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ hat aufgezeigt, dass innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und den Anforderungen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht oszillieren (**Balance zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung**).

Der Gesetzgeber verfügt bei der Schaffung experimenteller Regelungen über einen **breiten Spielraum**. Dabei steht es ihm frei, gerade bei Regelungsbereichen mit hoher Dynamik auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zu arbeiten, um den Umständen des Sachbereichs und des Einzelfalls angemessen Rechnung zu tragen. 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 und sicherstellen, dass experimentelle Regelungen nicht zu offen ausgestaltet sein dürfen, um dadurch eröffnete Risiken wirksam einzuhegen (Schutzpflichten).

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. Innovator und Verwaltung müssen verlässlich erkennen können, unter welchen Voraussetzungen die Innovation erprobt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es einerseits sinnvoll, **formelle und materielle Vorgaben hinreichend offen** zu regeln, um Innovationen hinreichende Spielräume zu eröffnen. Andererseits sollten Rechtsanwender bei der Anwendung innovationsoffener Regelungen angeleitet werden, um eine einheitliche und vorhersehbare Gesetzesanwendung zu gewährleisten. Aus diesem Grund kann es sinnvoll sein, **formelle und materielle Vorgaben präzise** zu regeln.

- Ausgehend hiervon sollte eine innovationsoffene „Generalexperimentierklausel“ die nachfolgenden **Aspekte** berücksichtigen und gegenstandsangemessen ausgestalten, **um Rechtssicherheit und Leistungsstärke zu vereinen**:

- **Regelungskompetenz:** Der Anwendungsbereich der Regelung sollte mit Blick auf den Umsetzungserfolg auf Bereiche zugeschnitten sein, in denen dem Bund 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.
- **Smarte Zuständigkeitsaufteilung zwischen Wirtschaftsförderung und Fachrecht:** Sachangemessene Zuständigkeitsregelungen sind für die Leistungsfähigkeit innovationsoffener Regulierung entscheidend. Wenn von fachrechtlichen Vorschriften abgewichen werden soll, muss indes die jeweilige fachrechtlich zuständige Behörde über die Abweichung entscheiden. Allerdings muss die fachrechtliche Behörde nicht sowohl über die Erprobungsbedürftigkeit einer Innovation (Zulassung zum Reallabor) als auch über die risikobasierte Durchführung der Erprobung unter realen Bedingungen entscheiden. Die Entscheidung durch die fachrechtliche Behörde ist dort nicht erforderlich, wo nicht über fachrechtliche Interessen entschieden wird. Dies ist dort nicht der Fall, wo über die Erprobungsbedürftigkeit der Innovation (Zulassung zum Reallabor) entschieden wird, weil es sich hier primär um eine technische und den Markt in den Blick nehmende Bewertung handelt. Diese Entscheidung kann auch eine andere Behörde als die Fachbehörde – unter Beteiligung der Fachbehörde – treffen. Daraus ergibt sich Optimierungspotenzial.
- **Beschleunigung:** Die zügige, einheitliche und vorhersehbare Anwendung innovationsoffener Regelungen ist der Kern ihrer Leistungsstärke. Deshalb sollte eine „Generalexperimentierklausel“ Regelungselemente enthalten, die ermöglichen, dass die Zulassung und Durchführung der Erprobung einer Innovation beschleunigt erfolgt. Wichtig sind dafür klare Zuständigkeitsregelungen und smarte Zuständigkeitsaufteilungen genauso wie hinreichend präzise Erprobungsvoraussetzungen, die den Normanwendern – Verwaltung und Innovatoren – die zügige Durchführung des Genehmigungsverfahrens ermöglichen. Denkbar erscheint es auch, dass die Rechtsgrundlage 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 gefahrungsfreien 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 einheitlichen 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 Anpassung. 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. Das Wissen aus der Evaluation sollte in den Rechtsetzungsprozess im Wege des Transfers eingespeist werden.
- **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 minimieren. Regelmäßig lassen sich Risiken bereits durch Verfahrensanforderungen, etwa Beobachtungs- 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**), um hinreichende Erfahrungen für eine mögliche spätere Erprobung unter Realbedingungen und die dabei erforderlichen Risikominimierungen zu sammeln. Die gesetzlichen und untergesetzlichen Anforderungen sollten dem-

entsprechend in Abhängigkeit vom Risiko ausgestaltet werden, wobei sich die Anforderungen risikobasiert typisieren und clustern lassen (beispielsweise nach einem Ampelsystem).

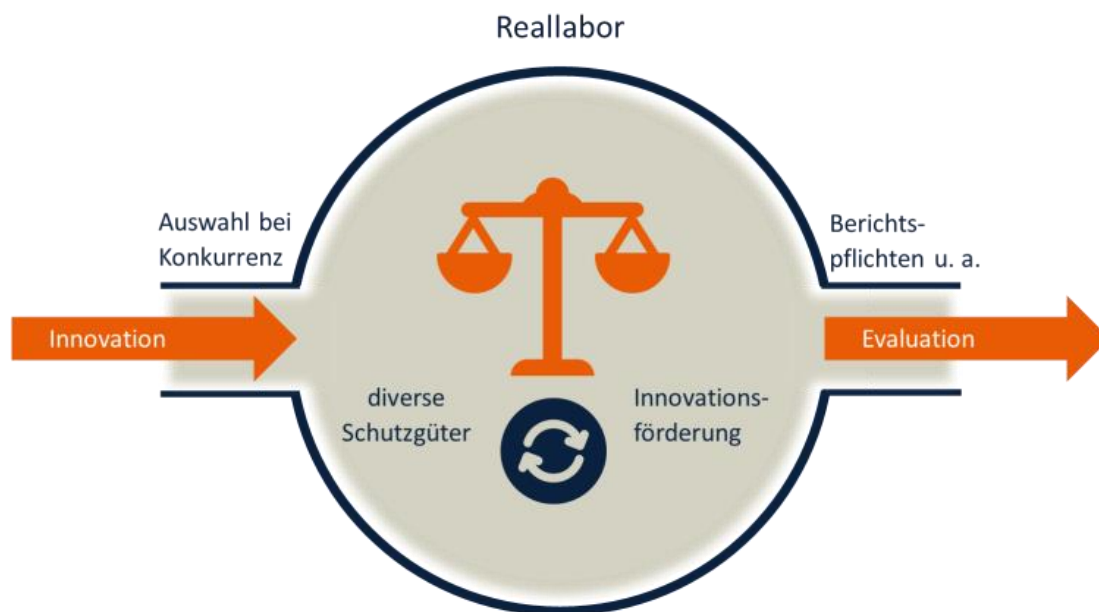
- **Zwingende europarechtliche Vorgaben in einzelnen Sektoren:** In einzelnen Sektoren existieren zwingende fachrechtliche Vorgaben aus dem Europarecht, von denen nicht abgewichen werden kann. Wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts muss der Gesetzgeber diese Vorgaben berücksichtigen.

C. Rechtlicher Kontext

Die grundlegenden rechtlichen Möglichkeiten und Anforderungen einer zukunftsorientierten innovationsoffenen Regulierung lassen sich nicht ohne Blick auf den rechtlichen Kontext bestimmen. Den Ausgangspunkt bildet der erhebliche Spielraum, den die Verfassung dem Gesetzgeber gerade im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts einräumt. Es ist dieser erhebliche Spielraum, auf dessen Grundlage eine innovationsoffene Regulierung entwickelt werden kann und soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hängt dieser gesetzgeberische Spielraum von Faktoren verschiedener Art ab, namentlich 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“.¹

Ausgehend hiervon soll im Folgenden skizziert werden, wie diese vom Bundesverfassungsgericht identifizierten Faktoren, die den Umfang des gesetzgeberischen Spielraums determinieren, im Kontext der Reallabore zu konturieren sind.



I. Hohe Dynamik und Komplexität

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

¹ 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.

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.

Der Sachbereich 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.²

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 Rechtsetzung 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.³ Selbst für die Personen, die Algorithmen entwickeln, ist das Ergebnis ihrer Anwendung oftmals – und teilweise sogar intendiert – nicht vorhersehbar.⁴

² Vgl. *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 17 ff.

³ *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, AöR 142 (2017), S. 1 (29).

⁴ *Wischmeyer*, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), S. 1 (13); *Herberger*, „Künstliche Intelligenz“ und Recht, NJW 2018, S. 2825 (2827).

II. Eigenart digitaler Innovationen verlangt nach Flexibilität und Informationsgewinnung

Angesichts der nicht vorhersehbaren Vielfalt komplexer digitaler Innovationen ist nicht bekannt, welche Technologien und Geschäftsmodelle morgen entwickelt werden können 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 Regelungsgegenstandes ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden. Deshalb sprechen digitale Innovationen für Flexibilität und Öffnung der bestehenden Spielräume jenseits einzelner Regelungsbereiche: 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 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 eine Regelung zur Kommunikation mit Digital-Experten aus Wirtschaft und Zivilgesellschaft zur Bündelung von Fachwissen zielführend.

III. Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter

Zentrale Determinanten des gesetzgeberischen Spielraums sind die im Rahmen einer Regelung 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 wettbewerblichen Interessen von Wirtschaftsteilnehmern, die um den Zugang zum Reallabor konkurrieren.

Die neuen Geschäftsmodelle und Technologien des digitalen Zeitalters werden 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.⁵ Die Förderung technischen Fortschritts ist auch auf Ebene des Unionsrechts verankert.⁶ Die Schaffung eines innovationsfördernden Regelwerkes 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 Schutzpflichten⁷ 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.

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 Logistik Anwendungen wie etwa Lieferrobotern oder Flugdrohnen zum Warentransport. 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.
- Demgegenüber kann bei vielen digitalen Innovationen im Bereich des „Internet of Things“, der „Smart City“ und des „Smart Home“ das Recht auf informati-

⁵ 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).

⁶ 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 [...].“).

⁷ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 115, juris – Kalkar I.

nelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) betroffen sein.⁸ 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.

Das Innovationsinteresse der Wirtschaftsakteure muss der Gesetzgeber also in Ausgleich bringen 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. 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.⁹ In eng begrenzten Einzelfällen könnte es dem Gesetzgeber wegen seiner Schutzpflicht untersagt sein, bestimmte neuartige Anwendungen erproben zu lassen.¹⁰

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 Reallabore-Strategie des BMWi –, fokussiert sich die Rolle des Staates zunächst darauf, einen Innovationszyklus aufzusetzen. Private Akteure werden dadurch in die Lage versetzt, ihre Innovationen unter realen Bedingungen zu erproben. Gerade in besonders zukunftssträchtigen Innovationsbereichen werden die erprobenden Innovatoren jedoch um die Möglichkeit der Innovationserprobung im Reallabor konkurrieren. Die Erprobung einer Innovation im Reallabor erfordert dann eine begünstigende Auswahlentscheidung durch die Verwaltung zur Verteilung des begrenzten Kontingents an „Erprobungsplätzen“. Als Kehrseite we-

⁸ 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).

⁹ BVerfG, Urteil vom 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 –, BVerfGE 88, 203-366, Rn. 186, juris – Schwangerschaftsabbruch II.

¹⁰ 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“).

den in bestimmten Reallaboren nicht alle Bewerber die Möglichkeit der Erprobung erhalten können.

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. Diese Konstellation erinnert an Entscheidungen der Verwaltung über den z.B. aus Platzgründen begrenzten Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung. Ein 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.¹¹ 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. Hinzukommen 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.¹²

Vor diesem Hintergrund bedarf es im Kontext der Erprobung von Innovation auch Regelungen, die den Zugang zu Innovationen und die Auswahl zwischen Innovatoren durch die Verwaltung 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.

IV. Folgen für die Ausgestaltung innovationsoffener Regulierung

In Abhängigkeit von den voranstehend beschriebenen Parametern des gesetzgeberischen Spielraums ergeben sich die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung einer Regelung. Sie dienen also dazu, für die betroffenen Rechtsunterworfenen – im Reallabor den Innovatoren, deren Konkurrenten und betroffenen Dritten gleichermaßen – die rechtlichen Auswirkungen der Regelung vorhersehbar zu machen und dabei dem Schutz der betroffenen Rechtsgüter je nach Gewicht des Schutzguts und nach der Intensität seiner Gefährdung Rechnung zu tragen. Vor dem so beschrieben

¹¹ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 27.04.1984 – 1 C 26/82 –, Rn. 16, juris.

¹² 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).

rechtlichen Kontext ist zu untersuchen, wie sich eine tragfähige Regulierung digitaler Innovationen in Form einer „Generalexperimentierklausel“ verwirklichen lässt.

D. Begriffsbestimmung und funktionale Abgrenzung der „Generalexperimentierklausel“

Das Gutachten widmet sich der rechtlichen Umsetzung einer möglichst breiten bzw. allgemeinen „Generalexperimentierklausel“ zur Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen von vorwiegend digitalen, innovativen Technologien und Geschäftsmodellen. Ziel ist eine möglichst agile Regulierung, die im Bereich der dynamischen und komplexen digitalen Technologien und Geschäftsmodelle innovationsfreudig ist, also Innovationen ermöglicht und fördert. Als Ausgangspunkt für die Untersuchung der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ bedarf es zunächst der begrifflichen Bestimmung und funktionalen Abgrenzung, denn die wesentlichen Bestandteile des Begriffs, experimentelle Gesetzgebung (dazu I.) und Generalklausel (dazu II.), erklären und verstehen sich nicht von selbst. Dabei ist auch die Frage zu beantworten, ob eine Synthese beider Begriffsbestandteile denkbar ist (dazu III.).

I. Begriff und Funktionen experimenteller Gesetzgebung

Die „Generalexperimentierklausel“ ist im Bereich der experimentellen Gesetzgebung anzusiedeln. Experimentelle Gesetzgebung ist kein neuartiges Phänomen, sondern reicht bis in die 1950er Jahre zurück¹³ und hatte in den 1970er¹⁴ und 2000er¹⁵ Jahren besondere Konjunktur. Auch aktuell ist wieder gestiegenes Interesse an experimenteller Gesetzgebung zu vermerken.¹⁶ 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**.¹⁷ Durch Begleitung der Regelung sollen **realitätsnah Erfahrungen** gesammelt werden, um daran zu messen, ob sich die Regelung bewährt bzw. wie sie adaptiert werden muss.¹⁸ Das Ziel ist es, durch rationales, schrittweises Vorgehen nach dem (risikomi-

¹³ Maaß, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37.

¹⁴ 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.

¹⁵ Maaß, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37; Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 1018.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

¹⁸ 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; Meßer-

nimiert ausgestalteten) Prinzip von „*trial and error*“¹⁹ eine **auf Dauer angelegte Regelung** auszuarbeiten.²⁰ 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.²¹ Experimentelle Gesetzgebung zeichnet sich durch **fünf Merkmale** aus:

- 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,²² Ausnahmenvorschriften oder der schlichten Freistellung von Regulierung ohne Erprobungszweck abgrenzen.

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;
- **politische Funktion**, weil das Regelungsvorhaben im politischen Prozess aufgrund seiner Vorläufigkeit leichter mehrheitsfähig sein dürfte.²³

schmidt, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 1017; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 25 f.

¹⁹ *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 27; vgl. auch *Stettner*, Verfassungsbindungen des experimentellen Gesetzgebers, NVwZ 1989, S. 806.

²⁰ *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, WD3 - 3000 - 235/11, 2011, S. 5.

²¹ *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.

²² 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.

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.²⁴ 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.²⁵ Zum anderen kann der parlamentarische Gesetzgeber die **Exekutive, etwa als Verordnungsgeber**, ermächtigen, durch eine generelle Entscheidung von bestehenden Regelungen abzuweichen.²⁶ Schließlich kann die Verwaltung auch ermächtigt werden, durch **individuelle Behördenentscheidung** von Regelungen abzuweichen.²⁷ 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 unbestimmt sein. Sind die Erprobungsmöglichkeiten von geringerem Umfang, hat die Beobachtung bzw. Evaluation der Erprobung engmaschiger auszufallen.

II. Begriff und Funktionen von Generalklauseln

Generalklauseln finden sich in unterschiedlichen Rechtsbereichen wieder. Im öffentlichen Recht treten sie als spezielle Befugnisnormen in Erscheinung, die der staatlichen Verwaltung weite Entscheidungsspielräume einräumen. Sie können verstanden werden als:

*„gesetzlich gefaßte Verwaltungsbefugnisse, bei denen das Vorliegen teilweise offen formulierter Handlungsvoraussetzungen eine nicht abgeschlossene Mehrzahl von Handlungsmöglichkeiten in einem bestimmten Sachgebiet eröffnet“.*²⁸

²³ Vgl. *Ranchordás*, Constitutional Sunsets and Experimental Legislation, 2014, S. 48 ff; *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 28 ff. Zurückhaltender *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsersparen, 2000, S. 1018 ff.

²⁴ *Maaß*, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 34 ff.

²⁵ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1004).

²⁶ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1005).

²⁷ *Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, S. 1003 (1004 f).

²⁸ *Wissmann*, Generalklauseln, 2008, S. 2.

Ein klassisches Beispiel für eine Generalklausel ist § 17 Abs. 1 ASOG (Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin) bzw. die entsprechenden Regelungen der anderen Bundesländer aus dem Bereich der Gefahrenabwehr. Die Norm eröffnet der Exekutive einen besonders großen Handlungsspielraum, da sowohl der Tatbestand („Gefahr“, „öffentliche Sicherheit und Ordnung“) als auch die Rechtsfolge („notwendige Maßnahmen“) unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. grundsätzlich Entschließungs- sowie Auswahlermessen enthalten. Ein anderes Beispiel ist die Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG, der eine generalklauselartige Verordnungsermächtigung für die Exekutive enthält. Hier bedient sich der Gesetzgeber bereits bei der Festlegung der Verordnungszwecke unbestimmter Rechtsbegriffe – etwa „Sicherheit und Ordnung“ –, die weit auszulegen²⁹ und durch den Ordnungsgeber zu konkretisieren sind. Zweitens überlässt der Gesetzgeber der Exekutive auch auf Rechtsfolgenseite die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen zur Zweckerreichung „erforderlich“ sind. Daran wird ersichtlich, dass Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen verknüpft sind und zugleich darüber hinausgehen.³⁰ Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe können als offene Normen bezeichnet werden.

Generalklauseln als Befugnisnormen versetzen die Verwaltungsbehörden in die Lage, ihren Aufgaben, den besonderen Einzelfallumständen und den schnell wechselnden Situationen gerecht zu werden. Die Funktionen von Generalklauseln können wie folgt umschrieben werden:

- **Flexibilisierungsfunktion** durch (grundsätzlich) im Ermessen stehende Reaktionsmöglichkeit auf unbekannte, nicht im Vorhinein kategorisierbare und vorhersehbare, vielgestaltige Sachverhalte;
- **Auffangfunktion**, weil Generalklauseln dort Lücken schließen, wo speziellere Befugnisnormen nicht greifen;
- **Delegationsfunktion**, weil zunächst die sachnächste Einheit in Gestalt der Verwaltung entscheidet und im Konfliktfall die Gerichte durch Präzisierung die Auslegung und Ausformung konkretisieren.

III. Synthese: Experimentelle Gesetzgebung in Gestalt einer Generalklausel

Agile Regelungstypen wie experimentelle Gesetzgebung und Generalklauseln als Unterfall von offenen Normen haben Gemeinsamkeiten, die in der Flexibilisierung staatlichen Handelns liegen. Gleichwohl setzt die Flexibilisierungsleistung an unterschiedlichen Punkten an:

- Experimentelle Gesetzgebung **ergänzt und erweitert** den staatlichen Handlungsspielraum **vorübergehend**, indem sie von bestehenden rechtlichen Regelungen abweicht oder entsprechende Abweichungen durch behördliche Ent-

²⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16. März 1994 – 11 C 48/92 –, Rn. 26, juris.

³⁰ Das Bundesverfassungsgericht legt an Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe häufig die gleichen Maßstäbe an, s. BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz; BVerfG, Beschluss vom 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 27, juris; BVerfG, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-38, Rn. 79, juris.

scheidungen ermöglicht. Der **Zweck** der experimentellen Gesetzgebung ist es, den Gesetz- oder Verordnungsgeber in die Lage zu versetzen, eine im Detail noch nicht hinreichend bekannte Fragestellung besser normativ zu regeln (**Kenntnisgewinnung zur Gestaltung**).

- Generalklauseln **ergänzen und erweitern** den staatlichen Handlungsrahmen im „**Normalbetrieb**“, indem sie einer zuständigen Verwaltungsbehörde entweder auf Tatbestandsebene und/oder auf Rechtsfolgenebene durch weite unbestimmte Rechtsbegriffe und weites Ermessen erhebliche Spielräume einräumen. Der **Zweck** von Generalklauseln ist es, die Verwaltung in die Lage zu versetzen, auf im Vorfeld von unbestimmter Vielheit gekennzeichnete tatsächliche Fallkonstellationen in bestimmter Weise zu reagieren (**Handlungsspielräume bei der Anwendung**).

Beide Regelungstypen reagieren auf Unwägbarkeiten, unterscheiden sich jedoch in ihrer Zielsetzung. Während die Generalklausel auf primär tatsächliche Unwägbarkeiten reagieren soll, dient die Experimentierklausel der flexibilisierten Gestaltung von neuartigen Herausforderungen. Anders als Generalklauseln liegt die für die experimentelle Gesetzgebung typische Flexibilisierungsleistung folglich darin, ihrem Zweck entsprechende Abweichungen von rechtlichen Vorschriften zuzulassen und insbesondere risikobasiert den Output zu steuern.

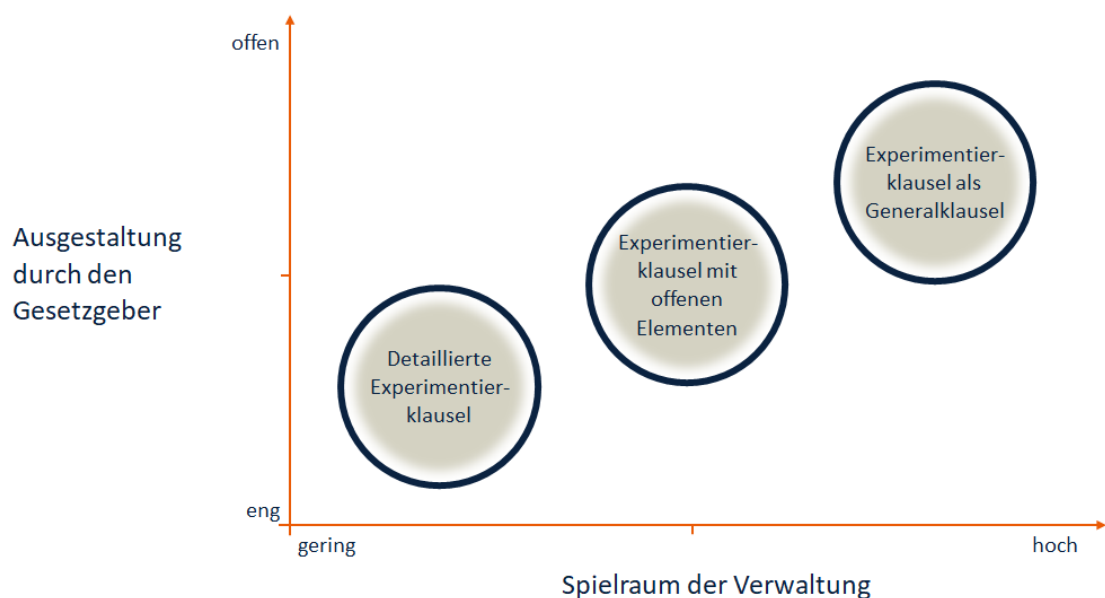
Zunächst ist es **regelungstechnisch** denkbar, eine **experimentelle Regelung als Generalklausel auszugestalten**. Die Ausgestaltung könnte **im weitesten Fall** so erfolgen, dass durch die experimentelle Regelung

- ein tatbestandlich weitgehend unbegrenztes Abweichen,
- von nicht näher benannten Erfordernissen,
- allgemein, also losgelöst von Sektoren,
- durch behördliche Ermessensentscheidung ermöglicht wird,
- soweit dafür ein Bedürfnis dargelegt werden kann.

Dabei handelt es sich um die denkbar weiteste Ausgestaltung einer „Generalexperimentierklausel“. Eine „Generalexperimentierklausel“ könnte – und, wie sich zeigen wird, müsste – diese Parameter auch variieren und stufenweise konkreter ausgestalten.

Welche Ausgestaltungen **rechtlich möglich** sind, hängt zum einen von der verfassungs- und europarechtlich Zulässigkeit ab (siehe dazu unten Kap. E. I und E. II.). Zum anderen sind Gestaltungsmöglichkeiten aus Steuerungsperspektive ausgehend von der **Leistungsstärke** zu bewerten (siehe dazu anhand der Anwendungspraxis Kap. E. III.). Es können **aus der Steuerungsperspektive Zielkonflikte** entstehen, wenn experimentelle Gesetzgebung zu weit ausgestaltet ist. Dies zeigt sich an den Zwecken von Generalklauseln und experimenteller Gesetzgebung. Generalklauseln dienen dazu, der sach nächsten Verwaltung besonders weite, eigene Handlungsspielräume zu überlassen. Dagegen dient die experimentelle Gesetzgebung der

Kenntnisgewinnung des Gesetz- oder Verordnungsgebers zur besseren rechtlichen Gestaltung. Wenn eine sehr offen gestaltete generalklauselartige Experimentierklausel die Behörden zu individuellen Entscheidungen mit besonders hohem Spielraum ermächtigt, könnte es sein, dass die Experimentierklausel nicht in der rechtspolitisch erstrebten Weise genutzt wird. Es könnte etwa sein, dass eine Behörde auf eine engere, handhabbare Regelung zurückgreift. Es könnte auch sein, dass die Klausel einschränkend oder nicht so wie sie rechtspolitisch intendiert ist ausgelegt wird. Jedoch ist eine besonders enge Ausgestaltung auch kein zwingender Garant für eine leistungsstarke Ausgestaltung. Gerade wenn bei einem gesetzgeberischen Experiment Unsicherheiten über die Art und Weise der Regulierung bestehen, die durch das Experiment ausgeräumt werden sollen, könnte eine zu enge Regelung, die der Verwaltung zu geringen Spielraum belässt, am Erprobungsbedürfnis vorbeigehen. Der Zusammenhang zwischen der Ausgestaltung der Regelung und dem Spielraum der Verwaltung als Frage der Steuerungsdichte lässt sich wie folgt visualisieren:



Angesichts dieser Parameter der rechtlichen Zulässigkeit und der Steuerungsperspektive wird eine „Generalexperimentierklausel“ in den folgenden Abschnitten breit in den Blick genommen. Die Zielvorstellung ist eine allgemeine oder möglichst breite „Generalexperimentierklausel“, welche die Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erprobung von Innovationen im Reallabor agil, leistungsstark und ausgewogen zwischen Innovations- und Schutzinteressen regelt. Zugrunde gelegt wird also nicht, dass die „Generalexperimentierklausel“ nur die weitest mögliche Kombination beider Typen meint, sondern dass es ein Spektrum an Kombinationsmöglichkeiten gibt.

E. Rechtliche Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“

Um Handlungsvorschläge zur Verwirklichung eines agilen Regelwerks für die zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle entwickeln zu können, ist eine umfassende Analyse der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ erforderlich. Hierzu werden wir im Folgenden zunächst die rechtlichen Spielräume für die Verwirklichung von Generalklauseln und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen detailliert untersuchen (dazu I.). Sodann werden wir auf die rechtlich geschützten Güter und Interessen, die durch eine „Generalexperimentierklausel“ berührt werden können, eingehen (dazu II.). Schließlich befassen wir uns mit in der Anwendungspraxis existierender Experimentierklauseln und Generalklauseln, aus denen sich Bedingungen für eine leistungsstarke „Generalexperimentierklausel“ ableiten lassen (dazu III.).

I. Rechtliche Spielräume für die Verwirklichung von General- und Experimentierklauseln zur Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen

Um die Möglichkeiten einer agilen „Generalexperimentierklausel“ zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle auszuloten, sind die rechtlichen Spielräume für die Verwirklichung einer solchen Norm zu ergründen. Dafür sind zunächst die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Schaffung solcher offener Normen – namentlich der grundsätzlich weite gesetzgeberische Spielraum bei der Normsetzung und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen – zu untersuchen (dazu 1.). Ausgehend hiervon werden die verfassungsrechtlichen Spielräume für die Verwirklichung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen (dazu 2.) sowie für die Verwirklichung experimenteller Gesetzgebung (dazu 3.) detailliert bestimmt. Abschließend werden kompetenzrechtliche Umsetzungsspielräume in den Blick genommen (dazu 4.).

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen für die Schaffung offener Normen: Weiter gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Einschätzungsspielraum im Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Anforderungen an Normen

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Schaffung von General- und Experimentierklauseln bewegen sich zwischen zwei verfassungsrechtlichen Polen: zwischen dem weiten gesetzgeberischen Handlungs-, Gestaltungs-, Einschätzungsspielraum (dazu a)) und den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere an die Bestimmtheit von Normen (dazu b)).

a) Gesetzgeberischer Handlungs-, Gestaltungs-, Einschätzungsspielraum

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

*„Sache des Gesetzgebers, die künftige Entwicklung von Sachverhalten zu beurteilen und die Auswirkungen der von ihm getroffenen Regelungen hierauf zu prognostizieren“.*³¹

Dieser Einschätzungs-, Beurteilungs- und Prognosespielraum 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“.*³²

Vor diesem Hintergrund nimmt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich einen besonders weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum hinsichtlich gesetzgeberischer Maßnahmen an, die die Gebiete der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung oder die Abwehr gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren betreffen.³³ Grundlegend betont das Gericht bereits im Apotheken-Urteil

*„das grundsätzlich freie wirtschaftspolitische, sozialpolitische und berufspolitische Ermessen, das dem Gesetzgeber gewahrt bleiben muss [...]“.*³⁴

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.

³¹ BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377-444, Rn. 64, juris – Apotheken-Urteil.

- Hinsichtlich der Prognose, ob ein identifiziertes öffentliches Interesse mittels der gesetzlichen Regelung erreicht werden kann (**Geeignetheit**), steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum zu.³⁵ Von der Eignung der Regelung, den legitimen Zweck zu erfüllen, ist auszugehen, wenn die Regelung nicht objektiv untauglich oder ungeeignet ist³⁶ bzw. wenn die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung besteht.³⁷ 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.³⁸ Die Weite des gesetzgeberischen Spielraums auf Ebene der Geeignetheit wird dadurch verdeutlicht, dass bisher nur wenige Gesetze mangels Eignung für verfassungswidrig erklärt wurden.³⁹
- 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.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat bisher eher vergleichsweise eindeutige Verstöße gegen das Gebot des milderer Mittels durch den Gesetzgeber beanstandet.⁴¹ Der genaue Umfang des zugemessenen Spielraums lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts indes nicht eindeutig entnehmen:

Teilweise meint das Bundesverfassungsgericht gesetzgeberische Maßnahmen mit Blick auf die Erforderlichkeit dann beanstanden zu müssen, wenn nach den dem Gesetzgeber

³⁵ 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.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 17.01.1978 – 1 BvL 13/76 –, BVerfGE 47, 109-128, Rn. 30, juris.

³⁷ BVerfG, Urteil vom 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94 –, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 214, juris – Telekommunikationsüberwachung.

³⁸ 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, Rn. 97, juris – Versorgungsausgleich; BVerfG, Beschluss vom 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78 –, BVerfGE 67, 157-185, Rn. 52, juris – Telefonüberwachung.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

*„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“.*⁴²

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

*„[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.“*⁴³

Teilweise ließ das Gericht es ausreichen, dass die gesetzgeberische Einschätzung „**vertretbar**“ ist.⁴⁴ 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 Beurteilungs- und Prognosespielraum 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“.*⁴⁵

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

Zugleich ergeben sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verfassungsrechtliche Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit von Rechtsvorschriften, die auch demokratische Komponenten beinhalten.⁴⁶ Hierbei wirken verschiedene verfassungsrechtliche Gebote und

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 –, BVerfGE 98, 265-365, Rn. 184, juris.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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,

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.⁴⁷

Im Kontext der „Generalexperimentierklausel“ ist das Bestimmtheitsgebot von hoher Relevanz. Das Bundesverfassungsgericht formuliert 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.“*⁴⁸

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.⁴⁹ Dadurch dienen sie gerade auch dem Schutz der Grundrechte.⁵⁰

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 Rechtsverordnungen⁵¹ 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

Urteil vom 24.04.1985 – 2 BvF 2/83 –, BVerfGE 69, 1-92, Rn. 84, juris – Kriegsdienstverweigerung; BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn. 86, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg.

⁴⁷ 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“).

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96 –, BVerfGE 102, 197-224, Rn. 86, juris – Spielbankgesetz Baden-Württemberg.

grundrechtlich geschützte Rechtsgüter muss auf einer parlamentsgesetzlichen Eingriffsermächtigung in Form eines formellen Gesetzes beruhen (Vorbehalts des Gesetzes).⁵²

Der parlamentarische Gesetzgeber muss jedoch 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 Normgebern wie der Verwaltung überlassen darf.⁵³ 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 aus den dort verbürgten Grundrechte auswirkt.⁵⁴ Das kann einerseits auch jenseits der klassischen Eingriffskonstellation der Fall sein, wenn grundrechtlich geschützte Interessen miteinander in Ausgleich gebracht werden müssen.⁵⁵ Andererseits müssen auch dann nicht alle Details durch Parlamentsgesetz bestimmt werden, sondern können beispielsweise auch nach der Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 GG durch Rechtsverordnung der Exekutive geregelt oder durch individuelle Entscheidung der Behörde im Einzelfall konkretisiert werden. Hier überschneidet sich das Gebot der Wesentlichkeit mit Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen.⁵⁶

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“.*⁵⁷

-
- ⁵² 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.
- ⁵³ BVerfG, Beschluss vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, 130-155, Rn. 39, 74, juris – Josefine Mutzenbacher.
- ⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.02.2016 – 1 BvL 8/10 –, BVerfGE 141, 143-182, Rn. 59 m.w.N – Akkreditierung von Studiengängen.
- ⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 77, juris – Kalkar I.
- ⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 90, juris – Kalkar I.
- ⁵⁷ 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.

Sind grundrechtlich geschützte Rechtspositionen durch die Rechtsgrundlage betroffen, sind die Anforderungen an die Regeldichte 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.⁵⁸ Je intensiver die staatliche Maßnahme die Rechtsstellung des Betroffenen negativ berührt, desto höher sind die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der dazugehörigen Rechtsgrundlage.⁵⁹ 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 Wesentlichkeitsgebot reduziert sein.⁶⁰ Zur Kompensation des weiteren Spielraums können jedoch bei der Erprobung gesteigerte Pflichten zur Beobachtung und gegebenenfalls Nachbesserung der Regelung entstehen.⁶¹ Auf Spezifika experimenteller Gesetzgebung gehen wir sogleich im Detail ein.

2. Verfassungsrechtliche Spielräume zur Verwirklichung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen

Im Bewusstsein der voranstehend beschriebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen insbesondere an die Bestimmtheit von Normen erkennt das Bundesverfassungsrecht als wesentlichen Bestandteil des gesetzgeberischen Spielraums die Befugnis des Gesetzgebers an, mit „offenen Normen“ zu arbeiten und seine gesetzlichen Regelungen als Generalklauseln auszugestalten oder mit unbestimmten Rechtsbegriffen zu versehen.⁶²

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

⁶¹ 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.

⁶² BVerfG, Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, BVerfGE 3, 225-248, Rn. 41, juris – Gleichberechtigung; BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz; BVerfG, Beschluss vom 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 27, juris; BVerfG, Beschluss vom 12.01.1967 – 1 BvR 169/63 –, BVerfGE 21, 73-87, Rn. 16, juris – Grundstückverkehrsgesetz; BVerfG, Beschluss vom 08.02.1972 – 1 BvR 170/71 –, BVerfGE 32, 311-319, Rn. 17, juris – Steinmetz-Wettbewerb; BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 42, juris – ausländische Einkünfte; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111 – Kalkar I; BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris;

Dies begründet das Bundesverfassungsgericht bereits früh in seiner Rechtsprechung wie folgt:

*„Die manchmal erhobene Forderung, das Gesetz müsse so speziell sein, dass die rechtliche Lösung des Einzelfalles nahezu mit Sicherheit vorausgesehen werden könne, ist [...] unerfüllbar. Die Berechenbarkeit der Lösung ist naturgemäß bei der Anwendung von Spezialnormen dem Grad nach höher als bei der Anwendung von Blankettbegriffen und allgemeinen Rechtsregeln. Gleichwohl verwendet der moderne Gesetzgeber vielerorts unbestimmte Rechtsbegriffe und allgemeine Regeln, weil es unmöglich ist, mit Spezialnormen der Vielfalt der Lebensverhältnisse Herr zu werden und zugleich einen Weg zu der rechtlichen Differenzierung zu eröffnen, die im Einzelfall eine gerechte Entscheidung oft erst ermöglicht.“*⁶³

Zugleich steht die verfassungsrechtliche Befugnis des Gesetzgebers, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, in einem Spannungsverhältnis zu den voranstehend beschriebenen grundlegenden verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen. Insbesondere können solche offenen Normen in Konflikt treten mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, dem Vorbehalt des Gesetzes und dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Insofern ist der gesetzgeberische Spielraum zur Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen bedingt und beschränkt durch die gleichrangigen Verfassungsgüter.

Wie dieses Spannungsverhältnis in Ausgleich zu bringen ist, konturiert und konkretisiert das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung. Es wird im Folgenden detailliert in den Blick genommen, um die Parameter präzise zu bestimmen, aus denen sich die verfassungsrechtlichen Spielräume zur Schaffung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben.

- a) Ausgangspunkt: Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte und Normzweck verlangen Flexibilisierung von Bestimmtheitsanforderungen

Den Ausgangspunkt für den Ausgleich des beschriebenen Spannungsverhältnisses und für die Bestimmung des konkreten Spielraums des Gesetzgebers bildet die oben benannte „Marschrichtung“ des Bundesverfassungsgerichts, wonach sich das Maß der Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen danach bemisst,

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

Das Bundesverfassungsgericht anerkennt damit für maßgeblich, dass sich der Gesetzgeber und die von ihm zu schaffenden gesetzlichen Regelungen nicht allein innerhalb eines normativen Handlungsrahmens, son-

BVerfG, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, Rn. 79, juris; BVerfG, Urteil vom 24.05.2006 – 2 BvR 669/04 –, BVerfGE 116, 24-69, Rn. 78, juris.

⁶³ BVerfG, Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, BVerfGE 3, 225-248, Rn. 41, juris – Gleichberechtigung, Hervorhebung nur hier.

dern 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.“⁶⁴

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.“⁶⁵

Der Gesetzgeber wird folglich durch die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen beschränkt, aber nicht in einem von den tatsächlichen Gegebenheiten seines Handelns losgelöstem Maße. Deshalb hält das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung fest:

„[Die Grundsätze des Rechtsstaates] verwehren es dem Gesetzgeber nicht, in gewissem Umfang Generalklauseln und unbestimmte Begriffe zu verwenden.“⁶⁶

- b) Gründe für den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen: Vielfalt der Verwaltungsaufgaben, Wandel der zu regelnden Lebenssachverhalte, Technik, angemessene Behandlung des Einzelfalls

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegen die wesentlichen Gründe für den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in der beschränkten Regelbarkeit bestimmter Sachverhaltskonstellationen und der Notwendigkeit, die Handlungsfähigkeit des Gesetzgebers und der durch ihn ermächtigten Verwaltung zu gewährleisten. In seiner grundlegenden Entscheidung zum Preisgesetz hält das Bundesverfassungsgericht dies wie folgt fest:

*„Die **Vielheit der Verwaltungsaufgaben** lässt sich nicht immer in klar umrissene Begriffe einfangen. Das gilt insbesondere für Eingriffsermächtigungen im Bereich der **Wirtschaftsverwaltung**. In diesem Bereich wird der Gesetzgeber nicht ohne Generalklauseln auskommen können. Er wird sich abstrakter und unbestimmter Formulierungen bedienen müssen, um die Verwaltungsbehörden in die Lage zu versetzen, ihren Aufgaben, den*

⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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.

besonderen Umständen des einzelnen Falles und den schnell wechselnden Situationen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden.“⁶⁷

Damit begründet das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit des Einsatzes von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen sowohl in Bezug auf die vom Gesetzgeber vorgefundene tatsächliche Ausgangslage als auch in Bezug auf die gesetzgeberische Aufgabe, die Verwaltung zum adäquaten Umgang mit der tatsächlichen Ausgangslage zu befähigen. Deshalb sind Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe gerade auch im Bereich der Behördenorganisation von Bedeutung.⁶⁸

Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe sollen es ermöglichen, die „Vielheit der Verwaltungsaufgaben“⁶⁹, die „Vielfalt der Verwaltungsaufgaben“⁷⁰, die „Vielfalt der Lebensverhältnisse“⁷¹, die „unübersehbare Vielfalt möglicher Verhaltensweisen im geschäftlichen Wettbewerb“⁷², den „Wandel der Verhältnisse“⁷³, die sich „wandelnden Anforderungen“⁷⁴ oder die „unvorhersehbare Vielgestaltigkeit aller Lebenserscheinungen“⁷⁵ abzubilden und den „heutzutage laufend vielfältigen Wandlungen und Entwicklungen [wirtschaftlicher Vorgänge]“⁷⁶ bzw. „den schnell wechselnden Situationen des Lebens“⁷⁷ gerecht zu werden. Die Gebotenheit des Einsatzes von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für in tatsächlicher Hinsicht dynamische Regelungsbereiche nicht ohne Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe auskommt.⁷⁸

Sachverhaltskonstellationen, die wegen ihrer „Vielgestaltigkeit“ den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen erfordern, sind eng verbunden und teilweise deckungsgleich mit **Sachverhaltskonstellationen, die sich nur schwer regeln lassen**. Auch in diesen Konstellationen

⁶⁷ BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 27. Juni 2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, Rn. 79, juris.

⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198 – Preisgesetz.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis; BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41 f., juris.

⁷¹ BVerfG, Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, BVerfGE 3, 225-248, Rn. 41, juris – Gleichberechtigung.

⁷² BVerfG, Beschluss vom 08.02.1972 – 1 BvR 170/71 –, BVerfGE 32, 311-319, Rn. 17, juris – Steinmetz-Wettbewerb.

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 11.02.1976 – 2 BvL 2/73 –, BVerfGE 41, 314-323, Rn. 21, juris.

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, Rn. 79, juris.

⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 23.02.1960 – I C 240.58 –, BVerwGE 10, 164-169, Rn. 9 ff., juris; BVerwG, EuGH-Vorlage vom 24.10.2001 – 6 C 3/01 –, BVerwGE 115, 189-205, Rn. 53, juris.

⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 25.05.1976 – 2 BvL 1/75 –, BVerfGE 42, 191-205, Rn. 29, juris – Krankentransport.

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

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz; BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 42, juris – ausländische Einkünfte; BVerfG, Beschluss vom 10.10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 27, juris; BVerfG, Beschluss vom 27.06.2002 – 2 BvF 4/98 –, BVerfGE 106, 1-28, Rn. 79, juris.

tionen sieht das Bundesverfassungsgericht Raum für Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies ist etwa in Konstellationen der Fall, die sich „angesichts der Kompliziertheit der zu erfassenden Vorgänge“⁷⁹ oder wegen „zahlreicher im Voraus nicht normierbarer Gesichtspunkte“ einer Detailregelung entziehen. Dazu hält das Bundesverfassungsgericht fest:

*„Eine gewisse Rechtsunsicherheit [...] muss jedenfalls dort in Kauf genommen werden, wo der Gesetzgeber ansonsten gezwungen wäre, entweder unpraktikable Regelungen zu treffen oder von einer Regelung gänzlich Abstand zu nehmen.“*⁸⁰

Besondere Relevanz entfalten Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe für Regelungen, die wandelnde **technische Entwicklungen** betreffen. Grundlegend hält das Bundesverfassungsgericht dazu in seiner Kalkar I-Entscheidung fest:

*„Die in die Zukunft hin offene Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG dient einem **dynamischen Grundrechtsschutz**. Sie hilft, den **Schutzzweck** des § 1 Nr. 2 AtomG jeweils bestmöglich zu verwirklichen. Die gesetzliche Fixierung eines **bestimmten Sicherheitsstandards** durch die Aufstellung starrer Regeln würde demgegenüber, wenn sie sich überhaupt bewerkstelligen ließe, **die technische Weiterentwicklung wie die ihr jeweils angemessene Sicherung der Grundrechte eher hemmen als fördern**. Sie wäre ein Rückschritt auf Kosten der Sicherheit.“*⁸¹

Die hier formulierten Maßstäbe können als Blaupause für die gesetzgeberische Regelung technischer Neuerungen und Entwicklungen herhalten. Sie sind bemerkenswert, weil das Bundesverfassungsgericht in 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.

Dieser verfassungsgerichtlichen Zurückhaltung gegenüber den gesetzgeberischen Befugnissen zur Regelung technischer Neuerungen und Entwicklungen entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht die Verwendung von technikoffenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in gewissem Umfang auch im Bereich der Eingriffsverwaltung für zulässig erachtet. So hält das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum BKA-Gesetz fest:

*„Der Gesetzgeber ist **nicht dazu verpflichtet**, die erlaubten Mittel für Überwachungen **auf den jeweiligen technischen Stand und Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zu begrenzen**. Soweit die Art der erlaub-*

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

⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111, juris – Kalkar I.

⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111, juris – Kalkar I.

ten Überwachung aus der Norm hinreichend erkennbar ist, kann er in die Ermächtigung **auch künftige technische Entwicklungen** einbeziehen.“⁸²

Ähnlich heißt es in bereits im Urteil zur GPS-Observation:

„Das Bestimmtheitsgebot verlangt aber keine gesetzlichen Formulierungen, die jede Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen ausschließen.“⁸³

Diese Maßstäbe zum Umgang mit **technikoffenen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe bewegen sich bereits an der Grenze zur experimentellen Gesetzgebung**. Denn sie beziehen sich auf Konstellationen, in denen sich die Auswirkungen der Anwendung der gesetzlichen Rechtsgrundlage noch nicht vollständig bestimmen lassen. Dem entspricht, dass die Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, die für Experimentierklauseln entscheidend sind, auch hier bereits eine zentrale Rolle spielen. Entsprechend sind neue landespolizeigesetzliche Eingriffsbefugnisse im Technikbereich teilweise mit Evaluationspflichten⁸⁴ oder Berichtspflichten gegenüber dem Parlament⁸⁵ verknüpft.

Die voranstehend beschriebenen tatsächlichen Gründe für die Zulassung offener Normen übersetzen sich dabei auch unmittelbar in normative Folgerungen: Ohne eine Berücksichtigung der tatsächlichen Rahmenbedingungen der zu regelnden Materie wird die durch den Gesetzgeber ermächtigte Verwaltung auch kaum in der Lage sein, den besonderen Anforderungen des jeweiligen Einzelfalls gerecht zu werden. Die (teilweise) **Unbestimmtheit einer Norm wird damit erst zum Einfallstor für die behördliche Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit** im Rahmen der Normanwendung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt der Gesetzgeber folglich ohne Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe oft nicht aus, wenn er die Verwaltung in die Lage versetzen will, den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.⁸⁶

⁸² BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 161, juris – BKA-Gesetz, Hervorhebung nur hier. Gleichwohl formuliert das BVerfG hierbei auch materielle Schranken, a. a. O.: „Allerdings bleibt die Ermächtigung, wie bei ihrer Auslegung zu beachten ist, auf solche technische Mittel beschränkt, die in ihrer Qualität und in Blick auf das Eingriffsgewicht den bereits bekannten Mitteln entsprechen“.

⁸³ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

⁸⁴ So etwa die Befugnisse zur Inhalts- und Quellen-TKÜ (§ 23b PolG BW), zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung (§ 27c PolG BW) sowie zur automatischen Auswertung von Bildaufzeichnungen (§ 21 Abs. 4 PolG BW), für die die Gesetzesbegründung – nicht das Gesetz selbst – eine Evaluationspflicht innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten vorschreibt, LT-Drucks. 16/2741, S. 22.

⁸⁵ So normiert § 75 PolDVG Hamburg eine Berichtspflicht des Hamburger Senats gegenüber der Bürgerschaft in Bezug auf die Anwendung neuartiger technikgestützter Eingriffsbefugnisse.

⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 18.12.1953 – 1 BvL 106/53 –, BVerfGE 3, 225-248, Rn. 41, juris – Gleichberechtigung; BVerfG, Beschluss vom 11.02.1976 – 2 BvL 2/73 –, BVerfGE 41, 314-323, Rn. 21, juris; BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 42, juris – ausländische Einkünfte.

Das Bundesverfassungsgericht betont die Bedeutung der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen gerade für den – hier maßgeblichen – Bereich des **Wirtschaftsverwaltungsrechts** einschließlich des Steuerrechts.⁸⁷ Zugleich wird die Bedeutung, die das Bundesverfassungsgericht Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zumisst, und der Umfang, in dem deren Verwendung dem Gesetzgeber zugestanden wird, dadurch deutlich, dass ihre Verwendung keinesfalls auf den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts beschränkt ist, sondern sich auch auf Eingriffsverwaltung und Strafrecht⁸⁸ erstreckt. Ob der Gesetzgeber in einer Vorschrift unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet oder sie ins Einzelne gehend regelt, unterliegt für die hier beschriebenen Konstellationen dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum.⁸⁹

c) Relevanz von Grundrechtseingriffen und Vorhersehbarkeit

Ein wesentlicher Parameter, der die Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen im Allgemeinen und an die Zulässigkeit der Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen im Besonderen steuert, ist – wie schon eingangs angedeutet – die Betroffenheit von Grundrechten. Je intensiver die staatliche Maßnahme die Rechtsstellung des Betroffenen negativ berührt, desto höher sind die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der dazugehörigen Rechtsgrundlage. Entsprechend formuliert das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen, dass bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, auch die Intensität der Einwirkungen auf die von der Regelung Betroffenen zu berücksichtigen ist.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund gilt auch bei der Bewertung der Zulässigkeit von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen 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 zahlrei-

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 198, juris – Preisgesetz; BVerfG, Beschluss vom 08.02.1972 – 1 BvR 170/71 –, BVerfGE 32, 311-319, Rn. 17, juris – Steinmetz-Wettbewerb; BVerfG, Beschluss vom 25.05.1976 – 2 BvL 1/75 –, BVerfGE 42, 191-205, Rn. 29, juris – Krankentransport; BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 42 – ausländische Einkünfte.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 11. Februar 1976 – 2 BvL 2/73 –, BVerfGE 41, 314-323, Rn. 21, juris.

⁸⁹ BVerfG, Beschluss vom 12.01.1967 – 1 BvR 169/63 –, BVerfGE 21, 73-87, Rn. 16, juris – Grundstückverkehrsgesetz; BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111, juris – Kalkar I.

⁹⁰ BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, juris; BVerfG, Beschluss vom 07.05.2001 – 2 BvK 1/00 –, BVerfGE 103, 332-391, Rn. 164, juris; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 – 1 BvR 142/02 –, Rn. 19, juris.

*cher im Voraus nicht normierbarer Gesichtspunkte durch die Behörden lassen müssen.*⁹¹

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.“*⁹²

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 den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar wird.⁹³ Auch im Zusammenhang seiner Rechtsprechung zu Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen betont das Bundesverfassungsgericht den Aspekt der Vorhersehbarkeit:

*„Die grundsätzliche Zulässigkeit unbestimmter Gesetzesbegriffe entbindet den Gesetzgeber nicht davon, die Vorschrift so zu fassen, dass sie den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität entspricht. Sie muss in ihren Voraussetzungen und in ihrem Inhalt so formuliert sein, dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.“*⁹⁴

Die Bedeutung der Vorhersehbarkeit betont das Bundesverfassungsgericht gerade auch im Zusammenhang der gesetzlichen Zulassung neuer technischer Mittel:

⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 26.09.1978 – 1 BvR 525/77 –, BVerfGE 49, 168-188, Rn. 34, juris – Aufenthaltserlaubnis.

⁹² BVerfG, Beschluss vom 19.04.1978 – 2 BvL 2/75 –, BStBl II 1978, 548-553, BVerfGE 48, 210-227, Rn. 41, juris – ausländische Einkünfte.

⁹³ Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 08.01.1981 – 2 BvL 3/77 –, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 41, juris.

⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 12.01.1967 – 1 BvR 169/63 –, BVerfGE 21, 73-87, Rn. 17, juris – Grundstückverkehrsgesetz; in der Sache ebenso BVerfG, Beschluss vom 24.11.1981 – 2 BvL 4/80 –, BVerfGE 59, 104-119, Rn. 32, 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, Nichtannahmebeschluss vom 26.08.2002 – 1 BvR 142/02 –, Rn. 19, juris.

*„Das Bestimmtheitsgebot verlangt vom Gesetzgeber, dass er technische Eingriffsinstrumente genau bezeichnet und dadurch sicherstellt, dass der Adressat den Inhalt der Norm jeweils erkennen kann“.*⁹⁵

Vor diesem Hintergrund ist auch das Merkmal der Vorsehbarkeit der Rechtsfolgen einer staatlichen Regelung ein wichtiger Parameter für die Bewertung der Rechtmäßigkeit einer „offenen“ Norm: Ist das Ergebnis der Rechtsanwendung für den Rechtsunterworfenen ungeachtet der Offenheit der Norm noch hinreichend erkennbar oder vorhersehbar, so ist dies ein wichtiges Indiz dafür, dass die eingesetzte Generalklausel oder der verwendete unbestimmte Rechtsbegriff zulässig ist. Die Vorhersehbarkeit spielt offenkundig eine größere Rolle bei der Eingriffsverwaltung, ist aber auch darüber hinaus allgemein ein wesentliches Merkmal.

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

Das Bundesverfassungsgericht betont zudem, dass Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe 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“.*⁹⁶

Vielmehr ist es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gerade auch Aufgabe von der Verwaltungsbehörden und Gerichte, die bei der Gesetzesanwendung mangels ausdrücklicher Regelungen auftauchenden Zweifelsfragen mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten.⁹⁷

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***

⁹⁵ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

⁹⁶ BVerfG, Urteil vom 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 –, BVerfGE 131, 316-376, Rn. 75 ff., juris – Negatives Stimmengewicht.

⁹⁷ 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“.⁹⁸

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.“*⁹⁹

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 das 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 Rechtsetzung korrigierend eingreifen.“*¹⁰⁰

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

*„Im Übrigen obliegt es dem Gesetzgeber, **die technische Entwicklung insoweit aufmerksam zu beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe korrigierend einzugreifen.**“*¹⁰¹

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 –, BVerfGE 112, 304-321, Rn. 49, juris – GPS-Observation.

¹⁰¹ BVerfG, Urteil vom 20.04.2016 – 1 BvR 966/09 –, BVerfGE 141, 220-378, Rn. 161, juris – BKA-Gesetz, Hervorhebung nur hier.

Die Nachbesserungspflicht entfaltet dabei ganz besondere Relevanz dort, 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“.*¹⁰²

e) Absolute Grenze: „Vage Generalklausel“

Bei alledem formuliert das Bundesverfassungsgericht auch eine absolute Grenze, die Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe nicht überschreiten dürfen, um nicht verfassungswidrig zu sein:

*„Eine „vage Generalklausel“, die es dem Ermessen der Exekutive überlässt, die Grenzen der Freiheit im Einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar [...]“.*¹⁰³

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.¹⁰⁴ Wann dies konkret der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

f) Schlussfolgerungen

Die Parameter, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für den Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen aufgestellt wurden, zeigen auf, dass dem Gesetzgeber in dynamischen Sachbereichen ein weiter Spielraum bei der Verwendung offener Normen eingeräumt ist. Will der Gesetzgeber solche Sachbereiche regeln, ist er geradezu gehalten, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden, um die Verwaltung in die Lage zu versetzen, den Umständen des Sachbereichs und des Einzelfalls angemessen Rechnung zu tragen. Es ist bei alledem zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe bislang eher selten beanstandet hat.¹⁰⁵ Fälle unzulässiger General-

¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 –, BVerfGE 56, 54-87, Rn. 62, juris – Fluglärm.

¹⁰³ BVerfG, Beschluss vom 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 –, BVerfGE 8, 274-332, Rn. 194, juris – Preisgesetz; ebenso 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; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 12.01.1967 – 1 BvR 169/63 –, BVerfGE 21, 73-87, Rn. 17, juris – Grundstückverkehrsgesetz. Noch geringe Anforderungen an die Bestimmtheit von Eingriffsnormen gelten bei staatlichem Informationshandeln und staatlichen Warnungen, vgl. BVerfGE 105, 252 (268 ff.); 105, 279 (304 f.).

¹⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 10. 10.1961 – 2 BvL 1/59 –, BVerfGE 13, 153-165, Rn. 23, juris.

¹⁰⁵ Es handelt sich überwiegend um Fälle der klassischen Eingriffsverwaltung, etwa BVerfG, Urteil vom 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 –, BVerfGE 109, 279-391, Rn. 310 f., juris – akustische Wohnraumüberwa-

klauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts sind in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hier nicht bekannt.

Die Rechtsprechung zeigt zugleich auf, dass die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen für die Regulierung neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters geradezu unumgänglich ist. Denn die digitalen Innovationen vereinen eine Vielzahl derjenigen Parameter, die die Zulässigkeit von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründen. Dazu gehört insbesondere die ständige Wandlung und geradezu unvorhersehbare Vielgestaltigkeit, die die neuen Technologien und Geschäftsmodellen des digitalen Zeitalters paradigmatisch auszeichnet. Es sprechen vor diesem Hintergrund gute Gründe dafür, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich nicht ohne die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen auskommt.

Zugleich gilt es zu berücksichtigen, dass im hier maßgeblichen Bereich die Pflichten des Gesetzgebers zur Beobachtung und gegebenenfalls zur Nachbesserung technikoffener Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe besonders stark ausgeprägt sind. Dem ist im Rahmen der gesetzlichen Ausgestaltung Rechnung zu tragen.

3. Verfassungsrechtliche Spielräume zur Verwirklichung von experimenteller Gesetzgebung

Die Spielräume zur Verwirklichung von experimenteller Gesetzgebung und zum Einsatz von Experimentierklauseln schließen sich an die voranstehend dargestellten Spielräume zur Verwirklichung von Generalklauseln und unbestimmter Gesetzgebung nahtlos an. In vielerlei Hinsicht gelten in beiden Bereichen die gleichen oder verwandte Überlegungen, die den gesetzgeberischen Spielraum eröffnen und begrenzen.

- a) Ausgangspunkt: Regelungsbefugnis des Gesetzgebers gerade auch für zukünftige Entwicklungen

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 entwicklungsoffen zu adaptieren.¹⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht formuliert dies wie folgt:

chung; BVerwG, EuGH-Vorlage vom 24.10.2001 – 6 C 3/01 –, BVerwGE 115, 189-205, Rn. 53, juris; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 –, Rn. 25, juris.
¹⁰⁶ 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.

*„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.“¹⁰⁷*

b) Gründe für den Einsatz experimenteller Gesetzgebung

Das Bundesverfassungsgericht 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 **gröberen Typisierungen und Generalisierungen** begnügt“.¹⁰⁸*

Das Verfassungsgericht 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 Sachbe-*

¹⁰⁷ BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris.

¹⁰⁸ 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.

reichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“¹⁰⁹

Mit dem weiten gesetzgeberischen Spielraum korrespondiert auch eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte.¹¹⁰ Diese eingeschränkte gerichtliche 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 [...].**“¹¹¹*

- c) Grenzen: Tatsachenbasierte Prognose und Charakter der Erprobungs- und Versuchsregelung

Dabei stellt das Bundesverfassungsgericht auch Grenzen experimenteller Gesetzgebung auf. Zum einen muss der Gesetzgeber seine versuchsweise Regelung auf hinreichende Tatsachengrundlagen stellen und damit eine vertretbare und überprüfbare Prognose aufstellen; 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. Die Anforderungen formuliert das Bundesverfassungsgericht wie folgt:

*„Die Bestimmung des geeigneten Mittels setzt eine prognostische Entscheidung voraus. Naturgemäß muss der Gesetzgeber bei dieser Entscheidung von der Beurteilung der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden Verhältnisse ausgehen. Eine gesetzliche Maßnahme kann nicht schon deshalb als verfassungswidrig angesehen werden, weil sie auf einer Prognose beruht, die sich später als unrichtig erweist. Die Frage nach der Zwecktauglichkeit eines Gesetzes kann nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, **sondern nur danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die***

¹⁰⁹ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 110, juris – Mitbestimmung.

¹¹⁰ 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 Rundfunkurteil; 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.

¹¹¹ BVerfG, Urteil vom 16.06.1981 – 1 BvL 89/78 –, BVerfGE 57, 295-335, Rn. 97, juris – drittes Rundfunkurteil.

Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, ob seine Prognose also sachgerecht und vertretbar war.¹¹²

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 Auswirkungen der Regelung zu gewinnen.¹¹³ Wichtiges Indiz für eine entsprechend zulässige experimentelle Regelung ist die **zeitliche Begrenzung der gesetzlichen Geltungsdauer**.¹¹⁴

d) Beobachtung und Nachbesserung

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Spielräumen bei der Verwirklichung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen auferlegt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber auch bei experimenteller Gesetzgebung die Pflicht, seine Regelungen zu beobachten, zu überprüfen und erforderlichenfalls nachzubessern.¹¹⁵

Allerdings ist der Gesetzgeber bei experimenteller Gesetzgebung wegen ihrer inhärenten Entwicklungsoffenheit – anders als bei Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen – stets verpflichtet, seine Regelungen und ihre Auswirkungen in der Anwendung zu beobachten, auszuwerten und zugrunde liegende Annahmen regelmäßig zu aktualisieren.¹¹⁶ Das Evaluationserfordernis ist verfassungsrechtlicher Kernbestandteil experimenteller Gesetzgebung. Denn nur dies rechtfertigt den besonders weiten gesetzgeberischen Spielraum im Bereich der experimentellen Gesetzgebung.

Für den Fall, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass die gesetzgeberische Gefahrenprognose oder die neu erprobten Konzepte nicht tragfähig waren, ist der Gesetzgeber gehalten, diese für die Zukunft nachzubessern,¹¹⁷ wobei ihm ein Anpassungszeitraum eingeräumt ist.¹¹⁸ Dieser

¹¹² 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 – Kampfhunde; BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 –, BVerfGE 123, 186-267, Rn. 169, juris.

¹¹³ BVerfG, Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86 –, BVerfGE 74, 297-357, Rn. 108, juris – fünfte Rundfunkentscheidung.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 24.03.1987 – 1 BvR 147/86 –, BVerfGE 74, 297-357, Rn. 108, juris – fünfte Rundfunkentscheidung.

¹¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 175, juris – Risikostrukturausgleich.

¹¹⁶ BVerfG, Urteil vom 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 –, Rn. 175, juris.

¹¹⁷ 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 – Risikostrukturausgleich; BVerfG, Beschluss vom 04.07.2012 – 2 BvC 1/11 –, BVerfGE 132, 39-71, Rn. 50, juris; vgl. auch

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 derer 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.“¹¹⁹*

e) Schlussfolgerungen

Die verfassungsrechtlichen Spielräume für die Verwirklichung experimenteller Gesetzgebung setzen voraus, dass es sich um komplexe Sachverhalte handelt, deren konkrete Bewertung, Fortentwicklung und Auswirkungen von einem hohen Maß an Ungewissheit geprägt sind. Dies trifft auf die Regulierung neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters in besonderer Weise zu. Der Gesetzgeber ist damit grundsätzlich befugt, versuchsweise Regelungen in diesem Bereich zu erlassen und zu Erprobungen durch die Verwaltung zu ermächtigen. Der besonders weite Spielraum, der dem Gesetzgeber hierbei eingeräumt ist, korrespondiert mit bestimmten Grenzen, die strikt einzuhalten sind. So ist sicherzustellen, dass es sich tatsächlich um Versuchs- und Erprobungsregelungen handelt, also um Regelungen, die tatsächlich der Gewinnung von Erfahrungen dienen. Dies wird insbesondere durch zeitliche Befristungen sichergestellt. Dabei ist der Gesetzgeber in besonderer Weise gehalten, seine experimentellen Regelungen durch eine sachgerechte Beobachtung zu überprüfen und gegebenenfalls innerhalb angemessener Frist nachzubessern.

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.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ BVerfG, Urteil vom 22.05.1963 – 1 BvR 78/56 –, BVerfGE 16, 147-188, Rn. 164, juris – Werkfernverkehr, Hervorhebung nur hier.

4. Kompetenzrechtliche Umsetzungsspielräume

Bislang werden Experimentierklauseln für technologische Innovationen bereichsspezifisch im jeweiligen Fachrecht des Bundes oder der Länder geregelt.¹²⁰ Für die Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ stellt sich die Frage, wer kompetenzrechtlich befugt ist, weit gefasste Regelungen zu den Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Ideen möglichst losgelöst von einzelnen Rechtsbereichen, in denen Innovationen angesiedelt sein können, zu erlassen.

Ausgangspunkt dieser Prüfung ist der voraussichtliche Regelungsgegenstand sowie der Gesamtzusammenhang der geplanten Regelung zur Erprobung von Innovationen. Der Regelungsgegenstand liegt allgemein gesprochen in den Bereichen von Technik und Wirtschaft und trägt inhaltlich auch Elemente von Sicherheits- und Ordnungsrecht, Verfahren und Organisation in sich (dazu a)). Die Europäische Union hat für den Gegenstand keine vorrangige Regelungskompetenz, die grundgesetzliche Gesetzgebungskompetenzen sperren würde (dazu b)). Es kommt folglich darauf an, ob grundgesetzliche Kompetenztitel einschlägig sind und in welchem Umfang sie Kompetenzen verleihen.

Der Bund verfügt mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) über einen Kompetenztitel für die wirtschaftliche Seite der Regulierung von technologischen Innovationen. Weiterhin verfügt er über mehrere Kompetenztitel für Sektoren, in denen zu erprobende Innovationen angesiedelt sind. Es fehlt allerdings *de lege lata* eine spezielle Kompetenzzuweisung für die technologische Seite der Innovationen, etwa eine Kompetenz für digitale Technologien. Es stellt sich darum die Frage, ob für die Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Ideen in einer „Generalexperimentierklausel“ aus dem dynamischen Kompetenztitel für das „Recht der Wirtschaft“ eine allgemeine Kompetenz zur Regulierung folgt oder ob daneben auch andere Kompetenztitel erforderlich sind, um eine möglichst breit gefasste Regelung zu schaffen. Zunächst wird daher untersucht, wie weit die Kompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ geht, insbesondere ob der Kompetenztitel eine Gesetzgebungsbefugnis verleiht jenseits von einzelnen Rechtsbereichen, in denen Innovationen angesiedelt sein können. Dies erscheint im Ergebnis zweifelhaft. Die Zweifel können auch nicht in Gänze durch „ungeschriebene“ Kompetenzen überwunden werden (dazu c)).

Auch der Kompetenztitel für „Telekommunikation“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG) vermag keine allgemeine Gesetzgebungsbefugnis für eine „Generalexperimentierklausel“ im Bereich technologischer Innovationen zu verleihen; Randbereiche können jedoch davon umfasst sein (dazu d)). Schließlich werden für Bereiche spezifischer Innovationen Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes in den Blick genommen (dazu e)). Was aus diesen kompetenzrechtlichen Überlegungen für die Umsetzungsspielräume des Bundes bei der Schaffung

¹²⁰ Vgl. die Auswertung der Anwendungspraxis zu Experimentierklauseln, unten D.IV.

einer „Generalexperimentierklausel“ folgt und welche Gestaltungsmöglichkeiten denkbar sind, wird abschließend beleuchtet (dazu f)).

- a) Ausgangspunkt: Positionsbestimmung zu Regelungsgegenstand und Gesamtzusammenhang einer „Generalexperimentierklausel“ für Innovation

Für die Beurteilung, ob eine geplante Regelung unter einen Kompetenztitel fällt, kommt es in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz an.¹²¹ Eine Regelung ist dabei nicht isoliert, sondern in ihren Bezügen zum kompetenzbegründenden qualitativen Schwerpunkt der Gesamtregelung zu betrachten.¹²² Lässt sich jedoch ein qualitativer Schwerpunkt nicht bestimmen, weil Vorschriften einem eigenen Zweck folgen, dann können einzelne Regelungen von jeweils unterschiedlichen Kompetenztiteln erfasst sein. Für eine Gesamtregelung kann darum auch ein Mosaik aus mehreren Kompetenztiteln additiv gegeben sein (sog. „Mosaik-Kompetenz“).¹²³

Da der Gesamtzusammenhang der zu regelnden „Generalexperimentierklausel“ noch nicht im Detail feststeht, wird im Folgenden primär der voraussichtliche Regelungsgegenstand zugrunde gelegt: die Verwirklichung einer thematisch breiten oder ganz allgemeinen Regelung, die Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Ideen definiert. Hauptzweck einer solchen „Generalexperimentierklausel“ ist es, technologische Innovationen von Wirtschaftsakteuren zu fördern. Darin stecken zwei miteinander verbundene Zwecksetzungen: Die Förderung technologischer Innovationen (Zwecksetzung 1) durch die Regulierung der Wirtschaft, deren Akteure diese technologischen Innovationen im Wettbewerb untereinander vorantreiben (Zwecksetzung 2). Der voraussichtliche Gesetzesgegenstand bezweckt eine Regelung technologischer Innovationen, die zu der hohen Dynamik und Komplexität der Materie passt, indem der regulatorische Rahmen in zulässigem und passendem Maße flexibilisiert wird. Dies erfordert einerseits eine Vereinfachung regulatorischer Anforderungen und andererseits die hinreichende Definition der Voraussetzungen. Damit dient die Regelung der Förderung des technischen Fortschritts und unternehmerischer Innovationen der Digitalwirtschaft. Allerdings stellt dies nur eine Seite der Real-labore-Strategie dar, wie bereits bei der Darstellung des rechtlichen Kontexts eingehend erörtert wurde.¹²⁴ Hinzu kommen Regelungen zur

¹²¹ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 57, juris – Berliner Vergabegesetz.

¹²² St. Rspr. s. BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 u.a. –, BVerfGE 98, 265-365, Rn. 157, juris – Bayerisches Schwangerenhilfseergänzungsgesetz.

¹²³ Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 57; Höfling/Rixen, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Föderalismusreform, GewArch 2008, S. 1 (4); Hirsch/Schmidt-Didczuhn, „Mosaikkompetenz“ für die Gentechnik, BayVBl 1990, S. 289 und ff.

¹²⁴ Siehe oben C.

Sicherheit und Ordnung technischer Innovationen, denn betroffene Dritte sind vor Auswirkungen und Risiken der Innovationen zu schützen. Diese Schutzaspekte stellen jedoch nicht den Hauptzweck der Regelung dar. Die geplante Regelung hat insgesamt einen deutlichen wirtschaftsregulierenden Schwerpunkt. Der Gesetzesgegenstand ist damit ganz allgemein gesprochen in den Bereichen von Technik und Wirtschaft anzusiedeln und trägt inhaltlich auch Elemente von Sicherheits- und Ordnungsrecht, Verfahren und Organisation in sich.

- b) Keine Sperre der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung durch Zuständigkeiten der EU im vorliegenden Kontext

An eine unionsrechtliche Kompetenz ist aufgrund der Unionszielbestimmung in Art. 3 Abs. 3 Satz 3 EUV zu denken, wonach die Europäische Union im Zusammenhang mit der Wirtschaft auch den technischen Fortschritt fördert. Die geplante Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle kann in diesem Bereich der Förderung des technischen Fortschritts verortet werden. Der Bereich der technologischen Entwicklung ist zusammen mit Forschung und Raumfahrt Gegenstand einer geteilten Zuständigkeit nach Art. 4 Abs. 3 AEUV. Die Zuständigkeit der Union erstreckt sich darauf, Maßnahmen zu treffen, ohne dass die Ausübung dieser Zuständigkeit die Mitgliedstaaten hindert, ihre jeweils eigene nationale Zuständigkeit auszuüben.¹²⁵ Es handelt sich um einen besonderen Fall der geteilten Zuständigkeit, bei der es keinen mitgliedstaatlichen Kompetenzverlust gibt, sofern und soweit die EU eine Regelung in dem Bereich der technologischen Entwicklung trifft. Die Mitgliedstaaten bleiben also weiterhin regelungsbefugt (sog. parallele Zuständigkeit).¹²⁶ Das unionsrechtliche Regelungsziel ist auf Innovationsprozesse durch die Stärkung von Technologien und Forschung, auch in der Industrie, gerichtet, wie sich aus den Art. 179 ff. AEUV ergibt.¹²⁷ Auch Art. 173 AEUV, der Regelungen zur Industrieförderung enthält und dabei Union und Mitgliedstaaten antreibt, industriellen Potenziale von Innovation und technologischer Entwicklung auszuschöpfen¹²⁸, beschränkt die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten nicht. Auch hier bleiben die Mitgliedstaaten zuständig, die Union darf nur unterstützen, koordinieren und ergänzen (Art. 6 Satz 2 lit. b) AEUV).

¹²⁵ Frenz, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. III, 2017, Art. 179 Rn. 3; Trute/Pilniok, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 179 Rn. 1.

¹²⁶ Häde, in: Pechstein/Nowak/ders. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. II, 2017, Art. 4 Rn. 13 f.

¹²⁷ Eikenberg, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union, Bd. 1, 68. Ergänzungslieferung 2019, Art. 179 Rn. 67. Ähnl. Frenz, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. III, 2017, Art. 179 Rn. 2; Trute/Pilniok, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 179 Rn. 10 ff.

¹²⁸ Frenz, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Bd. III, 2017, Art. 173 Rn. 46, 49.

Hinsichtlich der Regelungskompetenzen für die Förderung von technologischer Entwicklung können also Überschneidungen zwischen Union sowie Bund und Ländern gegeben sein, die jedoch aufgrund der parallelen Zuständigkeit die grundgesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nicht sperren. Gleichwohl bleibt zu berücksichtigen, dass es einzelne Kompetenzbereiche der Union geben kann, von denen eine Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle im Reallabor nicht abweichen darf. Solche kompetenzrechtlichen Grenzen können in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit i.S.v. Produktsicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz (Art. 114 Abs. 3 AEUV) bestehen.¹²⁹ Hier kommt es auf die konkrete Ausgestaltung an.

- c) Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG): Voraussichtlich für breite „Generalexperimentierklausel“ einschlägig

Aus dem dynamischen Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) lässt sich rechtssicher keine allgemeine Kompetenz zur Verwirklichung der „Generalexperimentierklausel“ herleiten. Nichtsdestotrotz ist der Kompetenztitel ein wichtiger Baustein für die avisierte Regelung.

- aa) Weite Auslegung des „Rechts der Wirtschaft“

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist das „Recht der Wirtschaft“ Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Das „Recht der Wirtschaft“ ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weit zu verstehen. Dazu gehören

*„die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen“.*¹³⁰

Diese Definition umschließt „Gesetze mit wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Charakter“.¹³¹ Die Umschreibung ist denkbar

¹²⁹ Eine Sperre besteht nur, soweit die Union nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EUV) sowie der Kompetenzausübungsschranken der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und 4 EUV) für eine bestimmte Materie ausschließlich zuständig ist oder auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen eine erschöpfende und unmittelbar geltende Unionsnorm vorliegt. Das ergibt sich aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, s. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 - 1 BvR 1916/09 -, BVerfGE 129, 78-107, Rn. 81, juris – Le Corbusier; BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06 -, BVerfGE 126, 286-331, Rn. 53, juris – Honeywell; BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a. -, BVerfGE 123, 267-437, Rn. 339 ff., juris. BVerfG, Beschluss vom 28.01.2014 - 2 BvR 1561/12 u.a. -, BVerfGE 135, 155-234, Rn. 101, juris – Filmabgabe.

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 - 1 BvL 4/00 -, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 57, juris – Berliner Vergabegesetz.

weit,¹³² da sich zahlreiche gesetzgeberische Interventionen in unterschiedlicher Stärke auf das wirtschaftliche Leben beziehen. Der weit verstandene Kompetenztitel für das „Recht der Wirtschaft“ erstreckt sich auch auf die im Klammerzusatz der Vorschrift aufgezählten Wirtschaftszweige – Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen sowie privatrechtliches Versicherungswesen –, wird nach überwiegender Auffassung durch diese aber nicht begrenzt.¹³³ Der hier auch genannte Begriff des Gewerbes dürfte auch Technologien und Geschäftsmodelle des digitalen Zeitalters umfassen. Gewerbe im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird vom Bundesverfassungsgericht umfassend verstanden.¹³⁴ Darunter fallen alle Fälle wirtschaftlicher Betätigung, soweit sie nicht von einem anderen im Kompetenztitel aufgeführten Wirtschaftszweig spezieller behandelt werden.¹³⁵ Zudem können als Annex zu dem Kompetenztitel auch Regelungen erfasst werden, die sicherheits- und ordnungsrechtlichen Zwecken dienen, wenn sie in einem notwendigen Zusammenhang mit der wirtschaftsrechtlichen Regelung stehen.¹³⁶ Das ist dann der Fall, wenn Gefahren adressiert werden, die sich aus der gewerblichen Nutzung überwachungsbedürftiger Anlagen ergeben.¹³⁷ Ausgenommen von diesem weiten Tatbestand sind nur diejenigen Materien, die der Kompetenztitel den Gesetzgebungsorganen der Länder zuweist: das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte. Das weite Verständnis des „Rechts der Wirtschaft“ und des Gewerbes i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG führt zu einem dynamischen Verständnis dieses wichtigen Kompetenztitels, welches es insbesondere ermöglicht, neue Formen von Wirtschaft unter den Kompetenztitel zu fassen.

- bb) Subsumtion der „Generalexperimentierklausel“ unter das „Recht der Wirtschaft“ grundsätzlich denkbar

Gemessen an diesen Grundsätzen erscheint es auf der Grundlage des bisherigen Regelungsgegenstands denkbar, dass die Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle im Reallabor als Regulierung von Gewerbe im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf den Kompetenztitel des

¹³² Aufgrund der Weite wird diesem Kompetenztitel in der Fachliteratur zum Teil Generalklauselartigkeit attestiert, s. *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 78, 80, 83.

¹³³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich dabei eher nicht um eine abschließende Aufzählung. Im Ergebnis hat das Gericht aber die Frage, ob die Aufzählung abschließend ist, offen gelassen, s. BVerfG, Beschluss vom 12.12.1984 - 1 BvR 1249/83 u.a. -, BVerfGE 68, 319-334, Rn. 34, juris – ärztliche Gebührenordnung. Dazu auch *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 74 Rn. 22; *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 83 ff.; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 44.

¹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 24.02.1976 - 2 BvL 5/73 -, BVerfGE 41, 344-356, Rn. 23, juris; BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970 - 2 BvO 1/65 -, BVerfGE 28, 119-151, Rn. 97, juris – Spielbank.

¹³⁵ *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 91.

¹³⁶ BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970 - 2 BvO 1/65 -, BVerfGE 28, 119-151 -, Rn. 97, juris – Spielbank.

¹³⁷ BVerfG, Beschluss vom 24.02.1976 - 2 BvL 5/73 -, BVerfGE 41, 344-356, Rn. 27 ff., juris.

„Rechts der Wirtschaft“ gestützt werden kann, jedenfalls soweit wirtschaftliche Fragen geregelt werden.

Die innovativen Technologien und Geschäftsmodelle im Zusammenhang mit der Digitalisierung dürften als eigenständige Erweiterung bestehender Wirtschaftszweige und damit als eigenes Gewerbe in dem umfassenden Sinne des Kompetenztitels angesehen werden können. Dafür spricht, dass diese innovativen Geschäftsmodelle technische und wirtschaftliche Aspekte zu einem neuen Wirtschaftszweig verbinden. Sie sind geeint durch Aspekte und daraus resultierende Interessen und Risiken, die jene Innovationen von traditionellen Angeboten abgrenzen. Autonom fahrende Busse oder Flugtaxi, Lieferroboter und Flugdrohnen zum Warentransport, die Verkehrsflusssteuerung auf der Grundlage künstlicher Intelligenz, sensorbasierte Sicherheitsprotokolle in chemischen Anlagen, „Smart Home“-Systeme oder Fin-Techs, beispielsweise auf Grundlage der Blockchain-Technologie, haben gemein, dass sie durch Algorithmen gesteuert werden und datenbasiert funktionieren. Zum Teil agieren sie auch in gewissem Maße eigenständig, „intelligent“ oder autonom. Dadurch sind spezifische Fragen der Regulierung der wirtschaftlichen Nutzung von Algorithmen sowie der wirtschaftlichen Datenverwendung und -verarbeitung aufgeworfen. Es stellen sich für digitale Innovationen auch spezifische Probleme etwa der Zurechnung und Haftung, wenn die technologische Steuerung Fehler aufweist und etwa ausfällt. Solche und weitere Aspekte sind den digitalen Innovationen, die im Reallabor erprobt werden sollen, nach aller Voraussicht gemein. Sie bestehen auch jenseits der Fachbereiche, in denen die Innovationen angesiedelt sind, wie Luftverkehr (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG), Postwesen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG), Straßenverkehr (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG) oder Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG). Dies spricht dafür, zumindest heute, wo sich die „alte“ analoge und die „neue“ digitale Welt noch tendenziell gegenüberstehen, diese neuen Technologien als einen eigenen Gewerbetyp zusammenfassend zu verstehen und sie darum auch gemeinsam zu regeln.¹³⁸ Dynamisch verstandene Kompetenztitel wie das „Recht der Wirtschaft“ können jeweils Aspekte solcher Neuerungen auffangen.¹³⁹

- cc) Aber: „Recht der Wirtschaft“ wirkt als Auffang-Kompetenztitel, speziellere Kompetenztitel haben Vorrang

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Kompetenztitel des „Rechts der Wirtschaft“ zurücktritt, wenn speziellere Regelungen den Gegenstandsbereich umfassen bzw. wenn ein stärkerer Sachzusammenhang zu

¹³⁸ Vgl. St. Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 83, 97 für die Regulierung neu entstehender Bereiche der Wirtschaft sowie neuer, elektronischer Medien.

¹³⁹ Vgl. zu einem neu geschaffenen Typ der Versicherung BVerfG, Urteil vom 03.04.2001 – 1 BvR 2014/95 –, BVerfGE 103, 197-225, Rn. 67 ff., juris – Pflegeversicherung I.

Gesetzgebungskompetenzen der Länder besteht.¹⁴⁰ Dies liegt an der generalklauselartigen Weite des Kompetenztitels.¹⁴¹ Ob eine Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verdrängende Spezialregelung vorliegt, hängt vom Gesamtzusammenhang der Regelung ab.¹⁴² Das Bundesverfassungsgericht ermittelt dafür, wo der qualitative Schwerpunkt der Regulierung liegt.¹⁴³ Da Aspekte der Wirtschaft für die Regelung zahlreicher Gegenstände eine Rolle spielen, grenzt das Bundesverfassungsgericht danach ab, ob wirtschaftliche Aspekte nur Rand- und Folgeerscheinungen der schwerpunktmäßigen Regelung einer anderen Materie sind.¹⁴⁴ Dass wirtschaftliche Regelungen nur Randerscheinungen sind, ist bei der „Generalexperimentierklausel“ eher unwahrscheinlich, hängt jedoch von der Ausgestaltung ab. Gegen eine Randerscheinung spricht, dass der zentrale Ansatz der avisierten Regelung, wie bereits dargestellt, voraussichtlich darin liegt, von bestehenden regulatorischen Anforderungen zu befreien und neue, offenere Voraussetzungen zu definieren, um dadurch die Erprobung im Reallabor flexibilisiert zu ermöglichen und neue digitale Technologien und Geschäftsmodelle aus der Wirtschaft zu fördern.

Darum kommt es darauf an, welchem Kompetenztitel die Anforderungen und Voraussetzungen zuzuordnen sind. Das bestimmt sich danach, welche Interessen geregelt werden sollen. Werden Interessen eines speziellen Sektors, wie etwa des Luftverkehrs oder des Straßenverkehrs, geregelt, dann sind grundsätzlich die dazu gehörenden Kompetenztitel spezieller als das „Recht der Wirtschaft“.

Die Abgrenzung anhand der zu regelnden Interessen lässt sich anhand einer Ausnahmeregelungen im Bereich des Straßenverkehrs veranschaulichen: Wenn § 46 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StVO vorsieht, dass die Straßenverkehrsbehörden in Einzelfällen Ausnahmen von dem Verbot genehmigen können, eine Autobahn mit dort nicht zugelassenen Fahrzeugen zu benutzen (§ 18 Abs. 1 StVO), dann werden öffentliche Interessen des Straßenverkehrs geregelt. Das zeigt sich an der handelnden Fachbehörde, der innerhalb der StVO verbleibenden Ausnahme sowie an § 46 Abs. 4 StVO, wonach die Ausnahmegenehmigungen der zuständigen Behörde

¹⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970 – 2 BvO 1/65 –, BVerfGE 28, 119-151, Rn. 97 ff., juris – Spielbank; *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 01.12.2019, Art. 74 Rn. 32.

¹⁴¹ *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 96.

¹⁴² BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 58, juris – Berliner Vergabegesetz. Vgl. *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 96.

¹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970 – 2 BvO 1/65 –, BVerfGE 28, 119-151 –, Rn. 100, juris – Spielbank; BVerfG, Urteil vom 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 –, BVerfGE 106, 62-166, Rn. 178 ff., juris – Altenpflegegesetz. Dazu detailreich *Höfling/Rixen*, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerbebereich nach der Föderalismusreform, GewArch 2008, S. 1 (3 f.).

¹⁴⁴ Zur Verdeutlichung: Im Fall der Regelungen für den Spielbankbetrieb hat das Bundesverfassungsgericht wirtschaftliche Aspekte nur als Rand- und Folgeerscheinungen der primär sicherheits- und ordnungsrechtlichen Regelung angesehen, s. BVerfG, Beschluss vom 18.03.1970 – 2 BvO 1/65 –, BVerfGE 28, 119-151 –, Rn. 100, juris – Spielbank. Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht eine Sonderabgabe im Bereich der beruflichen Bildung als vom „Recht der Wirtschaft“ umfasst angesehen, BVerfG, Urteil vom 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 –, BVerfGE 55, 274-348, Rn. 79, juris – Ausbildungsplatzförderung.

grundsätzlich nur für den Geltungsbereich dieser Verordnung wirksam sind. Auch wenn die Regelung wirtschaftliche Auswirkungen hat, handelt es sich dabei überwiegend um Effekte oder Randerscheinungen der Regelung; geprägt ist diese Vorschrift jedoch deutlich von den öffentlichen Interessen im Straßenverkehr. In § 46 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StVO werden somit primär Entscheidungen über öffentliche Interessen im Straßenverkehr getroffen. Erforderlich für den Erlass einer solchen Vorschrift ist folglich die spezielle straßenverkehrsrechtliche Kompetenz. Werden hingegen übergreifende spezifische Interessen der digital basierten Innovationen durch wirtschaftliche Akteure geregelt, dann ist das dynamisch weit verstandene „Recht der Wirtschaft“ spezieller.

Ob das „Recht der Wirtschaft“ der bzw. ein passender Kompetenztitel ist, hängt davon ab, ob und inwieweit wirklich Fragen der Wirtschaft reguliert werden, also etwa wirtschaftliche Abläufe, Organisation und Rahmenbedingungen. Es kommt also auf die konkrete Ausgestaltung der Anforderungen und Voraussetzungen für die Erprobung an. Da die Abgrenzung zwischen Kompetenztiteln keinem „glasklaren“ Maßstab folgt, sondern von Wertungsfragen abhängt,¹⁴⁵ kommt es auf das Gesamtbild des Regelungszusammenhangs und auch auf dessen Kommunikation an. Eine Anknüpfung an die oben genannten europarechtlichen Vorschriften zur Förderung von technologischen Innovationen in der Industrie könnte etwa dazu beitragen, die „Generalexperimentierklausel“ stärker als eine Regulierung des „Rechts der Wirtschaft“ einzuordnen. Doch angesichts der gleichzeitig bestehenden und zu regelnden Interessen aus dem Fachrecht, in dem einzelne Innovationen anzusiedeln sind, wie beispielsweise den öffentlichen Interessen des Straßenverkehrs, ist es fraglich, ob das generalklauselartige „Recht der Wirtschaft“ alle Möglichkeiten und Voraussetzungen für die Erprobung neuartiger Innovationen erfassen können wird.

dd) „Ungeschriebene“ Kompetenzen helfen nur begrenzt weiter

Die Regelung fachrechtlicher Interessen bedarf also grundsätzlich eines eigenen Kompetenztitels. Eine Ausnahme hiervon kann sich zwar durch die sog. „ungeschriebenen“ Kompetenzen des Bundes geben. Im Ergebnis helfen diese jedoch nur begrenzt weiter.

Drei Fallgruppen der „ungeschriebenen“ Gesetzgebungskompetenzen sind über die geschriebenen Kompetenzen hinaus aus dem Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes anerkannt. Es handelt sich um Kompetenzen aus der Natur der Sache und Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs. Die Rechtsprechung erkennt sie nur in äußerst engen Grenzen an.

¹⁴⁵ Die Abgrenzung zwischen den Kompetenznormen ist nicht immer eindeutig, s. *St. Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 96.

- Aus der Natur der Sache ist der Bund nur in sehr seltenen Fällen zuständig für eine gesetzliche Regelung, wenn ein Gegenstand begriffsnotwendig nur durch Bundesgesetz geregelt werden kann, wie etwa der Sitz der Bundesregierung oder Bundessymbole.¹⁴⁶ Diese Fallgruppe wird hier für nicht ergiebig erachtet.
- Etwas weitergehend, aber auch nur in eng umgrenzten Fällen denkbar sind die „ungeschriebenen“ Kompetenzen des Bundes kraft Sachzusammenhangs. Von dieser Kompetenz wird gesprochen, wenn

*„eine Materie verständiger Weise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine dem Bund nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder unerlässliche Voraussetzung für die Regelung der in Rede stehenden Materie ist“.*¹⁴⁷

Das Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung reicht jedoch nicht aus.¹⁴⁸ Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs knüpft an einen bestehenden Kompetenztitel an und erweitert diesen durch punktuellen Übergriff.¹⁴⁹ Der punktuelle Übergriff erfolgt bei der Annexkompetenz auf Regelungen, die der Vorbereitung und Durchführung der materiellen Regelung des Kompetenztitels dienen. Darunter fallen typischerweise Regelungen des Verfahrens und der Organisation.¹⁵⁰ Auch ordnungsrechtliche Regelungen sind als zulässiger Annex anerkannt,¹⁵¹ soweit sie sich nicht zum Hauptzweck verselbständigen, denn dann wäre die Materie Gegenstand des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts und damit Ländersache.¹⁵² Dass durch eine „Generalexperimentierklausel“ also auch Belange der Sicherheit und Ordnung berührt sind, ist nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts nicht problematisch, wenn und soweit die Gefahren mit dem wirtschaftlichen Produkt, dem Erproben der digitalen Innovationen unter realen Bedingungen, zu tun haben.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfG, Gutachten vom 16.06.1954 – 1 PBvV 2/52 –, BVerfGE 3, 407-439, Rn. 67, juris – Baugutachten.

¹⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 07.10.2014 – 2 BvR 1641711 –, BVerfGE 137, 108-185, Rn. 145, juris. S. auch BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 u.a. –, BVerfGE 98, 265-365, Rn. 158, juris – Bayerisches Schwangerenhilfenergänzungsgesetz. St. Rspr.

¹⁴⁸ BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 u.a. –, BVerfGE 98, 265-365, Rn. 158, juris – Bayerisches Schwangerenhilfenergänzungsgesetz.

¹⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 07.10.2014 – 2 BvR 1641711 –, BVerfGE 137, 108-185, Rn. 145, juris – Optionskommune.

¹⁵⁰ Vgl. BVerfG, Urteil vom 07.10.2014 – 2 BvR 1641711 –, BVerfGE 137, 108-185, Rn. 136, juris – Optionskommune.

¹⁵¹ S. nur BVerfG, Gutachten vom 16.06.1954 – 1 PBvV 2/52 –, BVerfGE 3, 407-439, Rn. 117, juris – Baugutachten: „Soweit der Bund ein Recht zur Gesetzgebung auf bestimmten Lebensgebieten hat, muß er daher auch das Recht haben, die dieses Lebensgebiet betreffenden spezial-polizeilichen Vorschriften zu erlassen“.

¹⁵² BVerfG, Urteil vom 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, BVerfGE 110, 141-177, Rn. 109, juris – Kampfhunde.

Bei der dritten Fallgruppe, der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs, erstreckt sich der punktuelle Übergriff auf materielle Sachbereiche anderweitig geregelter Kompetenztitel.¹⁵³ Es kann darum erwogen werden, ob das „Recht der Wirtschaft“ auch punktuelle Übergriffe auf speziellere fachrechtliche Kompetenztitel erfasst, die, wie im oben zu § 46 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StVO geschilderten Beispiel veranschaulicht, speziellere fachrechtliche Interessen regeln. Abstrakte Vorgaben und Grenzen für diesen punktuellen Übergriff sind schwerlich auszumachen. Tendenziell geht das Bundesverfassungsgericht restriktiv mit der Fallgruppe um.¹⁵⁴ Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ermöglicht nur sehr punktuelle Übergriffe in andere Materien, indem sie an einen bestehenden Kompetenztitel anknüpfen und für dessen Regelung unerlässlich sein müssen. Ob es hier angesichts der fachrechtlichen Spezifika für die innovativen Technologien und Geschäftsmodelle bei punktuellen, unerlässlichen Übergriffen in andere Materien bliebe, erscheint sehr zweifelhaft. Eine Erweiterung der Regelungsbefugnisse des „Rechts der Wirtschaft“ durch eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs auf fachrechtliche Kompetenzen ist darum eher ausgeschlossen.

ee) Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung

Der Bund hat für das „Recht der Wirtschaft“ nur die Gesetzgebungskompetenz, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht (Art. 72 Abs. 2 GG). Für die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung spricht, dass digitale Technologien und Geschäftsmodelle vor Ländergrenzen nicht Halt machen. Zudem agieren die Wirtschaftsakteure meist bundesweit bzw. europaweit oder global. Für ihre Innovationskraft ist es förderlich, wenn sie sich auf einheitliche Anforderungen und Verfahren für die Erprobung einstellen können. Hinzu kommen soziale Gesichtspunkte. Einzelne Regionen sollten nicht von technologischen Innovationen abgehängt werden, während in anderen der Fortschritt floriert. Dies spricht für die Erforderlichkeit einer kohärenten, bundesweit einheitlichen „Generalexperimentierklausel“.

d) Kompetenztitel „Telekommunikation“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG): Voraussichtlich nur für Randbereiche einschlägig

Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG ist der Bund befugt, im Wege der ausschließlichen Gesetzgebung die „Telekommunikation“ gesetzlich zu regeln. Telekommunikation im Sinne des Kompetenztitels ist die nicht-

¹⁵³ Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 47.

¹⁵⁴ Vgl. BVerfG, Urteil vom 21.07.2015 – 1 BvF 2/13 –, BVerfGE 140, 65–99, Rn. 60, juris – Betreuungsgeld.

körperliche Übermittlung von Informationen mit technischen Mitteln.¹⁵⁵ Der Begriff der Telekommunikation wird von der Rechtsprechung zunächst weit verstanden und ist offen für neuartige technische Entwicklungen.¹⁵⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist vom Kompetenztitel allerdings nur die technische Seite der Errichtung einer Telekommunikationsinfrastruktur und der Informationsübermittlung mit Hilfe von Telekommunikationsanlagen erfasst.¹⁵⁷ Nicht umfasst sind dagegen Regelungen, die auf die übermittelten Inhalte oder die Art der Nutzung der Telekommunikation gerichtet sind.¹⁵⁸ Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG ermächtigt also nur zur Regelung von technischen Fragen der Datenübermittlung. Soweit im Zusammenhang mit einer „Generalexperimentierklausel“ also auch die technische Seite der Datenübermittlung geregelt wird, ist Art. 73 Abs. 1 Nr. 7, 2. Fall GG ein tauglicher Kompetenztitel für den Bund. Für eine allgemeine Regelung der Erprobung von technologischen Innovationen im Reallabor reicht der Kompetenztitel jedoch nicht aus, weil dort auch die Nutzung der Telekommunikation durch innovative Technologien und Geschäftsmodelle im öffentlichen Raum geregelt wird.

e) Kompetenztitel des Bundes im jeweiligen Fachrecht der Innovationen

Der Bund hat zahlreiche ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen in fachrechtlich geregelten Bereichen, in denen zu erprobende Innovationen anzusiedeln sind. Denkbar sind der „Luftverkehr“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG), der „Verkehr von Eisenbahnen“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG), „das Postwesen“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG), der „Straßenverkehr“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG), „die Schienenbahnen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG) oder „die Abfallwirtschaft, die Luftreinhaltung und die Lärmbekämpfung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG). Je nach zu erprobenden Innovationen können fachrechtliche Interessen einer in diesen Kompetenztiteln umschriebenen Materie berührt sein. Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erprobung von innovativen Geschäftsmodellen und Kompetenzen im Reallabor, die nicht nur punktuell solche fachrechtlichen Interessen betreffen,

¹⁵⁵ Heintzen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 73 Rn. 74.

¹⁵⁶ Vgl. zum Telekommunikation vorgehenden Fernmeldeanlage bereits BVerfG, Beschluss vom 12.10.1977 – 1 BvR 216/75 u.a. –, BVerfGE 46, 120-160, Rn. 66, juris: „Der Begriff der Fernmeldeanlage umfaßt [...] nicht nur die bei der Entstehung des Gesetzes bekannten Arten der Nachrichtenübertragung, sondern auch neuartige Übertragungstechniken, sofern es sich um körperlose Übertragung von Nachrichten in der Weise handelt, daß diese am Empfangsort ‚wiedergegeben‘ werden“.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschluss vom 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 –, BVerfGE 130, 151-212, Rn. 128, juris – Bestandsdatenspeicherung; BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 200, juris – Vorratsdatenspeicherung. Zum Telekommunikation vorgehenden Fernmeldewesen s. bereits BVerfG, Urteil vom 28.02.1961 – 2 BvG 1/60 –, BVerfGE 12, 205-264 –, Rn. 81, 84, 88, juris – 1. Rundfunkurteil.

¹⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 –, BVerfGE 130, 151-212, Rn. 128, juris – Bestandsdatenspeicherung; BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 200, juris – Vorratsdatenspeicherung; BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 – 1 BvR 668/04 –, BVerfGE 113, 348-392, Rn. 94, juris – Telekommunikationsüberwachung.

kann der Bund darum auf Grundlage jener Kompetenztitel ausgestalten. Wenn solche fachrechtlichen Interessen aus einem Kompetenztitel in der „Generalexperimentierklausel“ geregelt werden, kann der Bund die Norm auch in der Form ausgestalten, dass die Klausel so bereichsübergreifend formuliert ist, wie es die materiell-rechtlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen ermöglichen.

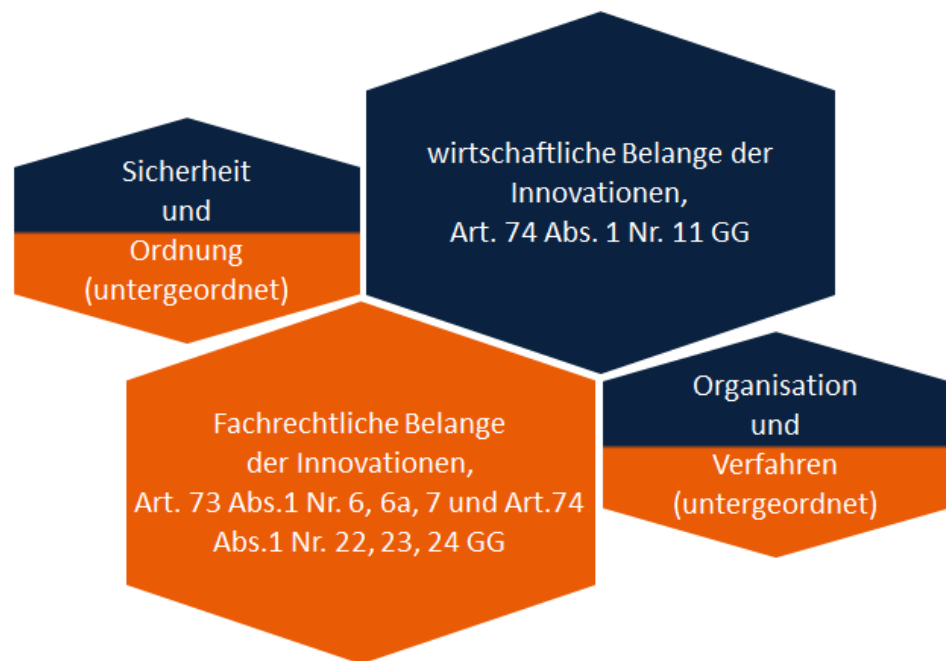
f) Schlussfolgerungen

Aus kompetenzrechtlicher Sicht liegt die Schwierigkeit, vor der die Gesetzgebung bei der Regelung der Erprobung von technologischen Innovationen steht, in der thematischen Breite. Es sind zahlreiche Interessen in Ausgleich zu bringen: allgemeine wirtschaftliche Belange, spezielle wirtschaftliche Belange innovativer Technologien und Geschäftsmodelle, fachrechtliche Fragen der Innovationen etwa in den Bereichen Luftverkehr, Postwesen oder Straßenverkehr sowie Aspekte von Sicherheit und Ordnung sowie Organisation und Verfahren. Darüber hinaus ist nicht zwingend von vornherein ersichtlich, in welchem Bereich ein Innovationsbedürfnis in der Zukunft entsteht. Ein einheitlicher eigener Kompetenztitel für die Regelung der technologischen Neuerungen des digitalen Zeitalters besteht jedoch nicht. Ein solches Problem stellt sich nicht erst heute im Zeitalter der Digitalisierung. Auch in früheren Zeiten rekurrierte der Gesetzgeber für neuartige Forschungsentdeckungen und Technologien nicht immer nur auf einen Kompetenztitel. Beispielsweise wurde das Gentechnik-Gesetz nicht nur auf einen, sondern auf mehrere Kompetenztitel gestützt, je nach Sachbereich der Regelung.¹⁵⁹ Dieses Beispiel aus der Vergangenheit ist nicht direkt übertragbar, zum einen weil bei der dortigen Regelung deutlich mehr Schutzaspekte im Vordergrund standen und zum anderen weil die digitalen Technologien sektorenübergreifend eingesetzt werden und zugleich spezifische Aspekte gemein haben. Diese übergreifende Wirkung bei gleichzeitig gemeinsamen Kernfragen kann kompetenzrechtlich zum Teil durch die Kombination von Gesetzgebungsbefugnissen aufgefangen werden, wie eine detaillierte Prüfung der Kompetenzen ergeben hat:

Nach unserer Auffassung lässt sich eine allgemeine „Generalexperimentierklausel“, die losgelöst ist vom Fachbereich, in dem Innovationen angesiedelt sind, kompetenzrechtlich nicht rechtssicher realisieren. Nach unserer Einschätzung ist es jedoch ohne durchgreifende Bedenken möglich, eine breite „Generalexperimentierklausel“ für die Erprobung im Reallabor in jenen Bereichen, in denen der Bund auch die Fachkompetenz hat, zu schaffen. Überdies können Reallabore als Wirtschaftsförderung umfassend geregelt werden.

¹⁵⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik vom 09.11.1989, BT. Drs. 11/5622, S. 21 f.; vgl. jedoch die 1994 eingefügte Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 GG, dazu BVerfG, Urteil vom 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 –, BVerfGE 128, 1-90, Rn. 122 f., juris — Gentechnikgesetz.

Es gibt mehrere Kompetenztitel, die dem Bund für eine breit ausgestaltete „Generalexperimentierklausel“ Gesetzgebungsbefugnisse verleihen. Als eine von Fachbereichen losgelöste Querschnittskompetenz kommt das dynamisch verstandene „Recht der Wirtschaft“ in Betracht. Gestützt hierauf können die wirtschaftlichen Fragen der Erprobung im Reallabor geregelt werden. Doch wenngleich die „Generalexperimentierklausel“ einen wirtschaftsregulierenden Ansatz hat, um Technologie zu fördern, ist der Schwerpunkt einer solchen Regelung doch nicht ausschließlich im „Recht der Wirtschaft“ gelegen. Der Kompetenztitel reicht darum nicht aus, um alle Fragen der Erprobung im Reallabor zu regeln. Es spielen – je nach Ausgestaltung – neben untergeordneten Fragen von Sicherheit und Ordnung der wirtschaftlichen Regulierung insbesondere spezielle fachrechtliche Interessen aus den Rechtsbereichen, in denen die zu erprobenden Innovationen voraussichtlich anzusiedeln sind, im Rahmen der Regelung eine eigenständige Rolle. Für die Regelung jener eigenständigen Interessen aus den Rechtsbereichen ist ein eigener Kompetenztitel erforderlich. Die zusammengesetzten Kompetenzen lassen sich als Mosaik veranschaulichen, das sich aus dem „Recht der Wirtschaft“ und dem Fachrecht sowie als Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs auch untergeordnete Fragen von Sicherheit und Ordnung sowie Organisation und Verfahren umfasst:



Angesichts der Vielzahl an berührten Interessen wären auch die Länder kompetenzrechtlich nicht befugt, allgemeine, von Sektoren losgelöste „Generalexperimentierklauseln“ zu schaffen, weil dem Bund für bestimmte von einer solchen Klausel betroffene Bereiche nicht nur konkurrierende, sondern auch ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse verliehen sind. Selbst wenn sich eine alle Regelungsbereiche umschließende Generalkompetenz folglich allein aus dem „Recht der Wirtschaft“

voraussichtlich nicht begründen lässt, fügt sich doch das „Recht der Wirtschaft“ mit den anderen Kompetenztiteln des Bundes zu einem Mosaik zusammen. Daraus ergibt sich eine aus mehreren Kompetenztiteln zusammengesetzte Kompetenz. Auf dieser Grundlage kann der Bund eine „Generalexperimentierklausel“ zur Erprobung von Innovationen breit für die Fachbereiche regeln, in denen er auch die Kompetenz für die fachrechtliche Seite der Innovationserprobung hat. Kompetenzrechtlich ist also eine möglichst breite, zum Teil themenübergreifend formulierte „Generalklausel“ auf Bundesebene möglich. Einen konkreten Handlungsvorschlag mit Variationsmöglichkeit auf der Basis unserer umfassenden Prüfung unterbreiten wir unter F.

II. Durch die „Generalexperimentierklausel“ berührte Güter und Interessen

Aus den vorigen Abschnitten ergibt sich, dass

- der Gesetzgeber Regelungen flexibel ausgestalten kann, je nach den Erfordernissen der Sachbereiche und den Zwecken der Regelung,
- der Gesetzgeber über einen weiten Prognose- und Einschätzungsspielraum verfügt,
- der Regulationsgegenstand aufgrund der Schnelligkeit, Komplexität und Innovationskraft der Materie für experimentelle Gesetzgebung spricht,
- der Bundesgesetzgeber über additive Gesetzgebungsbefugnisse verfügt, auf deren Grundlage er – in gewissen Grenzen – eine breit ausgestaltete und möglichst allgemein formulierte „Generalexperimentierklausel“ umsetzen kann.

In diesem Abschnitt werden die durch die Erprobung im Reallabor berührten Güter und Interessen detailliert geprüft, die sich aus der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, sowie dem Unionsrecht und dem Recht der 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 einer „Generalexperimentierklausel“, bei der Schutz- und Innovationsinteressen möglichst schonend in Ausgleich gebracht werden.

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.¹⁶⁰ Dies kann in Abhängigkeit der jeweiligen Regelungsmaterie bzw. in Abhängigkeit vom sachlichen Umfang der „Generalexperimentierklausel“ durchaus der Fall sein. 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,¹⁶¹ sodass sie unter dem Grundgesetz steht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Grundrechte wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit aber im Lichte der

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 26.02.2013, Rs. C 617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 17 ff.

¹⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 15. Dezember 2015 – 2 BvL 1/12 –, BVerfGE 141, 1-56, Rn. 45, juris.

EMRK auszulegen, soweit dies mit dem Wortlaut des Grundgesetzes zu vereinbaren ist.¹⁶²

Zur Strukturierung der nachfolgenden 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.).

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 der „Generalexperimentierklausel“ 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 nach unserer Einschätzung 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.¹⁶³ Auch der Gesetzgeber wird – ungeachtet des in-

¹⁶² BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 –, BVerfGE 111, 307-332, Rn. 32, juris – Görülü.

¹⁶³ 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.

soweit missverständlichen Wortlauts – durch Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ 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 **Artikel 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,¹⁶⁷ 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 werden oder wesentlich unterschiedliche Sachverhalte gleich behandelt werden.¹⁶⁸

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.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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

¹⁶⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09 –, BVerfGE 129, 78-107, Rn. 78, juris – Le Corbusier.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 14.10.1999, Rs. C-104/97 P, Atlanta, ECLI:EU:C:1999:498, Rn. 46.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ 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.

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.¹⁷¹ Er kann unter mehreren miteinander konkurrierenden rechtspolitischen Lösungen wählen.¹⁷² 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**).¹⁷³ Als willkürlich ist eine entsprechende Unterscheidung dann anzusehen, wenn sie hinsichtlich des zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstandes objektiv tatsächlich und eindeutig unangemessen ist.¹⁷⁴ Der Maßstab für verfassungsgemäße Differenzkriterien ist damit hier großzügig bemessen. Es reicht aus, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund“¹⁷⁵ 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“. ¹⁷⁶ Ein gesteigerter Prüfungsmaßstab, etwa ein an der Verhältnismäßigkeitsprüfung orientierter, ist hier fernliegend, weil keine Nähe zu den persönlichen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG gegeben ist.

Für die „Generalexperimentierklausel“ 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 ver-

¹⁷¹ 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.

¹⁷² BVerfG, Beschluss vom 08.10.1963 – 2 BvR 108/62 –, BVerfGE 17, 122-135, Rn. 22, juris.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ 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.

gleichbare 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.

Die Entscheidung der Behörde, muss nachprüfbar aus sachlichen Gründen erfolgt sein. Detaillierte Vorgaben darüber, anhand welcher Kriterien Behörden zwischen den Angeboten mehrerer Wirtschaftsakteure auswählen sollen, reduziert 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 „Generalexperimentierklausel“ 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 weiter 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.¹⁷⁷ Die Auswahl des konkreten Regierungsbezirks überprüfte das Gericht hier anhand eines erweiterten Will-

¹⁷⁷ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, juris.

kürmaßstabs aufgrund der Berücksichtigung des Erprobungscharakters.¹⁷⁸

„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“
179

Das Gericht lehnte eine Verletzung des Gleichheitssatzes ab, weil aufgrund von sachlichen Kriterien keine willkürliche Benachteiligung angenommen wurde.¹⁸⁰ Wenn einzelne Unterscheidungskriterien selbst noch in der Erprobung sind, kann also der Prüfungsmaßstab 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 „Generalexperimentierklausel“ 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 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 allge-

¹⁷⁸ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 48 f., juris.

¹⁷⁹ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 49, juris.

¹⁸⁰ BayVGh, Entscheidung vom 15.11.2006 – Vf. 6-VII-05 u.a. –, Rn. 54 f., juris.

meinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), ist die Berufsfreiheit für diese Frage am speziellsten,¹⁸¹ die auch Art. 16 GRCh kodifiziert.

Die **Berufsfreiheit** sichert auch die **Teilhabe am Wettbewerb** im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln.¹⁸² Davon ist jedoch grundsätzlich weder Schutz vor Konkurrenz¹⁸³ noch ein Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten¹⁸⁴ 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.¹⁸⁵ Etwas anderes kann jedoch in Ausnahmefällen gelten, wenn eine hoheitliche Maßnahme zu einer **Wettbewerbsveränderung führt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat**.¹⁸⁶ Doch dies setzt voraus, dass die Wettbewerbsveränderung im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht,¹⁸⁷ insbesondere wenn sie in einem staatlich regulierten Markt stattfindet.¹⁸⁸ Ein regulierter Markt liegt nur dann vor, wenn der Staat die Bedingungen des Wettbewerbs weitgehend nicht den Marktkräften überlässt.¹⁸⁹ 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 Erpro-

¹⁸¹ Zur detaillierten Abgrenzung s. unten bei E.II.2.a)bb).

¹⁸² 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.

¹⁸³ BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 100, juris – Apothekenwerbung, st. Rspr.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ 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 Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 39, juris.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ 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.

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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.

bung von Innovationen geregelt werden sollen.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ 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.¹⁹² 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 subsidiäre¹⁹³ allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV verbietet zudem Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Es handelt sich hierbei um einen speziellen Gleichheitssatz mit grundrechtsähnlicher Qualität.¹⁹⁴

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

¹⁹⁰ Vgl. zu den Kriterien OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 41, juris.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 34 AEUV Rn. 18.

¹⁹³ Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 18 AEUV Rn. 2.

¹⁹⁴ Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 18 AEUV Rn. 1, 5.

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.¹⁹⁵

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 Regelungsbereiche 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 begünstigen¹⁹⁶ oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, da das begünstigte Unternehmen diesen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.¹⁹⁷ Maßgeblich sind nicht die mit der in Rede stehenden Maßnahme verfolgten Ziele, son-

¹⁹⁵ 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.

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ 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.

dem allein, ob sie eine begünstigende Wirkung entfaltet.¹⁹⁸ Gleichgültig ist, ob der Vorteil in Gestalt der Gewährung einer Leistung oder in der Verminderung einer Belastung in Erscheinung tritt.¹⁹⁹

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.²⁰⁰ Dasselbe gilt nach der sog. Altmark-Trans-Rechtsprechung dann, wenn mit der staatlichen Leistung ausschließlich die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgeglichen werden soll.²⁰¹ In diesen Fällen liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor.²⁰² Eine Notifizierungspflicht besteht nicht.²⁰³

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.“²⁰⁴ Eine Tätigkeit ist wirtschaftlich, wenn sie darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten.²⁰⁵ Ob die Tätigkeit der Einheit auf Gewinn ausgerichtet ist oder nicht, ist für ihre Einordnung als Unternehmen demgegenüber unerheblich.²⁰⁶ Gleichmaßen erfasst sind auch öffentliche Unternehmen²⁰⁷ wie auch Betreiber von Infrastrukturen wie etwa Flughafengesellschaften.²⁰⁸

Gemessen hieran könnte darin, dass die Teilnahme an einem Real-labor dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit einräumt, seine innovative Technologie bzw. sein innovatives Geschäftsmo-

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ St. Rspr., siehe EuGH, Urteil vom 08.11.2001, Rs. C-143/99, Adria-Wien-Pipeline, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 38.

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, Altmark Trans, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 94.

²⁰² EuGH, Urteil vom 22.11.2001, Rs. C-53/00, Ferring, ECLI:EU:C:2001:627, Rn. 27, 32 f.

²⁰³ *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.

²⁰⁴ 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.

²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-35/96, Kommission/Italien, ECLI:EU:C:1998:303, Rn. 36.

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 16.11.1995, Rs. C-244/94, FFSA u.a., ECLI:EU:C:1995:392, Rn. 21.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 15.03.1994, Rs. C-387/92, Banco Exterior de Espana, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 11.

²⁰⁸ 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.

dell 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.

- 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.²⁰⁹ 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.²¹⁰ 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.²¹¹ 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.²¹²
- 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.²¹³ 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 transparenten Regeln auf die Teilnahme zu bewerben, dürfte es

²⁰⁹ 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.

²¹⁰ 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.

²¹¹ EuGH, Urteil vom 19.03.2013, Rs. C- 399/10 P und C- 401/10 P, Bouygues, ECLI:EU:C:2013:175, Rn. 99.

²¹² 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.

²¹³ EuGH, Rs. C-143/99, Adria-Wien-Pipeline, ECLI:EU:C:2001:598, Rn. 36.

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.²¹⁴ Handelt es sich um eine bloß potentielle Verbesserung der Wettbewerbssituation, muss diese hinreichend konkret sein und von der Kommission belegt werden.²¹⁵ 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.²¹⁶ 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 beihilfegewährenden Mitgliedsstaats auf die Konkurrenzsituation von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten auswirkt.²¹⁷ Die bloße Eignung einer Maßnahme zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels genügt.²¹⁸ 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.²¹⁹ Auch ist kein Mindestmaß an Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erforderlich, es sind also auch Beihilfen mit geringem Umfang oder an Unternehmen geringer Größe erfasst.²²⁰ 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 Erprobungs-

²¹⁴ Von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU-Recht, 63. EL 2017 Art. 107 AEUV Rn. 66 ff.

²¹⁵ EuGH, Urteil vom 14.10.1987, Rs. 248/84, Borken-Bocholt, ECLI:EU:C:1987:437, Rn. 18, 21.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 17.06.1999, Rs. C-75/97, Belgien/Kommission, ECLI:EU:C:1999:311, Rn. 47, 51.

²¹⁸ EuGH, Urteil vom 30.04.2009, Rs. C-494/06 P, WAM, ECLI:EU:C:2009:272, Rn. 2.

²¹⁹ EuGH, Urteil vom 19.11.2000, Rs. C-156/98, Deutschland/Kommission, ECLI:EU:C:2000:467, Rn. 33.

²²⁰ 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.

möglichkeit unter die sog. *de minimis*-Beihilfen fallen und deshalb zulässig sind. In Ausnahmefällen könnte die Erprobung – selbst wenn sie eine Beihilfe darstellte – zudem nach Maßgabe von Art. 107 Abs. 3 b) oder c) AUEV als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. 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 **zentralen Flaschenhals der „Generalexperimentierklausel“** darstellt. Bei der Ausgestaltung 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 unserer Prüfung empfehlen wir, 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 „Innovation“ 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 zu minimieren. Es handelt sich insbesondere um Risiken für das Leben und die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), je nach Gefahrgeneignis 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:

- Arbeitnehmer, wenn sie Innovationen in der Erprobung steuern,
- Konsumenten, wenn sie Innovationen in der Erprobung nutzen wollen und nutzen,
- schlichte Dritte (Passanten, Anwohner, Verkehrsteilnehmer etc.), wenn sie sich dort aufhalten, wo Innovation erprobt werden.

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 zugerechnet 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.²²¹ Darüber hinaus können es Schutzpflichten im Folgenden gebieten, solche Genehmigungsverfahren auszugestalten. Insofern vorgelagerte Schutzpflichten werden darum detailliert dargestellt.

²²¹ Dahingehend zu einer atomrechtlichen Genehmigung BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 115, juris — Kalkar I.

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 deutschen öffentlichen Gewalt ein aktives Handeln zum Schutz grundrechtlicher Rechtsgüter in denjenigen Fällen ab, in denen diese durch Dritte bedroht werden.²²² Dabei werden Schutzpflichten mehrheitlich als eigenständiger objektiv-rechtlicher Gehalt der Grundrechte verstanden.²²³

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:²²⁴

„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.“²²⁵

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.²²⁶ 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

²²² 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.

²²³ 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.

²²⁴ Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 191 Rn. 218, 222.

²²⁵ BVerfG, Urteil vom 10.01.1995 – 1 BvF 1/90 u.a. –, BVerfGE 92, 26-53, Rn. 74, juris – Zweitregister.

²²⁶ 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,²²⁷ doch typischerweise richtet sie sich primär an den Gesetzgeber.²²⁸

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.²²⁹ In der vorbeugenden Dimension können es Schutzpflichten insbesondere gebieten,

„rechtliche Regelungen so auszugestalten, daß auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt.“²³⁰

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 Verfassungen 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.“²³¹

Dem Staat steht also bei der Auswahl derjenigen Maßnahmen, die er zur Erfüllung der Schutzpflicht ergreifen möchte, ein weiterer Spielraum zu.²³² Zentral ist jedoch das Untermaßverbot. Die zur Erfüllung der Schutzpflicht ergriffenen Maßnahmen müssen dazu geeignet sein, die in Rede stehenden Angriffe abzuwehren bzw. den drohenden Gefahren wirksam vorzubeugen.²³³ 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)“.²³⁴

²²⁷ 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.

²²⁸ BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 157, juris – Schwangerschaftsabbruch I.

²²⁹ Isensee (a.a.O.), § 191 Rn. 218, 236, 263.

²³⁰ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

²³¹ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

²³² 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.

²³³ 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.

²³⁴ 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.

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.“*²³⁵

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,²³⁶ je intensiver die einzelne Grundrechtsbeeinträchtigung ausfällt²³⁷ oder je größer das Ausmaß der Grundrechtsbeeinträchtigung insgesamt ist.²³⁸

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. Gewichtig 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.

²³⁵ 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.

²³⁶ 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.

²³⁷ 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.

²³⁸ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 117, juris – Kalkar I.

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.²³⁹ 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.²⁴⁰ 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“.*²⁴¹

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.²⁴² 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.²⁴³ Dort wo keine hinreichende Erfahrungsgrundlage aus vergangenen Geschehnissen zugrunde gelegt werden kann, sind Schlüsse aus simulierten Verläufen zu ziehen.²⁴⁴ Risiken der Technik gebieten darum in Relation zur Gefahreneigtheit 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

²³⁹ BVerfG, Urteil vom 15.02.2006 – 1 BvR 357/05 –, BVerfGE 115, 118-166, Rn. 82, juris — Luftsicherheitsgesetz.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ 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, juris — Schleyer; BVerfG, Urteil vom 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a. –, BVerfGE 39, 1-95, Rn. 153, juris — Schwangerschaftsabbruch I.

²⁴² BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 – 1 BvR 385/77 –, BVerfGE 53, 30-96, Rn. 53, juris — Mühlheim-Kärlisch; BVerfG, Urteil vom 17.07.1980 – 7 C 101/78 –, BVerfGE 60, 297-315, Rn. 21, juris; Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 15. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 91a, 99.

²⁴³ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 119 f., juris — Kalkar I.

²⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 119, juris — Kalkar I.

individuelle Mobilität in der Erprobung wie etwa autonom-fahrenden 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: Arbeitnehmer u.ä. sind auch vor technologischen Fehlern bei neuartigen 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“.²⁴⁵ 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.²⁴⁶ Umfasst ist schon eine eher abstrakte Gefährdungslage, die durch den Kontrollverlust des Einzelnen gekennzeichnet ist,

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ 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).

„wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden können, die der Betroffene weder überschauen noch verhindern kann.“²⁴⁷

Personenbezogen sind „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person“. ²⁴⁸ 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]“. ²⁴⁹

Der Staat ist verpflichtet, die informationelle Selbstbestimmung durch geeignete Regelungen zu schützen. ²⁵⁰ 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“. ²⁵¹

Diese Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift dort, wo speziellere Bestimmungen wie Art. 10 (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis) GG und Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) keinen hinreichenden Schutz gewähren. Der Schutz ist insbesondere dort relevant, wo Telekommunikationsgeräte, wie Computer oder Smart-Phones, 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. ²⁵²

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:

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ BVerfG, Urteil vom 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 u.a. –, BVerfGE 120, 378-433, Rn. 66, juris — KFZ-Kennzeichen-Erfassung.

²⁵⁰ S. Murswiek/Rixen, Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 122 m.w.N.

²⁵¹ BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07 u.a. –, BVerfGE 120, 274-350, Rn. 169, juris — Online-Durchsuchung.

²⁵² 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 Tel-eclinic 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.²⁵³ 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.²⁵⁴ Doch zum einen könnte die objektiv-rechtliche Dimension der Schutzpflichten einer Einwilligung entgegenstehen.²⁵⁵ Zum anderen sind auch die Voraussetzungen der Einwilligung nicht rechtssicher überprüfbar. Die Einwilligung setzt unter anderem eine detaillierte Aufklärung²⁵⁶ sowie die Einwilligungsfähigkeit²⁵⁷ voraus. Ob diese gegeben sind, kann

²⁵³ BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2005 – 1 BvR 782/94 –, BVerfGE 114, 1-72, Rn. 144, juris — Bestandsübertragung für eine Lebensversicherung.

²⁵⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 90.

²⁵⁵ Vgl. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 300.

²⁵⁶ 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.

²⁵⁷ Auf Unterstützung durch Dritte angewiesene Menschen, etwa Kinder und manche Menschen mit Behinderung, könnten alleine voraussichtlich nicht einwilligen.

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 Bürger heutzutage erwarten, eigenständig informierte Entscheidungen treffen zu können. Der Staat unterstützt sie durch Orientierung bietende Informationen.²⁵⁸ Dadurch werden Bürger auch an gesellschaftlichen Problemlösungen beteiligt.²⁵⁹

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, 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

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ 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.

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.²⁶⁰

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 bisweilen hohen Risiken für Dritte und kompensieren voraussichtlich reduzierte Prüfungen.²⁶¹ Durch diese die Erprobung begleitenden Pflichten könnte in die Berufsfreiheit in Gestalt der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG),²⁶² 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.²⁶³ Unter die vielen Gewährleistungen des Grundrechts fallen auf Unternehmer-

²⁶⁰ 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“).

²⁶¹ 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.

²⁶² 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.

²⁶³ 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.

seite etwa die Freiheit der unternehmerischen Betätigung,²⁶⁴ das Recht auf freie Vertragsgestaltung²⁶⁵ sowie der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen²⁶⁶. 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.²⁶⁷ Geschützt sind alle natürlichen wie juristischen Personen des Privatrechts²⁶⁸ bei der Ausübung wirtschaftlicher Betätigung in allen Formen.²⁶⁹ Auch der „freie Wettbewerb“ ist vom Schutzbereich des Art. 16 GRCh erfasst.²⁷⁰

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.²⁷¹ 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.²⁷²

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

²⁶⁴ BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a. –, BVerfGE 50, 290-381, Rn. 173, juris — Mitbestimmung.

²⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 78, juris — Berliner Vergabegesetz.

²⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 14.03.2006 – 1 BvR 2087/03 u.a. –, BVerfGE 115, 205-259, Rn. 84, juris — Geschäfts- und Betriebsgeheimnis.

²⁶⁷ Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Charta Art. 16 Rn. 1; Jarass, GrCh, Art. 16, Rn. 2.

²⁶⁸ Calliess/Ruffert/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 16, Rn. 3; Jarass, GrCh EU-Grundrechte-Charta, Art. 16, Rn. 10 f.

²⁶⁹ Calliess/Ruffert/Ruffert, EU-GRCharta, Art. 16, Rn. 1.; Jarass, GrCh, Art. 16, Rn. 7 f.

²⁷⁰ Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil v. 22.1.2013 (Rechtssache C-283/11, Sky Österreich GmbH / Österreichischer Rundfunk), Rn. 42.

²⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 u.a. –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 107, juris — Gigaliner.

²⁷² BVerfG, Urteil vom 11.06.1958 – 1 BvR 596/56 –, BVerfGE 7, 377-444, Rn. 76, juris — Apothekenurteil.

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“.²⁷³ Das setzt voraus, dass „ausreichende Gründe des Gemeinwohls“ gegeben sind.²⁷⁴ Hierfür sind vernünftige Gründe des Allgemeinwohls ausreichend.²⁷⁵ Die Gründe für die begleitenden Pflichten liegen hier im Erprobungscharakter der „Generalexperimentierklausel“. 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.²⁷⁶ Da kein intensiver Eingriff gegeben ist, können begleitenden Pflichten durch Gesetz und auch durch Rechtsverordnung auferlegt werden.²⁷⁷

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“.²⁷⁸ 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 Erworben (Eigentum), abzielt.²⁷⁹ Bei den begleitenden Pflichten für Wirtschaftsakteure

²⁷³ 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.

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ BVerfG, Urteil vom 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u.a. –, BVerfGE 125, 260-385, Rn. 297, juris — Vorratsdatenspeicherung.

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. –, BVerfGE 94, 372-400, Rn. 86, juris — Apothekenwerbung.

²⁷⁸ BVerfG, Urteil vom 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90 –, BVerfGE 84, 133-160, Rn. 91, juris — Abwicklung von DDR-Einrichtungen.

²⁷⁹ 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 Erworbenene 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,²⁸⁰ die jegliches menschliche Handeln vor staatlichen Eingriffen schützt. Wenn ein spezielleres Grundrecht gegeben ist, wird sie als Aufanggrundrecht verdrängt.²⁸¹ 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

Die „Generalexperimentierklausel“ ist ein komplexes Unterfangen, nicht nur aufgrund der von ihr geregelten komplexen und dynamischen Materie. Sie hat aufgrund zweier Konstellationen unterschiedliche Rechtsgüter und Interessen zu 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, müssen Beachtung finden, wenn den Wirtschaftsakteuren auch aufgrund der Schutzpflichten für Dritte begleitende Pflichten auferlegt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus dieser Perspektive keine grundlegenden Bedenken gegen eine agile „Generalexperimentierklausel“ bestehen, denn die individuellen Güter und Interessen setzen der geplanten Regelung keine zu engen Grenzen. Dies liegt daran, dass die avisierte Wirtschafts- und Technologieregulierung keine typische Eingriffsverwaltung darstellt, die mit

²⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 BvR 396/98 –, BVerfGE 114, 371-396, Rn. 51, juris — Kabelgro-schen, st. Rspr.

²⁸¹ BVerfG, Beschluss vom 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –, BVerfGE 116, 202-228, Rn. 78, juris — Berliner Verga-begesetz.

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.

III. **Ausgestaltung und Anwendungspraxis: Bedingungen für eine leistungsstarke „Generalexperimentierklausel“**

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 „Generalexperimentierklausel“ von hohem Interesse. Denn aus ihnen ergibt sich ein anwendungsorientiertes Wissen, das für eine leistungsstarke Ausgestaltung der „Generalexperimentierklausel“ genutzt werden soll. Um leistungsstark zu sein, muss die Regelung der Möglichkeiten und Voraussetzungen der 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.²⁸² 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.). Da in solchen Normen in der Regel auch unbestimmte Rechtsbegriffe stecken und es denkbar ist, die „Generalexperimentierklausel“ als allgemeine Generalklausel auszugestalten, sind auch offene Normen ohne spezifisch experimentellen Bezug unter Umständen für weiterführende Schlüsse ertragreich. Sie werden daher in einem weiteren Schritt untersucht (dazu 2.). Aufgrund der thematischen Ausrichtung der Materie werden primär solche experimentellen Regelungen und offenen Normen 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 und offenen Normen mit Wirtschafts- und Technologiebezug für die Leistungsstärke innovationsoffener Regelungen ergeben, werden am Ende des Abschnitts in den Blick genommen (dazu 3.).

²⁸² Siehe dazu bereits oben D.III.

1. Ausgestaltung und Anwendungspraxis von Experimentierklauseln

Das Bundes- und Landesrecht hält zahlreiche verwirklichte Experimentierklauseln bereit.²⁸³ Im Folgenden werden aus Gestaltungsperspektive besonders interessante und aussagekräftige Regelungen auf ihre positiven und negativen Elemente untersucht, um daraus für die Ausgestaltung der „Generalexperimentierklausel“ weiterführende Schlüsse zu ziehen.

Die untersuchten Regelungen werden in der Darstellung zunächst danach unterschieden, zu welcher Art von Abweichungsentscheidung die Verwaltung 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 Ausnahmenvorschrift 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.²⁸⁴ 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**.²⁸⁵ In

²⁸³ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 67 ff.

²⁸⁴ Eingeführt durch Art. 28 des Dritten Rechtsbereinigungsgesetzes vom 28.06.1990, BGBl. 1990 I, S. 1221, 1229.

²⁸⁵ 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

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 eine leistungsstark ausgestaltete „General-experimentierklausel“ gezogen werden.

§ 2 Abs. 7 PBefG hat sich in der Praxis insoweit bewährt, als sie aktuell zur Erprobung neuer Mobilitätskonzepte vielerorts genutzt wird.²⁸⁶ Jedoch gibt es auch **Schwierigkeiten in der Handhabung** der Norm:

- Nach einer **Befragung mehrerer Kommunen** wird die Vorschrift für sehr sinnvoll erachtet.²⁸⁷ 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.²⁸⁸ Vereinzelt wurde die unflexible Erprobungsdauer von vier Jahren kritisiert.²⁸⁹
- 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 Beförderungsmittel mit neuartiger Technologie derart verändern, dass erhebliche Veränderungen im Verkehrsgeschehen oder in der Art und Weise der Personenbeförderung zu erwarten sind.²⁹⁰ Autonom, d.h. ohne Fahrer fahrende Automobile dürften darunter fal-

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.

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

²⁸⁸ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

²⁸⁹ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 71.

²⁹⁰ Biding, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

len.²⁹¹ 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.²⁹² 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.²⁹³ 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 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 öffentlichen 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.²⁹⁴ Wenn

²⁹¹ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 490.

²⁹² 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“.

²⁹³ Vgl. auch VG Hamburg, Beschluss vom 24.04.2019 – 5 E 1711/19 –, BeckRS 2019, 14008, Rn. 25.

²⁹⁴ 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.

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,²⁹⁵ 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.²⁹⁶ Zweifelhaft wäre auch, ob es sich in einem solchen Fall noch um ein „neues“ Verkehrsmittel handeln würde.²⁹⁷ Stattdessen besteht die einzige Möglichkeit der Fortführung der Erprobung in einer Anpassung des geltenden Rechtsrahmens durch den Gesetzgeber.²⁹⁸ **Rechtsschutzverfahren Dritter stellen darum eine Gefahr der Verkürzung 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.²⁹⁹ 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.³⁰⁰ 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.³⁰¹ Konkurrenten haben dadurch einen Hebel, die

²⁹⁵ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris; *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 492.

²⁹⁶ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 493.

²⁹⁷ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 493.

²⁹⁸ *Bidinger*, Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 492.

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris.

³⁰¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 01. Juli 2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris.

Erprobung faktisch zu verhindern oder zu verkürzen.³⁰² 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.“

§ 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,³⁰³ 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.³⁰⁴ § 2 Abs. 7 PBefG erfülle nur eine ergänzende Funktion als Ermächtigungsgrundlage für die Bewilligung von Ausnahmen von einzelnen Vorschriften des PBefG.³⁰⁵ Nach anderer Auffassung ist für die Erprobung einer neuen Verkehrsart § 2 Abs. 7 PBefG als *lex specialis* die vorrangige Ermächtigungsgrundlage.³⁰⁶ Derartige Unklarheiten bei der Abgrenzung beider Genehmigungsalternativen führen auch

³⁰² Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 01.07.2019 – 3 Bs 113/19 –, Rn. 30, juris; Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

³⁰³ 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.

³⁰⁴ 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.

³⁰⁵ Bidinger, Personenbeförderungsgesetz, 2. Auflage, Erg.-Lfg. 1/19, § 2 Rn. 484.

³⁰⁶ Zeil, GewArch 2018, S. 405 (408); Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

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 beschränken will (**Konkurrenz um eine Erprobung**), stellt sich die Frage, wie zwischen den Konkurrenten auszuwählen ist.³⁰⁷ § 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.³⁰⁸

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

³⁰⁷ 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.

³⁰⁸ Diese Frage stellte sich etwa, wenn – wie aktuell diskutiert – der Mobilitätsanbieter BerlKönig 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 BerlKönig durchgeführte Erprobung versagt.

eine Novellierung des PBefG³⁰⁹ 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.³¹⁰ 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.³¹¹ Nebenbestimmungen und Auflagen sind möglich.³¹² Interessant ist, dass die dem 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.³¹³ Der Wortlaut der

³⁰⁹ Bspw. verfügbar unter https://www.bzp.org/Content/MELDUNGEN/_doc/PBefG-Eckpunkte.PDF.

³¹⁰ Eingehend Mayer, RAW 1/2020, im Erscheinen.

³¹¹ 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“.

³¹² 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.“

³¹³ 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 be-

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).³¹⁴ 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 zwischen Innovator und Behörde.³¹⁵ Der Antragserfolg ist für die Antragsteller dabei häufig nicht vorhersehbar. Je nach Bundesland fällt offenbar auch die Genehmigungspraxis sehr unterschiedlich aus.³¹⁶ Gewerbliche Antragsteller nehmen die Zulassungspraxis der einzelnen Landesbehörden denn auch als heterogen und intransparent wahr.³¹⁷ Für Unternehmen, die Drohnen über die Grenzen verschiedener Bundesländer hinweg betreiben wollen, wird die Erprobung durch die Zuständigkeit der verschiedenen Luftfahrtbehörden sowie deren unterschiedliche Ge-

troffenen 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.“

³¹⁴ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 69 - 71.

³¹⁵ Nach Auskünften von Branchenvertretern werden im Rahmen von Genehmigungsverfahren teilweise Anforderungen an die Ausstattung der Fluggeräte gestellt, die sich technisch nicht realisieren lassen.

³¹⁶ 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.

³¹⁷ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 70.

nehmigungspraxis deutlich erschwert.³¹⁸ Auch dürften die Ausnahme-genehmigungen für kommerzielle Betreiber auf Dauer kaum als tragfähige Geschäftsgrundlage für den Regelbetrieb dienen.³¹⁹

Zur **Konkretisierung** hat das BMVI im Oktober 2017 in Abstimmung mit den Ländern in der Verwaltungsvorschrift „Gemeinsame Grundsätze“³²⁰ 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.³²¹ Zur Harmonisierung des risikobasierten Ansatzes ist eine formalisierte Risikobewertung anhand einer Anlage vorzunehmen.³²² Es werden Vorgaben zur Ausnahme von einzelnen Verbotstatbeständen des § 21b Abs. 1 Satz 1 LuftVO gemacht.³²³ Auch werden Verfahrensvorgaben abweichend von § 21b Abs. 3 LuftVO vorgenommen, beispielsweise wird 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.³²⁴ Es ist ein Musterbescheid vorhanden;³²⁵ 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 **Schlüsse** im Hinblick auf die Ausgestaltung einer „Generalexperimentierklausel“ 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

³¹⁸ Mit dieser Herausforderung ist etwa die Deutsche Bahn konfrontiert, die Drohnen für die bundeslandgrenzüberschreitende Inspektion ihrer Anlagen einsetzen möchte.

³¹⁹ *Stellpflug/Hilpert*, NVwZ 2017, S. 1490 (1495).

³²⁰ 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)).

³²¹ BMWi, „Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore“ 2019, S. 70.

³²² 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.

³²³ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017), S. 6 f.

³²⁴ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017), S. 3.

³²⁵ BMVI, „Gemeinsame Grundsätze“, (NfL-1-1163-17 (2017), Anlage 1.

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**. Auf Grundlage der Luftfahrt-Grundverordnung³²⁶ wurden spezifische Vorgaben für Konstruktion und Herstellung³²⁷ sowie für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge³²⁸ erlassen. Die Vorgaben für den Betrieb von Drohnen gelten ab dem 01.07.2020 auch für Deutschland unmittelbar (Art. 288 Abs. 2 AEUV). 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, werden wir in unserem Gutachten zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln berücksichtigen.

- 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.³²⁹ § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO enthält eine Ermächtigung der Behörde, **an sich zulässiges Verhalten zu beschränken**. Die Norm funk-

³²⁶ 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.

³²⁷ Delegierte Verordnung (EU) 2019/945 der Kommission vom 12.03.2019 über unbemannte Luftfahrzeugsysteme und Drittlandbetreiber unbemannter Luftfahrzeugsysteme, Abl. L 152/1.

³²⁸ Durchführungsverordnung (EU) 2019/947 der Kommission vom 24.05.2019 über die Vorschriften und Verfahren für den Betrieb unbemannter Luftfahrzeuge, Abl. L 152/45.

³²⁹ § 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“.

tioniert quasi umgekehrt wie die hier diskutierte „Generalexperimentierklausel“, die der Freiheitserweiterung dient. Zweck der Vorschrift ist es, Verkehrsbeschränkungen zu ermöglichen, die aufgrund ihres Forschungs- bzw. Experimentiercharakters nicht unmittelbar der Verkehrssicherheit und -ordnung dienen.³³⁰ § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StVO 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 1. Alternative dienen der **Erforschung** tatsächlicher Begebenheiten (Unfallgeschehen, Verkehrsverhalten etc.), um auf Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse die zur Gefahrenabwehr geeigneten Maßnahmen zu ermitteln. Sie sind in der Regel vorläufig und kurz befristet.³³¹ Zwischen den vorläufigen Erforschungsmaßnahmen und den endgültigen Gefahrenabwehrmaßnahmen muss nicht zwangsläufig Identität bestehen.³³² Im Unterschied dazu dient die 2. 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.³³³ 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).³³⁴ Dieses Erfordernis leitet die Rechtsprechung aus der „für eine Erprobung zu fordernde **Identität** zwischen vorläufiger und geplanter endgültiger Regelung“ ab.³³⁵ 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.³³⁶

Der eigentliche Mehrwert der Vorschrift liegt darin, dass nach der Rechtsprechung **andere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit** ei-

³³⁰ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32.

³³¹ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, Beck'sche Kurzkommentare – Straßenverkehrsrecht (45. Auflage 2019), § 45 StVO Rn. 32.

³³² Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 19. Dezember 1995 – 25 B 2750/95 –, Rn. 15, juris.

³³³ *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.

³³⁴ *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.

³³⁵ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

³³⁶ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

ner Maßnahme zu stellen sind, denn es wird nicht für erforderlich erachtet, dass eine erprobte Maßnahme auch als endgültige Maßnahme verhältnismäßig wäre.³³⁷ Eine Maßnahme zur Erprobung für einen begrenzten Zeitraum unterliegt danach geringeren Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit als bei ihrer endgültigen Anordnung.³³⁸ 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.³³⁹

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-LKW³⁴⁰ (auch als „Gigaliner“ oder „Riesenlastwagen“ bezeichnet) dar (LKWÜberlStVAusV). Rechtsgrundlage für diese Verordnung ist die Verordnungsermächtigung in § 6 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 sowie Nr. 5a StVG i.V.m. § 6 Abs. 3 StVG.³⁴¹ Das Bundesver-

³³⁷ Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juni 2018 – 11 CS 18.964 –, Rn. 14, juris.

³³⁸ Bayerischer VGH, Beschluss vom 28. Juni 2018 – 11 CS 18.964 –, Rn. 14, juris; *Schubert*, NZV 2018, S. 485.

³³⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. Oktober 1994 – 5 S 2344/94 –, Rn. 18, juris.

³⁴⁰ Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge vom 19.12.2011 (LKWÜberlStVAusV), eBAnz AT144 2011 V2; zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 19.09.2019, BAnz AT 01.10.2019 V1.

³⁴¹ 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.

fassungsgericht hat die LKWÜberlStVAusnV im Jahr 2014 für **mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt**.³⁴² Insbesondere erkennt es das Bundesverfassungsgericht als mit der Verfassung vereinbar an, dass die Erprobung neuer Fortbewegungsmittel das bestehende Schutzniveau für Verkehrsteilnehmer potentiell senkt. Der Verordnungsgeber sei nicht an ein einmal festgelegtes Schutzniveau gebunden.³⁴³ Weiterhin bejaht das Gericht eine hinreichende Schutzzweckorientierung der Verordnung.³⁴⁴ 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 5-jährigen Erprobung nahmen 46 Unternehmen mit insgesamt 120 Lang-LKW teil.³⁴⁵ Sie wurde zudem durch die Bundesanstalt für Straßenwesen **wissenschaftlich begleitet und evaluiert**.³⁴⁶ Seit Ablauf der Testphase im Jahr 2016 hat das BMVI vier der fünf erprobten Lang-LKW-Typen für den Regelbetrieb zugelassen und zugleich die wissenschaftliche Begleitung abgeschlossen.³⁴⁷ 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**.³⁴⁸ Zum anderen legt die Verordnung in ihrer Anlage das Streckennetz fest, das befahren werden darf.³⁴⁹ Das Streckennetz für die Erprobung wurde seit Beginn der Testphase im Jahr 2012 durch Ände-

³⁴² BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119.

³⁴³ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 57, juris.

³⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 58, 61 ff., juris.

³⁴⁵ 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-ab-schluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3, S. 27.

³⁴⁶ 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-ab-schluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3.

³⁴⁷ Siehe zum Verlauf des Feldversuchs https://www.bast.de/BAST_2017/DE/Verkehrstechnik/Fachthemen/v1-lang-lkw/v1-lang-lkw.html?nn=1817946#doc618864bodyText2.

³⁴⁸ § 12 Abs. 1 LKWÜberlStVAusnV 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.“

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

ungsverordnungen des BMVI **fortlaufend erweitert**.³⁵⁰ Die letzte Erweiterung dieses Positivnetzes erfolgte auf Wunsch der Bundesländer im Oktober 2019.³⁵¹

Rechtsgrundlage für den **Regelbetrieb** ist weiterhin die LKWÜberlStV-AusnV. Statt einer Verpflichtung zur Evaluation sieht deren aktuelle Fassung nunmehr lediglich eine punktuelle und anlassbezogene Kontrolle vor. Dazu statuiert § 12 LKWÜberlStVAusnV 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 LKWÜberlStVAusnV 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, 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.³⁵² Die Kritik des Bundesrechnungshofes verdeutlicht die elementare Bedeutung einer umfassenden wissenschaftlichen Evaluation – bei hohem Risiko unter Umständen auch über die Erprobungsphase hinaus.

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

Eine weitere geglückte Experimentierklausel findet sich in § 119 EnWG. Die Vorschrift dient dazu, die Förderung eines „Schaufenster intelligente Energie — Digitale Agenda für die Energiewende“ (sog. SINTEG-

³⁵⁰ 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-ab-schluss.pdf;jsessionid=DE15E8F9412193400B0C337019CB4DC2.live11292?__blob=publicationFile&v=3, S. 18 f.

³⁵¹ Neunte Verordnung zur Änderung der Verordnung über Ausnahmen von straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften für Fahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit Überlänge, BAnz AT 01.10.2019 V1.

³⁵² 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.

Vorhaben) zu regeln.³⁵³ 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 Förderung 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 die Verordnungsregelungen zur Sammlung von Erfahrungen und Lerneffekten beitragen müssen. Diese Formulierung verdeutlicht den Erprobungszweck der Experimentierklausel und gewährleistet, dass diesem auch entsprochen wird.³⁵⁴ 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“.³⁵⁵ 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.³⁵⁶ So hat die SINTEG-VO selbst einen zeitlich begrenzten Anwendungsbereich und tritt nach Ende des Förderzeitraumes wieder außer Kraft (vgl. § 14 Abs. 2 SINTEG-VO). Sie regelt den notwendigen Rahmen für die Teilnehmer des Förderprogramms, 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“³⁵⁷, ein intelligentes, dezentrales Energiesystem für Baden-Württemberg, Bayern und Hessen mit besonderem Fokus auf die im

³⁵³ Vgl. Lietz, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 102. EL August 2019, § 119 EnWG Rn. 1.

³⁵⁴ Winkler, in: Kment (Hrsg.), NomosKommentar Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl. 2019, § 119 Rn. 19.

³⁵⁵ BT-Drs. 18/10209, S. 127; Winkler, in: Kment (Hrsg.), NomosKommentar Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl. 2019, § 119 Rn. 8.

³⁵⁶ Vgl. Lietz, in: Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 102. EL August 2019, § 119 EnWG Rn. 1.

³⁵⁷ Informationen zum Projekt sind abrufbar unter: <https://www.csells.net/de/>.

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 mehrere Fraunhofer-Institute, Stadtwerke und Hochschulen.³⁵⁸ 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.³⁵⁹ Nach Auslaufen des Projekts Ende 2020 ist in einem nächsten Schritt die Durchführung des Projektvorhabens „Norddeutsches Reallabor“ geplant.³⁶⁰

cc) Mehrstufige Wirtschaftsförderung: Titel zur finanziellen Förderung

Ein weiteres Beispiel für eine untergesetzlich geregelte Experimentierklausel findet sich unter Punkt 4.6 des seit dem 01. 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 Strukturproblemen finanziell oder durch sonstige Maßnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen zu fördern. Hierunter fallen etwa solche Gebiete, die vom Strukturwandel besonders betroffen sind. 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).³⁶¹ Eine Konkretisierung der förderfähigen Maßnahmen, der Voraussetzungen und Durchführungsbestimmungen erfolgt dann in Form des „gemeinsamen Koordinierungsrahmens für die regionale Wirtschaftsförderung“, der regelmäßig aktualisiert wird.

Der **Koordinierungsrahmen** wird durch den sogenannten „**Koordinierungsausschuss**“ erlassen, der durch die Bundesregierung und die Landesregierungen gebildet wird und damit ein Gremium der Exekutive darstellt.³⁶² Rechtstechnisch handelt es sich hierbei nach überwiegender Literaturauffassung um einen verwaltungsintern wirkenden „staatslei-

³⁵⁸ Eine Übersicht der C/sells-Partner ist abrufbar unter: <https://www.csells.net/de/partner/projektpartner.html>.

³⁵⁹ Informationen zum Projekt sind abrufbar unter: <https://www.new4-0.de/>.

³⁶⁰ <https://www.new4-0.de/energiewende/#projektziele>.

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

³⁶² § 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“.

tenden Gesamtakt“ ohne Rechtssatzqualität.³⁶³ Auch die Experimentierklausel unter Punkt 4.6 ist in ihrer Wirkung damit auf das Verhältnis zwischen Bund und Ländern beschränkt.³⁶⁴ 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 lediglich durch die Festlegung einer Obergrenze sowie in Abs. 2 durch den Ausschluss gewerblicher Investitionen.

Die Durchführung des Koordinierungsrahmens erfolgt durch die Länder, die zu diesem Zweck Richtlinien als Grundlage für die Förderung im Einzelfall erlassen.³⁶⁵ Auch bei diesen Richtlinien handelt es sich rechtstechnisch um Innenrecht ohne unmittelbare Rechtswirkung für den Rechtsbetroffenen. Eine solche Mittelvergabe ohne gesetzliche Grundlage³⁶⁶ wird von der ständigen Rechtsprechung im Bereich der Subventionsvergabe als Teil der Leistungsverwaltung für zulässig gehalten, sofern ein entsprechender Haushaltsansatz im Haushaltsplan vorhanden ist.³⁶⁷ Denn eine Eingriffswirkung besteht hier nur mittelbar durch „Eingriff“ der Leistungsgewährung in das Marktgeschehen, die für Dritte einen belastenden Charakter annehmen kann.³⁶⁸ In einer derartigen Konstellation ist jedoch darauf zu achten, dass die untergesetzliche Richtlinie nicht durch zusätzliche Förderanforderungen unmittelbar in Grundrechte Dritter eingreift. So hat das BVerwG in Bezug auf die Richtlinien zur Umsetzung des Rahmenplans der Gemeinschaftsaufgabe "Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes" klargestellt, dass diese keine zureichende Rechtsgrundlage für eine Berufsausübungsregelung darstellen.³⁶⁹

³⁶³ 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.

³⁶⁴ Vgl. Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, S. 337.

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Aufl. 2019, S. 337.

³⁶⁷ 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.

³⁶⁸ Frotscher/Kramer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 7. Auflage 2019, S. 338.

³⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 06.11. 1986 – 3 C 72/84 –, BVerwGE 75, 109-119, Rn. 30.

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.³⁷⁰ § 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 21.6.2005³⁷¹ erlassen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu stärken und Bürger sowie Wirtschaft durch Abschaffung überflüssiger Verwaltungsverfahren zu entlasten.³⁷² Weiterhin sollte die Möglichkeit der befristeten Aufhebung von Berufsausübungsregelungen dazu dienen, die Auswirkungen auf die Praxis zu untersuchen, um bei positiver Bewertung die Bestimmungen gegebenenfalls gesamthaft aufzuheben.³⁷³ 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 VerstV³⁷⁴ erlassen, die inzwischen außer Kraft getreten ist. Auch eine auf § 32 GastG gestützte Verordnung ist, soweit ersichtlich, bisher nicht ergangen.³⁷⁵ Als möglichen Grund hierfür wird von Behör-

³⁷⁰ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 3.

³⁷¹ BGBl. I S. 1666.

³⁷² Pielow, Gewerbeordnung Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 13 Vor Rn. 1; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 1.

³⁷³ BT DRS 15/4231, S. 18; Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung Kommentar, 8. Aufl. 2011, § 13 Rn. 1.

³⁷⁴ Verordnung zur Aussetzung des Versteigerungsverbots an Sonn- und Feiertagen (Versteigerungsverbotsaussetzungsverordnung - VerstVerbAussetzungsV) vom 18.09.2007, GVBl. Berlin 2007, 331, gültig bis 30.09.2012.

³⁷⁵ Schönleiter, NomosKommentar zum GastG, 1. Aufl. 2012, § 32 Rn. 1.

denseite im Rahmen einer exemplarischen Befragung der enge Anwendungsbereich der Normen genannt.³⁷⁶ 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.³⁷⁷ 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.³⁷⁸ 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 auf das jeweilige Bundesland.³⁷⁹ 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.³⁸⁰

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.³⁸¹ 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 einzu-

³⁷⁶ 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.

³⁷⁷ BT DRS 15/4231, S. 36.

³⁷⁸ *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 3.

³⁷⁹ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/ders. (Hrsg.), Gewerbeordnung Kommentar, 8. Auflage 2011, § 13 Rn. 2; *Schönleiter*, NomosKommentar zum GastG, 1. Auflage 2012, § 32 Rn. 1.

³⁸⁰ BT Drs. 15/4231, S. 36.

³⁸¹ *Schönleiter*, NomosKommentar zum GastG, 1. Auflage 2012, § 32 Rn. 1.

setzen.³⁸² 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.³⁸³

2. Ausgestaltung und Anwendungspraxis von offenen Normen

Weiterhin ist für die Konzeption einer „Generalexperimentierklausel“ auch bedeutsam, wie offene Normen funktionieren. Im Folgenden werden darum ausgewählte Generalklauseln und weitere offene Normen, die anhand von unbestimmten Rechtsbegriffen funktionieren, auf ihre Ausgestaltung und Anwendungspraxis detailliert untersucht. Es wird ein besonderes Augenmerk auf ihre Leistungsbedingungen gelegt, um dadurch Verstärkungseffekte für die „Generalexperimentierklausel“ zu identifizieren.

- a) Ermächtigung zum Erlass individueller Regelungen
- aa) Polizeiliche Generalklausel (z.B. § 17 Abs. 1 ASOG)

In den Polizeigesetzen der Länder finden sich die ganz klassischen Generalklauseln, die der allgemeinen Gefahrenabwehr dienen. In Berlin normiert dies § 17 Abs. 1 ASOG Bln.³⁸⁴ Die Norm eröffnet der Exekutive einen besonders großen Handlungsspielraum, da sowohl der Tatbestand („Gefahr“, „öffentliche Sicherheit und Ordnung“) als auch die Rechtsfolge („notwendige Maßnahmen“) unbestimmte Rechtsbegriffe enthält. Eine Eingrenzung erfolgt durch die Abgrenzung zu den sog. Standardbefugnissen, die in §§ 18 bis 51 ASOG Bln besondere Anforderungen an das Eingreifen der Ordnungsbehörden bzw. der Polizei stellen. Die Generalklausel dient der Behörde als Handlungsinstrument, um flexibel auf bisher unbekannte oder unvorhergesehene Gefahrenlagen reagieren zu können.³⁸⁵ Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese offene Regulationsweise bestehen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht. Das Bundesverfassungsgericht fordert eine spezialgesetzliche Ermächtigung anstelle der polizeilichen Generalklausel erst dann, wenn die Maßnahme entweder weitreichende Folgen hat³⁸⁶ oder besonders komplexe, abwägende Wertungen verschiedener Schutzinteressen erfordert.³⁸⁷ Selbst dann wird die polizeiliche Generalklausel aber zumindest übergangsweise als ausreichende Rechtsgrund-

³⁸² Landtag Brandenburg, Drs. 4/4327.

³⁸³ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, 82. EL Oktober 2019, GewO § 13 Rn. 5.

³⁸⁴ § 17 Abs. 1 ASOG Bln lautet: „Die Ordnungsbehörden und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 18 bis 51 ihre Befugnisse besonders regeln“.

³⁸⁵ Vgl. Wehr, Bundespolizeigesetz 2. Auflage 2015. § 14 Rn. 2.

³⁸⁶ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 –, Rn. 25, juris.

³⁸⁷ BVerwG, EuGH-Vorlage vom 24.12.2001 – 6 C 3/01 –, BVerwGE 115, 189-205, Rn. 53, juris.

lage erachtet.³⁸⁸ Diese Rechtsprechung verdeutlicht, dass selbst im Bereich der grundrechtsrelevanten Eingriffsverwaltung Generalklauseln mit sehr weitem Anwendungsbereich zulässig sein können, wenn ihre Unbestimmtheit von „Erwägungen der praktischen Handhabung“ getragen wird.³⁸⁹

bb) Lauterkeitsrechtliche Generalklausel, § 3 Abs. 1 UWG

Ein weiteres Beispiel für eine Generalklausel findet sich in dem unionsrechtlich geprägten § 3 UWG. § 3 UWG lautet:

„(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig. (2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. (3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig. (4) Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen“.

Die Norm dient dazu, unzulässige geschäftliche Handlungen zu fixieren und ist einschlägig, soweit keine Spezialtatbestände nach § 3a-7 UWG gegeben sind. Nach der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig. § 3 Abs. 2 definiert als spezielle „Verbrauchergeneralklausel“, wann geschäftliche Handlungen unter Umständen unlauter sind. § 3 Abs. 3 fixiert, welche geschäftlichen Handlungen stets unlauter sind, bei denen es also nicht auf eine Erheblichkeitsschwelle ankommt, und verweist dafür auf einen Anhang, in dem diese Handlungen aufgeführt sind.³⁹⁰ Hier besteht also kein Wertungsvorbehalt. § 3 Abs. 4 enthält den sog. Verbrauchermaßstab, anhand dessen geschäftliche Handlungen bewertet werden sollen. In § 3 UWG selbst sind nicht unmittelbar Ansprüche in Folge der unzulässigen geschäftlichen Handlung vorgesehen, stattdes-

³⁸⁸ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 08.11.2012 – 1 BvR 22/12 –, Rn. 25, juris; BVerwG, Beschluss vom 13.01.2014 – 6 B 59/13 –, Rn. 8, juris; BVerwG, EuGH-Vorlage vom 24.10.2001 – 6 C 3/01 –, BVerwGE 115, 189-205, Rn. 54, juris.

³⁸⁹ So im Zusammenhang mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auch BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, 89-147, Rn. 111, juris – Kalkar I; vgl. Wehr, Bundespolizeigesetz 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 2.

³⁹⁰ BT-Drs. 16/10145, S. 22.

sen werden diese in anderen Paragraphen des Gesetzes geregelt, die an die Definition der unlauteren Handlung in § 3 UWG anknüpfen. Beispielsweise verweist § 8 Abs. 1 1. Fall UWG auf § 3 UWG und verbindet damit Rechtsfolgen in Gestalt von Ansprüchen auf Beseitigung und Unterlassung.

Der gestufte Aufbau der Norm ist besonders interessant. Anhand des allgemeinen Verbots in § 3 UWG ist es zum einen möglich, die unterschiedlichsten Fallgestaltungen aus unterschiedlichen Rechtsbereichen zu sammeln. Dadurch können Ansprüche, die aus den Verboten folgen, zentriert werden. Zum anderen ist es für Rechtsanwender durch die offene norminterne Ausgestaltung, an deren Spitze der Auffangtatbestand des Abs. 1 steht, möglich, neuartige und vielfältige geschäftliche Handlungen sachgerecht und flexibel zu beurteilen.³⁹¹ Zugleich gibt der Gesetzgeber mit Abs. 3 „Red Flags“ vor, an denen Rechtsanwender nicht vorbei können, wo also ihr Spielraum und damit die Delegationsfunktion der Generalklausel eingeschränkt ist.³⁹²

b) Ermächtigung zum Erlass abstrakt-genereller Regelungen: § 6 StVG

§ 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG dient als Beispiel für eine offen formulierte und gleichwohl leistungsfähige Verordnungsermächtigung, durch die Rechtssetzungsbefugnisse der Legislative auf die Exekutive delegiert werden. § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG lautet:

„Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen über [...] Nr. 3: die sonstigen zur Erhaltung der Sicherheit und Ordnung auf den öffentlichen Straßen, für Zwecke der Verteidigung, zur Verhütung einer über das verkehrsübliche Maß hinausgehenden Abnutzung der Straßen oder zur Verhütung von Belästigungen erforderlichen Maßnahmen über den Straßenverkehr [...]“.

Eine hohe Praxisrelevanz kommt der Norm insbesondere als rechtliche Grundlage für die im Verkehrsrecht bedeutsame Straßenverkehrsordnung (StVO) zu. Der Gesetzgeber nimmt eine Beschränkung des exekutiven Gestaltungsspielraums vor, indem er den Zweck der zu treffenden Verordnungsregelungen bestimmt („zur Erhaltung“). Daneben sind dem Verordnungsgeber an mehreren Schaltstellen Spielräume eröffnet. Zum einen bedient sich der Gesetzgeber bereits bei der Festlegung der Verordnungszwecke unbestimmter Rechtsbegriffe – etwa „Sicherheit und Ordnung“ –, die weit auszulegen³⁹³ und durch den Verordnungsgeber zu konkretisieren sind. Zum anderen überlässt der Gesetzgeber der Exekutive auch auf Rechtsfolgenseite die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen zur Zweckerreichung „erforderlich“ sind. Er konkretisiert diese

³⁹¹ Sosnitza, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 UWG, Rn. 16 ff.

³⁹² Sosnitza, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, § 3 UWG, Rn. 138, sog. „black list“.

³⁹³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.03.1994 – 11 C 48/92 –, Rn. 26, juris.

systematisch durch die beispielhafte Aufzählung einzelner Maßnahmen in § 6 Abs. 1 Nr. 3 c) – i), die ohne abschließenden Charakter sind.³⁹⁴

Die tatsächliche Weite der Rechtsetzungsdelegation wird deutlich bei einem Blick in die StVO: Diese etabliert ein umfassendes und in sich geschlossenes System von Verhaltensregeln im Straßenverkehr. Vergleichbar mit einem eigenständigen Gesetz konkretisiert die StVO sowohl die einzelnen Ge- und Verbote, als auch die Ausnahmen hiervon umfassend. Dies verdeutlicht, dass eine weitgehende Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf die Exekutive selbst in einem gefahrgeneigten Bereich wie dem Straßenverkehr grundsätzlich funktionieren kann. So geht auch die ständige Rechtsprechung von einer hinreichenden Konkretisierung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 StVG aus.³⁹⁵ Gleichwohl darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei den Regelungen des StVG und der StVO um bereichsspezifisches Recht handelt. Welche Schutzgüter besonders zu berücksichtigen sind, ergibt sich hier bereits aus der Systematik der Normen und aus der bereits erwähnten Zweckbestimmung durch den Gesetzgeber.³⁹⁶ Aus den vorgehenden Ausführungen folgt daher nicht zwangsläufig, dass eine derart weitgehende Verordnungsermächtigung auch bereichsübergreifend zulässig wäre.

- c) Ermächtigung zum Erlass individueller und abstrakt-genereller Regelungen: § 40 Abs. 1, Abs. 3 BImSchG

Im BImSchG hat der Gesetzgeber mit § 40 eine gehaltvolle Ermächtigungsnorm geschaffen, die zum Erlass einer Rechtsverordnung (Abs. 3) sowie zu Einzelmaßnahmen in Zusammenhang mit einem Luftreinhalteplan oder einem Plan nach § 47 Abs. 1 oder Abs. 2 (Abs. 1) ermächtigt. § 40 Abs. 1 und Abs. 3 BImSchG lauten:

„(1) Die zuständige Straßenverkehrsbehörde beschränkt oder verbietet den Kraftfahrzeugverkehr (...), soweit ein Luftreinhalteplan oder ein Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen nach § 47 Absatz 1 oder § 47 Absatz 2 dies vorsehen. Die Straßenverkehrsbehörde kann im Einvernehmen mit der für den Immissionsschutz zuständigen Behörde Ausnahmen von Verboten oder Beschränkungen des Kraftfahrzeugverkehrs zulassen, wenn unaufschiebbare und überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern. [...] (3) Die Bundesregierung wird ermächtigt, nach Anhörung der beteiligten Kreise (§ 51) durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu regeln, dass Kraftfahrzeuge mit geringem Beitrag zur Schadstoffbelastung von Verkehrsverboten ganz oder teilweise ausgenommen sind oder ausgenommen werden können, sowie die hierfür maßgebenden Kriterien und die amtliche Kennzeichnung der Kraftfahrzeuge festzulegen. Die Verordnung kann auch regeln, dass be-

³⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 16.03.1994 – 11 C 48/92 –, Rn. 26, juris.

³⁹⁵ BVerfG, Beschluss vom 25.06.1969 – 2 BvR 321/69 –, BVerfGE 26, 259-265, Rn. 10, juris; BVerwG, Urteil vom 16.03.1994 – 11 C 48/92 –, Rn. 24, juris; zugrunde gelegt auch in BVerfG, Beschluss vom 01.04.2014 – 2 BvF 1/12 u.a. –, BVerfGE 136, 69-119, Rn. 66, juris – Gigaliner.

³⁹⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.06.1969 – 2 BvR 321/69 –, BVerfGE 26, 259-265, Rn. 10, juris.

stimmte Fahrten oder Personen ausgenommen sind oder ausgenommen werden können, wenn das Wohl der Allgemeinheit oder unaufschiebbare und überwiegende Interessen des Einzelnen dies erfordern“.

Die Regelung delegiert also an mehreren Stellen Entscheidungen auf die Exekutive.

Hintergrund der Regelung ist, dass der Exekutive nach § 48a Abs. 1 BImSchG die Verordnungsermächtigung für die nationale Umsetzung der unionsrechtlich vorgegebenen³⁹⁷ Immissions- und Emissionswerte übertragen ist.³⁹⁸ Von dieser Ermächtigung hat die Exekutive Gebrauch gemacht durch Erlass der 39. BImSchV.³⁹⁹ Bei Überschreitung der durch Verordnung festgelegten Grenzwerte verpflichtet § 47 Abs. 1 BImSchG die zuständige Behörde zur Aufstellung eines Luftreinhalteplans. Welchen Inhalt dieser hat, insbesondere welche Maßnahmen zur Verbesserung der Luftqualität „erforderlich“ sind, bleibt jedoch der Behörde überlassen, sodass dieser ein Spielraum zukommt.⁴⁰⁰ Dies gilt sogar, wenn die immissionsmindernde Wirksamkeit der Maßnahme (noch) nicht sicher feststeht: So gesteht die Rechtsprechung den – inzwischen als Maßnahmen zur Luftreinhaltung etablierten⁴⁰¹ – Umweltzonen der planaufstellenden Behörde zu, zeitlich begrenzt auch Regelungen „mit einem gewissen Versuchs- oder Experimentiercharakter“ zu erlassen.⁴⁰² Das Gericht erkennt für die Behörde insofern auch einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren „Prognosespielraum“ an.⁴⁰³

Die Durchsetzung des Luftreinhalteplans erfolgt in Form konkreter Verkehrsbeschränkungen und –verbote aufgrund der Eingriffsermächtigung des § 40 Abs. 1 BImSchG. Die Behörde ist zwar gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 zur Umsetzung der im Plan vorgesehenen Maßnahmen verpflichtet. Dennoch kommt ihr insofern ein Spielraum zu, als sie im Einzelfall gem. § 40 Abs. 1 Satz 2 Ausnahmen von den Beschränkungen zulassen kann. Regelungssystematisch handelt es sich hierbei um repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt, sodass Ausnahmen restriktiv zu handhaben sind. Eine weitere Flexibilisierung für die Exekutive findet sich in der Verordnungsermächtigung des § 40 Abs. 3 BImSchG, wonach die Bun-

³⁹⁷ Unionsrechtliche Vorgaben finden sich in: Richtlinie 2008/50/EG über Luftqualität, Richtlinie 2004/107/EG über Arsen, Kadmium, Quecksilber, Nickel und polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe in der Luft und der Richtlinie (EU) 2016/2284 über die Reduktion nationaler Emissionen bestimmter Luftschadstoffe.

³⁹⁸ Hofmann, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 52. Auflage (Stand: 2019), § 48a Rn. 1; Jarass, in: Jarass, BImSchG Kommentar, 12. Aufl. 2017, § 48a Rn. 1.

³⁹⁹ 39. BImSchV vom 2. August 2010 (BGBl I 1065), zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 10. Oktober 2016 (BGBl I 2244).

⁴⁰⁰ Jarass, in: Jarass, BImSchG Kommentar, 12. Auflage 2017, § 47 Rn. 17; vgl. Köck, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 52. Auflage (Stand: 2018), § 47 Rn. 4.

⁴⁰¹ Siehe hierzu die im Internet veröffentlichte Liste des Umweltbundesamts zu Umweltzonen, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/luft/luftschadstoffe/feinstaub/umweltzonen-in-deutschland#textpart-1>.

⁴⁰² OVG NRW, Beschluss vom 25. Januar 2011 – 8 A 2751/09 –, Rn. 34, juris.

⁴⁰³ OVG NRW, Beschluss vom 25. Januar 2011 – 8 A 2751/09 –, Rn. 28, juris.

desregierung per Rechtsverordnung für bestimmte Kraftfahrzeuge Ausnahmen von den Verkehrsbeschränkungen zulassen kann. Exekutive Spielräume finden sich hier also auf verschiedenen Ebenen: Sowohl die materiellen Voraussetzungen in Form der Grenzwerte als auch die konkret erforderlichen Maßnahmen werden durch die Exekutive festgelegt und auch von dieser durchgesetzt. Die gesetzlichen Grundlagen des BImSchG legen hingegen lediglich formell die jeweiligen Kompetenzen und Regelungsinstrumente fest.

Die Funktionalität dieser Regelungssystematik und auch deren große praktische Bedeutung lässt sich vor allem anhand der zahlreichen bereits erlassenen Luftreinhalte- und Aktionsplänen nachweisen.⁴⁰⁴ Auf Grundlage des § 40 Abs. 3 BImSchG ist zudem die praktisch bedeutsame 35. BImSchV erlassen worden, auf der die Plakettenkennzeichnung von Kfz sowie die Einführung des Verkehrsschildes 270.1 („Umweltzone“) beruht.

3. Schlussfolgerungen für die Leistungsstärke

Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die „Generalexperimentierklausel“ allgemein oder möglichst breit als wirkungsvolles Regulierungsinstrument ausgestaltet werden kann, wurden Ausgestaltung und Anwendungspraxis von experimentellen Regelungen sowie offen ausgestaltete Normen wie Generalklauseln vertieft untersucht. Auf dieser Grundlage lassen sich die Leistungsbedingungen der „Generalexperimentierklausel“ besonders gut betrachten.

Die Anwendungspraxis verdeutlicht, dass eine „Generalexperimentierklausel“ 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 Fachwissen 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 Innovationsfreude 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

⁴⁰⁴ Siehe hierzu die fortlaufend aktualisierte Liste des Umweltbundesamts, abrufbar unter: <http://gis.uba.de/website/umweltzonen/lrp.php>.

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 bunten „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 Tatbestands-ebene 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 **risikobasiertes 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 ist 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 „Generalexperimentierklausel“ 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.
- Es könnte über eine **begleitende Förderung von Kooperationsnetzwerken** nachgedacht werden, um die Multiplikatoren für Innovationen zu erhöhen.

F. Handlungsvorschlag mit Variationsmöglichkeit zur Verwirklichung der „General-experimentierklausel“

Aus der voranstehenden Untersuchung der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ ergeben sich wesentliche Parameter, die bei der Schaffung rechtssicherer und leistungsstarker experimenteller Gesetzgebung allgemein und gerade mit Blick auf Innovationen des digitalen Zeitalters berücksichtigt werden sollten (dazu I.). Daran sind Handlungsoptionen zu messen. Eine von Sektoren losgelöste, ganz „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ zur Erprobung von Innovationen stellt allerdings weder eine leistungsstarke noch eine rechtssichere Handlungsoption dar (dazu II.). Stattdessen wird ein bundesweites Experimentiergesetz vorgeschlagen, das für bestimmte Sektoren einheitliche und ausgewogene Vorgaben für die Erprobung von Innovationen enthält. Grundbausteine dieses Handlungsvorschlags sind drei Stufen. Auf diesen drei Stufen können Regelungen über die **Zulassung einer Innovation zu einem Reallabor (Stufe 1), die Durchführung der Erprobung im Reallabor (Stufe 2) sowie die Evaluation und den Transfer (Stufe 3)** getroffen werden. Die drei Stufen des vorgeschlagenen Bundes-Experimentiergesetzes können in unterschiedlichen Varianten ausgestaltet werden. In Betracht kommen **drei Varianten, die von einer „großen Lösung“ bis zu einer „kleinen Lösung“** reichen (dazu III.).

I. Wesentliche Parameter zur Schaffung rechtssicherer und leistungsstarker experimenteller Gesetzgebung

Die umfassende Untersuchung der rechtlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung einer „Generalexperimentierklausel“ hat aufgezeigt, dass innovationsoffene Regelungen zwischen den Anforderungen der Leistungsfähigkeit und den Anforderungen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht oszillieren (dazu 1.). Eingedenk dieses Spannungsverhältnisses konnten anhand unserer detaillierten Prüfung Aspekte identifiziert werden, die eine zugleich rechtssicher und leistungsstark ausgestaltete Regelung berücksichtigen sollte (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. Dabei steht es ihm frei, gerade bei Regelungsbereichen mit hoher Dynamik auch mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zu arbeiten, um den Umständen des Sachbereichs und des Einzelfalls angemessen Rechnung zu tragen.

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

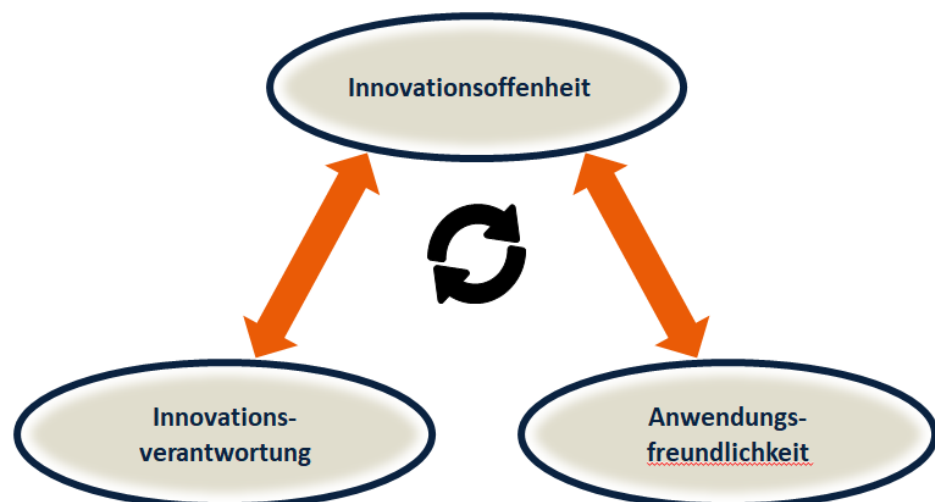
Rechtsstaatsprinzip, dass experimentelle Regelungen nicht zu offen ausgestaltet sein dürfen. Das gilt insbesondere dort wo Risiken bestehen, vor denen der Staat seine Bürgerinnen und Bürger zu schützen hat (Schutzpflichten). Erforderlich sind deshalb risikobasierte (Verfahrens-)Vorgaben, die die Risiken 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.

Unsere Untersuchung der Anwendungspraxis von Experimentierklauseln und offenen Normen wie Generalklauseln hat ergeben, dass es einerseits zwar sinnvoll ist, **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:



Für eine Experimentierklausel kommen grundsätzlich zwei unterschiedliche Regelungsmodelle in Betracht: (1) 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 gesetzlichen Vorgaben befreit ist, die Experimentierklausel wäre „*self executing*“. Ein solches Regelungsmodell kommt wegen ihrer Spezifität im vorliegenden Kontext einer bereichsübergreifenden Regelung nicht wirklich in Betracht. (2) 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.

2. Aspekte einer rechtssicheren und leistungsstarken Regelung

Eingedenk des Spannungsverhältnisses zwischen Innovationsverantwortung und Anwendungsfreundlichkeit sollte eine innovationsoffene „Generalexperimentierklausel“ die nachfolgenden Aspekte berücksichtigen und gegenstandsangemessen ausgestalten, um Rechtssicherheit und Leistungsstärke zu vereinen:

- **Regelungskompetenz:** Der Anwendungsbereich der Regelung sollte mit Blick auf den Umsetzungserfolg auf Bereiche zugeschnitten sein, in denen dem Bund 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.
- **Smarte Zuständigkeitsaufteilung zwischen Wirtschaftsförderung und Fachrecht:** Sachangemessene Zuständigkeitsregelungen sind für die Leistungsfähigkeit innovationsoffener Regulierung entscheidend. Wenn von fachrechtlichen Vorschriften abgewichen werden soll, muss indes die jeweilige fachrechtlich zuständige Behörde über die Abweichung entscheiden. Allerdings muss die fachrechtliche Behörde nicht sowohl über die Erprobungsbedürftigkeit einer Innovation (Zulassung zum Reallabor) als auch über die risikobasierte Durchführung der Erprobung unter realen Bedingungen entscheiden. Die Entscheidung durch die fachrechtliche Behörde ist dort nicht erforderlich, wo nicht über fachrechtliche Interessen entschieden wird. Dies ist dort nicht der Fall, wo über die Erprobungsbedürftigkeit der Innovation (Zulassung zum Reallabor) ent-

schieden wird, weil es sich hier primär um eine technische und den Markt in den Blick nehmende Bewertung handelt. Diese Entscheidung kann auch eine andere Behörde als die Fachbehörde – gegebenenfalls unter Beteiligung dieser – treffen. Daraus ergibt sich Optimierungspotenzial.

- **Beschleunigung:** Die zügige, einheitliche und vorhersehbare Anwendung innovationsoffener Regelungen ist der Kern ihrer Leistungsstärke. Deshalb sollte eine „Generalexperimentierklausel“ Regelungselemente enthalten, die es ermöglichen, dass die Zulassung und Durchführung der Erprobung einer Innovation beschleunigt erfolgt. Wichtig sind dafür klare Zuständigkeitsregelungen und smarte Zuständigkeitsaufteilungen genauso wie hinreichend präzise Erprobungsvoraussetzungen, die den Normanwendern – Verwaltung und Innovatoren – die zügige Durchführung des Genehmigungsverfahrens ermöglichen. Denkbar erscheint es auch, dass die Rechtsgrundlage 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 gefährdungsfreien 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, Verlänge-

lungsmöglichkeiten 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 minimieren. Regelmäßig lassen sich Risiken bereits durch Verfahrensanforderungen, etwa Beobachtungs- 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), um hinreichende Erfahrungen für eine mögliche spätere Erprobung unter Realbedingungen und die dabei erforderlichen Risikominimierungen zu sammeln. 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 existieren zwingende fachrechtliche Vorgaben aus dem Europarecht, von denen nicht abgewichen werden kann. Wegen des

Anwendungsvorrangs des Europarechts muss der Gesetzgeber diese Vorgaben berücksichtigen.

II. Keine (rechtssichere oder leistungsstarke) Handlungsoption: Eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ zur umfassenden Regelung der Erprobung von Innovationen in sämtlichen Sektoren und Regelungsbereichen

Eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“, die für sämtliche Sektoren und Regelungsbereiche die Möglichkeiten und Voraussetzungen der Erprobung von Innovationen umfassend regelt, lässt sich voraussichtlich nicht rechtssicher verwirklichen.

Dies lässt sich bereits daran verdeutlichen, dass die Ausgestaltung einer solchen „Allgemeinen Experimentierklausel“ vorsehen könnte:

- ein tatbestandlich weitgehend unbegrenztes Abweichen,
- von nicht näher benannten gesetzlichen Anforderungen,
- allgemein, also losgelöst von Sektoren und Regelungsbereichen,
- durch behördliche Ermessensentscheidung,
- soweit dafür ein gewisses Bedürfnis dargelegt werden kann.⁴⁰⁵

Eine solche „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ könnte etwa lauten:

„Die zuständige Behörde kann bei Vorliegen einer erprobungsbedürftigen Innovation zu deren Erprobung für eine begrenzte Zeit von denjenigen Vorschriften abweichen, welche die Erprobung zumindest erschweren, sofern die Gefahr für die jeweiligen öffentlichen Interessen nicht unverhältnismäßig erhöht wird.“

Eine auf diese Weise ausgestaltete „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ würde den dadurch ermächtigten Behörden **eine Art „Blanko-Befugnis“** ausstellen, wonach nur zu prüfen wäre, ob

- eine Innovation im Sinne der Klausel gegeben ist,
- ein Erprobungsbedürfnis besteht, d.h. Vorgaben die Erprobung mindestens erschweren, und
- durch die Abweichung von jenen Vorgaben öffentliche Interessen nicht unverhältnismäßig gefährdet werden.

In Italien soll derzeit ein in diese Richtung gehender sektorübergreifender Gesetzesentwurf durch die Ministerin für Technologische Innovation und Digitalisierung unter dem Titel „Diritto a innovare“ ausgearbeitet werden.⁴⁰⁶ Auch in anderen

⁴⁰⁵ Vgl. bereits die entsprechende Skizzierung oben bei D.III.

⁴⁰⁶ Sie dazu <https://innovazione.gov.it/it/cosa-facciamo/italia-2025/>.

Rechtskreisen und Regelungsbereichen wird daneben ein **Recht auf Innovation** diskutiert⁴⁰⁷, ohne dass dessen Herleitung oder Konturen klar erkennbar wären.

Dessen ungeachtet lässt sich eine solche „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ nach deutschem Recht jedenfalls nicht verlässlich und sinnvoll realisieren. Bei einer solchen „Allgemeinen Generalexperimentierklausel“ ist zum einen zweifelhaft, ob sie die für die wirksame Erprobung innovativer Industrien und Geschäftsmodelle erforderliche Leistungsstärke enthält (dazu 1.). Vor allem aber dürfte sich eine solche Regelung mit höherrangigem Recht nicht vereinbaren lassen (dazu 2.).

1. Zweifelhafte Leistungsstärke

Ausgehend von unserer Analyse der Ausgestaltung und Anwendungspraxis von experimenteller Gesetzgebung und offenen Normen wäre eine solche „Allgemeine Experimentierklausel“ **kaum leistungsstark**. Die Norm setzte sich aus einer Vielzahl unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe zusammen und räumte der jeweils zuständigen Behörde sowohl ein weites Entschließungs- als auch Auswahlmessen ein. Dadurch ist der behördliche Handlungsspielraum extrem weit gefasst. Weil eine solche Klausel aber keine eindeutig handhabbaren Kriterien für das „Ob“ und das „Wie“ der Erprobung enthält, würde sie den Behörden einen zu weiten Handlungsspielraum belassen. Die meisten Behörden würden es nach unserer Einschätzung vermeiden, auf Grundlage einer solchen Norm die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen zu genehmigen und dabei von existierenden Regelungen abzuweichen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Risiken, die mit der Erprobung verbunden sein können, nicht leicht abschätzen lassen. Auch eine nur annähernd einheitliche Anwendung wäre nicht gewährleistet. Selbst wenn die Norm angewandt würde, würde die durch sie intendierte Steuerungswirkung in vielen Streitfällen womöglich erst eintreten, wenn die angerufenen Gerichte die Norm durch Auslegung hinreichend konkretisieren. Bei so weitreichenden Unklarheiten über Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen dürfte womöglich selbst ein umfangreiches untergesetzliches Regelwerk zur Konkretisierung nicht die erforderliche Leistungsstärke herbeiführen.

⁴⁰⁷ Besonders nachdrücklich in Bezug auf ein vermeintliches „Right to Innovate“ im US-amerikanischen Recht *Torrance/von Hippel*, Mich. St. L. Rev. 2015, S. 793 („[L]egislation and regulation [...] can, in practice, significantly interfere with individuals' exercise of their fundamental freedom to innovate. This interference can cost society dearly by discouraging and slowing innovation or even thwarting it entirely.“); ähnl. *Burnham*, „The Freedom to Innovate“, Vortrag im Rahmen des Center For Democracy and Technology 2012 Annual Dinner, verfügbar unter <https://www.usv.com/writing/2012/03/the-freedom-to-innovate/>; deutlich zurückhaltender *Jorgensen*, *Plant Cell* 2007, S. 1433 („As societies have become more aware that innovations can also produce unintended consequences, the products of innovation have become subject to societal regulation. Today it is widely accepted that the rights of innovators should be balanced against the right of the community to regulate commerce and the environment to protect the health and well-being of all citizens.“).

2. Mangelnde Rechtssicherheit

Eine solche „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ ließe sich insbesondere aber nicht rechtssicher mit höherrangigem Recht vereinbaren.

Zum einen ist *de lege lata* **keine Gesetzgebungskompetenz** alleine oder in Kombination ersichtlich, die den Bund (oder die Länder) dazu ermächtigt, für alle denkbaren Innovationen von allen Regelungen, die der Erprobung der Innovation potentiell im Wege stehen können, abzuweichen. Die Abweichung von einer Regelung folgt derselben Kompetenz wie die Schaffung der Regelung. Wenn der Bund beispielsweise für die Regelung einer Innovation im Bauordnungsrecht der Länder keine Kompetenz hat, hat er auch nicht die Kompetenz, um das Abweichen einer Innovation von einer bestehenden Vorschrift zu regeln. Für jene „**Generalklausel**“ **fehlt die entsprechende „General-Kompetenz“**.⁴⁰⁸

Des Weiteren wäre eine solche Norm (jedenfalls ohne weitreichende untergesetzliche Konkretisierung) insbesondere auch **zu unbestimmt**. Wie detailliert dargelegt⁴⁰⁹, hat der Gesetzgeber gerade in diesem komplexen und dynamischen Regelungsbereich zur Erprobung einer Regulierung grundsätzlich einen besonders weiten gesetzgeberischen Handlungs-, Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum. Doch auch dieser ist durch Bestimmtheitsanforderungen begrenzt, die den typisierten Rahmenbedingungen des Regelungsbereichs gerecht werden müssen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm werden insbesondere durch die **Grundrechtsbetroffenheit** entlang eines fließenden Maßstabs gesteuert. Folglich wirken sich die von einer Innovation betroffenen **grundrechtlichen Schutzgüter** auf die zulässige Art und Weise der Durchführung der Erprobung aus. Zu berücksichtigen sind als gewichtige Schutzgüter insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG). Diese Güter hat der Staat durch geeignete Maßnahmen zu schützen. Das gilt insbesondere dort, wo das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit betroffen ist, denn dieses stellt innerhalb der Rechtsordnung einen Höchstwert dar. Je höher die Bedeutung des Grundrechts und je größer seine Gefährdung, desto bestimmter muss die entsprechende Regelung ausfallen. Dort wo Innovationen für diese Schutzgüter Gefahren mit sich bringen, müssen Regelungen darum bestimmter sein als dort, wo diese Schutzgüter nicht oder weniger stark gefährdet sind.

Diesen Anforderungen kann eine „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ nicht gerecht werden. Sie beinhaltet gewissermaßen eine „*one size fits all*“-Lösung, die alle denkbaren Arten von Innovationen umfasst. Damit stellt die Norm aber das anwendbare Recht selbst bei besonders gefahrgeneigten Innovationen zur weitgehenden Disposition der Verwaltung. Dies lässt außer Acht,

⁴⁰⁸ Dazu bereits im Detail oben E.I.4.

⁴⁰⁹ S.o. E.I.1.-3.

dass das Gewicht der betroffenen Schutzgüter und die Intensität der Beeinträchtigung sowie die Wahrscheinlichkeit der Bedrohung je nach Innovationen unterschiedlich ausfallen. Jedenfalls für die gefahrgeneigten Innovationen greift dies zu kurz. Insbesondere dürften hier nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts intensive verfahrensrechtliche Ausgleichsmechanismen erforderlich sein, wenn Erprobungen im gefahrgeneigten Bereich erfolgen sollen, um die hierbei drohenden Risiken bereits *ex ante* zu minimieren. Auch begleitende Pflichten sind je nach Gefahrgeneignetheit erforderlich, um die Regelung und ihre Auswirkungen zu beobachten und zu evaluieren sowie gegebenenfalls nachsteuern zu können.

Zudem wäre es auch **nicht möglich, die notwendigen Schutz- und Verfahrensregelungen losgelöst von den jeweiligen Regelungsbereichen in Gänze auf untergesetzliches Regelwerk in Gestalt von Rechtsverordnungen zu übertragen**. Angesichts des Einsatzes der Technologien und Geschäftsmodelle im öffentlichen Raum und insbesondere dort, wo Gefahren für Menschen, ihre Persönlichkeitsrechte und ihr Eigentum bestehen, sind Fragen mit hoher Grundrechtsrelevanz zu regeln und mit den berechtigten Innovationsinteressen in Ausgleich zu bringen. Solche Fragen sind von Verfassungen wegen in aller Regel bereits auf Ebene eines Parlamentsgesetzes zu regeln.

Weiterhin kann es in einzelnen Sektoren Vorschriften geben, die europarechtlich vorgeprägt oder überformt sind und von denen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht durch einfaches Gesetz abgewichen werden kann. Es ist bei einer dergestalt allgemein gehaltenen „Generalexperimentierklausel“ nicht sichergestellt, dass bereichsspezifische höherrangige Vorgaben des Unionsrechts eingehalten werden.

III. Handlungsvorschlag: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore

Zur Beschleunigung und Vereinheitlichung der Erprobung von Innovationen im Reallabor sowie zur Generierung größtmöglicher Lerneffekte schlagen wir ein Bundes-Experimentiergesetz vor, das drei Stufen der Regelung von Reallaboren unterscheidet. Dieses Bundes-Experimentiergesetz kann in Abhängigkeit von regulatorischen Gestaltungsfragen und rechtspolitischen Machbarkeiten variiert werden. Als „große Lösung“ kommt in **Variante A** eine umfassende Regelung der Erprobung von Innovationen im Reallabor durch das Bundes-Experimentiergesetz in Betracht. In dieser Variante enthält das Gesetz **umfassende Vorgaben für die drei Stufen der Regelung von Reallaboren: die Zulassung einer Innovation zu einem Reallabor (Stufe 1), die Durchführung der Erprobung im Reallabor (Stufe 2) sowie die Evaluation und den Transfer (Stufe 3)** (dazu 1.). Daneben kommt als **Variante B** eine „mittlere Lösung“ in Betracht, bei der das Bundes-Experimentiergesetz die Erprobung von Innovationen im Reallabor nicht umfassend, sondern in Zusammenspiel mit dem Fachrecht regelt. Im Unterschied zu Variante A werden die drei Stufen hier nicht umfassend im Bundes-Experimentiergesetz geregelt, stattdessen verbleiben die materiellen Experimentierklauseln, die als Teil von Stufe 2 zur Durchführung der Erprobung ermächtigen, im Fachrecht (dazu 2.). Als „**kleine Lösung**“ in **Variante C** kann das Bundes-Experimentiergesetz auch so ausgestaltet werden, dass nur die Stufen 1 und 3 einen bundesweiten Rahmen bilden und die Durchführung der Erprobung im Reallabor

auf Stufe 2 umfassend im Fachrecht geregelt wird (dazu 3.). Diese Varianten des Bundes-Experimentiergesetzes stehen alternativ nebeneinander. An die strukturellen Grundlegungen können spezielle Experimentierklauseln in bestimmten Sektoren anknüpfen. Wir werden sie in unserem Gutachten zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln fruchtbar machen.

1. „Große Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu und die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer (Variante A)

Die „große Lösung“ in Variante A beinhaltet ein Gesetzesvorhaben, das umfassend formelle und materielle Vorgaben über die Zulassung zu und die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer von Wissen in den Rechtsetzungsprozess enthält. Sie ließe sich etwa als **Bundes-Experimentiergesetz zur Zulassung, Durchführung sowie Evaluation und Transfer von Reallaboren (Reallabore-Gesetz)** verwirklichen.

Die umfassende Variante A zielt darauf ab, die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen einheitlicher auszugestalten und die Anwendung experimenteller Gesetzgebung zu erleichtern, indem bundesweite Vorgaben für die Reallabore geschaffen werden (dazu a)). Durch das so geschaffene Reallabore-Gesetz könnte der Bund Vorgaben normieren, unter welchen Voraussetzungen innovative Technologien und Geschäftsmodelle zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden (**Zulassung zum Reallabor**) sowie unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang die Erprobung der Innovation durchgeführt werden soll (**Durchführung des Reallabors**); darüber hinaus sollte das Reallabore-Gesetz Vorgaben zur **Evaluation und den Transfer von Wissen in den Rechtsetzungsprozess** enthalten (dazu b)). Entsprechend gestaltet sich die rechtliche Umsetzung (dazu c)).

- a) Regelungsziele: Vereinheitlichung der Bedingung für die Erprobung von Innovationen, Erleichterung der Erprobung, Verbesserung der Regulierung

Die Initiierung konkreter Reallabore kann dazu beitragen, private Akteure zur Erprobung von Geschäftsideen zu animieren und Innovationen zu entwickeln bzw. zu erproben. Zugleich ist die Durchführung von Reallaboren von entscheidender Bedeutung für die Erkenntnisgewinnung über die Leistungsfähigkeit smarter Regulierung. Deshalb ist die möglichst häufige und sektoral möglichst breit gefächerte Durchführung von Reallaboren rechtspolitisch wünschenswert.

Allerdings ist mit Organisation, Durchführung und Evaluation von Reallaboren regelmäßig ein erheblicher Aufwand verbunden, und der Ertrag des Reallabors lässt sich *ex ante* oft nicht vorherbestimmen. Zudem werfen sowohl die Zulassung einer Innovation zur Erprobung als auch die Durchführung der Erprobung mitunter nicht leicht zu beantwortende

Rechtsfragen auf oder können Rechtstreitigkeiten auslösen.⁴¹⁰ Angesichts dessen kann die Durchführung von Reallaboren auf Zurückhaltung oder sogar Widerstand bei den verantwortlichen staatlichen Akteuren führen. Insbesondere können die für die Entscheidung über die Erprobung zuständigen Behörden das Regelwerk sehr unterschiedlich anwenden.⁴¹¹

Vor diesem Hintergrund ist eine Normierung allgemein gültiger Vorgaben für die Zulassung, Durchführung sowie Evaluation und Transfer von Reallaboren sinnvoll, um den **Aufwand für die verantwortlichen staatlichen Akteure merklich zu reduzieren und ihre Bereitschaft zur Erprobung zu steigern**. Da es sich zugleich um stets wiederkehrende Aufgaben und wiederkehrende Rechtsfragen handelt, eignet sich dieser Fragenbereich in besonderer Weise für eine allgemein verbindliche Normierung. Auch normsystematisch ist die Schaffung eines allgemeinen Gesetzes über die Erprobung von Innovationen im Reallabor sinnvoll, weil dadurch – ungeachtet bereits existierender oder im weiteren Verlauf zu schaffender sektorbezogener Experimentierklauseln – der Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Erprobung neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle im digitalen Zeitalter ermöglicht wird. Zugleich kann die Normierung allgemein gültiger Vorgaben das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer in rechtssichere und leistungsstarke Innovationsräume stärken, die Bereitschaft zur Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle steigern und im Idealfall dazu beitragen, eine „Kultur des Experimentierens“ in Deutschland zu etablieren.

Dieser Handlungsvorschlag zielt damit sowohl darauf, die Erprobung von innovativen Technologien und Geschäftsmodellen unter realen Bedingungen zu erleichtern (**Testräume für Innovationen**), als auch darauf, agile Regulierung zu erproben, um regulatorische Antworten auf neuartige und besonders dynamische gesellschaftliche und technische Herausforderungen zu finden (**Testräume für Regulierung**).

- b) Regelungsinhalte: Zulassung zum Reallabor, Durchführung des Reallabors, Evaluation und Transfer (Drei Stufen)

Das Reallabore-Gesetz regelt den Umgang mit der Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle unter Realbedingungen auf **drei Stufen**:

- **Stufe 1 – Zulassung zum Reallabor:** Auf der ersten Stufe wird geregelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, ob eine Technologie oder

⁴¹⁰ Insbesondere in wirtschaftlich vielversprechenden Innovationsbereichen wird der verantwortliche staatliche Akteur die Teilnahme am Reallabor regelmäßig auf eine bestimmte Anzahl von privaten Wirtschaftsteilnehmern begrenzen müssen. In solchen Fällen ist zu erwarten, dass unterlegene Bewerber gegen ihre Nichtberücksichtigung gerichtlich vorgehen.

⁴¹¹ Vgl. oben E.III.

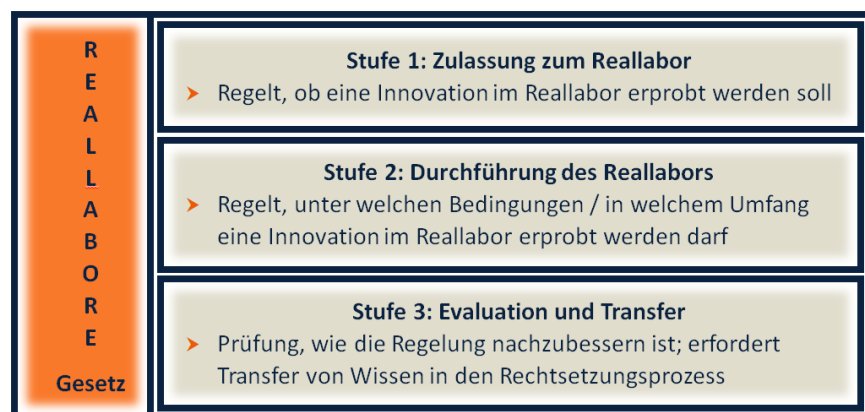
ein Geschäftsmodell als Innovation im Sinne des Gesetzes über die Reallabore anzusehen ist, ob ein Erprobungsbedürfnis und ob die Innovation grundsätzlich erprobungsfähig ist. Es handelt sich um eine Art Vorprüfung, die den Zugang zur Erprobung kanalisieren, standardisieren und vereinfachen soll.

- **Stufe 2 – Durchführung des Reallabors:** Auf der zweiten Stufe wird geregelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, unter welchen Bedingungen (insbesondere in welchem Umfang) eine Innovation im Reallabor erprobt werden darf.

Die zweite Stufe beinhaltet zum einen allgemeine bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung von Innovationen (überwiegend formelle Verfahrensregelungen). Zum anderen beinhaltet die zweite Stufe die materielle Rechtsgrundlage für die Durchführung der Erprobung einer Innovation, die in Form einer Experimentierklausel Abweichungen von bestimmten rechtlichen Vorgaben zulässt. Deren genaue Ausgestaltung hängt von den Sektoren und Regelungsbereichen ab, in denen die Erprobung stattfinden soll. Insbesondere hier erfolgt die **Verzahnung** der allgemeinen Erprobungsregelungen mit dem Fachrecht.

Zweck der Unterscheidung von Stufe 1 und Stufe 2 ist es, durch eine smarte Zuständigkeitsaufteilung und -verzahnung zwischen Wirtschaftsförderung und Fachrecht bestimmte wiederkehrende Entscheidungsprozesse wie die Bewertung der Innovativität und Erprobungsbedürftigkeit neuartiger Technologien und Geschäftsmodelle bundesweit zu vereinheitlichen sowie Fachbehörden durch die „Entzerrung“ der Stufen 1 und 2 zu entlasten und dadurch das Verfahren zu beschleunigen.

- **Stufe 3 – Evaluation und Transfer:** Schließlich soll das Reallabore-Gesetz auch Regelungen zur Bewertung der Erprobung der Innovationen im Reallabor und zur Evaluation des gesetzlichen Regelwerks enthalten. Das Wissen aus der Evaluation soll durch den Transfer in den Rechtsetzungsprozess eingespeist werden.



Aus **kompetenzrechtlichen Gründen** ist es erforderlich, dass sich die Regelungen dieses Reallabore-Gesetzes auf Innovationen und Regelungsbereiche beschränkt, die in den Anwendungsbereich einer speziellen Bundeskompetenz fallen.⁴¹² Nur dann hat der Bund auch eine Kompetenz, die entsprechenden Experimentierklauseln zur Abweichung von Vorgaben des einschlägigen Fachrechts zu regeln.

Zur weiteren Ausgestaltung der drei Stufen sollte auch eine **Reallabore-Verordnung** erlassen werden. Dafür sollte das Reallabore-Gesetz auch eine **Verordnungsermächtigung** vorsehen, die den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG genügen muss.

c) Rechtliche Umsetzung

Im Folgenden wird skizziert, wie sich das Reallabore-Gesetz mit dem Ziel bundesweiter Vorgaben für Reallabore rechtlich umsetzen ließe. Dabei werden die drei Stufen, die Kern des Regelungsprogramms von Variante A sind, unterschieden: Zulassung zum Reallabor (dazu aa)), Durchführung des Reallabors (dazu bb)), Evaluation der Regelung und Transfer des Wissens in den Rechtsetzungsprozess (dazu cc)).

aa) Stufe 1: Zulassung zum Reallabor

Stufe 1 regelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, ob innovative Technologien oder Geschäftsmodelle zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden sollen. Es handelt sich um eine Art **Vorprüfung, die den Zugang zur Erprobung kanalisieren, standardisieren und vereinfachen soll**.

Mit Blick auf die Zielsetzung, Innovationen gleichbehandelt zu fördern, wiederkehrende Entscheidungsprozesse zu vereinheitlichen, Fachbehörden zu entlasten und das Verfahren zu beschleunigen, sollte das Reallabore-Gesetz vorsehen, dass für die Zulassung zum Reallabor eine Bundesbehörde zuständig und die jeweils zuständige Fachbehörde zu beteiligen ist (dazu (1)). Die Entscheidung darüber, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden, soll sich danach bemessen, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell als „**innovativ**“ im Sinne des Gesetzes anzusehen sind, ob für die Innovation **grundsätzlich ein Erprobungsbedürfnis** besteht und ob die Innovation **grundsätzlich erprobungsfähig** ist (dazu (2)).

- (1) Zulassungszuständigkeit: Zuständigkeit einer Bundesbehörde bei Beteiligung der Fachbehörde mit bindendem Einspruchsrecht

Überzeugende Erwägungen sprechen dafür, die Entscheidung über die Zulassung zum Reallabor **der Zuständigkeit einer zentralen Bundesbehörde** zu überantworten (gem. Art. 87 Abs. 3 GG): Durch

⁴¹² S.o. E.I.4.

die Verortung der Entscheidung über die Zulassung zum Reallabor bei einer Bundesbehörde können die grundsätzlichen Entscheidungen über die Erprobungsbedürftigkeit bundesweit vereinheitlicht werden. Dadurch entstehen eine einheitliche Verwaltungspraxis und ein zentraler erster Ansprechpartner für die Innovatoren. Dies ermöglicht auch eine bessere Kenntnis und Kontrolle der Technologien und Geschäftsmodelle, die im Reallabor getestet werden sollen, sowie der Hemmnisse, denen sie sich gegenüber sehen. Dadurch kann auch ein besserer Informationsfluss zwischen Innovatoren und Staat gewährleistet werden. Das Reallabor-Gesetz kann durch den besseren Informationsfluss auch deutlich einfacher und wegen der besseren Datenlage präziser evaluiert werden. Darüber hinaus kann eine Bundesbehörde als zentrale „erste Anlaufstelle“ für die Erprobung von Innovationen später bei der Durchführung der Erprobung (Stufe 2) für Innovatoren und Fachbehörden ein wichtiger „Sparringspartner“ sein und die Vorbereitung der Durchführung der Erprobung unterstützen. Schließlich kann eine Bundesbehörde auch noch bundesweit begleitende Informations- und Werbeveranstaltungen koordinieren, so dass die Reallabor-Strategie in der Praxis einen weiteren Multiplikator erhielte.⁴¹³

Für die Leistungsfähigkeit der vorgeschlagenen Variante A und die Bewährung der Unterteilung der Zulassung zum Reallabor (Stufe 1) und der Durchführung des Reallabors (Stufe 2) ist es zugleich wesentlich, dass Entscheidungen auf Stufe 1 Auswirkungen auf Stufe 2 zeitigen. Nur durch eine solche **Verzahnung der beiden Stufen** kann eine Vereinfachung und mögliche Beschleunigung des Verfahrens sowie eine Entlastung der Fachbehörden in der Praxis auch stattfinden.

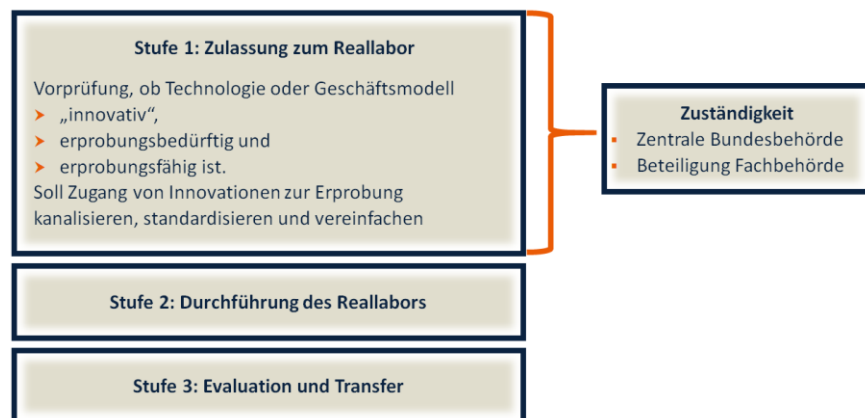
Für diese Verzahnung ist es aus Gründen der Regelungs- und Verwaltungskompetenz zwingend, dass die **zuständige Fachbehörde** bei der Entscheidung der Bundesbehörde **auf Stufe 1 beteiligt** wird. Denn nur dann ist sichergestellt, dass die Fachbehörde, die im Rahmen von Stufe 2 an eine Entscheidung einer Bundesbehörde auf Stufe 1 grundsätzlich gebunden sein soll, auch mögliche fachrechtliche Belange oder Einwände zur Innovation bereits auf Stufe 1 geltend machen kann. Dies ist auch sachgerecht, weil die Fachbehörde auch die fachliche Expertise besitzt und fachkundige Einschätzungen zu spezifischen Risiken einer Innovation aus ihrem Bereich oder zu schwierigen Rechtsfragen des Fachrechts treffen kann, auf die die Bundesbehörde für eine tragfähige Entscheidung angewiesen ist. Das Beteiligungsrecht der Fachbehörde ist nur dann mit einer eigenständigen Entscheidung, die ihr sonst zukäme, funktionsäquivalent, wenn ihr das Recht zukommt, im Rah-

⁴¹³ Siehe auch unten F.VII.2.

men der Beteiligung gegen die Entscheidung der für die Entscheidung zuständigen Bundesbehörde Einspruch zu erheben und diese daran zu binden. Ein solches die zuständige Bundesbehörde **bindendes Einspruchsrecht** müsste daher ebenfalls festgeschrieben werden. Gegebenenfalls könnte in bestimmten Fällen bei Ablauf einer Mindestbeteiligungsfrist mit Genehmigungsfiktionen gearbeitet werden, um unzumutbare Verzögerungen durch das Beteiligungsrecht auszuschließen. Bei der konkreten Ausgestaltung ist das Verbot der Mischverwaltung einzuhalten.

- (2) Zulassungsverfahren: Prüfung von Innovativität, Erprobungsbedürfnis und Erprobungsfähigkeit; Verfahrensanforderungen

Die für die Zulassung zuständige Bundesbehörde sollte in einem feststellenden Akt darüber entscheiden, ob eine Technologie als „**innovativ**“ im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, ob für die Innovation grundsätzlich ein **Erprobungsbedürfnis** besteht und ob die Innovation **grundsätzlich erprobungsfähig** ist.



Aus Gründen der Umsetzbarkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sollte das Gesetz darum folgende Regelungen enthalten:

- **Innovativität:** Die Prüfung der Innovativität dient als **Vorfilter**, um nur förderungswürdige Technologien und Geschäftsmodelle in den Genuss der Erprobung im Reallabor kommen zu lassen. Ausgeschieden werden könnten hier insbesondere „alte“ oder „bekannte“ Technologien und Geschäftsmodelle, die als bereits hinreichend erforscht gelten können oder gar bereits überwiegend oder ausschließlich im Regelbetrieb Anwendung finden. Es dürfte sich um eine vergleichsweise niedrige Schwelle handeln. Die Prüfung der Innovativität dient auch zur Erkenntnis über aktuelles Marktverhalten der Innovatoren, um den Staat in die Lage zu versetzen, Innovationschwerpunkte zeitnah zu erkennen und zu fördern.

Es sprechen gute Gründe dafür, die **Kriterien für die Feststellung von Innovativität** durch eine Rechtsverordnung auf Grundlage des Reallabore-Gesetzes zu bestimmen. Dadurch werden Unsicherheiten auf Tatbestandsebene vermieden, die dazu führen könnten, dass die Regelung von Wirtschaftsteilnehmern zu wenig in Anspruch genommen oder von der Verwaltung widerwillig oder fehlerhaft angewandt wird. Auch wird dadurch eine möglichst objektive Entscheidung herbeigeführt, die wichtig ist, damit abgelehnte Wirtschaftsakteure nicht erfolgreich gegen eine Ablehnung ihrer Technologien oder Geschäftsmodelle prozessieren.

Innovativität könnte primär zum einen durch Umschreibung dessen, was als „innovativ“ angesehen werden kann, bestimmt werden. Eine Umschreibung ist sachdienlicher als eine genaue Definition, weil letztere dem Regelungszweck entgegensteht, offen für an sich unbegrenzt mögliche Innovationen zu sein. Zusätzlich dazu ließe sich die Innovativität auch durch bestimmte festgelegte Parameter bestimmen, beispielsweise die Zugehörigkeit des Unternehmens zu einer Liste innovativer Branchen, die Inhaberschaft eines Patents für die zu erprobende Technologie oder die Bescheinigung der Innovativität durch ein externes unabhängiges Gutachten. Dies könnte für Innovatoren die Vorhersehbarkeit steigern, ob Innovation auch „innovativ“ im Sinne des Reallabore-Gesetzes ist.

- **Erprobungsbedürfnis:** Dieses Kriterium soll die Frage beantworten, warum es für die Realisierung bestimmter innovativer Technologien und Geschäftsmodelle überhaupt einer Erprobung im Reallabor bedarf. **Hierbei ist zu ermitteln, ob bestehende Regelungen dem Markteintritt einer Technologie oder eines Geschäftsmodells entgegenstehen oder ihn zumindest erschweren, und wenn ja welche.** Ausgefiltert werden damit diejenigen Innovationen, die auf Grundlage der bestehenden rechtlichen Regelungen verwirklicht werden könnten – etwa durch den Erhalt einer entsprechenden Genehmigung –, aber etwa mit ihnen nicht im Einklang stehen – und deshalb eine entsprechende Genehmigung versagt wird. Dieses Kriterium verhindert auch, dass die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle von Einzelnen im Sinne einer „Deregulierung durch die Hintertür“ missbraucht wird. **Ein Erprobungsbedürfnis besteht danach, wenn Vorschriften, von denen abgewichen werden darf, die Innovation im realen Raum mindestens erschweren.**

Der Antragsteller sollte das Erprobungsbedürfnis darlegen müssen, etwa unter Nennung der entgegenstehenden Rege-

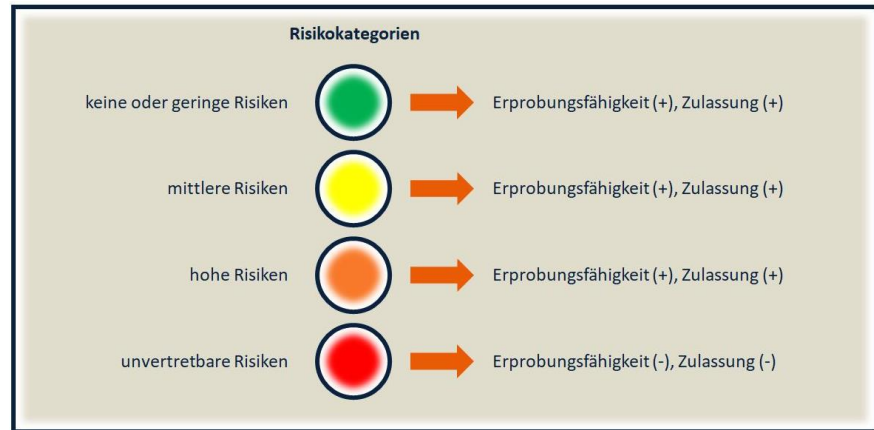
lungen. Bei der Prüfung des Erprobungsbedürfnisses ist beachten, ob der Gesetzgeber oder die Verwaltung überhaupt befugt ist, von den als Erschwernis dargelegten Vorschriften abzuweichen. Dies ist etwa nicht der Fall bei entgegenstehendem Unionsrecht. Ist diesen Fällen ist ein Erprobungsbedürfnis im Sinne des Reallabore-Gesetzes ausgeschlossen.

- **Erprobungsfähigkeit:** Die Erprobungsfähigkeit besteht, wenn die mit der Erprobung einer Technologie oder eines Geschäftsmodells verbundenen **Risiken nicht unvertretbar sind und darum öffentliche Interessen *ex ante* nicht eindeutig überwiegen.**

Die **Erprobungsfähigkeit ist risikobasiert anhand einer Prognose zu bestimmen**, das heißt in Abhängigkeit von der Bedeutung des Schutzguts, der Risikowahrscheinlichkeit und der voraussichtlichen Risikointensität. Dabei sollten auch die zusätzlichen Risiken bewertet werden, die durch den innovativen Charakter entstehen. Aufgrund der experimentierfreundlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich von der Erprobungsfähigkeit auszugehen. Folglich können die meisten Vorhaben erprobt werden, es sei denn, die Gefahr für das Schutzgut ist sehr hoch und das Schutzgut ist besonders wichtig.⁴¹⁴ Denkbar ist auch, dass eine *ex ante* Prognose der Risiken ergibt, dass hohe Risiken für Schutzgüter mit an Sicherheit angrenzender Wahrscheinlichkeit nicht minimiert oder die Risiken nicht annähernd abgeschätzt werden können. In diesen Fällen erscheint die Erprobung unvertretbar, darum mangelt es an der Erprobungsfähigkeit.

Für die **Anwendung** dieses risikobasierten Kriteriums in der Praxis erscheint es sinnvoll, dass die zuständige Bundesbehörde ihre **Risikoeinschätzung zur Innovation nach einem Ampel-Modell (grün-gelb-orange-rot) clustert: grün** – keine oder geringe Risiken; **gelb** – mittlere Risiken; **orange** – hohe Risiken; **rot** – unvertretbare Risiken.

⁴¹⁴ So hat das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfG, Urt. v. 25.02.195 - 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 1, Rn. 188) festgehalten: „Experimente sind aber bei dem hohen Wert des zu schützenden Rechtsgutes nicht zulässig“.



Nach Abschluss der Bewertung von Innovativität, Erprobungsbedürfnis und Erprobungsfähigkeit durch die Bundesbehörde ist die Fachbehörde **zu beteiligen**; ihr steht ein bindendes Einspruchsrecht gegenüber den Bewertungen der Bundesbehörde zu (s.o.). Ist das Beteiligungsverfahren ordnungsgemäß und ohne Einspruch abgeschlossen, ist die Fachbehörde bei der Durchführung des Reallabors (Stufe 2) grundsätzlich an die Bewertungen auf Stufe 1 gebunden. Dies gilt insbesondere auch für geclusterte Risikobewertungen. Andernfalls führte die 2-Stufigkeit nicht zu einer Verfahrensvereinfachung.

Verfahrensvorgaben für den Antrag auf Zulassung zum Reallabor sollten im Reallabore-Gesetz bzw. in der Reallabore-Verordnung ebenfalls enthalten sein. Zur **Bewertung der Innovativität** muss der Antragsteller zumindest Angaben über die Funktionsweise der Innovation darlegen. Zur **Bewertung des Erprobungsbedürfnisses** muss dargelegt werden, dass Vorschriften die Durchführung der Anwendung mindestens erschweren. Zur **Bewertung der Erprobungsfähigkeit** muss der Antragsteller der zuständigen Behörde qualifizierte Informationen vorlegen, damit diese die Risikoeinschätzung vornehmen kann. Es ist zu bedenken, dass das Verfahren zur Zulassung zum Reallabor – selbst bei gefahrgeneigten Innovationen – nicht so aufwändig ausgestaltet ist, sodass es nicht in Anspruch genommen wird. Insbesondere sollten in diesem Stadium der Vorprüfung nicht schon umfassende Studien vorgelegt werden müssen. Dies ist aus grundrechtlicher Sicht nicht problematisch, da die Zulassung des Reallabors noch nicht die Rechtslage dahingehend gestaltet, dass die Innovation auch unter realen Bedingungen erprobt werden kann. Grundsätzlich gilt: Je größer die *ex ante* erkennbaren Risiken der Innovation und je wichtiger die betroffenen Rechtsgüter, desto größer die Darlegungslast des Antragstellers hinsichtlich der Erprobungsfähigkeit.

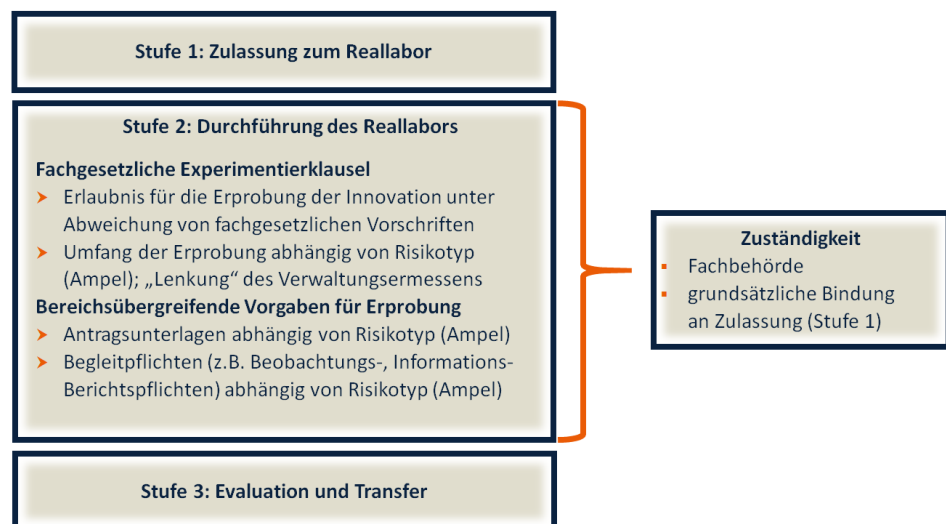
Schließlich sollte auch eine **doppelte Befristung der Zulassung** vorgesehen werden. Zum einen sollte nach einem gewissen Zeitraum die Durchführung des Reallabors (Stufe 2) beantragt werden müssen, andernfalls sollte die Zulassung verfallen. Denkbar er-

scheint hierfür ein Zeitraum von zwei Jahren zwischen der Zulassung zum Reallabor und dem Antrag auf Durchführung der Erprobung. Zum anderen sollte die Zulassung zum Reallabor an die Durchführung des Reallabors gekoppelt werden; ist die Durchführung der Erprobung abgeschlossen oder fehlgeschlagen, sollte auch die Zulassung entfallen.

bb) Stufe 2: Durchführung des Reallabors

Auf der zweiten Stufe wird geregelt, wer nach welchem Verfahren und in welcher Form anhand welcher Kriterien darüber entscheidet, unter welchen Bedingungen, insbesondere in welchem Umfang eine Innovation im Reallabor erprobt werden darf.

Stufe 2 beinhaltet damit zum einen allgemeine bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung von Innovationen (überwiegend formelle Verfahrensregelungen) (dazu (1)). Vor allem aber beinhaltet die zweite Stufe die materielle Rechtsgrundlage für die Durchführung der Erprobung einer Innovation, die in Form einer Experimentierklausel Abweichungen von bestimmten rechtlichen Vorgaben zulässt (dazu (2)).



(1) Rechtsgrundlage für die Durchführung der Erprobung einer Innovation: Sektorenspezifische Experimentierklausel mit Abweichungsbefugnis

Es wurde oben festgestellt, dass eine bereichsübergreifende „Allgemeine Generalexperimentierklausel“ weder leistungsfähig noch rechtlich zulässig wäre.⁴¹⁵ Vor diesem Hintergrund kommt im Rahmen des Reallabore-Gesetzes die Regelung von Experimentierklauseln in Betracht, die sektorspezifische Vorgaben für die Durchführung der Erprobung bestimmter Innovationen normieren.

⁴¹⁵ S.o. F.II.

Hier erfolgt die **Verzahnung** der allgemeinen Erprobungsregelungen **mit dem Fachrecht**. Die vorliegende Variante A sieht hierfür vor, dass das **Reallabore-Gesetz anstelle der jeweiligen Fachgesetze alle experimentellen Rechtsgrundlagen für die Durchführung der Erprobung bündelt**, soweit der Bund dafür die Gesetzgebungskompetenz innehat.⁴¹⁶ Die jeweiligen fachgesetzlichen Experimentierklauseln müssen in der Folge gestrichen oder in ihrem Anwendungsbereich beschränkt werden.

Die besonderen Anforderungen der im Reallabore-Gesetz für die verschiedenen Fachbereiche zu normierenden Experimentierklauseln zur Durchführung der Erprobung hängen von den Besonderheiten des jeweiligen Fachrechts ab und sind deshalb hier nicht zu erörtern.⁴¹⁷ Ausgehend von unserer vorliegenden Untersuchung sollten diese Regelungen insbesondere die nachfolgenden Aspekte berücksichtigen:

- **Grundlegende Überlegungen zum Umfang der zulässigen Erprobung unter Abweichung von bestehenden Regelungen:** Ausgehend von unserer Analyse existierender Experimentierklauseln ist die behördliche Entscheidung über das „Wie“ der Durchführung der Erprobung ein ganz zentrales Einfallstor für Erprobungshemmnisse wie uneinheitliche Anwendung, fehlender Vorhersehbarkeit und übermäßige Beschränkungen der Erprobung. Deshalb sollten die **Anforderungen an den Umfang der Erprobung** – und damit auch, **von welchen fachrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Erprobung abgewichen kann** und von welchen nicht – in gewissem Umfang **präzisiert** werden.

Zwar ist es dem Gesetzgeber freigestellt, auch Experimentierklauseln generalklauselartig auszugestalten. So kommt etwa § 2 Abs. 7 PBefG für den Bereich der Personenbeförderung einer sektorspezifischen „Generalexperimentierklausel“ nahe.⁴¹⁸ Allerdings hat sich – wie das Beispiel des § 2 Abs. 7 PBefG deutlich macht – gerade bei komplexen Regelungsbereichen gezeigt, dass eine generalklauselartig ausgestaltete Experimentierklausel mit weitreichenden Abweichungsbefugnissen regelmäßig das erforderliche Maß an Vorhersehbarkeit und Anwendungsfreundlichkeit vermissen lässt.

Deshalb **plädieren wir dafür, im Rahmen des Reallabore-Gesetzes die sektorspezifischen Experimentierklauseln jedenfalls so präzise auszugestalten, dass eine hinreichende**

⁴¹⁶ Zu Abweichungen hiervon siehe unten die Varianten B und C.

⁴¹⁷ Sie werden im Rahmen unseres Gutachtens zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln für bestimmte Sektoren analysiert werden.

⁴¹⁸ S.o. E.III.1.a)aa).

Verwaltungslenkung – gegebenenfalls auch über die Real-labore-Verordnung – gewährleistet ist. Je komplexer der betroffene Sektor, desto detaillierter müssen die Anforderungen an den Umfang der zulässigen Erprobung durch ermessenslenkende Regelungen (Rechtsverordnungen, u.U. Verwaltungsvorschriften) ausgestaltet sein, um eine einheitliche Erprobung zu gewährleisten und die zuständigen Fachbehörden nicht über Gebühr zu belasten.

Bei der Schaffung der Regelung sollte soweit möglich auch klargestellt werden, dass bzw. welche Vorschriften nicht anwendbar sind, die auf Regelungen mit endgültigem Charakter zugeschnitten sind und deshalb für Regelungen mit Erprobungscharakter unangemessene Einschränkungen bedeuten. Schließlich ist auch zu bedenken, dass **sektorspezifische europarechtliche Vorgaben** existieren, von denen nicht abgewichen werden kann.

- **Typisierte Bestimmung des Umfangs der Erprobung unter Rückgriff auf geclusterte Risikobewertung aus Stufe 1 (Ampel-System):** Bei der Ausgestaltung der sektorbezogenen Experimentierklauseln zur Durchführung der Erprobung (Stufe 2) sowie bei der Ausgestaltung der dazugehörigen Verwaltungslenkung sollten die Zulassungsentscheidung (Stufe 1) und die dafür maßgeblichen geclusterten Risikotypisierungen (Ampel-System) übernommen werden. Diese Risikotypisierung sollte einen zentralen Bestandteil der Ermessenslenkung für die Fachbehörde bilden.

Durch diese typisierte Bestimmung des Umfangs der Erprobung wird regelungstechnisch nicht nur sichergestellt, dass die Fachbehörde „nur“ darüber entscheiden muss, **unter welchen Bedingungen**, die Durchführung der Erprobung einer zugelassenen Innovation zu erfolgen hat. Die Fachbehörde entscheidet nicht mehr, ob eine Innovation, die gefördert werden soll, vorliegt. Die Fachbehörde kann folglich an die bereits auf Stufe 1 erfolgte Bewertung der Innovativität, Erprobungsbedürftigkeit und Erprobungsfähigkeit anknüpfen und diese ihren eigenen Entscheidungen bei der Durchführung der Erprobung zugrunde legen. Dadurch tritt auf Stufe 2 eine Entlastung der Fachbehörde ein.

Diese typisierte Bestimmung des Umfangs der Erprobung unter Rückgriff auf geclusterte Risikobewertung auf Stufe 1 ermöglicht vielmehr auch eine typisierte Einordnung von Innovationen in verschiedene Risikokategorien und auf dieser Grundlage eine im Wesentlichen gleiche Behandlung der Erprobung unterschiedlicher Innovationen, die der gleichen Risikokategorie unterfallen. Dies ist sachgerecht, da sich die

rechtliche Zulässigkeit der Erprobung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts risikobedingt bestimmt. Damit geht eine erhebliche Vereinfachung einher, wenn die zuständige Fachbehörde die Erprobung mehrerer ähnlicher Innovationen durchführen möchte und dafür im Wesentlichen die gleichen Erprobungsbedingungen festlegen kann. Auch verhindert es die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Innovationen und erhöht die Vergleichbarkeit der Erprobungsergebnisse. Zugleich verbleiben hinreichende Spielräume für die Verwaltung zur Differenzierung zwischen verschiedenen Innovationen.

Um die vorgesehenen weitreichenden Wirkungen zu zeitigen, sollte die geclusterte Risikotypisierung in einem Anhang zum Reallabore-Gesetz oder in einem anderen untergesetzlichen Regelwerk festgeschrieben werden, aus Gründen der Grundrechtsrelevanz jedoch rechtssicher nicht in reinem Innenrecht.

- **Zeitliche Beschränkungen des Umfangs der Erprobung:** In zeitlicher Hinsicht ist eine **Befristung** der Erlaubnis zur Durchführung der Erprobung vorzusehen. Durch die Befristung wird der Erprobungscharakter sichergestellt. Die für eine Erprobung angemessene Dauer hängt von der Innovation ab. Hier könnte das Reallabore-Gesetz entweder allgemein oder sektorspezifisch feste Fristen vorsehen oder der Behörde innerhalb einer bestimmten Spannung einen begrenzten Spielraum bei der Festlegung der Befristung einräumen (etwa eine Befristung von vier bis sieben Jahren). Zudem sollte eine Regelung für die Möglichkeit der faktischen Verkürzung der Erprobung wegen zeitaufwändiger Rechtsschutzverfahren gefunden werden – etwa durch Entfallen der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbehelfe, durch Hemmung der starren Befristung oder durch Flexibilisierung der Befristung.

Es kann weiterhin vorgesehen werden, den räumlichen und sachlichen Umfang der Erprobungsmöglichkeit vom Stadium der Erprobung abhängig zu machen. Um positive Anreize zu schaffen, sollte vorgesehen werden, den Umfang der Erprobung schrittweise zu erweitern, wenn sich die Erprobung in der Praxis bewährt.

- **Ausnahmsweise Anpassung der Risikobewertung der Bundesbehörde auf Stufe 1 durch die zuständige Fachbehörde auf Stufe 2:** Die Bindungswirkung der geclusterten Risikobewertung der Bundesbehörde bei der Zulassung einer Innovation zum Reallabor bewirkt eine merkliche Verfahrensvereinfachung und wirkt sich zugleich strukturierend auf die Ent-

scheidung der Fachbehörde bei der Durchführung der Erprobung aus.

Berücksichtigt man die Bedeutung, die die geclusterte Risikobewertung der Bundesbehörde auf Stufe 1 für die Ermessenslenkung der Fachbehörde auf Stufe 2 hat, so sind allerdings Konstellationen denkbar, in denen die Bindungswirkung der Risikobewertung nicht mehr angemessen ist. Dies gilt etwa dann, wenn die ursprüngliche Risikobewertung durch zwischenzeitliche Entwicklungen oder neue Erkenntnisse qualifiziert in Frage gestellt wird. Dies kann etwa auch dann gelten, wenn die eine Erprobung die Gefahren für die fachrechtlich geschützten Interessen unverhältnismäßig erhöht und diese Gefahren im Rahmen der Beteiligung der Fachbehörde auf Stufe 1 nicht erkennbar gewesen sind.

In diesen Fällen gebieten der effektive Rechtsgüterschutz und das Untermaßverbot eine Befugnis der Fachbehörde zur begründeten Anpassung der Risikobewertung vorzusehen. Die Anpassung kann sowohl zu einer Herauf- als auch Herunterstufung der Innovation in den geclusterten Risikokategorien führen.

(2) Bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung

Neben den spezifischen Vorgaben für die Durchführung der Erprobung auf Grundlage sektorenspezifischer Experimentierklauseln gelten bereichsübergreifende Vorgaben für die Durchführung der Erprobung. Diese sind teilweise wiederum abhängig von den Besonderheiten des jeweiligen Sektors und können deshalb im Rahmen der sektorspezifischen Regelung mitgeregelt werden; sie können aber als *leges generales* auch daneben stehen bleiben. Dazu gehören insbesondere die folgenden Aspekte:

- **Begleitende Pflichten bei der Durchführung der Erprobung:** Damit der Gesetzgeber den Testraum für Regulierung nutzen kann und seinen Schutzpflichten genüge tut, sollten den Innovatoren begleitende Pflichten auferlegt werden, über die Erprobung zu berichten und auch an begleitenden wissenschaftlichen Untersuchungen teilzunehmen. Auch hier besteht eine Abhängigkeit zur Risikogeneignetheit der Erprobung. Je risikogeneigter die Innovation ist, desto enger sollten die Intervalle für und desto umfangreicher die Anforderungen an die Berichtspflichten sein. 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 Risikogeneignetheit sind.

- **Risikobasierte Bestimmung der erforderlichen Antragsunterlagen:** Die vom Innovator für die Durchführung der Erprobung beizubringenden Antragsunterlagen sollten risikobasiert, also in Abhängigkeit von der Risikogeneignetheit der zu erprobenden Innovation, bestimmt werden. Auch hierbei kann typisiert nach den geclusterten Risikobewertungen unterschieden werden. Die beizubringenden Unterlagen können reichen von groben bis umfangreichen Unterlagen über die Funktionsweise der Technologien und Geschäftsmodelle sowie ihre Sicherheit. In besonders risikogeeigneten Fällen können umfangreiche **wissenschaftliche Untersuchungen nach dem Stand von Wissenschaft und Technik geboten sein**. Der Umfang hängt zudem vom Stand der Erprobung ab.



cc) Stufe 3: Evaluation und Transfer

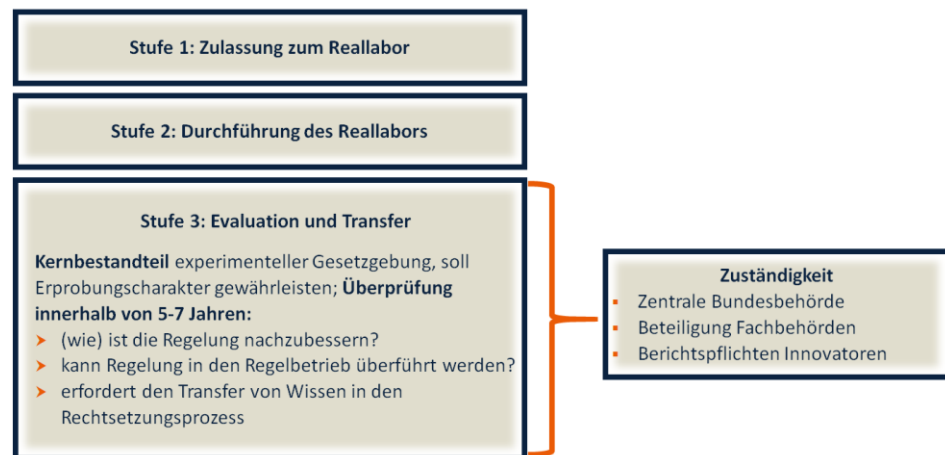
Das Gesetz muss in einer Evaluierungsklausel vorsehen, wann das Gesetz und seine Auswirkungen evaluiert werden soll. Das Evaluationserfordernis ist verfassungsrechtlicher Kernbestandteil experimenteller Gesetzgebung und dient dazu, die besondere Weite des gesetzgeberischen Spielraums bei experimenteller Gesetzgebung zu kompensieren.⁴¹⁹ Dabei wird untersucht, ob und inwieweit die Ziele der Regelung erreicht wurden. Aufgrund des Erprobungscharakters ist hier auch zu untersuchen, wie die Regelung nachzubessern ist sowie ob und in welchem Umfang sie in den Regelbetrieb überführt werden kann.

Es ist vorzusehen, wann die Evaluation des Gesetzes beginnen soll. Ein genauer Starttermin ist nach unserer Einschätzung nicht erforderlich. Die Erprobung sollte nach einer angemessenen Zeit evaluiert werden. Nach unserer Auffassung sollte die Evaluation nicht vor dem Abschluss einer Erprobung beginnen. Es kann zudem geregelt werden, wem wann ein Bericht darüber vorgelegt wird. Die Frist für den Bericht über die Evaluation hängt vom Umfang der auszuwertenden Daten ab. Sie sollte darum angemessen sein. Es kann auch vorgesehen werden, wer die Evaluation durchführen soll. Wir schlagen vor, dass die Evaluation die be-

⁴¹⁹ S.o. Kap. E.I.3.d)

reits auf Stufe 1 zuständige zentrale Behörde übernehmen sollte, um die Zentrierung der gesammelten Informationen auch auf Stufe 3 produktiv zu machen.

Darüber hinaus sollten organisatorische Vorgaben getroffen werden, die den Transfer von Wissen aus der Evaluation in den Rechtsetzungsprozess ermöglichen. Dieser Transfer erfordert insbesondere eine strukturierte Kommunikation zwischen den Akteuren der Evaluation und denen der Rechtsetzung. Auch hierfür zählt es sich aus, bereits auf Stufe 1 eine zentrale Behörde einzuschalten. Diese kann das Wissen auf Stufe 3 sammeln, an das übergeordnete Ministerium weiterleiten und dabei bereits regulatorische Problem- und Entwicklungsfelder aufzeigen. Diese sind grundlegend für die Verbesserung des Regelwerks im Rechtsetzungsprozess.



2. „Mittlere Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren, beschränkten Vorgaben über die Durchführung von Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer (Variante B)

Die „mittlere Lösung“ als Variante B knüpft an die voranstehende Variante A an und verfolgt denselben Regelungszweck. Sie enthält im Kern das identische Regelungsprogramm wie Variante A einschließlich des 3-Stufen-Modells, weist aber in Bezug auf die Durchführung des Reallabors eine **andere Regelungssystematik** auf:

- Variante A sieht vor, die formellen und materiellen Regelungen zur Durchführung des Reallabors im Rahmen eines Reallabore-Gesetzes zu regeln und darin auch die Experimentierklauseln zu normieren, die eine Abweichung von sektorspezifischen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts ermöglichen.
- Variante B sieht ebenfalls weiterhin die Normierung einer materiellen Experimentierklausel vor, die die zuständige Behörde zur Abweichung von sektorspezifischen Vorgaben des jeweiligen Fachrechts ermächtigt. Im Gegensatz zu Variante A wird hier aber die Ausgestaltung und Verortung der konkreten Experimentierklausel mit den jeweiligen Abwei-

chungsbefugnissen in das einschlägige Fachgesetz verlagert. Im Gesetz nach Variante B werden danach in Bezug auf die Durchführung des Reallabors nur allgemeine, für alle Innovationen gleichermaßen geltende Regelungen gebündelt, die vor allem das Verfahren betreffen; die materiellen Abweichungsbefugnisse sind im Fachgesetz zu regeln.



Für Variante B spricht, dass sie sich in die Regelungssystematiken der bestehenden jeweiligen Fachgesetze eher einfügt als Variante A. Dies könnte eine größere Akzeptanz und wegen der Vertrautheit mit dem Fachrecht auch eine verstärkte Anwendung der neuen materiellen Regelungen durch die zuständigen Fachbehörden mit sich bringen. Das Gesetz nach Variante B hätte damit für die Durchführung der Reallabore (Stufe 1) eine Teilfunktion und für den gesamten Erprobungsprozess (Stufe 1-3) zusätzlich eine verklammernde Funktion.

3. „Kleine Lösung“: Bundes-Experimentiergesetz für Reallabore mit Vorgaben über die Zulassung zu Reallaboren sowie die Evaluation und den Transfer (Variante C)

Variante C verfolgt weitestgehend denselben Regelungszweck wie die voranstehenden Varianten A und B. Auch sie knüpft an das 3-Stufen-Modell der beiden ersten Varianten an. Sie beschränkt sich jedoch auf Regelungen zur Zulassung zum Reallabor (Stufe 1) sowie zur Evaluation und den Transfer (Stufe 3), enthält demgegenüber jedoch keinerlei eigenständige Regelungen zur Durchführung des Reallabors (Stufe 2).

Für Variante C kommen verschiedene **Einsatzszenarien** in Betracht:

- **Positivszenario:** Variante C kommt in Betracht, wenn sich zwar Mehrheiten für den Regelungsansatz und das Regelungsprogramm von Variante A finden, allerdings – ähnlich zu Variante B – eine **Normierung sämtlicher Vorschriften zur Durchführung des Reallabors im jeweiligen Fachgesetz** mehr Zustimmung findet. Das Reallabore-Gesetz nach Variante C würde dann – in Teilen ähnlich zu Variante B – den gesamten Erprobungsprozess durch die Regelungen der Stufen 1 und 3 verklammern.

Sind sämtliche Regelungen zur Durchführung des Reallabors im jeweiligen Fachgesetz verankert, ließe sich auch erwägen, die verbleibenden Regelungen zur Zulassung zum Reallabor sowie zur Evaluation und zum Transfer als ein spezielles Verwaltungsverfahren im **Verwaltungsverfahrensgesetz** zu normieren.

- **Negativszenario:** Diese Variante kommt als Rumpf-Reallabore-Gesetz in Betracht, wenn sich Variante A und B und die damit verbundenen Änderungen des jeweiligen Fachrechts etwa wegen politischer Widerstände nicht realisieren ließen.

Für den Fall des Negativszenarios bedürfte Variante C gewisser **Ergänzungen**. Denn es ist zu berücksichtigen, dass allein die Zulassung zum Reallabor (Stufe 1) für den Innovator dann weitgehend wertlos ist, wenn daran keinerlei Rechtsfolgen geknüpft sind. Denkbar wäre in einem solchen Fall, die Zulassung zum Reallabor eher als eine Art Innovations-Auszeichnung (etwa entsprechend dem Reallabore-Label) auszugestalten, die der Innovation wichtige öffentliche Aufmerksamkeit verschafft und den Innovator etwa befugt, an spezifischen Innovations-Förderprogrammen teilzunehmen. Variante C hätte dann weiterhin eine innovationsfördernde Funktion, jedoch mit deutlich abgeschwächter Wirkung als im Positivszenario. Zudem wäre fraglich, ob die Regelungen zur Evaluation und zum Transfer (Stufe 3) sinnvoll fortbestehen könnten bzw. welchen Anwendungsbereich sie bekommen. In jedem Fall handelte es sich um eine Minimallösung, die grundsätzlich vermieden werden sollte.

