

# GUTACHTEN

**Noerr**  
**Partnerschaftsgesellschaft mbB**  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Wirtschaftsprüfer

Charlottenstraße 57  
10117 Berlin  
Deutschland

T +49 30 20942000  
F +49 30 20942094  
noerr.com

**Rechtswissenschaftliche Prüfung, Aktualisierung und Erweiterung des Gutachtens zur Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln**

für das

**Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz**

erstellt durch

Rechtsanwalt Dr. Holger Schmitz  
Rechtsanwalt Fabian Preger  
Rechtsanwältin Theda Hustede  
Mira Bindra

**Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB**

im

**April 2024**

Sitz der Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB ist München. Die Gesellschaft ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter der Nummer PR 512 eingetragen.

Eine Liste der eingetragenen Partner der Partnerschaftsgesellschaft mbB kann am Sitz der Gesellschaft oder beim Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München eingesehen werden. Weitere Informationen finden Sie im Internet unter noerr.com. Informationen zum Datenschutz bei Noerr finden Sie unter noerr.com/datenschutz.

<b>A.</b>	<b>SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG.....</b>	<b>5</b>
<b>B.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>6</b>
<b>C.</b>	<b>NEUE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ERKENNTNISSE ZU REALLABOREN UND EXPERIMENTIERKLAUSELN.....</b>	<b>9</b>
I.	Neue Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln .....	9
1.	Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Reallaboren.....	10
a)	Erweiterte Definition von Reallaboren.....	10
aa)	Anwendungsfälle von Reallaboren .....	11
bb)	Beteiligung der zuständigen Behörde .....	12
b)	Kategorien von Reallaboren .....	14
aa)	Erprobungen von Innovationen im bestehenden Regulierungsrahmen .....	14
bb)	Erprobungen von Innovationen, die mit dem bestehenden Regulierungsrahmen unvereinbar sind .....	14
cc)	Erprobungen von Innovationen im offenen Regulierungsrahmen .....	15
2.	Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Experimentierklauseln .....	16
a)	Kategorien von Experimentierklauseln.....	16
aa)	Experimentierklauseln mit Abweichungsbefugnis .....	17
bb)	Experimentierklauseln ohne Abweichungsbefugnis .....	17
cc)	Öffnungsklauseln und allgemeine Ausnahmeregelungen .....	19
b)	Experimentierklauseln als regulatorische Instrumente von Reallaboren .....	20
3.	Erkenntnisse für die Arbeitshilfe.....	21
II.	Rechtsprechungsanalyse.....	25
1.	Fortwirkung von auf Grundlage von Experimentierklauseln geschaffener Rechtsvorschriften nach Wegfall der Experimentierklausel.....	25
2.	Rechtsunsicherheiten bei dem Umgang mit Erprobungszwecken und - Gegenständen .....	27
3.	Keine Gleichbehandlung von nicht geregelten Teilrechtsgebieten .....	28
III.	Aktualisierung der Normzitate der Arbeitshilfe .....	29
1.	§§ 21a und 21b LuftVO.....	30
2.	§ 2 Absatz 7 PBefG .....	32
3.	Art. 19 E-Government Gesetz Bayern.....	32

4.	§ 6 StVG.....	33
<b>D.</b>	<b>PRÜFUNG DER RECHTLICHEN UMSETZBARKEIT AUSGEWÄHLTER REGELUNGSVORSCHLÄGE AUS DER ONLINE-KONSULTATION UND RESSORTABFRAGE.....</b>	<b>34</b>
I.	Verfahrensbeschleunigung .....	35
1.	Fristsetzung für die behördliche Entscheidung.....	36
a)	Fachgesetzliche Fristsetzung .....	36
b)	Aufnahme in die Arbeitshilfe .....	37
2.	Genehmigungsfiktion .....	38
3.	Verlängerung des Erprobungszeitraums „by default“ .....	39
a)	Genehmigung im Regelfall .....	40
b)	Genehmigungsfiktion.....	41
c)	Genehmigungsfreistellung .....	42
d)	Verlängerung ipso iure.....	43
e)	Aufnahme in die Arbeitshilfe .....	44
II.	Weitere Instrumente zur Schaffung von Flexibilität .....	45
1.	Anpassung der Einzelfallentscheidung .....	46
a)	Initiative der Innovatorin oder des Innovators .....	46
b)	Initiative der Behörde.....	48
2.	Anpassung des Rechtsrahmens .....	50
III.	Haftungsbeschränkungen .....	50
1.	Einschränkung der Staatshaftung .....	51
2.	Einschränkung der Regresshaftung des Amtsträgers .....	52
IV.	Erleichterter Zugang für Start-Ups bzw. KMU .....	53
1.	Definition von Start-Ups bzw. KMU.....	54
2.	Vorrang für Start-Ups bzw. KMU bei Auswahlentscheidungen.....	54
3.	Reduzierung von Pflichten im Rahmen der Evaluation .....	55
4.	Spezielle behördliche Begleitung von Start-Ups bzw. KMU .....	55
V.	Vorrang für nachhaltige und klimafreundliche Technologien .....	55
1.	Begriff der „nachhaltigen und klimafreundlichen Technologien“ .....	56
2.	Erweiterte Zweckbestimmung.....	57
VI.	(Stakeholder-)Beteiligung insbesondere der Zivilgesellschaft/ Bürger.....	58
1.	Öffentlichkeitsbeteiligung .....	58

2.	Stakeholder-Beteiligung.....	58
VII.	Möglichst hohe Innovationsoffenheit.....	59
1.	Abstrakt-genereller Erprobungsgegenstand.....	59
2.	Weitreichende Entscheidungsbefugnis .....	60
VIII.	Verwertung von Erprobungsergebnissen .....	60
1.	Besonders geschützte Informationen.....	61
2.	Regulatorisches Lernen, Übernahme in den Regelbetrieb .....	62
<b>E.</b>	<b>ERWEITERUNG DER ARBEITSHILFE UM DIE PRÜFUNG DER NOTWENDIGKEIT EINER EXPERIMENTIERKLAUSEL .....</b>	<b>64</b>
I.	Ausgangslage.....	64
II.	Fragen des Vorab-Checks .....	65
1.	Aktueller Erprobungsbedarf .....	65
2.	Antizipierter bzw. künftiger Erprobungsbedarf.....	66
3.	Innovationsverantwortung.....	68
4.	Entscheidungsbaum .....	69

## A. Sachverhalt und Fragestellung

Neben dem Entwurf eines ‚Reallabore-Gesetzes‘ plant die Bundesregierung ergänzende Maßnahmen, um einheitliche, innovationsfreundliche Rahmenbedingungen für die Erprobung von Innovationen im Reallabor zu schaffen. Dazu gehört eine aktualisierte Handreichung für den Gesetzgeber zur Formulierung von Experimentierklauseln, die auch in die künftige Plattform zur e-Gesetzgebung integriert werden soll. Experimentierklauseln sind regelmäßig Rechtsgrundlage für die Zulassung der Erprobung einer Innovation im Reallabor.

Aufbauend auf dem von den Verfassern im Juni 2020 vorgelegten Gutachten zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln veröffentlichte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Dezember 2020 die Broschüre: „Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln“ („**Arbeitshilfe**“). Sie enthält neben einer Definition und Erläuterungen zum Anwendungsbereich von Experimentierklauseln eine Anleitung für den Gesetzgeber zur Entscheidung für oder gegen eine Experimentierklausel in seinem jeweiligen Gesetzgebungsprojekt und einen „**Setzkasten**“ zur Ausgestaltung dieser Experimentierklausel. Damit soll sichergestellt werden, dass Experimentierklauseln leistungsstark und rechtssicher formuliert werden und die auf ihrer Grundlage zugelassenen Reallabore bestimmten Anforderungen genügen, um gute Erprobungsbedingungen zu bieten.

Diese Arbeitshilfe soll nun an das inzwischen erweiterte Verständnis von Reallaboren und Experimentierklauseln angepasst werden. Zudem sollen Regelungsvorschläge aus der Online-Konsultation und Ressort-Abstimmung zum Reallabore-Gesetz auf Grundlage des Grünbuchs Reallabore aufgenommen werden, soweit sie Experimentierklauseln sinnvoll ergänzen können. Schließlich soll in die Arbeitshilfe ein „Vorab-Check“ aufgenommen werden, mit dem im Gesetzgebungsverfahren strukturiert die Notwendigkeit einer Experimentierklausel geklärt werden kann.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz („**BMWK**“, soweit auf Publikationen vor der Umbenennung Bezug genommen wird „**BMWi**“) hat uns beauftragt, diese Überarbeitung der Arbeitshilfe ausgehend von unserem Gutachten aus dem Juni 2020 zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln vorzubereiten.

Dazu gehen wir in drei Schritten vor: Zunächst stellen wir neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln mit dem daraus folgenden Anpassungsbedarf der bestehenden Arbeitshilfe dar. Im zweiten Schritt prüfen wir, ob die Regelungsvorschläge aus der Online-Konsultation und Ressortabfrage zum Reallabore-Gesetz jeweils in rechtlich zulässiger und sinnvoller Weise Bestandteil von Experimentierklauseln sein können und schlagen entsprechende Ergänzungen des Setzkastens vor. In einem dritten Schritt entwickeln wir Fragen, mit denen im Gesetzgebungsverfahren schnell ermittelt werden kann, ob es zur Umsetzung des jeweiligen Regelungsziels einer Experimentierklausel bedarf.

## B. Zusammenfassung

Unsere Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Dieses Gutachten bereitet die Anpassung der Arbeitshilfe des BMWK zur Formulierung von Experimentierklauseln aus dem Jahr 2020 an neue Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln vor. Änderungs- und Ergänzungsbedarf ergibt sich aus einem erweiterten Verständnis von Reallaboren, neuer Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zu Experimentierklauseln und ausgewählten Konsultationspunkten zum Grünbuch Reallabore von 2023.

### Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln

- Dem Grünbuch Reallabore liegt eine erweiterte Definition von Reallaboren zugrunde. In der Arbeitshilfe sollte entsprechend von der Erprobung „innovativer Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze“ gesprochen werden. Die Einbeziehung von sozialen und ökologischen Innovationen sollte auch in den Beispielen des Setzkastens zum Ausdruck kommen.
- Die behördliche Begleitung des Reallabors (bespoke guidance) kann unterschiedlich ausgestaltet sein und richtet sich nach der im Einzelfall zu erprobenden Innovation und ihren tatsächlichen und rechtlichen Herausforderungen. Eine pauschale Regelung auf Ebene der Experimentierklausel ist deshalb nicht zielführend.
- Reallabore können zur Erprobung von Innovationen vorgesehen werden, die mit dem bestehenden Regulierungsrahmen vereinbar oder unvereinbar sind, oder bei denen der anwendbare Regulierungsrahmen noch offen ist.
- Im Kontext experimenteller Gesetzgebung können verschiedene Normkategorien unterschieden werden: Experimentierklauseln mit und ohne Abweichungsbefugnisse, Abweichungsbefugnisse und Öffnungsklauseln.
- Sieht die Experimentierklausel eine zeitlich begrenzte Verordnungsermächtigung vor, sollte der Gesetzgeber die mögliche Fortwirkung der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen in den Blick nehmen.
- Bei der Ausgestaltung von Erprobungszwecken und -Gegenständen sollte auf eine klare Formulierung und Anwenderfreundlichkeit für die Praxis geachtet werden.
- Im Prozess der Experimentierklausel-Erstellung sollte geprüft werden, ob sich die Schaffung gleichartiger Experimentierklauseln in ähnlichen Teilrechtsgebieten anbietet.
- Die Normzitate in der Arbeitshilfe sollten an die aktuell geltende Rechtslage angepasst werden.

## Prüfung der rechtlichen Umsetzbarkeit ausgewählter Regelungsvorschläge aus der Online-Konsultation und Ressortabfrage

- **Verfahrensbeschleunigung:** In die Arbeitshilfe können Hinweise zur optionalen Regelung einer Frist bis zur Behördenentscheidung und möglichen Regelungstechniken für eine Verlängerung des Erprobungszeitraums aufgenommen werden. Fiktionstatbestände im Zusammenhang mit der (ersten) Erprobungszulassung wären dagegen mit Unsicherheiten verbunden.
- **Flexible Anpassung von Erprobungszulassungen:** Die Arbeitshilfe kann um einen Vorschlag zur optionalen Regelung der Änderung von Zulassungsentscheidungen ergänzt werden. Um Zulassungsentscheidungen anzupassen, ohne die Erprobung dadurch zu unterbrechen oder anderweitig zu erschweren, bietet sich ein Anzeigeverfahren mit möglicher Genehmigungsfreistellung und eventueller Freistellungsfiktion an.
- **Haftungsbeschränkung für Behördenmitarbeiter:** Durch die Haftungsüberleitung auf den Staat im Rahmen der Amtshaftung ist bereits allgemein sichergestellt, dass der Amtsträger nicht persönlich haftet. Etwaigen Rückgriffsansprüchen seiner Anstellungskörperschaft kann durch genehmigungsfreundliche Verwaltungsverordnungen und Weisungen entgegengewirkt werden. Es bedarf keiner Ergänzung der Arbeitshilfe.
- **KMU und Start-Ups:** Ein erleichterter Zugang für KMU bzw. Start-Ups zum Reallabor kann durch ihre Vorrangstellung gegenüber anderen Unternehmen bei Auswahlentscheidungen erreicht werden, soweit dies jeweils mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Erleichternd kann auch die Reduzierung begleitender Pflichten (insbesondere Berichtspflichten) im Einzelfall wirken. Als besondere behördliche Begleitung kommt ein separater Kommunikationskanal für KMU bzw. Start-Ups in Betracht, der z. B. beim geplanten One-Stop-Shop verortet werden kann. Es bedarf keiner Anpassung der Arbeitshilfe.
- **Vorrang nachhaltiger, klimafreundlicher Technologien:** Damit „nachhaltige und klimafreundliche Technologien“ im Zweifel vorrangig zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden, bietet sich eine Erweiterung der optionalen Bestimmung des Erprobungszwecks in der Experimentierklausel an. Er wirkt bei Auswahlentscheidungen ermessenslenkend.
- **Öffentlichkeitsbeteiligung, Stakeholder:** Eine verpflichtende Öffentlichkeits- oder Stakeholder-Beteiligung im Verfahren zur Zulassung einer Innovationserprobung ist nicht erforderlich und würde das Verfahren in die Länge ziehen. Zur Evaluation des Reallabors kann die Verwaltung betroffene Dritte und Stakeholder um Stellungnahmen bitten.
- **Innovationsoffenheit:** Die Arbeitshilfe gewährleistet bereits die Formulierung möglichst innovationsoffener Experimentierklauseln. Ein Hinweis auf die Formulierung noch allgemeinerer Erprobungsgegenstände dürfte zulasten der Anwendungsfreundlichkeit und Genehmigungsbereitschaft gehen. Eine noch

weitreichendere Abweichungsbefugnis der Behörde liefe Gefahr, gegen rechtsstaatliche Anforderungen zu verstoßen.

- Verwertung von Erprobungsergebnissen: Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Schutzrechten ist verfassungs- und einfachrechtlich gesichert, weshalb es keiner entsprechenden Regelung in den Evaluationsbestimmungen der Experimentierklausel bedarf.

#### Erweiterung der Arbeitshilfe um die Prüfung der Notwendigkeit einer Experimentierklausel („Vorab-Check“)

- Grundsätzlich kann der Entscheidungsprozess im Gesetzgebungsverfahren in das „Ob“ und das „Wie“ der Schaffung einer Experimentierklausel unterteilt werden. Ein Vorab-Check soll eine strukturierte Prüfung der Frage ermöglichen, ob eine Experimentierklausel notwendig bzw. erwünscht ist.
- Im Rahmen des Vorab-Checks sollte bezogen auf den jeweiligen Regelungsbereich nach der Erprobungsbedürftigkeit, der Innovationsbedürftigkeit und der staatlichen Innovationsverantwortung gefragt werden.



## C. Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln

Seit Vorlage des Gutachtens zur Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln im Jahr 2020<sup>1</sup> waren Reallabore und Experimentierklauseln anhaltend Gegenstand des rechtswissenschaftlichen und -politischen Diskurses. Aus den Ergebnissen des Grünbuchs Reallabore<sup>2</sup> sowie der weiteren von den Verfassern erstellten Gutachten zu diesen Themenkomplexen<sup>3</sup> lassen sich neue Erkenntnisse sowohl zur begrifflichen Definition von Reallaboren als auch, aus dieser folgend, für die rechtliche Einordnung und Kategorisierung von Reallaboren und Experimentierklauseln ableiten (hierzu unter I.). Darüber hinaus waren Experimentierklauseln immer wieder Gegenstand von gerichtlichen Verfahren. Aus der Rechtsprechung hierzu lassen sich ebenfalls Erkenntnisse insbesondere zum Umgang mit Experimentierklauseln in der Praxis sowie den damit verbundenen rechtlichen Fragen gewinnen (hierzu unter II.).

Im Folgenden sollen diese rechtswissenschaftlichen Erkenntnisse dargestellt und gegebenenfalls aufgezeigt werden, ob die Erläuterungen zum Begriff und Potential der Experimentierklausel oder gegebenenfalls Teile des Setzkastens zur Formulierung von Experimentierklauseln in der Ende 2020 durch das BMWi erstellten Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln<sup>4</sup> anzupassen sind.

### I. Neue Erkenntnisse zu Reallaboren und Experimentierklauseln

Reallabore dienen der Erprobung von Innovationen unter bestimmten Voraussetzungen und Beschränkungen. Ihre Definition wurde seit Erstellung der Arbeitshilfe erweitert; rechtlich betrachtet können drei Kategorien von Reallaboren anhand ihres Verhältnisses zum jeweils bestehenden Regulierungsrahmen unterschieden werden (hierzu unter 1.). Entsprechend können drei unterschiedliche Kategorien von Experimentierklauseln unterschieden werden (hierzu unter 2.), die gemeinsam mit anderen Regelungen wie z. B. möglichen Reallabore-Standards<sup>5</sup> den wesentlichen Rechtsrahmen für Erprobungen im Reallabor bilden.

Durch diese aktuelle Systematisierung von Reallaboren, insbesondere aber auch von Experimentierklauseln, können Anpassungen der Arbeitshilfe angezeigt sein. Dazu werden die Erkenntnisse über Reallabore und Experimentierklauseln

---

<sup>1</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020.

<sup>2</sup> BMWK, Grünbuch Reallabore. Konsultation für ein Reallabore-Gesetz und ergänzende Maßnahmen, Juli 2023.

<sup>3</sup> Noerr-Gutachten, Analyse der Potentiale und rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten von KI-Reallaboren auf europäischer und nationaler Ebene unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs der Europäischen Kommission für einen KI-Rechtsrahmen, Oktober 2022; Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023.

<sup>4</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020.

<sup>5</sup> Zur Wirkweise von möglichen Standards: Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 19 ff.

zueinander in Bezug gesetzt und Schlussfolgerung für die Schaffung von Experimentierklauseln gezogen (hierzu unter 3.).

## 1. Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Reallaboren

Das Verständnis von Reallaboren hat sich seit Erstellung der Arbeitshilfe weiterentwickelt. Im Folgenden werden die wesentlichen Erkenntnisse aufgezeigt. Zunächst wird die gegenüber dem Diskussionsstand im Jahr 2020 erweiterte Definition von Reallaboren dargestellt (hierzu unter a)). Anschließend werden unterschiedliche Kategorien von Reallaboren identifiziert (hierzu unter b)), die wiederum Schlüsse auf die Ausgestaltung von Experimentierklauseln zulassen.

### a) Erweiterte Definition von Reallaboren

Das Verständnis von Reallaboren hat sich mit der Zeit weiterentwickelt. In dem 2019 vom BMWi herausgegebenen Handbuch für Reallabore wurden Reallabore als zeitlich und räumlich begrenzte Testräume definiert, in denen innovative Technologien oder Geschäftsmodelle unter realen Bedingungen erprobt werden, die rechtliche Spielräume nutzen und mit einem „regulatorischen Erkenntnisinteresse“ verbunden sind.<sup>6</sup>

Diese Definition wurde durch das BMWK in Abstimmung mit den betroffenen Ressorts überarbeitet und neuen Erkenntnissen sowie Bedürfnissen angepasst. Maßgeblich für das Verständnis von Reallaboren ist nun die **Formulierung im Grünbuch**:

*„Im Rahmen der Konsultation für ein Reallabore-Gesetz liegt der Fokus auf Reallaboren als Politikinstrument entsprechend der Definitionen des Rates der Europäischen Union sowie der EU-Kommission. Demnach zeichnen sich Reallabore (engl.: „regulatory sandboxes“) durch folgende Merkmale aus:*

- *Sie ermöglichen die befristete Erprobung innovativer Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze,*
- *unter möglichst realen Bedingungen,*
- *unter Beteiligung der zuständigen Behörde, die die Erprobung je nach Ausgestaltung des Reallabors beaufsichtigt, aktiv begleitet, unterstützt und/oder kontrollierte Ausnahmen von allgemeinen rechtlichen Vorgaben gestattet, und*
- *sie ermöglichen regulatorisches Lernen.“*

---

<sup>6</sup> BMWi, Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore, 2019, S. 7.

Neben innovativen Technologien und Geschäftsmodellen, die nun als Produkte und Dienstleistungen gefasst werden, können nach der aktualisierten Definition auch andere innovative Ansätze im Reallabor erprobt werden. Dies führt zu einem erweiterten Anwendungsbereich von Reallaboren (hierzu unter aa)). Zudem sieht die neue Reallabor-Definition zwingend die Beteiligung der zuständigen Behörde vor, die je nach Einzelfall unterschiedlich ausgestaltet werden kann (hierzu unter bb)).

aa) Anwendungsfälle von Reallaboren

Die Lebenssachverhalte, in welchen Erprobungen im Reallabor in Betracht kommen, wurden erweitert. Während 2019 lediglich die Erprobung „innovativer Technologien oder Geschäftsmodelle“ vorgesehen war, wird nun die Erprobung von „**innovativen Technologien, Produkten, Dienstleistungen oder Ansätze**“ in den Blick genommen. Dieses neue umfassende Verständnis eröffnet die Möglichkeit auch soziale und ökologische Innovationen im Reallabor zu erproben.

Für die Schaffung von Experimentierklauseln hat dies zur Folge, dass Experimentierklauseln in zusätzlichen Fachgesetzen berücksichtigt werden können. Bei der Formulierung der Experimentierklauseln wird darauf zu achten sein, dass sich die Formulierungen nicht nur an techn(o)logischen Innovationen orientieren, sondern möglichst offen sind für alle Arten von Erprobungen. Da Experimentierklauseln oftmals die Basis für Reallabore sein werden, sollten die Ausführungen in der Arbeitshilfe dahingehend angepasst, dass auch in der Arbeitshilfe durchgängig von „innovativen Technologien, Produkten, Dienstleistungen oder Ansätzen“ gesprochen wird.

Soziale und ökologische Innovationen sollten sich auch beispielhaft in der Arbeitshilfe niederschlagen. Wir empfehlen daher die Aufnahme folgender Beispiele in die Arbeitshilfe. Unter *Absatz 2 – allgemeiner Teil, 2. Zuständigkeit [notwendig]* auf Seite 12 der Arbeitshilfe<sup>7</sup> kann als zusätzliches Beispiel für die Formulierung einer Behördenbeteiligung Art. 31 des Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz (**BayKiBiG**) aufgenommen werden.

**Beispiel:** § 11 Absatz 3 Satz 1 Hs. 1 Vertrauensdienstegesetz:  
„Innovative Identifizierungsmethoden, die noch nicht durch Verfügung im Amtsblatt anerkannt sind, können von der Bundesnetzagentur im **Einvernehmen** mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik und nach **Anhörung** der Bundesbeauftragten für den

---

<sup>7</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 12.

Datenschutz und die Informationsfreiheit für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vorläufig anerkannt werden [...].“

**Beispiel:** Art. 31 BayKiBiG: „Zur Erprobung innovativer Konzepte für die pädagogische Arbeit, die Förderung und das Bewilligungs- und Aufsichtsverfahren kann von den Vorschriften dieses Gesetzes und der hierzu ergangenen Ausführungsverordnung mit Zustimmung des Staatsministeriums unter Beteiligung der übrigen zuständigen Staatsministerien abgewichen werde“

Zudem kann unter *Absatz 2 – allgemeiner Teil, 5. Erprobungsgegenstand [notwendig]* auf Seite 14 der Arbeitshilfe<sup>8</sup> § 38 Absatz 1 Landesplanungsgesetz NRW (**LPIG NRW**) aufgenommen werden. § 38 Absatz 1 LPIG NRW verknüpft den Regelungsgegenstand (die Erprobung vereinfachter Verfahren) mit dem Erprobungszweck der Verfahrensbeschleunigung bei Vorhaben der Energiewende und anderen strukturellen Herausforderungen.

**Beispiel:** § 10b Absatz 1 Landesmediengesetz NRW: „Zwecke der Einführung und Weiterentwicklung digitaler terrestrischer Übertragungstechniken“, „Vorbereitung von Entscheidungen über die künftige Nutzung digitaler terrestrischer Übertragungstechniken.“

**Beispiel:** § 38 Absatz 1 LPIG NRW: „Zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung, bei Vorhaben der Energiewende, zur Bewältigung der Auswirkungen des Klima- und des Strukturwandels oder im Zusammenhang mit den Anforderungen der Digitalisierung oder der Klimaanpassung können ein vereinfachtes Anzeigeverfahren gemäß § 19 Absatz 6, vereinfachte Zielabweichungsverfahren gemäß § 16, § 30 Absatz 2 und § 30 Absatz 3 und ein vereinfachtes Anpassungsverfahren gemäß § 34 erprobt werden.“

#### bb) Beteiligung der zuständigen Behörde

Die neue Definition von Reallaboren sieht ausdrücklich die Beteiligung der zuständigen Behörde an der Erprobung vor. Sie gehört zusammen mit der zeitlichen Befristung und der Ausrichtung auf regulatorisches Lernen zu den zentralen Merkmalen einer Erprobung im Reallabor.

In welcher Form die zuständige Behörde an der Erprobung beteiligt ist, hängt von der Ausgestaltung des Reallabors im Einzelfall ab. Die

<sup>8</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14.

Behörde kann zur Ermöglichung bzw. Förderung der Erprobung regulatorische Ausnahmen gestatten. Im Rahmen einer **bespoke guidance** kann sie der Innovatorin oder dem Innovator über die allgemeine Pflicht zur Beratung und Auskunft nach § 25 VwVfG hinaus beratend zur Seite stehen.<sup>9</sup> Andererseits kann die zuständige Behörde auch zur Aufsicht über die Erprobung am Reallabor beteiligt werden. Zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, insbesondere von Rechtsgütern Dritter, können ordnungsrechtliche Maßnahmen erforderlich werden.

Die Beteiligung der Behörde kann daher sowohl unterstützend als auch beschränkend wirken. Sie steht im **Spannungsfeld von Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung**. Dies ist zu berücksichtigen, wenn mit Experimentierklauseln die rechtlichen Grundlagen für Erprobungen im Reallabor geschaffen werden. Es gilt die Frage zu stellen, ob die regulierten Erprobungen eine bestimmte Art von Behördenbegleitung oder sogar ein gesetzgeberisches Tätigwerden bedingen und dies bereits im Rahmen der spezifischen Experimentierklausel berücksichtigt werden muss. Darüber hinaus ist zu evaluieren, wie breit das Auswahlermessen ausgestaltet werden soll, welches der zuständigen Behörde hinsichtlich der Behördenbegleitung zukommen soll.

Da die *bespoke guidance* ein verbindendes Element aller Reallabore ist und sie viele verschiedene Formen annehmen kann, bietet sich ihre Regelung in möglichen Standards für Reallabore an. Entsprechende Pflichten und Befugnisse der Behörde können aber auch in Experimentierklauseln bestimmt werden. Die bestehende Arbeitshilfe schlägt mit den Berichts- und Überwachungspflichten<sup>10</sup> sowie Vorgaben zu Evaluation und Transfer<sup>11</sup> bereits verschiedene Regelungen zur behördlichen Begleitung und Aufsicht des Reallabors vor. Ergänzend könnte unter *Abatz 2 – Besonderer Teil, 7. Verfahren* ein Hinweis auf behördliche Beratung und Auskunft aufgenommen werden.

- **Verfahren:** Einzelne Aspekte des Verfahrens (z. B. Beteiligung Dritter, [Beratung und Auskunft durch die Behörde](#)) können geregelt werden, wobei zumeist auf allgemeine Vorschriften zurückgegriffen werden kann, wenn diese zum Erprobungscharakter passen.

---

<sup>9</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 48 f.

<sup>10</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 18.

<sup>11</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 20 ff.

b) Kategorien von Reallaboren

Aus der oben dargelegten Definition können grundsätzlich drei Kategorien von Reallaboren abgeleitet werden. Sie unterscheiden sich durch ihr Verhältnis zum bestehenden Regulierungsrahmen und setzen jeweils unterschiedliche regulatorische Instrumente für eine Innovationserprobung voraus.

Da die Definition nicht zwingend die Überwindung eines regulatorischen Hindernisses vorsieht, kann auch eine Erprobung, die mit dem bestehenden Regulierungsrahmen vereinbar ist, Gegenstand eines Reallabors sein (hierzu unter aa)). Erprobungen, deren Zulassung eine Abweichung vom bestehenden Regulierungsrahmen voraussetzt, bilden eine eigene Kategorie von Reallaboren (hierzu unter bb)). Auch Erprobungen, deren Regulierungsrahmen zunächst offen ist und sich erst durch die Anwendung zeigt, können Gegenstand von Reallaboren sein (hierzu unter cc)).

aa) Erprobungen von Innovationen im bestehenden Regulierungsrahmen

Zunächst sind die Reallabore zu nennen, in welchen Innovationen erprobt werden, die dem bestehenden Rechtsrahmen entsprechen. Auch solche Innovationen können im Reallabor, d. h. insbesondere unter Begleitung der Behörde und zeitlich begrenzt, am Markt erprobt werden.

Der Erprobung solcher Innovationen stehen grundsätzlich keine regulatorischen Hindernisse entgegen. Sowohl der rechtliche Weg zur Zulassung der Erprobung im Reallabor als auch dessen Ausgestaltung inklusive der Möglichkeiten für eine Behördenbeteiligung richten sich nach den jeweils anwendbaren Normen des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts. Zur Auslegung dieser Normen können gegebenenfalls die möglichen Reallabore-Standards herangezogen werden. Da diese Erprobungen **ohne Rückgriff auf Experimentierklauseln** auskommen, bedürfen sie nicht des gesetzgeberischen Instruments des Reallabors<sup>12</sup> und spielen für die Belange der Arbeitshilfe eine untergeordnete Rolle.

bb) Erprobungen von Innovationen, die mit dem bestehenden Regulierungsrahmen unvereinbar sind

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Erprobung der Innovation mit dem bestehenden Regulierungsrahmen unvereinbar ist, also der Erprobung ein **regulatorisches Hindernis** im Weg steht.

---

<sup>12</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 41.

In diesem Fall ist die Innovatorin oder der Innovator darauf angewiesen, dass dieses Hindernis durch ein Instrument des Reallabors überwunden wird, sei dies in Form einer legislativ angeordneten regulatorischen Ausnahme beziehungsweise Abweichungsbefugnis oder durch behördliche Entscheidung. Reallabore, in welchen solche Innovationen mit regulatorischem Hindernis erprobt werden, müssen demnach auf Experimentierklauseln fußen, die den Bedarf einer regulatorischen Ausnahme antizipieren und die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür schaffen. Bei der Auslegung dieser Experimentierklauseln können die möglichen, gesetzlich verankerten Standards für Reallabore zu beachten sein.<sup>13</sup>

cc) Erprobungen von Innovationen im offenen Regulierungsrahmen

Schließlich sind die Situationen in den Blick zu nehmen, in denen zwar die Innovation bekannt ist, mangels Vorerfahrungen mit vergleichbaren Technologien, Produkten, Dienstleistungen oder Ansätzen der legislative Rahmen der Erprobung jedoch offen ist. **Erst die Anwendung der Innovation in der Praxis zeigt die regulatorische Dimension der Innovation auf.**<sup>14</sup> So kann es sein, dass erst im Zuge der Durchführung der Erprobung auf regulatorische Hindernisse gestoßen, oder angesichts bislang unbekannter Gefahren weiterer Regulierungsbedarf aufgedeckt wird.<sup>15</sup>

In diese Kategorie können etwa Reallabore zur Erprobung von Anwendungen Künstlicher Intelligenz fallen, wie sie im zurzeit das ordentliche Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union durchlaufenden Entwurf für eine KI-Verordnung vorgesehen sind.<sup>16</sup> Ob eine Innovation im Bereich künstlicher Intelligenz mit dem bestehenden Regulierungsrahmen vereinbar ist oder einer Abweichung bedarf, zeigt unter Umständen erst ihre Anwendung. Auch in diesen Fällen ist daher eine Erprobung im Reallabor, die unter anderem regulatorisches Lernen ermöglicht, sinnvoll.

Hat der Gesetzgeber eine solche Innovation vor Augen, kann er eine rechtliche Grundlage für ihre Erprobung im Reallabor unabhängig davon schaffen, ob absehbar ist, dass für die Erprobung vom bestehenden Rechtsrahmen abgewichen werden muss. In dem gesetzgeberischen

---

<sup>13</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 89.

<sup>14</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 44.

<sup>15</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 44.

<sup>16</sup> Art. 53 ff. des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final; Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 44 f.

Instrument, welches dem Reallabor dann zu Grunde liegt, wird insbesondere Wert auf die Evaluierung der Ergebnisse des Reallabors und deren Nutzbarmachung für die Weiterentwicklung der Rechtsordnung im Wege des regulatorischen Lernens zu legen sein. Bei der Auslegung dieser Rechtsgrundlagen und der Ausgestaltung dieser Kategorie von Reallaboren können gegebenenfalls die möglichen gesetzlich verankerten Standards für Reallabore zu berücksichtigen sein.

Streng genommen lässt sich jedes Reallabor dieser dritten Kategorie auch der ersten oder zweiten Kategorie zuordnen. Charakteristisch ist jedoch, dass diese Einordnung erst durch die Erprobung im Reallabor möglich wird. Mit der dritten Kategorie sollen auch diese Anwendungsfälle von Reallaboren verdeutlicht werden.

## 2. Neue rechtswissenschaftliche Erkenntnisse zu Experimentierklauseln

Aus den Überlegungen zur Definition und Kategorisierung von Reallaboren ergeben sich auch Schlussfolgerungen für das Verständnis von Experimentierklauseln. So können verschiedene Kategorien (hierzu unter a)) und Funktionen von Experimentierklauseln unterschieden werden (hierzu unter b)).

### a) Kategorien von Experimentierklauseln

Parallel zu den unterschiedlichen Typen von Reallaboren, können auch mehrere **Kategorien von Experimentierklauseln** unterschieden werden.

Sowohl Innovationen, die mit dem bestehenden Regulierungsrahmen unvereinbar sind (siehe oben unter 1.b)bb)), als auch Innovationen mit offenem Regulierungsrahmen (siehe oben unter 1.b)cc)) bedürfen Experimentierklauseln, die diesen Innovationen den Weg zur Erprobung im Reallabor eröffnen. Sie weisen jedoch unterschiedliche Regelungsinhalte auf.

Eine mit dem bestehenden Regulierungsrahmen unvereinbare Innovationserprobung setzt eine Experimentierklausel mit Abweichungsbefugnis voraus, die das der Erprobung entgegenstehende regulatorische Hindernis beseitigt (hierzu unter aa)).

Die Erprobung einer Innovation, deren Regulierungsrahmen offen ist, benötigt zunächst nur eine Experimentierklausel, mit der eine kontrollierte Versuchs- und Testumgebung geschaffen werden kann, in welcher der Rechtsrahmen evaluiert und notwendige regulatorische Maßnahmen ermöglicht werden (hierzu unter bb)).

Darüber hinaus sind im Kontext von Experimentierklauseln auch solche gesetzgeberischen Instrumente zu nennen, die zwar eine mögliche Abweichung vom bestehenden Rechtsrahmen vorsehen, jedoch per se keinen Erprobungsbezug aufweisen (hierzu unter cc)).



aa) Experimentierklauseln mit Abweichungsbefugnis

Identifiziert der Gesetzgeber ein Rechtsgebiet als hinreichend innovationsgeneigt und antizipiert er, dass Erprobungen in diesem Bereich perspektivisch auf regulatorische Hindernisse stoßen können, die nicht durch einfaches Verwaltungshandeln überwunden werden können, wird es angezeigt sein, eine Experimentierklausel mit Abweichungsbefugnis zu normieren.

Experimentierklauseln mit Abweichungsbefugnis ermöglichen die Erprobung von Innovationen, die im Widerspruch zur aktuellen Rechtsordnung stehen (Vgl. 1.b)bb)). Sie erfüllen zwei Kernfunktionen: Sie sollen die Erprobung innovativer Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze durch Ausweisung einer Ausnahme von dem bestehenden Rechtsrahmen (*derogation*)<sup>17</sup> ermöglichen und die Grundlage dafür bilden, dass dieser Rechtsrahmen anhand der durch die Erprobung gewonnenen Erkenntnisse weiterentwickelt werden kann (*devolution*).<sup>18</sup>

Daneben können Experimentierklauseln mit Abweichungsbefugnis natürlich weitere Regelungen enthalten, etwa zur Begleitung durch die Behörde, zur Evaluation und zum regulatorischen Lernen.

bb) Experimentierklauseln ohne Abweichungsbefugnis

Fälle, in denen eine Erprobung von Innovationen gesetzgeberisch vorgesehen ist, bei denen der Rechtsrahmen aber aufgrund der Neuartigkeit des Regelungsgegenstandes nicht sicher absteckbar ist und weder eindeutig ist, ob regulatorische Hindernisse für die Erprobung bestehen, noch ob eventuelle Risiken der Innovation ein regulatorisches Tätigwerden nötig machen, setzen eine Experimentierklausel voraus, ohne dass diese eine konkrete Abweichungsbefugnis vom bestehenden Rechtsrahmen vorsieht.

Zweck solcher Experimentierklauseln ist also nicht die *derogation*, d. h. die Schaffung einer Ausnahme von bestehenden Vorschriften, da die Notwendigkeit einer solchen beim Erlass der Experimentierklausel noch gar nicht absehbar ist. Ziel einer Experimentierklausel ohne Abweichungsbefugnis ist es vielmehr, eine strukturierte Erprobung zu ermöglichen, die der effektiven **Weiterentwicklung der Rechtsordnung**

---

<sup>17</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 42 f.

<sup>18</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 43.

(*devolution*) durch regulatorisches Lernen und somit einer verantwortungsvollen Innovationsförderung dient.<sup>19</sup>

Ein Anwendungsbereich für eine solche Experimentierklausel wären beispielsweise Reallabore im Zusammenhang mit Anwendungen von künstlicher Intelligenz (sog. **KI-Reallabore**), bei denen die Reichweite regulatorischer Hindernisse unsicher oder noch ungewiss ist.<sup>20</sup> Bei Rechtsunsicherheit und wenn erst die praktische Anwendung der Innovation zeigen kann, ob ein regulatorisches Hindernis besteht, sieht der unionsweite Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz die Einrichtung von KI-Reallaboren explizit vor.<sup>21</sup> Da mit der schieren Neuartigkeit von Technologie wie Künstlicher Intelligenz rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten einhergehen und der Rechtsrahmen sich nicht ohne Weiteres definieren lässt, besteht auch in diesen Fällen das Bedürfnis nach einer strukturierten Versuchs- und Testumgebung, in der diesen Fragen auf den Grund gegangen werden kann. Zum einen kann nämlich auch das Fehlen eines Regulierungsrahmens innovationshemmend wirken (beispielsweise bei ungeklärten haftungsrechtlichen Fragen). In solchen Fällen sind Reallabore ein geeignetes Mittel der Innovationsförderung.<sup>22</sup> Zudem gibt es Branchen, in denen weniger regulatorische als faktische Hindernisse der Erprobung von innovativen Technologien im Wege stehen, wie Experteninterviews mit Branchenvertretern aus den Bereichen Klimawandel und Energie zeigten.<sup>23</sup> Ist aufgrund faktischer Herausforderungen oder Rechtsunsicherheit ein Bedürfnis für behördliche Begleitung gegeben, können Reallabore Rechts- und Planungssicherheit durch regulatorische Aufsicht und Begleitung bieten. Außerdem ist in diesen Bereichen die Innovationsverantwortung<sup>24</sup> des Staates besonders herausgefordert, um sicherzustellen, dass den Risiken solcher neuartiger Technologien Rechnung getragen wird.

---

<sup>19</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 45.

<sup>20</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 45.

<sup>21</sup> Art 53 ff. des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final; Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 44 f.

<sup>22</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 45.

<sup>23</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Analyse der Potentiale und rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten von KI-Reallaboren auf europäischer und nationaler Ebene unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs der Europäischen Kommission für den KI-Rechtsrahmen; Teil III: Lösungen: Analyse zur rechtlichen Umsetzung der Erwartungen an und Leistungen von KI-Reallaboren und zu weiteren Kernaussagen aus den Experteninterviews im Rahmen europäischer und nationaler Rechtsetzung, 2022, S. 66 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 14 ff.

Eine Experimentierklausel ohne Abweichungsbefugnis gibt der Verwaltung die Befugnis zur Einrichtung von Reallaboren unter Beachtung bestimmter Vorgaben zur Evaluation und zum regulatorischen Lernen. Sie berechtigt zu etwaigen Grundrechtseingriffen, etwa im Zusammenhang mit Berichts- oder Auskunftspflichten, die je nach Regelungsgegenstand bereits konkret durch die Experimentierklausel vorgegeben sein können (z. B. Angaben für das Konformitätsverfahren bei Innovationen Künstlicher Intelligenz<sup>25</sup>). Zudem schafft die Experimentierklausel eine Rechtsgrundlage für die behördliche Begleitung der Erprobung im Reallabor (*bespoke guidance*). Darüber hinaus kann die Experimentierklausel ohne Abweichungsbefugnis einen Anknüpfungspunkt für die Anwendung möglicher gesetzlich verankerter Standards für Reallabore bieten, die bei der Auslegung von Experimentierklauseln heranzuziehen wären.

cc) Öffnungsklauseln und allgemeine Ausnahmeregelungen

Im weiteren Kontext experimenteller Gesetzgebung können auch Öffnungsklauseln sowie allgemeine Ausnahmeregelungen zur Flexibilisierung der Rechtsordnung beitragen. Durch Öffnungsklauseln können Normsetzungsbefugnisse an andere Normgeber delegiert werden. Insbesondere können Regelungsmaterien, die in der Gesetzgebung des Bundes stehen, für die Landesgesetzgeber geöffnet werden.<sup>26</sup> Im Rahmen von allgemeine Ausnahmeregelungen können unter bestimmten Voraussetzungen auf Grundlage einer exekutiven Ermessensentscheidung ein Abweichen von bestehenden Regelungen gestattet werden, ohne dass die zu Grunde liegende Norm explizit an einen Erprobungskontext anknüpft.<sup>27</sup>

**Beide Normkategorien sind weder Experimentierklauseln im engeren Sinne, da Ihnen sowohl der Erprobungsbezug als auch eine Befristungsdimension fehlt, noch dienen sie als Ermächtigungsgrundlagen für die Schaffung von Reallaboren dar.** Durch Öffnungsklauseln kann jedoch die Befugnis zur Schaffung von Experimentierklauseln delegiert und somit zur Umsetzung einer von Experimentierklauselvorhaben genutzt werden. Ausnahmeregelungen ermöglichen lediglich ein Abweichen von bestehenden Normen in begrenztem Maße und sind nicht sie explizit auf regulatorisches Lernen angelegt. Anders als Experimentierklauseln, zielen sie primär darauf ab, in bestimmten Fällen ein Abweichen (*derogation*) vom bestehenden Rechtsrahmen zu

---

<sup>25</sup> Art. 43 des Vorschlags COM (2021) 206 final.

<sup>26</sup> Vgl. Weber kompakt, Rechtswörterbuch, Öffnungsklausel, zitiert nach beck-online.

<sup>27</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 43.

ermöglichen und dienen nicht zugleich der Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens (*devolution*).<sup>28</sup>

Sowohl Öffnungsklauseln als auch allgemeine Abweichungsbefugnisse, können als legislative Instrumente von Reallaboren genutzt werden (hierzu sogleich).

b) Experimentierklauseln als regulatorische Instrumente von Reallaboren

Die oben dargelegten Normkategorien können als regulatorische Instrumente des Gesetzgebers zur Schaffung von Reallaboren und Durchführung der Innovationserprobung dienen.

Zunächst können Experimentierklauseln mit und ohne Abweichungsbefugnis **Rechtsgrundlagen für die Erprobung** von Innovationen im Reallabor darstellen, welche den Weg für Innovationen zur Erprobung im Reallabor erst eröffnen. Im Rahmen einer solchen Rechtsgrundlage können die Elemente des Reallabors definiert und Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe geschaffen werden. Darüber hinaus bieten sie **Anknüpfungspunkte für mögliche gesetzlich verankerte Standards für Reallabore**, die bei der Auslegung heranzuziehen wären. Ihre Inhalte können in die Experimentierklauseln hineinwirken, die expliziten Festlegungen der Experimentierklausel ergänzen und zu einer experimentierklauselübergreifenden einheitlichen Rechtsanwendung bezüglich der Erprobung von Innovationen im Reallabor beitragen.<sup>29</sup>

Experimentierklauseln mit Abweichungsbefugnis sowie allgemeine Ausnahmeregelungen können darüber hinaus im Reallabor genutzt werden, um etwaige der Erprobung entgegenstehende **regulatorische Hindernisse zu überwinden**. Im Falle von Reallaboren, die auf Experimentierklauseln ohne Abweichungsbefugnisse geschaffen wurden, müssen unter Umständen solche regulatorischen Ausnahmen während der Durchführung des Reallabors erst geschaffen werden, sollte sich im Zuge der Erprobung die Notwendigkeit einer Abweichung vom bestehenden Rechtsrahmen ergeben.

Öffnungsklauseln wiederum können als Vehikel von Experimentierklauseln dienen. So kann der Bundesgesetzgeber bestimmte Regelungsbereiche in Bundesgesetzgebungskompetenz durch Experimentierklauseln öffnen, die von den Landesgesetzgebern zu konkretisieren sind.

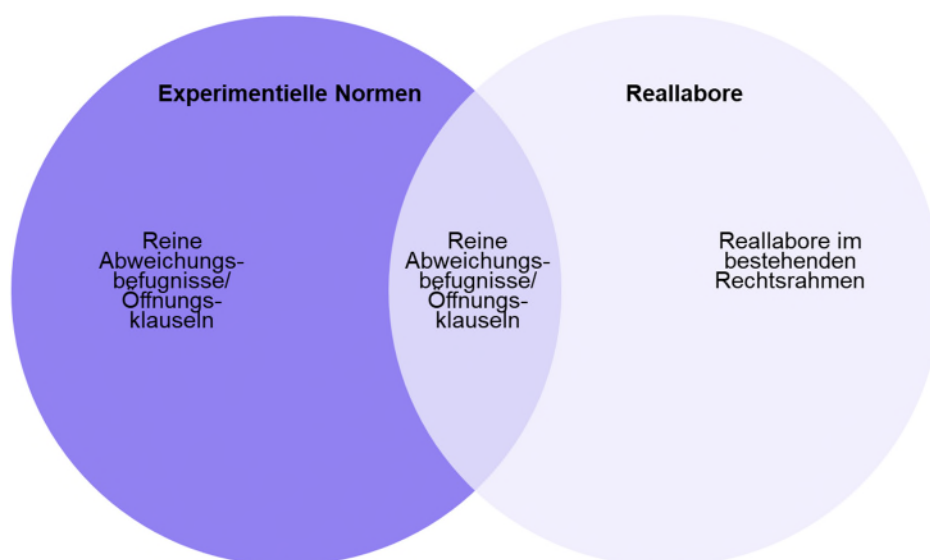
---

<sup>28</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 43 f.

<sup>29</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 49 f., 18 ff.

### 3. Erkenntnisse für die Arbeitshilfe

Soweit Erprobungen von Innovationen im Reallabor auf Experimentierklauseln beruhen, überschneiden sich die Anwendungsbereiche von Reallaboren und den Experimentierklauseln, auf welche sich die Arbeitshilfe bezieht. Im Rahmen der Überarbeitung der Arbeitshilfe könnten neben den Experimentierklauseln im engeren Sinne auch noch reine Abweichungsbefugnisse und Öffnungsklauseln in Bezug genommen werden. In diesem Fall würde sich die Arbeitshilfe auch auf Normen beziehen, die nicht zwangsläufig einen Erprobungsbezug aufweisen, somit nicht konstitutiv für Reallabore sind und allenfalls als regulatorische Instrumente eines bestehenden Reallabors damit verknüpft sind. Schematisch ergäbe sich folgendes Bild:



Abweichungsbefugnisse und Öffnungsklauseln berechtigen nicht ohne Weiteres zur Zulassung eines Reallabors. Ausnahmeregelungen ohne expliziten Erprobungsbezug können als regulatorisches Instrument im bestehenden Reallabor herangezogen werden,<sup>30</sup> ermächtigen die Verwaltung aber nicht zur Zulassung neuer Innovationserprobungen. Öffnungsklauseln wiederum sind für sich genommen nur ein Mittel, um Normgebungskompetenzen zu delegieren. Sie können aber in diesem Rahmen bei der Schaffung neuer Experimentierklauseln eine Rolle spielen.

Die Arbeitshilfe sollte sich auf Experimentierklauseln konzentrieren und bloße Abweichungsbefugnisse sowie Öffnungsklauseln nicht aufnehmen. Diese spielen zwar im weiteren Bezugsrahmen von Erprobungen als mögliche regulatorische Instrumente von Reallaboren eine Rolle, fügen sich aber aufgrund des fehlenden zwingenden Erprobungsbezugs sowie einer fehlenden

<sup>30</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 41, 43 f.

zeitlichen Dimension nicht in das Konzept der Arbeitshilfe ein. Der entsprechende Abschnitt zu bloßen Abweichungsbefugnissen in der bestehenden Arbeitshilfe sollte aus Klarstellungsgründen gestrichen werden.

Es gibt auch Reallabore, die ohne Experimentierklausel auskommen, da sie bereits nach der bestehenden Rechtslage zulässig sind und kein weiterer Gesetzgebungsbedarf besteht. Nicht jedes Reallabor benötigt daher eine Experimentierklausel. Ist die Anwendung und damit auch die Erprobung der Innovation vom bestehenden Rechtsrahmen gedeckt, richtet sich die Zulassung und Durchführung der Erprobung im Reallabor nach allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht. Derartige **Reallabore im bestehenden Rechtsrahmen** können zugelassen werden, ohne dass es dafür einer Experimentierklausel bedarf. Eine Bezugnahme im Rahmen der Arbeitshilfe ist nicht angezeigt.

Steht der Erprobung im bestehenden Rechtsrahmen dagegen ein regulatorisches Hindernis entgegen, bedarf es einer **Experimentierklausel mit Abweichungsbefugnis**, welche die Behörde zur Zulassung der Erprobung im Reallabor unter Erteilung einer Abweichungserlaubnis ermächtigt.

Ist noch ungewiss, wie sich die Erprobung zum bestehenden Rechtsrahmen verhält und ob ihr ein regulatorisches Hindernis entgegensteht, bedarf die Zulassung der Erprobung im Reallabor einer **Experimentierklausel ohne Abweichungsbefugnis**. Diese Experimentierklausel ermächtigt die Behörde zur Zulassung der Erprobung unter bestimmten Voraussetzungen, ohne dass sie dafür zugleich eine Ausnahme von bestehender Regulierung erteilt.

Sowohl Experimentierklauseln mit als auch solche ohne Abweichungsbefugnis können im Weiteren einzelne Elemente des Reallabors explizit regeln, oder der Einzelfallentscheidung der zuständigen Behörde überlassen, die sich bei der Auslegung der Experimentierklausel an möglichen Standards für Reallabore orientieren kann.

Bei der Erstellung von Experimentierklauseln ist daher einmal die Grundsatzentscheidung zu treffen, ob die jeweilige Experimentierklausel als Rechtsgrundlage für die Einrichtung von Reallaboren dienen soll, welche Elemente des Reallabors explizit in der Experimentierklausel zu regeln bzw. im Rahmen der Anwendung der möglichen gesetzlich verankerten Standards für Reallabore dem Auswahlermessen der ausführenden Behörde anheim zu stellen sind, und ob notwendige Ausnahmeregelungen von bestehenden gesetzlichen Vorgaben antizipiert werden können, die in die Experimentierklausel mit aufzunehmen sind.

Im Folgenden werden Änderungen im Setzkasten der Arbeitshilfe unter *Ab-satz 2 – allgemeiner Teil, 4. Entscheidungsinhalt [notwendig]*<sup>31</sup> vorgeschlagen (mögliche Anpassungen farblich hervorgehoben), die insbesondere den Fall der Experimentierklauseln ohne Abweichungsbefugnisse hinzufügen und die

---

<sup>31</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 13.

Ausführungen zu bloßen Abweichungsbefugnissen aus Klarheitsgründen streichen:

Auf **Rechtsfolgenseite** ist zu regeln, **was die Behörde konkret entscheiden darf**. Dazu sind drei Schritte nötig:

1. Detaillierte Analyse des Normbestands: Wo liegen **rechtliche Innovationshemmnisse**? Bedarf es Abweichungen vom bestehenden Regulierungsrahmen? Wo sind Abweichungen und Ausnahmen aufgrund **höherrangigem Recht** nicht möglich (z. B. Unionsrecht)? Gibt es im Normbestand konkurrierende Ausnahmeregelungen (z. B. §2 Absatz 6 PBefG versus §2 Absatz 7 PBefG)?
2. Entscheidungsinhalt festlegen, Möglichkeiten:
  - **Zulassung/Genehmigung mit Abweichung (Regelfall)**: Die Experimentierklausel enthält die **notwendigen** Abweichungen von Vorschriften sowie die temporäre Öffnung des öffentlichen Raums für die Erprobung.
  - **Zulassung/Genehmigung ohne Abweichung**: Die Experimentierklausel ermächtigt die Behörde zur Zulassung der temporären Erprobung im öffentlichen Raum, ohne dass dazu von Vorschriften abgewichen wird.
  - ~~**Bloße Abweichungsmöglichkeit**: Abweichungen von bestimmten Vorschriften werden eingeräumt, ohne dass dem Innovator unmittelbar eine Befugnis verliehen wird, z. B. Ermächtigung einer Behörde zum Erlass abweichender Rechtsverordnungen (z. B. § 20 Absatz 1 1. Teil Sächsisches E-Government-Gesetz).~~
3. Bedarf es einer Abweichungsregelung, ist die konkrete Abweichung zu definieren, Möglichkeiten:

[...]

Zwar kann der Erlass von Experimentierklauseln durch Öffnungsklauseln und Verordnungsermächtigungen ganz oder teilweise an andere Normgeber delegiert werden. Beinhaltet die Öffnungsklausel/ Verordnungsermächtigung aber selbst keinen Erprobungsbezug und keine zeitliche Dimension, handelt es sich nicht um eine Experimentierklausel im engeren Sinne. Um dies deutlicher zu

machen, könnten die Ausführungen zu *Absatz 4 – Verordnungsermächtigung [optional]* geändert werden:<sup>32</sup>

#### ABSATZ 4

##### Verordnungsermächtigung [optional]

Nicht alle Vorgaben für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle müssen in einem Bundesgesetz geregelt werden. Stattdessen besteht vielfach die Möglichkeit, die Experimentierklauseln ganz oder in Teilen durch eine Rechtsverordnungen oder Landesgesetze zu regeln. ~~für deren Erlass das parlamentarische Verfahren nicht zu durchlaufen ist.~~

Die Regelung durch Rechtsverordnung empfiehlt sich insbesondere dort, wo Einzelheiten der Elemente, die auf die Risikoreduzierung abzielen, flexibel formuliert werden müssen, z. B. bei Verfahrensvorgaben, materieller Begrenzung, Umfang oder begleitenden Pflichten. Der Vorteil ist, dass Verordnungen leichter verändert werden können, wenn sich grundlegende Annahmen, wie beispielsweise Risikoeinschätzungen, im Laufe der Erprobung ändern. So ist eine effektivere Steuerung bei gleichzeitig erhöhter Flexibilität gewährleistet. Es kann auch der stärkeren Lenkung der Verwaltung, einer einheitlichen Behördenpraxis und einer Verfahrensbeschleunigung dienen.

**Beispiel:** § 6 Absatz 1 Nr. 15 lit. c StVG: Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, [...] Rechtsverordnungen [...] über Folgendes zu erlassen: die Beschränkung des Straßenverkehrs einschließlich des ruhenden Verkehrs zur [...] Erprobung geplanter verkehrssichernder oder verkehrsregelnder Maßnahmen, [...]"

Grundsätzlich gilt: **Je komplexer der Regelungsbereich ausfällt, desto konkreter sollte die Verwaltungslenkung durch untergesetzliches Regelwerk ausfallen.** In manchen Fällen kann eine Experimentierklausel vollständig in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Dies bietet sich insbesondere bei komplexen und sich rasch ändernden Materien an. ~~Wird der gesamte Prozess der Schaffung einer Experimentierklausel an einen anderen Normgeber delegiert, ist die zu Grunde liegende Öffnungsklausel selbst keine Experimentierklausel und dient nur der Übertragung der Normgebungsbefugnis.~~

**Rechtsverordnungen sind nicht grenzenlos möglich**, sondern bewegen sich innerhalb der durch die Gewaltenteilung, den Parlamentsvorbehalt, das Demokratieprinzip und die Grundrechte vorgezeichneten Grenzen und sind speziell durch Art. 80 GG geregelt. Grundlage ist immer eine **im Gesetz verankerte Verordnungsermächtigung**. Für den Fall, dass die

<sup>32</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 22 f.



Experimentierklausel gesetzlich geregelt wird und in einer zusätzlichen Rechtsverordnung näher konkretisiert wird, muss die Experimentierklausel selbst eine Verordnungsermächtigung enthalten. Diese Verordnungsermächtigung hat dem **Parlamentsvorbehalt** (*wesentliche Entscheidungen zu Eingriffen in die Grundrechte der Bürger müssen vom Gesetzgeber getroffen werden*) und den Anforderungen des Art. 80 Absatz 1 Satz 2 GG (*Bestimmtheitsgebot*) zu genügen. Daneben ist in der Rechtsverordnung die gesetzliche Rechtsgrundlage anzugeben (Art. 80 Absatz 1 Satz 3 GG)

## II. Rechtsprechungsanalyse

Experimentierklauseln sind immer wieder Gegenstand gerichtlicher Verfahren. Zwar beschäftigte sich die Rechtsprechung in jüngerer Vergangenheit mit Fragen zu Experimentierklauseln aus unterschiedlichen Rechtsgebieten, ein Großteil der untersuchten Entscheidungen bezieht sich jedoch auf die gleichen Experimentierklauseln. Insbesondere auf § 10a des Glücksspielstaatsvertrages und auf § 45 I 2 Nr. 6 StVO. Im Folgenden soll unter anderem anhand von exemplarischen Gerichtsentscheidungen analysiert werden, welche allgemeinen Rückschlüsse aus diesen zu ziehen sind, die bei der Ausgestaltung und Anwendung von Experimentierklauseln und somit im Rahmen der Arbeitshilfe berücksichtigt werden sollten.

### 1. Fortwirkung von auf Grundlage von Experimentierklauseln geschaffener Rechtsvorschriften nach Wegfall der Experimentierklausel

Das VG Ansbach war mit der Frage konfrontiert, inwieweit Rechtsvorschriften fortwirken, die auf Grundlage einer Experimentierklausel erlassen wurden, wenn die Experimentierklausel selbst bereits keine Rechtswirkung mehr entfaltet.<sup>33</sup>

Das Gericht befasste sich in der Entscheidung mit einer Abstandflächensatzung, in welcher die beklagte Behörde von den Vorgaben des Artikels 6 BayBO auf der Grundlage einer seinerzeit geltenden Experimentierklausel (Art. 6 Abs. 7 BayBO a.F.) abwich. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt wandten sich die Kläger gegen eine Baugenehmigung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit drei Wohneinheiten auf dem Nachbargrundstück. In diesem Zusammenhang stellte das Gericht fest, dass ausweislich der Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr zum Gesetz zur Vereinfachung baurechtlicher Regelungen und zur Beschleunigung sowie Förderung des Wohnungsbaus (BayBO-Novelle 2021) der Vorrang abweichender Abstandflächenregelungen aus Satzungen,

---

<sup>33</sup> VG Ansbach, Urteil vom 1. Juni 2022 – AN 9 K 21.01966, zitiert nach juris.

welche auf der Grundlage der Experimentierklausel geschaffen wurden, fortwirkt und stellte keinen Verstoß gegen das Abstandsflächenrecht fest.<sup>34</sup>

Da die zeitliche Begrenzung der Rechtswirkung von Experimentierklauseln ein zentrales Element vieler dieser Normen ist, gibt die Entscheidung Anlass allgemein die Fortwirkung von untergesetzlichen Rechtsvorschriften nach Wegfall der Ermächtigungsgrundlage aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Perspektive zu untersuchen und hieraus Rückschlüsse für die Arbeitshilfe zu ziehen. Hinsichtlich der Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen gilt grundsätzlich, dass weder das nachträgliche Erlöschen<sup>35</sup> noch die nachträgliche Änderung einer Ermächtigungsgrundlage die Wirksamkeit einer zuvor ordnungsgemäß erlassenen Rechtsverordnung entfallen lässt.<sup>36</sup> Die Verordnung bleibt daher bis zu ihrer förmlichen Aufhebung in Kraft. Dies gilt nicht, wenn die Verordnung durch den Wegfall ihrer Ermächtigungsgrundlage offensichtlich gegenstands- oder funktionslos wird,<sup>37</sup> Ermächtigungsgrundlage und Verordnung also dergestalt eine Einheit bilden, dass die eine nicht sinnvoll ohne die andere bestehen kann.<sup>38</sup> Vornehmlich durch Landesexperimentierklauseln können, wie im geschilderten Fall, auch Kommunen zum Erlass von Rechtsvorschriften in der Form von Satzungen ermächtigt werden. Auch für Satzungen gilt der allgemeine Grundsatz, dass der spätere Wegfall einer Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsvorschrift deren Wirksamkeit unberührt lässt.<sup>39</sup>

Bei der Schaffung von zeitlich begrenzten Experimentierklauseln, die zum Erlass untergesetzlicher Normen ermächtigen, ist daher die zeitliche Dimension der hierauf basierenden Vorschriften in den Blick zu nehmen. Möchte der Gesetzgeber eine klar zeitlich begrenzte Ausnahme bestimmen, so empfiehlt es sich, im Rahmen der Experimentierklausel festzulegen, dass auch die später erlassenen untergesetzlichen Rechtsvorschriften beim Wegfall der gesetzlichen Ausnahmeregelung das Schicksal der Ermächtigungsgrundlage teilen sollen. Gegen Ende der Ausführungen in der Arbeitshilfe zu *Absatz 4 Verordnungsermächtigung [optional] des Setzkastens*<sup>40</sup> könnte daher noch ein erläuternder Punkt zur zeitlichen Dimension von Rechtsvorschriften aufgenommen werden:

---

<sup>34</sup> VG Ansbach, Urteil vom 1. Juni 2022 – AN 9 K 21.01966, Rn. 37 f., zitiert nach juris.

<sup>35</sup> BVerfGE 9, 3 (12), 91; BVerfGE 12, 341 (347).

<sup>36</sup> BVerfGE 14, 245 (249); BVerfGE 44, 216 (226); BVerfGE 78, 179 (198), 2290; BVerwGE 104, 331 (333), 915; Harks NVwZ 2016, 1773).

<sup>37</sup> BVerwGE 59, 195 (197).

<sup>38</sup> *Uhle*, BeckOK GG, 56. Ed., Art. 80 Rn. 8.

<sup>39</sup> Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10. Februar 2011 – OVG 11 A 1.08, Rn. 35, zitiert nach juris; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 11. 12. 1963 - OS II 67/62, VerwRspr 1964/1965, 962.

<sup>40</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 27 f.

Sollte die Experimentierklausel vorsehen, dass die Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen nur für einen bestimmten Zeitraum besteht, empfiehlt es sich Regelungen aufzunehmen, die sich mit der Fortwirkung der auf Grund der Experimentierklausel geschaffenen Rechtsverordnung befassen. Grundsätzlich bleibt die Wirksamkeit von untergesetzlichen Regelungen vom Wegfall der Ermächtigungsgrundlage unberührt.

**Beispiel:** § 19 Satz 2 HEGovG: „Die **Rechtsverordnung** nach Satz 1 ist auf höchstens fünf Jahre **zu befristen**, die Geltungsdauer kann nicht verlängert werden.“

## 2. Rechtsunsicherheiten bei dem Umgang mit Erprobungszwecken und -Gegenständen

In einer Entscheidung des VGH Kassel wurden Rechtsunsicherheiten im Umgang mit dem Erprobungszweck einer Experimentierklausel thematisiert. Die Prozessbeteiligten stritten über die Zulässigkeit verkehrsregelnder Anordnungen im Rahmen eines Verkehrsversuchs.<sup>41</sup>

Bei der zu Grunde liegenden Experimentierklausel handelte es sich um § 45 I 2 Nr. 6 StVO, nach welcher es im Ermessen der Straßenverkehrsbehörde liegt, die Benutzung bestimmter Straßen oder Straßenstrecken zur Erprobung geplanter verkehrssichernder oder verkehrsregelnder Maßnahmen zu beschränken. Das Gericht prüfte unter anderem, ob die Voraussetzungen für eine Erprobung nach § 45 I 2 Nr. 6 StVO vorgelegen haben und betonte in diesem Zusammenhang, dass eine Verkehrsregelung zur Probe eine sorgfältige Bestandsaufnahme und Bewertung derjenigen Umstände voraussetze, „*die als korrekturbedürftig angesehen werden und von den Zielen des § 45 I 2 Nr. 6 StVO gedeckt sind*“. Der Verwaltungsgerichtshof verlangte ein folgerichtiges, systematisches Vorgehen der Straßenverkehrsbehörde bei der Vorbereitung des Verkehrsversuches. Zunächst müsse die bestehende Gefahr identifiziert und das Erprobungsziel definiert werden. Auf dieser Grundlage könne dann entschieden werden, welche verkehrsregelnden Maßnahmen überhaupt geeignet und erforderlich sein können, die Situation auf Dauer zu beseitigen oder zu entschärfen und somit zum Gegenstand einer Erprobung gemacht werden sollen. Es verbiete sich, „*nach dem Prinzip von „Versuch und Irrtum“ im Sinne einer freien, voraussetzungslos anwendbaren Experimentierklausel verkehrsregelnde Maßnahmen zur Probe zu treffen*.“<sup>42</sup>

Das Urteil beschäftigt sich in erster Linie mit einem Rechtsanwendungsproblem. Allerdings illustriert es, dass es für die Leistungstärke von

<sup>41</sup> Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29. August 2023 – 2 B 987/23.

<sup>42</sup> Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 29. August 2023 – 2 B 987/23, Rn. 12, zitiert nach juris.

Experimentierklauseln entscheidend darauf ankommt, dem Rechtsanwender möglichst praxisorientierte Erprobungszwecke und -Gegenstände an die Hand zu geben. Formuliert man die Erprobungszwecke in Experimentierklauseln unscharf, können sich hieraus Rechtsunsicherheiten in der Praxis ergeben. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung die Wichtigkeit auf, im Gesetzgebungsprozess die Bedürfnisse der Praxis und die Erfahrungen der Rechtsanwender in die Gestaltung der Experimentierklausel einfließen zu lassen.

Die Arbeitshilfe greift diesen Umstand bereits unter *Absatz 2 – allgemeiner Teil, 5. Erprobungsgegenstand [notwendig]* auf.<sup>43</sup> Die Bedeutung für die Praxis kann jedoch auch hinsichtlich des Erprobungszweckes unter *Absatz 1 1. Erprobungszweck [notwendig]* auf Seite 12 der Arbeitshilfe hervorgehoben werden.<sup>44</sup>

Die Formulierung eines expliziten Erprobungszwecks dient der Normenklarheit für Rechtsanwender, ist Auslegungshilfe für Behörden und Gerichte in der Rechtspraxis und steuert die Ermessensausübung der genehmigenden Behörde. **Ein klar formulierter, praxisorientierter Erprobungszweck kann daher erheblich zur Leistungsfähigkeit einer Experimentierklausel beitragen.**

### 3. Keine Gleichbehandlung von nicht geregelten Teilrechtsgebieten

In einem großen Teil der Experimentierklausel-Rechtsprechung waren Glücksspielrechtliche Sachverhalte Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung. In den meisten Fällen, die sich um § 10a des Glücksspielstaatsvertrages drehten, waren vornehmlich glücksspielrechtliche Detailfragen und weniger der experimentelle Charakter der Norm entscheidungserheblich.

In einer Entscheidung des Kammergerichts Berlin wurde jedoch ein Aspekt aufgeworfen, der zu weiteren Überlegungen bei der Schaffung von Experimentierklauseln anregt. In seinem Beschluss vom 21. Juli 2023 stellte das Kammergericht fest:

*Die Ungleichbehandlung von Online-Sportwetten gegenüber Online-Casinospielen gem. § 4 Abs. 5 GlüStV 2012, wonach für Online-Sportwetten unter engen Bedingungen eine Erlaubnis erteilt werden konnte, erfolgte im Rahmen einer Experimentierklausel gem § 10 a Abs. 1 GlüStV 2012. Dies sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dazu dienen, eine Bekämpfung des Schwarzmarktes zu erproben und ist von der Schutzniveauautonomie gedeckt (vgl. EuGH, Urteil v. 15.09.2011, C-347/09, juris Rn. 47). **Eine Experimentierklausel dient gerade dem Zweck, in einem ausgewählten, überschaubaren Teilbereich***

<sup>43</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14.

<sup>44</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 12.

***Erfahrungen zu sammeln, so dass eine darauf gestützte Forderung nach Gleichbehandlung anderer Teilgebiete nicht überzeugen kann.***<sup>45</sup>

Die Schlussfolgerung des Kammergerichtes ist folgerichtig. Sinn und Zweck einer Experimentierklausel ist es, in einem abgesteckten Teilbereich bestimmte Erkenntnisse zu generieren, die regulatorisches Lernen ermöglichen sollen. Aus der Tatsache, dass beispielsweise regulatorische Ausnahmen für bestimmte Sachverhalte normiert wurden, lassen sich keine Rückschlüsse auf andere explizit nicht geregelte Sachverhalte ziehen.

Die „Ungleichbehandlung“ anderer, nicht durch Experimentierklausel geregelter Teilrechtsgebiete ist eine der Klausel-Erstellung nachgelagerte Problematik, die schon bei Schaffung der Experimentierklausel berücksichtigt werden kann. Es ist daher anzuregen, dass die Übertragung spezifischer Experimentierklauseln auf ähnlich gelagerte Teilrechtsgebiete geprüft wird. Dies könnte im dritten der „Fünf Schritte zur Experimentierklausel“<sup>46</sup> verortet werden:

Insbesondere weil die Risiken der zu erprobenden Innovationen unterschiedlich gelagert sind, kann es somit keine einheitliche „one size fits all“-Experimentierklausel für alle Innovationen und Sachbereiche geben. Darüber hinaus variiert auch der Normbestand in den Sachbereichen, so dass Experimentierklauseln in unterschiedlichem Umfang zulässig sein können. Dies schließt jedoch nicht aus, dass sich Erwägungen hinsichtlich der Schaffung einer Experimentierklausel nicht auch auf andere ähnlich gelagerte Teilrechtsgebiete übertragen lassen. Im Prozess der Klausel-Erstellung wäre daher zu prüfen, ob sich ähnliche Experimentierklauseln sinnvoll auch an anderen Stellen der Rechtsordnung verorten lassen.

### III. Aktualisierung der Normzitate der Arbeitshilfe

Infolge der begrenzten Geltungsdauer vieler Experimentierklauseln, den Ergebnissen regulatorischen Lernens und neueren rechtswissenschaftlichen Erkenntnissen sollten die Normzitate in der Arbeitshilfe aktualisiert werden. Seit Erstellung der Arbeitshilfe sind einige zitierte Normen außer Kraft getreten und müssen ersetzt werden. Es wurden auch neue Experimentierklauseln geschaffen, mit denen Ausführungen der Arbeitshilfe teils besser illustriert werden können.

---

<sup>45</sup> KG Berlin, Beschluss vom 21. Juli 2023 – 18 U 37/22 –, Rn. 100, juris (Hervorhebung durch Verfasser).

<sup>46</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 8 f.

## 1. §§ 21a und 21b LuftVO

§§ 21a und 21b LuftVO sind in ihrer alten Fassung, auf welche sich die Arbeitshilfe bezieht, mit Wirkung vom 18.06.2021 außer Kraft getreten und sollten ersetzt werden.

*Absatz 2 – allgemeiner Teil, 4. Entscheidungsinhalt [notwendig] auf Seite 14 der Arbeitshilfe:*<sup>47</sup>

Beispiel: § 21b Absatz 3 LuftVO: „In begründeten Fällen kann die zuständige Behörde Ausnahmen von den Betriebsverboten nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 9 zulassen, wenn die Voraussetzungen von § 21a Absatz 3 Satz 1 erfüllt sind. [...]“

Beispiel: § 181 Absatz 1 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz: „Im Interesse der Erhaltung oder Verbesserung der Leistungsfähigkeit einer Kommune kann das für Inneres zuständige Ministerium für die Erprobung neuer Möglichkeiten der Aufnahme und Bewirtschaftung von Krediten im Einzelfall auf Antrag Ausnahmen von den §§ 120 und 122 zulassen.“

*Absatz 2 – allgemeiner Teil, 6. Materielle Begrenzung [notwendig] auf Seite 15 der Arbeitshilfe:*<sup>48</sup>

Beispiel mit konkretisiertem unbestimmten Rechtsbegriff: § 21b Absatz 3 LuftVO i. V. m. § 21a Absatz 3 S. 1 LuftVO: „Die Erlaubnis wird erteilt, wenn 1. der beabsichtigte Betrieb [...] **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**“

Beispiel: § 17 ArbZVO Pol LSA: „Auf Antrag [...] kann das Ministerium [...] Ausnahmen zulassen, **wenn dienstliche Interessen nicht beeinträchtigt werden und der Gesundheitsschutz gewahrt bleibt.**“

*Absatz 2 – besonderer Teil, 11. Weitere Nebenbestimmungen [optional] auf Seite 20 der Arbeitshilfe:*<sup>49</sup>

<sup>47</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14.

<sup>48</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 15.

<sup>49</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 20.

**Beispiel:** ~~§ 21b Absatz 3 Satz 2 i. V. m. § 20 Absatz 5 LuftVO: „Die Erlaubnis kann [...] allgemein oder für den Einzelfall erteilt werden. Sie kann mit Nebenbestimmungen versehen, insbesondere mit Auflagen verbunden werden.“~~

**Beispiel:** § 13 Absatz 2 S. 2 GWG: „Bei Verfahren nach Nummer 3 können die Aufsichtsbehörden nach § 50 dazu ermächtigt werden, die Nutzung der Verfahren befristet, unter Vorbehalt eines Widerrufs und unter Auflagen zuzulassen.“

*Absatz 2 – besonderer Teil, 7. Verfahrensvorgaben [notwendig] auf Seite 17 der Arbeitshilfe:<sup>50</sup>*

**Beispiel für standardisierte und zugleich risikobasierte Vorgaben:**

~~§ 21a Absatz 5 LuftVO: „Die zuständige Behörde bestimmt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob dem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis weitere Unterlagen beigelegt werden müssen. Sie kann insbesondere noch verlangen:~~

- ~~1. den Nachweis, dass der Grundstückseigentümer oder sonst Berechtigte dem Aufstieg zugestimmt hat,~~
- ~~2. das Gutachten eines Sachverständigen über die Eignung des Geländes und des betroffenen Luftraums für den Betrieb von unbemannten Luftfahrtsystemen oder Flugmodellen,~~

~~3. weitere fachspezifische Bewertungen oder Gutachten, insbesondere zum Natur- und Lärmschutz, sofern diese im Einzelfall erforderlich sind.“~~

**Beispiel:** § 181 Absatz 2 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz: „In dem Antrag hat die Kommune darzulegen, zu welchem Zweck die Erprobung im Einzelnen dienen soll, von welchen Vorschriften Ausnahmen beantragt werden und welche Wirkungen erwartet werden.“

---

<sup>50</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 17.

## 2. § 2 Absatz 7 PBefG

Der Wortlaut des § 2 Absatz 7 PBefG hat sich mit Wirkung vom 01.08.2021 geändert.<sup>51</sup> Die maximale Abweichungsdauer wurde von vier auf fünf Jahre erhöht. Die Ausführungen zu *Absatz 2 – allgemeiner Teil, 4. Entscheidungsinhalt [notwendig]* auf Seite 14 der Arbeitshilfe<sup>52</sup> sind dementsprechend anzupassen.

**Beispiel:** § 2 Absatz 7 PBefG: „[...] Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens ~~vier~~ fünf Jahren genehmigen, [...].“

## 3. Art. 19 E-Government Gesetz Bayern

Das Bayerische E-Government-Gesetz (BayEGovG) vom 22. Dezember 2015 ist mit Ablauf des 31. Juli 2022 außer Kraft getreten und wurde mit Wirkung vom 01.08.2022 durch das Bayerische Digitalgesetz (**BayDiG**) ersetzt. Die zitierten Stellen des BayEGovG finden sich in unveränderter Form auch im BayDiG wieder. Lediglich die Fundstelle muss geändert werden.

*Absatz 2 – allgemeiner Teil, 5. Erprobungsgegenstand [notwendig]* auf Seite 14 der Arbeitshilfe:<sup>53</sup>

**Beispiel:** ~~Art. 19 Absatz 1, 1. Teil E-Government Gesetz Bayern Art. 56 Abs. 1 Bayerisches Digitalgesetz:~~ „Einführung und Fortentwicklung elektronischer Verwaltungsinfrastrukturen“

Sowie unter *Absatz 2 – besonderer Teil, 8. Umfang der Erprobung [optional]* auf Seite 17 der Arbeitshilfe:<sup>54</sup>

**Beispiel:** ~~Art. 19 Absatz 1, 1. Teil E-Government Gesetz Bayern Art. 56 Abs. 1 Bayerisches Digitalgesetz:~~ „[...] kann die Staatsregierung durch Rechtsverordnung sachlich und räumlich begrenzte Abweichungen von folgenden Vorschriften vorsehen: [...]“

<sup>51</sup> Artikel 1 Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts vom 16.04.2021 BGBl. I S. 822.

<sup>52</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14.

<sup>53</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14.

<sup>54</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 17.



#### 4. § 6 StVG

§ 6 Absatz 1 Nr. 2 lit. a StVG wurde mit Wirkung vom 28.07.2021 geändert. Die zitierte Stelle wurde gestrichen. An ihrer statt kann § 13 GewO zitiert werden.

~~**Beispiel:** § 6 Absatz 1 Nr. 2 lit. a StVG: „Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wird ermächtigt, Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen über [...]~~

~~Nr. 2: die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr einschließlich Ausnahmen von der Zulassung, die Beschaffenheit, Ausrüstung und Prüfung der Fahrzeuge, insbesondere [...]~~

~~lit. a: Voraussetzungen für die Zulassung von Kraftfahrzeugen und deren Anhänger, vor allem über Bau, Beschaffenheit, Abnahme, Ausrüstung und Betrieb, [...].“~~

**Beispiel:** § 13 GewO: „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.“

#### **D. Prüfung der rechtlichen Umsetzbarkeit ausgewählter Regelungsvorschläge aus der Online-Konsultation und Ressortabfrage**

Aus der Online-Konsultation und Ressortabfrage zum Reallabore-Gesetz auf Grundlage des Grünbuchs von Juli bis September 2023 sind verschiedene Vorschläge zur Ausgestaltung und Anwendung von Experimentierklauseln hervorgegangen.

Im Folgenden werden ausgewählte Vorschläge daraufhin untersucht, ob ihre Integration in die Arbeitshilfe zum Ziel rechtssicherer, innovationsoffener Experimentierklauseln<sup>55</sup> beitragen könnte. Dafür muss ein Vorschlag in rechtlich zulässiger Weise umgesetzt werden können. Er muss mit höherrangigem Recht vereinbar und insbesondere verhältnismäßig sein.<sup>56</sup> Ausgehend von bestehenden Regelungstechniken und Beispielen wird geprüft, ob eine solche Umsetzung des Vorschlags gelingen kann. Zugleich wird geprüft, ob rechtlich zulässige Vorschläge zu einer effektiven experimentellen Gesetzgebung beitragen können und wie sie in die Arbeitshilfe integriert werden können.

Als Pfeiler einer effektiven experimentellen Gesetzgebung gelten dabei Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung.<sup>57</sup> Eine leistungsstarke Experimentierklausel stellt die doppelte Balance zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung sowie Innovationsoffenheit und Anwendungsfreundlichkeit her.<sup>58</sup> Zudem ermöglicht sie regulatorisches Lernen. Je abstrakter und genereller eine Experimentierklausel gestaltet ist, desto offener wird sie für Innovationen. Zugleich nehmen aber auch Innovationsverantwortung und Anwendungsfreundlichkeit ab. Denn eine möglichst voraussetzungslose Klausel erlaubt viele Erprobungen bei keiner oder geringer Gefahrprävention, was die Gewährleistung staatlicher Schutzpflichten<sup>59</sup> erschwert. Zudem erfordert ihr reduzierter Umfang eine Auslegung und Beurteilung durch den Rechtsanwender. Umgekehrt leitet eine ausdifferenzierte Experimentierklausel die Rechtsanwendung stärker an und garantiert eher die Wahrung von Schutzpflichten, erfasst angesichts ihrer Voraussetzungen aber auch weniger Innovationen. Es ist daher bei jedem rechtlich zulässigen Vorschlag aus der Konsultation zu überlegen, inwieweit seine Aufnahme in die Experimentierklausel diese leistungsstärker oder -schwächer machen würde. Dabei kommt jeweils eine

---

<sup>55</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 7.

<sup>56</sup> Zu den regelmäßig zu berücksichtigenden Rechtsgütern und Interessen und ihrer Gewichtung: Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 24 ff.

<sup>57</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 8, 110.

<sup>58</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 111.

<sup>59</sup> Zu grundrechtlichen Schutzpflichten: Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 66 ff.

Aufnahme in den Setzkasten der Arbeitshilfe als notwendiges oder optionales Element von Experimentierklauseln in Betracht.<sup>60</sup> Notwendig sind lediglich solche Elemente, ohne die eine Experimentierklausel nicht funktioniert.

Ist die Aufnahme eines untersuchten Vorschlags in die Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln nicht angezeigt, kann je nach Regelungsgehalt eine Integration des Vorschlags in die möglichen rahmensetzenden Standards für Reallabore<sup>61</sup> oder das Handbuch für Reallabore<sup>62</sup> sinnvoll sein.

## I. Verfahrensbeschleunigung

Aus der Online-Konsultation und Ressortabstimmung zum Reallabore-Gesetz ist unter anderem der Wunsch nach einer Verfahrensbeschleunigung durch klare Bearbeitungsfristen<sup>63</sup>, eine „automatische“ Genehmigung bei Fristablauf sowie eine Verlängerung des Erprobungszeitraums „by default“ hervorgegangen.

Fristen, bis zu denen die Behörde über einen Antrag entscheiden muss, können in Experimentierklauseln präzisiert werden, müssen aber eine Verlängerungsmöglichkeit für die Behörde vorsehen (hierzu unter 1.). Der Anordnung einer Genehmigungsfiktion für die Erstzulassung einer Erprobung im Reallabor stehen regelmäßig staatliche Schutzpflichten entgegen. Selbst bei Anordnung einer Genehmigungsfiktion würde diese wohl häufig an unzureichend bestimmten Genehmigungsanträgen scheitern. Im Übrigen wäre sie mit einem erheblichen Aufhebungsrisiko für die Innovatorinnen und Innovatoren verbunden (hierzu unter 2.). Eine „automatische“ oder „standardmäßige“ Verlängerung des Erprobungszeitraums kann auf unterschiedliche Art und Weise geregelt werden (hierzu unter 3.).

In die Arbeitshilfe könnten Hinweise zur optionalen Regelung einer Frist bis zur Behördenentscheidung und den Regelungstechniken für eine Verlängerung des Erprobungszeitraums aufgenommen werden. Einen Hinweis zu Fiktionstatbeständen in Experimentierklauseln empfehlen wir wegen der damit verbundenen Unsicherheiten nicht.

---

<sup>60</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 7, 9, 13.

<sup>61</sup> Zur übergreifenden Funktion und dem Normcharakter der möglichen Standards für Reallabore: Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 11.

<sup>62</sup> BMWi, Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore, 2019.

<sup>63</sup> Im Folgenden als „Frist bis zur Entscheidung“ oder „Frist“ bezeichnet, da „Bearbeitungsfrist“ zusammen mit der davon abzugrenzenden „Entscheidungsfrist“ eng mit der Debatte um den Beginn der Rücknahmefrist nach § 48 Abs. 4 VwVfG verknüpft ist, vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 1984 – GrSen 1/84 –, BVerwGE 70, 356-365. Die Bearbeitungsfrist beginnt demnach mit Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, während die Entscheidungsfrist erst nach Aufklärung aller entscheidungserheblichen Tatsachen beginnt.

## 1. Fristsetzung für die behördliche Entscheidung

Nach § 10 Satz 2 VwVfG ist das Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen (Beschleunigungs- und Effektivitätsgebot). Grundsätzlich müssen die Behörden bei ihnen anhängig gemachte Fälle alsbald, jedenfalls aber binnen angemessener Frist entscheiden. Das gebieten das Rechtsstaatsprinzip, der Grundsatz der Verwaltungseffizienz und die subjektiven Rechte des jeweiligen Antragstellers.<sup>64</sup>

Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dazu gehören vor allem der Umfang der erforderlichen Sachverhaltsermittlung von Amts wegen, die Komplexität der zu prüfenden Fragen und die Eilbedürftigkeit der Entscheidung.<sup>65</sup> Nach § 75 VwGO und § 42a Abs. 2 VwVfG ist regelmäßig eine behördliche Bearbeitungs- und Entscheidungsfrist von drei Monaten angemessen. Bei zureichendem Grund wie z. B. der Erforderlichkeit umfangreicher Ermittlungen oder Abwägungsentscheidungen, kann eine längere Frist angemessen sein. Teilweise regelt bereits das Fachrecht abweichende Fristen.

### a) Fachgesetzliche Fristsetzung

Eine starre Frist darf nicht normiert werden, da der Behörde auch bei besonderen Umständen des Einzelfalls eine Prüfung mit der gebotenen Gründlichkeit möglich sein muss. Schon wegen ihrer rechtsstaatlichen Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG gilt die Pflicht zur unverzüglichen Entscheidung erst nach Abschluss der Prüfung.<sup>66</sup> Diese muss zwar mit der gebotenen Beschleunigung erfolgen, darf aber nicht abgeschnitten und daher zeitlich nur annäherungsweise eingegrenzt werden.

Der Fachgesetzgeber kann die Experimentierklausel daher mit einer von ihm als angemessen erachteten Frist mit Verlängerungsmöglichkeit versehen. Dabei wird er regelmäßig eine deutlich längere Frist als drei Monate bestimmen, da der risikobasierte Zulassungsansatz<sup>67</sup> eine genaue Prüfung möglicher Gefahren voraussetzt. Zudem kollidiert die für eine Fristregelung erforderliche Standardisierung mit der mangelnden Vorhersehbarkeit der zu erprobenden Innovationen, was den Gesetzgeber zu einem zusätzlichen Zeitaufschlag veranlassen kann.

---

<sup>64</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. Februar 1982 – 2 BvL 6/78 –, BVerfGE 60, 16-52, Rn. 77; BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1985 – 2 BvR 1145/83 –, BVerfGE 69, 161-174, Rn. 31 ff.

<sup>65</sup> Ramsauer/Schlatmann, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Aufl. 2023, § 10 Rn. 19.

<sup>66</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 23. März 1959 – III ZR 207/57 –, BGHZ 30, 19-29, Rn. 21.

<sup>67</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 16.

Ein Beispiel für eine fachgesetzliche Fristregelung mit Verlängerungsmöglichkeit ist § 10 Abs. 6a BImSchG:

*(6a) <sup>1</sup>Über den Genehmigungsantrag ist nach Eingang des Antrags und der nach Absatz 1 Satz 2 einzureichenden Unterlagen innerhalb einer Frist von sieben Monaten, in vereinfachten Verfahren innerhalb einer Frist von drei Monaten, zu entscheiden. <sup>2</sup>Die zuständige Behörde kann die Frist um jeweils drei Monate verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. <sup>3</sup>Die Fristverlängerung soll gegenüber dem Antragsteller begründet werden.*

Schwierigkeiten, die demnach eine Verlängerung erforderlich machen, sind etwa viele detaillierte Prüfungen oder die Einschaltung von Sachverständigen. Personelle Engpässe und die Überlastung der zuständigen Behörde rechtfertigen dagegen nach herrschender Auffassung keine längere Frist bis zur Entscheidung.<sup>68</sup> Insoweit unterscheidet die fachgesetzliche Fristregelung sich von der Fristbestimmung im Rahmen der Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO, bei der eine außergewöhnliche Belastung der Behörde grundsätzlich als zureichender Grund für eine längere Frist gilt.<sup>69</sup> Gründe, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, sind z. B. Änderungen seines Antrags während des laufenden Genehmigungsverfahrens.

Eine mehrfache Fristverlängerung ist möglich. Die Verlängerung der Genehmigungsfrist ist kein Verwaltungsakt, sondern eine unselbstständige Verfahrenshandlung und als solche nicht nach § 44a VwGO isoliert anfechtbar. Läuft die (gegebenenfalls verlängerte) Frist ab, ohne dass die Behörde über den Antrag entschieden hat, kann der Antragsteller Verpflichtungsklage in Gestalt der Untätigkeitsklage gemäß § 75 VwGO erheben.<sup>70</sup>

b) Aufnahme in die Arbeitshilfe

Ein Hinweis auf entsprechende Regelungsmöglichkeiten könnte in den Setzkasten zur Formulierung von Experimentierklauseln in *Absatz 2* –

---

<sup>68</sup> Vgl. *Schack*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 68. Edition, Stand 01.10.2023, BImSchG § 10, Rn. 79; *Jarass*, BImSchG, 14. Auflage 2022, § 10 Rn. 124 mwN.

<sup>69</sup> *Porsch*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand 44. EL März 2023, VwGO § 75, Rn. 8 mwN.

<sup>70</sup> Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 5. Dezember 2018 – 2 L 47/16 –, Rn. 85, juris. Nach anderer Ansicht gilt dennoch die Sperrfrist des § 75 Satz 2 VwGO, sodass eine Untätigkeitsklage schon nach drei Monaten erhoben werden kann und die fachgesetzliche längere Frist nur zur Verfahrensaussetzung nach § 75 Satz 3 VwGO führt, *Wöckel*, in: Eyermann, VwGO, 16. Auflage 2022, § 75 Rn. 8.

*besonderer Teil, 7. Verfahrensvorgaben* in den Unterpunkt *Verfahren* aufgenommen werden:

- **Verfahren:** Einzelne Aspekte des Verfahrens (z. B. **angemessene Frist zur behördlichen Entscheidung mit Verlängerungsmöglichkeit**, Beteiligung Dritter, **Beratung und Auskunft durch die Behörde**) können geregelt werden, wobei zumeist auf allgemeine Vorschriften zurückgegriffen werden kann, wenn diese zum Erprobungscharakter passen.

## 2. Genehmigungsfiktion

Ein Verstoß gegen den Grundsatz des zügigen Verwaltungsverfahrens, der das Verfahrensermessen der Behörde überschreitet, führt gegebenenfalls zu Schadensersatz- und Zinsansprüchen, Kostenfolgen und disziplinarrechtlichen Konsequenzen für den verantwortlichen Amtsträger. Der Antragsteller kann zudem aus dem laufenden Verwaltungsverfahren heraus Verpflichtungsklage in Gestalt der Untätigkeitsklage erheben. Zu einer Genehmigungsfiktion, nach der die Genehmigung mit Ablauf der Genehmigungsfrist kraft Gesetzes als erteilt gilt, kommt es nur ausnahmsweise, wenn diese gesetzlich angeordnet wird.

Insofern könnte die Aufnahme von **Fiktionstatbeständen in fachgesetzliche Experimentierklauseln** rechtlich zulässig und sinnvoll sein. Sie könnten, gegebenenfalls mit abweichenden Maßgaben, auf die allgemeine verfahrensrechtliche Vorschrift des § 42a VwVfG verweisen.<sup>71</sup> Die Genehmigung würde nach Ablauf einer fachgesetzlich für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt gelten. Der Verwaltungsakt würde fingiert und der Antragsteller behandelt, als sei die Genehmigung erlassen und ihm bekanntgegeben worden. Er könnte sich den Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich bestätigen lassen und mit der Erprobung beginnen.

Verfassungsrechtlich sind Genehmigungsfiktionen auf Grundlage parlamentsgesetzlicher Fiktionstatbestände grundsätzlich zulässig. Einerseits durchbrechen sie zwar die rechtsstaatlichen Grundsätze der Gewaltenteilung und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG), indem der Verwaltung der Gesetzesvollzug entzogen wird und die Fiktion unabhängig von der Rechtmäßigkeit des beantragten Verwaltungsakts eintritt. Andererseits kommt es zu diesen Durchbrechungen erst, nachdem die Verwaltung die festgelegte Frist in rechtswidriger Weise hat verstreichen lassen. Die Fiktion dient dem

<sup>71</sup> § 42a VwVfG wurde zwar zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie mit dem 4. VwVfÄndG eingefügt (BGBl. I 2008, Nr. 58 vom 17.12.2008, S. 2418), ist aber allgemein zu beachten. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass das Institut der Genehmigungsfiktion künftig voraussichtlich über den Bereich der Dienstleistungsrichtlinie hinaus an Bedeutung gewinnt (BT-Drucksache 16/10844, S. 15).

effektiven Verwaltungsvollzug, der im Rahmen des wirksamen Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich geboten ist.

Bei der Prüfung, ob ein Fiktionstatbestand in der jeweiligen Experimentierklausel rechtlich zulässig und angezeigt ist, muss der Fachgesetzgeber verschiedene Punkte berücksichtigen. Er hat die Interessen des Antragstellers an einer Genehmigungsfiktion gegen die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung sowie unter Umständen gegen widerstreitende Interessen Dritter abzuwägen. Häufig werden staatliche Schutzpflichten gegen Genehmigungsfiktionen für risikogeeignete, innovative Erprobungen sprechen, die mit schwer zu prognostizierenden Gefahren einher gehen.

Schwierigkeiten dürfte in vielen Fällen auch die hinreichende Bestimmbarkeit der fingierten Genehmigung bereiten. Da der Verwaltungsakt nicht mit einem bestimmten Inhalt erlassen, sondern fingiert wird, muss sich der Inhalt der Genehmigung aus der einschlägigen Genehmigungsvorschrift in Verbindung mit dem Genehmigungsantrag des Innovators oder der Innovatorin ergeben. Eine innovationsoffene Experimentierklausel wird jedoch gerade keine detaillierten Regelungen zum Gegenstand, der Begrenzung und Dauer von Erprobungen enthalten. Auch aus dem möglichen Regelungszusammenhang mit Standards für Reallabore, die regelmäßig nur Prinzipien, Zielvorgaben und Auslegungshilfen enthalten würden, wird sich keine hinreichend konkrete Bestimmung ergeben. Der Antrag des Innovators oder der Innovatorin auf Erlass der Genehmigung wird – sofern er allein überhaupt zur Konkretisierung eines fingierten Verwaltungsakts genügen kann – in der Regel unzureichend sein und z. B. keine Angaben zur Evaluation der Erprobung enthalten. Ohne Bestimmungen zum regulatorischen Lernen dürfte die fingierte Genehmigung aber häufig unverhältnismäßig sein.

Die Wahrscheinlichkeit, dass eine fingierte Erprobungsgenehmigung rechtswidrig wäre, erscheint vor diesem Hintergrund hoch. Auch fingierte rechtswidrige Genehmigungen können nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden.<sup>72</sup> Das gegenüber tatsächlich erlassenen und bekannt gegebenen Genehmigungen gesteigerte Aufhebungsrisiko lastet auf der Innovatorin oder dem Innovator. Auch die Bescheinigung des Eintritts der Genehmigungsfiktion nach § 42a Abs. 3 VwVfG beseitigt diese Ungewissheit nicht, da sie nur eine Aussage über die Wirksamkeit, nicht aber die Rechtmäßigkeit der Genehmigung trifft.

### **3. Verlängerung des Erprobungszeitraums „by default“**

Die Befristung der Erprobung im Reallabor<sup>73</sup> kann mit einer Regelung zur Verlängerung des Erprobungszeitraums verbunden werden. Auch wenn der

---

<sup>72</sup> BVerwG, Urteil vom 10. September 1992 – 5 C 39/88 –, BVerwGE 91, 7-13, Rn. 13 ff.

<sup>73</sup> Zur Regelung der Befristung in Experimentierklauseln: Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 166 ff. Die Befristung kann auch Gegenstand eines möglichen Reallabore-Standards sein, der unterschiedliche Maßnahmen und Auflagen zur Durchführung der

Übergang der Innovation in den Regelbetrieb das Ziel jeder Erprobung sein sollte, kann es aus tatsächlichen, politischen oder rechtlichen Gründen geboten sein, die Innovation zunächst weiter im Reallabor zu erproben.

Eine solche Verlängerung bietet sich grundsätzlich bei unvorhergesehenen Entwicklungen und Herausforderungen im Laufe der Erprobung an.<sup>74</sup> Entsprechende Regelungen finden sich teils in bestehenden Experimentierklauseln wie z. B. § 32a Abs. 3 Satz 2 Hamburgisches Rettungsdienstgesetz (HmbRDF), der zur Verlängerung des Erprobungszeitraums in besonderen Fällen ermächtigt.

Denkbar ist aber auch die im Konsultationsprozess gewünschte Verlängerung „by default“, bei der von Anfang an eine zeitlich gestaffelte Zulassung der Erprobung vorgesehen ist. Für eine „automatische“ oder „standardmäßige“ Verlängerung des Erprobungszeitraums, die den Verwaltungsaufwand reduzieren, die Entscheidung beschleunigen und die Planungssicherheit für Innovatoren und Innovatorinnen erhöhen kann, kommen unterschiedliche Regelungstechniken in Betracht.

#### a) Genehmigung im Regelfall

Als „Minimallösung“ kann der Fachgesetzgeber die Verlängerung in das Ermessen der zuständigen Behörde stellen, zugleich aber deutlich machen, dass nach Sinn und Zweck der Vorschrift eine Verlängerung intendiert ist.<sup>75</sup> Das behördliche Ermessen wird dadurch auf Null reduziert. Diese Figur des **intendierten Ermessens** beruht jedoch auf verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung und ist mit Unsicherheiten verbunden.<sup>76</sup>

Da der Gesetzgeber nicht sicher absehen kann, ob seine Regelung als Fall des intendierten Ermessens aufgefasst werden wird, ist stattdessen die Ausgestaltung der behördlichen Ermächtigung als **Soll-Vorschrift**

---

Erprobung benennt. Die konkrete Ausgestaltung der Durchführungsbedingungen hat aber durch Experimentierklauseln zu erfolgen. Der Standard kann insoweit eine Richtung vorgeben, die Innovatorinnen und Innovatoren informiert und den Gesetzgeber zur Aufnahme einer entsprechenden Regelung anregt, vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 99 f.

<sup>74</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 168. Dazu kann auch eine Verlängerung angesichts der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen Dritter gehören, ebd., S. 170.

<sup>75</sup> Zum Verhältnis fachgesetzlicher Experimentierklauseln zu einem möglichen Durchführungsstandard, der Befristung und Verlängerungsmöglichkeit als Maßnahmen der Erprobungsdurchführung benennt: Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 99.

<sup>76</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 5. Juli 1985 – 8 C 22/83 –, BVerwGE 72, 1-8, Rn. 22; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Auflage 2023, § 40 Rn. 35 mwN.



ratsam. Dadurch wird die zuständige Behörde verpflichtet, den Erprobungszeitraum im Regelfall zu verlängern. Eine abweichende Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen ist nur in atypischen Fällen erlaubt, in denen konkrete, nicht von der Behörde selbst zu vertretende Gründe für das Absehen von einer Verlängerung sprechen.<sup>77</sup> Eine solche Regelung würde sich von bestehenden Experimentierklauseln unterscheiden, die die Verlängerung regelmäßig mit einer „kann“-Formulierung in das Ermessen der jeweils zuständigen Behörde stellen (z. B. § 7 Abs. 7 Satz 2 Hochschulgesetz Rheinland-Pfalz (HochSchG RLP), Art. 15 Baden-Württembergisches Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich (FödRefHochSchUmsG) sowie beispielhaft für die Rettungsdienstgesetze der Länder § 34a Abs. 3 Thüringer Rettungsdienstgesetz (TH RettungsdienstG)).

Alternativ kann der Gesetzgeber die Behörde auch einer **strikten Gesetzesbindung** unterwerfen, indem er lediglich normiert, in welchen Fällen eine Verlängerung des Erprobungszeitraums zu versagen ist. Aus einer solchen Regelung folgt, dass die Verlängerung grundsätzlich zugelassen werden muss. Klassisches Beispiel für diese Regelungstechnik ist § 4 Abs. 1 Gaststättengesetz (GastG). Als Beispiel aus dem Bereich der Innovationserprobung kann die Formulierung in § 16 Abs. 2 Satz 1, 2 der Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs-und-Betriebs-Verordnung (AFGBV) dienen:

*(2) Die Erprobungsgenehmigung ist zu befristen und darf einen Geltungszeitraum von vier Jahren im Regelfall nicht überschreiten. Sie ist jeweils für weitere zwei Jahre zu verlängern, wenn die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung weiter fortbestehen und der bisherige Verlauf der Erprobung einer Verlängerung nicht entgegensteht.*

#### b) Genehmigungsfiktion

Dem Gedanken einer „automatischen“ Verlängerung entspricht die Verlängerung in einem (vereinfachten) Verfahren mit einer Genehmigungsfrist und **Genehmigungsfiktion bei Fristablauf**.

Unter der Annahme, dass die Erprobung grundsätzlich weiterhin genehmigungsfähig ist, wird die Behörde dabei verpflichtet, innerhalb einer bestimmten Frist über die Verlängerung zu entscheiden. Ihr Prüfprogramm kann entweder dem bei der ursprünglichen Zulassung der Erprobung entsprechen, oder im Rahmen eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens reduziert sein, etwa darauf, ob der bisherige Verlauf der Erprobung einer Verlängerung entgegensteht.

---

<sup>77</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 2. Juli 1992 – 5 C 39/90 –, BVerwGE 90, 275-287, Rn. 15 f.

Entscheidet die Behörde nicht innerhalb der vorgegebenen Frist, wird die Genehmigung der Verlängerung aufgrund gesetzlicher Anordnung fingiert. Anders als bei der Erstzulassung der Erprobung besteht in dieser Konstellation nicht das Problem einer ausgebliebenen Gefahrprüfung und Abwägung oder eines unzureichend konkretisierten Antrags (vgl. D. I. 2.). Denn der Verlängerungsantrag der Innovatorin oder des Innovators bezieht sich auf die mit der ursprünglichen Zulassungsentscheidung ausgestaltete Erprobung. Die Wahrung von Sicherheit und Ordnung und gegebenenfalls die Vereinbarkeit mit widerstreitenden Interessen Dritter ist somit grundsätzlich gewährleistet. Es ist auch eindeutig, unter welchen sachlichen, räumlichen und anderen Beschränkungen welche Innovation weiter erprobt werden soll. Lässt die Behörde die Frist zur Bescheidung des Verlängerungsantrags verstreichen, ohne darüber zu entscheiden, wird die Genehmigung der Verlängerung der Erprobung unter den bekannten Voraussetzungen fingiert. Der Innovator oder die Innovatorin sollte allerdings in seinem Verlängerungsantrag die Dauer der weiteren Erprobung angeben, soweit sich diese nicht aus der Experimentierklausel selbst ergibt. Sonst droht die Rücknahme der fingierten Verlängerungsgenehmigung.

c) Genehmigungsfreistellung

Eine „standardmäßige“ Verlängerung könnte auch dadurch erreicht werden, dass die Verlängerung unter bestimmten Voraussetzungen ganz von der Genehmigungspflicht freigestellt wird. Wie die Genehmigungsfiktion ist auch diese Konstruktion aus dem Bauordnungsrecht der Bundesländer bekannt.<sup>78</sup>

Eine **Genehmigungsfreistellung** bedeutet, dass kein Genehmigungsverfahren zur Verlängerung des Erprobungszeitraums stattfindet. Weder trifft die Behörde eine Prüfpflicht, noch genießt die Innovatorin oder der Innovator einen genehmigungsartigen Vertrauensschutz, der ordnungsrechtliche Maßnahmen ausschließen würde. Vielmehr liegt es in der Eigenverantwortung der Innovatorin oder des Innovators, die Erprobung unter den ursprünglich genehmigten Voraussetzungen fortzuführen und alle öffentlich-rechtlichen Anforderungen einzuhalten. Wenn die Voraussetzungen für die Genehmigungsfreiheit nicht vorliegen, oder die fortgesetzte Erprobung gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, kann

---

<sup>78</sup> § 51 Landesbauordnung Baden-Württemberg (LBO BW), Art. 58 Bayerische Bauordnung (BayBO), § 62 Bauordnung Berlin (BauO Bln), § 55 Brandenburgische Bauordnung (BbgBO), § 62 Bremische Landesbauordnung (BremLBO), § 64 Hessische Bauordnung (HBO), § 62 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V), § 62 Niedersächsische Bauordnung (NBauO), § 63 Bauordnung Nordrhein-Westfalen (BauO NRW), § 62 Landesbauordnung Rheinland-Pfalz (LBauO RLP), § 63 Landesbauordnung Saarland (LBO Saarland), § 62 Sächsische Bauordnung (SächsBO), § 61 Bauordnung Sachsen-Anhalt (BauO LSA), § 62 Landesbauordnung Schleswig-Holstein (LBO S-H), § 61 Thüringer Bauordnung (ThürBO).

die Behörde ordnungsrechtlich einschreiten.<sup>79</sup> Auch eine mögliche Freistellungserklärung der zuständigen Behörde gegenüber der Innovatorin oder dem Innovator entfaltet keine Genehmigungswirkung. Sie bestätigt lediglich, dass für die Verlängerung kein Genehmigungsverfahren durchgeführt wird. Eine solche Freistellungserklärung kann mit auflösenden Bedingungen versehen werden, nach denen die Verlängerung genehmigungspflichtig wird, wenn bestimmte Maßgaben nicht eingehalten werden.

d) Verlängerung ipso iure

Eine Verlängerung des Erprobungszeitraums könnte schließlich auch **von Gesetzes wegen** eintreten, wenn die Experimentierklausel nicht nur eine Möglichkeit zur Verlängerung schafft, sondern diese grundsätzlich vorschreibt. Schematisch könnte eine solche Regelung im besonderen Teil des Tatbestands der Experimentierklausel lauten:

*Die Genehmigung ist auf bis zu [Anzahl an Monaten oder Jahren] zu befristen. Sie verlängert sich einmal um weitere [Anzahl an Monaten oder Jahren], wenn nicht der Antragsteller durch schriftliche Erklärung gegenüber der Behörde auf die Verlängerung verzichtet, oder die Behörde aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Fortsetzung der Erprobung untersagt. Verzicht oder Untersagung müssen bis zum Ablauf des ursprünglichen Befristungszeitraums erfolgen.*

Damit würde der Fachgesetzgeber einen maximalen, zweigeteilten Befristungszeitraum bestimmen. Auf die erste Erprobungsphase, die nach dem Befristungsrahmen der Experimentierklausel unterschiedlich lang ausfallen kann, folgt „automatisch“ eine zweite Erprobungsphase von genau bestimmter Dauer, wenn die Innovatorin oder der Innovator dies möchte und die zuständige Behörde nicht wegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung widerspricht.

Um Rechtssicherheit für die Innovatorinnen und Innovatoren zu gewährleisten, sollte eine solche Regelung eine Frist für die behördliche Untersagung der weiteren Erprobung enthalten. Mit einem Fristablauf bei Abschluss der ersten Erprobungsphase wird der nahtlose Übergang von der ersten in die zweite Erprobungsphase garantiert. Kostspielige oder für den Erkenntnisgewinn kontraproduktive Unterbrechungen werden vermieden. Für die Innovatorin oder den Innovator bleibt nur das Restrisiko, dass die Behörde die Genehmigung aufgrund von Vorfällen unmittelbar vor Ablauf der ersten Erprobungsphase nach den allgemeinen Regelungen widerruft.

---

<sup>79</sup> Vgl. zu Art. 58 BayBO: Jäde, in: PdK Bay F-3, BayBO Art. 58, Stand Februar 2015.

Soweit dies für den jeweiligen Innovationsbereich verhältnismäßig ist, kann der Fachgesetzgeber auch mehrfache Verlängerungen kraft Gesetzes vorsehen. Theoretisch ist keine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl an Verlängerungen erforderlich. Ohne derartige Eingrenzung sollte der Behörde aber eine Versagung mangels weiterem Erprobungsbedarf ermöglicht werden, damit die „Erprobung“ nicht zum Normalzustand wird.

Nachteil einer solchen Konstruktion ist die unflexible Dauer der Verlängerung. Damit sie ipso iure eintreten kann, muss die Verlängerung in der Experimentierklausel zeitlich genau bestimmt werden. Eine längere oder kürzere zweite Erprobungsphase je nach Erprobungsbedarf ist nicht möglich. Ein weiterer Nachteil ist der erhöhte Verwaltungsaufwand im Vergleich zur unmittelbaren Regelung einer Maximalfrist, die als einheitliche Erprobungsphase abläuft. Denn obwohl der Gesetzgeber offenbar die maximale Erprobungsdauer als rechtmäßig und regelmäßig geboten erachtet, obliegt der zuständigen Behörde die Prüfung, ob sie über die Grenzen des gesetzlichen Widerrufsrechts hinaus eine Fortsetzung der Erprobung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (oder anderen durch den Fachgesetzgeber vorgegebenen Gründen) untersagen will.

e) Aufnahme in die Arbeitshilfe

Ein Hinweis auf entsprechende Regelungsmöglichkeiten könnte in den Setzkasten zur Formulierung von Experimentierklauseln in *Absatz 2 – besonderer Teil, 10. Befristung der Erprobung [notwendig]* in den Unterpunkt Verlängerungsmöglichkeit aufgenommen werden:

**Verlängerungsmöglichkeit:** Da mit der Erprobung von Regelungen und Innovationen unvorhergesehene Entwicklungen und Herausforderungen einhergehen, ist es im Regelfall nicht sinnvoll, die Dauer der Experimentierphase gesetzlich festzuschreiben, ohne dass im Einzelfall davon abgewichen werden kann. Die Verlängerungsmöglichkeiten sollten jedoch nicht überreizt werden, der Regelbetrieb sollte – eine erfolgreiche Erprobung vorausgesetzt – das Ziel bleiben. **Um den Verwaltungsaufwand gering zu halten und die Verlängerungsentscheidung zu beschleunigen, bieten sich folgende Ausgestaltungen an:**

- **Soll-Vorschrift oder Regelung von Versagungsgründen:** Die Behörde wird grundsätzlich verpflichtet, den Erprobungszeitraum einmal oder mehrfach zu verlängern und kann eine abweichende Entscheidung nur in atypischen Fällen oder bei Vorliegen eines gesetzlich bestimmten Versagungsgrundes treffen.

**Beispiel:** § 16 Abs. 2 Satz 1, 2 Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs-und-Betriebs-Verordnung: „Die Erprobungsgenehmi-

*gung ist zu befristen und darf einen Geltungszeitraum von vier Jahren im Regelfall nicht überschreiten. Sie ist jeweils für weitere zwei Jahre zu verlängern, wenn die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung weiter fortbestehen und der bisherige Verlauf der Erprobung einer Verlängerung nicht entgegensteht.“*

- **Genehmigungsfiktion bei Fristablauf:** Die Verlängerung gilt einmal oder mehrfach nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt, wenn die Behörde innerhalb dieser Frist keine Entscheidung getroffen hat.

**Formulierungsvorschlag:** *„Die Erprobungsgenehmigung kann auf Antrag [...] Mal um [je ...] Monate/ Jahre verlängert werden. Hat die Behörde nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten über den Verlängerungsantrag entschieden, gilt die Verlängerungsgenehmigung als erteilt.“*

- **Genehmigungsfreistellung:** Die einmalige oder mehrfache Verlängerung bedarf keiner Genehmigung. Ihre rechtmäßige Fortführung liegt in der Verantwortung des Innovators, die Behörde kann jederzeit einschreiten.

**Formulierungsvorschlag:** *„Die [...]malige Verlängerung der Erprobungsgenehmigung um [je ...] ist genehmigungsfrei gestellt, wenn die Voraussetzungen für eine Erprobung vorliegen.“*

## II. Weitere Instrumente zur Schaffung von Flexibilität

Neben einer Regelung zur Verlängerung des Erprobungszeitraums (siehe D. I.), trägt auch ein vereinfachtes Verfahren zur Anpassung der sachlichen, räumlichen oder persönlichen Begrenzung der Erprobung zu mehr Flexibilität im Reallabor bei.

Erst die Durchführung der Erprobung zeigt, ob die gewählten Vorgaben für die beabsichtigte Untersuchung geeignet sind. Angesichts der Komplexität vieler erprobungsbedürftiger Innovationen wird sich häufig ein Anpassungsbedarf gegenüber der ursprünglichen Ausgestaltung des Reallabors ergeben.<sup>80</sup> So kann sich z. B. herausstellen, dass für belastbare Erkenntnisse fünfzehn statt zehn Ausfertigungen der Innovation unter Marktbedingungen getestet werden müssen, der Untersuchungsraum größer zugeschnitten werden muss, oder die persönlichen Zugangsvoraussetzungen wie Alter oder Qualifikation von Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Erprobung angepasst werden müssen.

---

<sup>80</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 23.

Eine leistungsstarke Experimentierklausel ermöglicht der zuständigen Behörde eine Anpassung ihrer Zulassungsentscheidung an Zwischenergebnisse der Erprobung, ohne dass diese dadurch unterbrochen oder anderweitig erschwert wird (hierzu unter 1.).

Stellt sich heraus, dass eine Innovation Erprobungsbedingungen voraussetzt, die die zuständige Behörde auf Grundlage der bestehenden Experimentierklausel nicht schaffen kann, bedarf es im ersten Schritt einer Anpassung des Rechtsrahmens. Damit der Gesetzgeber zeitnah und adäquat reagieren kann, bietet sich eine Flexibilisierung der Rechtsgestaltung durch Verordnungsermächtigungen in Experimentierklauseln an (hierzu unter 2.).

## 1. Anpassung der Einzelfallentscheidung

Die Zulassungsentscheidung soll ohne aufwendiges Verfahren an ein verändertes Erprobungsbedürfnis angepasst werden können.

Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Änderung der Erprobungsanordnung sich noch im Rahmen des zugelassenen Erprobungsumfangs bewegt. Eine solche Änderung ist von der erteilten Genehmigung gedeckt.

Auch bei einer Regelung der Erprobung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß §§ 54 ff. VwVfG kommt es nur mittelbar auf Bestimmungen zu Änderungsgenehmigungen an. Unter Umständen läuft die Vertragsänderung bei Anpassungsbedarf während der laufenden Erprobung<sup>81</sup> deutlich schneller ab als ein Genehmigungsverfahren zur Änderung.

Wenn der Innovator oder die Innovatorin die Erprobung aber auf eine Weise umgestalten will, die nicht mehr von der erteilten Genehmigung erfasst ist, bedarf es insoweit eines erneuten Genehmigungsverfahrens. Für diese Änderungsgenehmigung könnte die Experimentierklausel ein vereinfachtes Verfahren vorsehen (hierzu unter a)). Geht das Anpassungsverlangen von der Genehmigungsbehörde aus, stehen ihr die Instrumente des allgemeinen Verwaltungsrechts zur Verfügung (hierzu unter b)).

### a) Initiative der Innovatorin oder des Innovators

Ein spezielles Verfahren für Änderungsanträge des Innovators oder der Innovatorin schlägt der Setzkasten für Experimentierklauseln bislang nicht vor. Für die Genehmigung einer Änderung muss demnach ein entsprechender Zulassungsantrag gestellt und das normale Verwaltungsverfahren nach den §§ 9 ff. VwVfG durchlaufen werden.

Um Anpassungen während der laufenden Erprobung zu erleichtern, könnte das Genehmigungserfordernis auf wesentliche Änderungen

---

<sup>81</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 47 f.

beschränkt werden. Zugleich könnte die Experimentierklausel zur möglichst zeitsparenden Gewährleistung behördlicher Kontrolle für alle Änderungen ein Anzeigeverfahren mit möglicher Genehmigungsfreistellung und eventueller Freistellungsfiktion bei Fristablauf vorsehen. Dadurch würden die staatlichen Schutzpflichten mit dem Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung und besseren Planbarkeit für Innovatorinnen und Innovatoren vereinbart.

Unter einer solchen Regelung muss die Innovatorin oder der Innovator die Änderung seiner Erprobung, die (eventuell) nicht mehr von der Erprobungsgenehmigung gedeckt ist, der zuständigen Genehmigungsbehörde anzeigen. Die Behörde muss binnen einer gesetzlich bestimmten Frist anhand der mitgeschickten Unterlagen prüfen, ob die geplante Änderung genehmigungspflichtig ist. Soweit die Prüfung ergibt, dass die Änderung keiner Genehmigung bedarf, kann die Behörde entweder ausdrücklich eine (Genehmigungs-)Freistellungserklärung in Gestalt eines Verwaltungsakts nach § 35 Satz 1 VwVfG abgeben (Negativattest), oder die gesetzlich bestimmte Frist ablaufen lassen, mit der Folge, dass eine Freistellungsfiktion entsprechend § 42a VwVfG eingreift. Ergibt die Prüfung dagegen ein Genehmigungsbedürfnis für die angezeigte Änderung, muss die Behörde innerhalb der Frist ein Genehmigungsverlangen aussprechen. Der Innovator oder die Innovatorin kann dann entweder gegen das Genehmigungsverlangen als feststellenden Verwaltungsakt Rechtsschutz begehren, oder eine Änderungsgenehmigung beantragen.

Alternativ könnte die Innovatorin oder der Innovator freiwillig direkt einen Genehmigungsantrag i. S. d. § 22 VwVfG stellen. Das Anzeigeverfahren würde dann entfallen.

Bislang gibt es, soweit ersichtlich, keine Experimentierklausel mit entsprechender Regelung zur Änderung der Erprobungsgenehmigung. Typisches Beispiel für eine Änderung des Genehmigungsgegenstandes im Anzeigeverfahren mit möglicher Genehmigungsfreistellung und Freistellungsfiktion bei Fristablauf ist § 15 Abs. 1, 2 BImSchG:

*(1) <sup>1</sup>Die Änderung [...] einer genehmigungsbedürftigen Anlage ist, sofern eine Genehmigung nicht beantragt wird, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen wird, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen, wenn sich die Änderung auf in § 1 genannte Schutzgüter auswirken kann. <sup>2</sup>Der Anzeige sind Unterlagen [...] beizufügen, soweit diese für die Prüfung erforderlich sein können, ob das Vorhaben genehmigungsbedürftig ist. <sup>3</sup>Die zuständige Behörde hat dem Träger des Vorhabens den Eingang der Anzeige und der beigefügten Unterlagen unverzüglich schriftlich oder elektronisch zu bestätigen [...]. <sup>4</sup>Sie teilt dem Träger des Vorhabens nach Eingang der Anzeige*

*unverzüglich mit, welche zusätzlichen Unterlagen sie zur Beurteilung der Voraussetzungen [...] benötigt. [...]*

*(2) <sup>1</sup>Die zuständige Behörde hat unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige und der nach Absatz 1 Satz 2 erforderlichen Unterlagen, zu prüfen, ob die Änderung einer Genehmigung bedarf. <sup>2</sup>Der Träger des Vorhabens darf die Änderung vornehmen, sobald die zuständige Behörde ihm mitteilt, dass die Änderung keiner Genehmigung bedarf, oder sich innerhalb der in Satz 1 bestimmten Frist nicht geäußert hat. <sup>3</sup>Absatz 1 Satz 3 gilt für nachgereichte Unterlagen entsprechend.*

Zu Konflikten kann die Abgrenzung unwesentlicher und wesentlicher Änderungen führen. Wenn für die Erstzulassung der Erprobung und für wesentliche Änderungen dieselben Genehmigungsvoraussetzungen gelten, fällt aber zumindest die Abgrenzung zwischen einer wesentlichen Änderung und neuen Erprobungszulassung weg.

## 12. Möglichkeit der Aufhebung oder Änderung [optional]

[...über die Aufhebung...]

Die Experimentierklausel kann außerdem eine Sondervorschrift zur Änderung der zugelassenen Erprobung enthalten. Darin kann bspw. ein Anzeigeverfahren mit möglicher Genehmigungsfreistellung und eventueller Freistellungsfiktion vorgesehen sein.

**Mögliche Formulierung:** *Die wesentliche Änderung einer zugelassenen Erprobung bedarf der Genehmigung. Die Änderung einer zugelassenen Erprobung ist, sofern eine Genehmigung nicht beantragt wird, der zuständigen Behörde mindestens einen Monat, bevor mit der Änderung begonnen wird, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Die zuständige Behörde bestätigt unverzüglich den Eingang der Anzeige. Sie hat unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats nach Eingang der Anzeige, zu prüfen, ob die Änderung einer Genehmigung bedarf. Der Erprobungsberechtigte darf die Änderung vornehmen, sobald die zuständige Behörde ihm mitteilt, dass die Änderung keiner Genehmigung bedarf, oder sich innerhalb der in Satz 4 bestimmten Frist nicht geäußert hat.*

### b) Initiative der Behörde

Sieht die Behörde Anpassungsbedarf, etwa für ein verbessertes regulatorisches Lernen, stehen ihr nach allgemeinem Verwaltungsrecht grundsätzlich zwei Instrumente zur Verfügung. Sie kann die rechtmäßige



Erprobungsgenehmigung unter den strengen Voraussetzungen des § 49 VwVfG oder auf Grundlage eines Widerrufsvorbehalts nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG teilweise widerrufen. Wenn sie die ursprüngliche Zulassung der Erprobung mit einem Auflagenvorbehalt gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG versehen hat, kann sie außerdem zur Vornahme der Änderung eine Auflage erlassen, ändern, ergänzen oder aufheben.<sup>82</sup>

Wie in der bestehenden Arbeitshilfe bereits dargestellt, bedürfen diese allgemeinen verwaltungsverfahrenrechtlichen Mittel keiner deklaratorischen Regelung in der Experimentierklausel.<sup>83</sup> Entsprechende Hinweise auch auf die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen könnten z. B. in das Handbuch Reallabore<sup>84</sup> aufgenommen werden. Die Arbeitshilfe könnte unter *Absatz 2 – besonderer Teil, 11. Weitere Nebenbestimmungen [optional]* um folgenden Hinweis ergänzt werden:

Als optionales Element kann in einer Experimentierklausel auch geregelt werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die **behördliche Entscheidung zur Erprobung mit Nebenbestimmungen** versehen werden kann.

[...]

Aus Gründen der Normenklarheit sollte eine sondergesetzliche Regelung **zurückhaltend eingesetzt** werden. Sie sollte v.a. **konkretisieren**, welche Nebenbestimmungen unter welchen Voraussetzungen möglich sind.

Durch Nebenbestimmungen können auf den Einzelfall zugeschnittene Lösungen geschaffen werden, die der Behörde weitere Handlungsoptionen eröffnen. **Um spätere Anpassungen der Erprobungsentscheidung zu ermöglichen, kann die Behörde sich die Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen auch vorbehalten (§ 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG).**

<sup>82</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 47. Auch wenn teilweise vertreten wird, dass jede nachträgliche Auflage zugleich einen Teilwiderruf des Ausgangsverwaltungsakts darstellt (*Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 24. Auflage 2023, § 36 Rn. 77), bietet der Auflagenvorbehalt zusätzliche Rechtssicherheit (*Schröder*, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, 4. EL November 2023, VwVfG § 36 Rn. 85) und kann eine Vertrauensschutzprüfung entfallen lassen (*Ziekow*, VwVfG, 2006, § 36 Rn. 14).

<sup>83</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 20; vgl. Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, 171 f.

<sup>84</sup> BMWi, Freiräume für Innovationen – Das Handbuch für Reallabore, 2019.

Von den hier relevanten Anpassungen der Genehmigung sind Maßnahmen der Gefahrenabwehr auf ordnungsrechtlicher Grundlage zu unterscheiden, die jederzeit bei neu auftretenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ergriffen werden dürfen und sich praktisch zumindest kurzfristig ähnlich wie eine Änderung der Genehmigung auswirken können.

## 2. Anpassung des Rechtsrahmens

Untergesetzliche Regelungen eignen sich besonders zur flexiblen Konkretisierung allgemein-abstrakter Experimentierklauseln. Sie können leichter angepasst werden z. B. an eine veränderte Risikoprognose oder einen veränderten Erprobungsbedarf als die parlamentsgesetzliche Experimentierklausel selbst.<sup>85</sup> Die bestehende Arbeitshilfe sieht bereits die optionale Schaffung einer Verordnungsermächtigung vor.<sup>86</sup>

## III. Haftungsbeschränkungen

Aus der Konsultation zum Reallabore-Gesetz ist die Idee hervorgegangen, eine innovationsfreundliche Genehmigungspraxis durch die Beschränkung der persönlichen Haftung von Behördenmitarbeitern nach nationalem Recht zu erreichen.

Dieser Gedanke ist bereits verfassungsrechtlich verankert. Verletzt ein Amtswalter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht und entsteht dadurch ein Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB, wird diese Verantwortlichkeit grundsätzlich gemäß Art. 34 Satz 1 GG auf den Staat oder die Körperschaft übergeleitet, in deren Dienst er steht.<sup>87</sup> Die Amtshaftung für hoheitliches Unrecht ist damit eine Staatshaftung und trifft zumindest faktisch nicht den Amtswalter persönlich.<sup>88</sup> Anspruchs- und gegebenenfalls Prozessgegner ist seine Anstellungskörperschaft.

---

<sup>85</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 10, 181.

<sup>86</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 22 f.

<sup>87</sup> BVerfG, Urteil vom 19. Oktober 1982 – 2 BvF 1/81 –, BVerfGE 61, 149-208, Rn. 134 ff. Zu den Voraussetzungen eines Staatshaftungsanspruchs: Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 148 f.

<sup>88</sup> Vgl. zur rechtssystematischen Einordnung der Amtshaftung: *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage 2013, S. 11 ff.

Dennoch können Gedanken an einen möglichen Rückgriff des haftenden Staates gemäß Art. 34 Satz 2 GG und einfachem Recht,<sup>89</sup> oder die beamtenrechtlichen Konsequenzen einer Pflichtverletzung die Zulassungsentscheidung hemmen.

Ein Ausschluss der Staatshaftung kommt nicht in Betracht. Es kann aber gesetzlich oder vertraglich vorgesehen werden, dass der Innovator oder die Innovatorin eine Haftungsfreistellungserklärung abgibt (hierzu unter 1.). Eine Einschränkung der Regresshaftung des Amtsträgers erscheint nur mittelbar über eine untergesetzliche Konkretisierung seiner Dienstpflicht sinnvoll (hierzu unter 2.).

## 1. Einschränkung der Staatshaftung

Die Haftung des in hoheitlicher Funktion handelnden Staates darf nicht vollständig aufgehoben werden. Wegen der rechtsstaatlichen Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, die durch Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützt ist, müssen rechtswidrige staatliche Maßnahmen aufgehoben und die dadurch verursachten Folgen beseitigt oder Wiedergutmachung geleistet werden. Gleiches folgt aus dem Abwehrgehalt der Grundrechte.<sup>90</sup>

Mit Einschränkungen der nur „grundsätzlich“ garantierten Amtshaftung nach Art. 34 Satz 1 GG sind der Ausschluss oder die Beschränkung der Haftungsüberleitung auf den Staat durch oder aufgrund eines Gesetzes gemeint. Sie führen zur Eigenhaftung des Amtswalters nach § 839 BGB und sind damit gerade nicht geeignet, Entscheidungshemmungen abzubauen. Der Behördenmitarbeiter würde unmittelbar selbst haften.

Denkbar ist aber eine Haftungsbegrenzung durch Haftungsfreistellungserklärung des Innovators oder der Innovatorin<sup>91</sup> gegenüber der Verwaltung. Diese Haftungsfreistellungserklärung mindert das Haftungsrisiko des Staates, bringt seine Verantwortung jedoch nicht zum Erlöschen. Wenn die Behörde von dem Innovator oder der Innovatorin im Einzelfall auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage eine Haftungsfreistellung verlangen kann, ist der Innovator oder die Innovatorin verpflichtet, die Verwaltung von Ersatzansprüchen Dritter wegen Schäden, die direkt oder indirekt aus der Inanspruchnahme der Ausnahmegegenehmigung entstehen, freizuhalten. Soweit der Innovator oder die Innovatorin aber nicht auf die Verbindlichkeit leistet, den Ersatzanspruch des Dritten also

---

<sup>89</sup> Die Rechtsgrundlage für den Innenregress richtet sich nach dem Status des handelnden Amtswalters (z. B. Beamte im staatsrechtlichen Sinne, Angestellte, Arbeiter, Beliehene und Verwaltungshelfer, Mitglieder kommunaler Verwaltungskörperschaften).

<sup>90</sup> Zur Haftungsfunktion der Grundrechte: BVerfG, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 2 BvR 737/20 –, BVerfGE 162, 325-357, Rn. 86, 88; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18. November 2020 – 2 BvR 477/17 –, Rn. 25 f., juris.

<sup>91</sup> Für private Konformitätsbewertungs-, Kontroll- oder Zertifizierungsstellen, die Innovationen unter Umständen untersuchen, bewerten und ihre Übereinstimmung mit gesetzlich bestimmten Sicherheitsanforderungen bescheinigen, wird die Pflicht zur Haftungsfreistellung des Staates in der Regel im selben Gesetz wie ihre Beleihung geregelt (z. B. § 10 Abs. 4 KfSachvG).

nicht erfüllt, haftet ihm gegenüber unverändert die Verwaltung. Die Arbeitshilfe sieht Haftungsfreistellungserklärungen in engen verfassungsrechtlichen Grenzen bereits als mögliche materielle Begrenzung der Erprobung vor.<sup>92</sup> Die Haftungsbeschränkung muss auf sachgerechten Erwägungen beruhen und sich an der Grundentscheidung der Verfassung für eine Staatshaftung ausrichten.<sup>93</sup> Das kann bedeuten, dass die Regelung zur Haftungsfreistellung z. B. mit gewichtigen Gründen des öffentlichen Wohls begründet und der Haftungsausschluss verhältnismäßig und für den Betroffenen zumutbar ausgestaltet sein muss.<sup>94</sup> Die Arbeitshilfe könnte um einen Formulierungsvorschlag unter *Absatz 2 – allgemeiner Teil, 6. Materielle Begrenzung [notwendig]* ergänzt werden.

[...]

- **Zusätzliche risikobezogene Anforderungen [...]**

**Beispiel und Formulierungsvorschlag haftungsbezogene Anforderungen:** § 43 Absatz 2 Luftverkehrsgesetz [...]; „Eine Genehmigung darf/ soll nur erteilt werden, wenn der Antragsteller das Land, in dessen Gebiet die Erprobung erfolgt, von allen/ [näher bestimmten] Ansprüchen Dritter wegen Schäden freistellt, die durch ihn oder seine Hilfskräfte in Ausübung der Erprobungsgenehmigung verursacht werden.“

Vor Implementierung einer derartigen Verpflichtung zur Haftungsfreistellung sollte für den jeweiligen Fall abgewogen werden, ob der Vorteil eines reduzierten staatlichen Haftungsrisikos für die unter Umständen noch wenig überschaubaren Schadensrisiken schwerer wiegt als die möglichen negativen Auswirkungen auf die Innovationskraft. Denn Innovatorinnen und Innovatoren könnten von der Pflicht zur Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung abgeschreckt werden. Häufig wird das staatliche Haftungsrisiko bereits durch risikobasierte Anforderungen an Erprobungsgenehmigungen eingegrenzt werden können.

## 2. Einschränkung der Regresshaftung des Amtsträgers

Einfachgesetzliche Beschränkungen des staatlichen Rückgriffs auf den Amtswalter, der die Haftung verursacht hat, erscheinen nicht zielführend. Art. 34 Satz 2 GG verpflichtet den Staat nicht zum Regress, sondern gibt nur einen

<sup>92</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 16.

<sup>93</sup> BGH, Urteil vom 30. Oktober 1986 – III ZR 151/85 –, BGHZ 99, 62-69, Rn. 12; BGH, Urteil vom 26. September 1957 – III ZR 69/56 –, BGHZ 25, 231-238, Rn. 17.

<sup>94</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 151 mwN.

Rahmen für den möglichen Rückgriff vor.<sup>95</sup> Der Innenregress ist demnach bereits auf Fälle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beschränkt, um die Entschlussfreude des Amtsträgers zu stärken und damit die Effektivität des hoheitlichen Handelns zu fördern.<sup>96</sup> In diesem Rahmen findet der Rückgriff auf den Amtsträger der in Anspruch genommenen Körperschaft nach den Regeln der allgemeinen Innenhaftung statt (z. B. § 75 Abs. 1 Satz 1 Bundesbeamten-gesetz (BBG), § 48 Satz 1 Beamtenstatusgesetz (BeamStG), § 3 Abs. 7 Ta-rifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD)).

Einschränkungen dieser Regresshaftung des Amtsträgers können über an-dere Rechtsvorschriften als gesetzliche oder untergesetzliche Normen er-reicht werden: Da der Rückgriff des Staates eine Dienstpflichtverletzung des Amtswalters voraussetzt, können Verwaltungsverordnungen und Weisungen, die grundsätzlich zur Zulassung von Erprobungen anhalten, die Wahr-scheinlichkeit eines Innenregresses senken. Auch darüber hinaus können ent-sprechende norminterpretierende Verwaltungsvorschriften den Amtsträgern die Entscheidung zugunsten einer Erprobung erleichtern, indem sie die Bewer-tung komplexer Erprobungsvoraussetzungen durch Schematisierung und Konkretisierung vereinfachen. Eine innovationsfreundliche Genehmigungs-praxis wird dabei auch durch die Vereinheitlichung der Behördenpraxis und eine Verfahrensbeschleunigung erreicht.<sup>97</sup>

#### IV. Erleichterter Zugang für Start-Ups bzw. KMU

Im Rahmen der Online-Konsultation und Ressortabstimmung kam der Vorschlag ei-nes erleichterten Zugangs für Start-Ups zum Reallabor auf, da sie über weniger Ressourcen verfügen als große Unternehmen. Das entspricht Erwägungsgrund 73 und Art. 55 Abs. 1 des Entwurfs zur geplanten KI-Verordnung 2021/0106 (COD)<sup>98</sup>, wonach KMU einschließlich Start-Ups vorrangiger Zugang zu KI-Reallaboren zu ge-währen ist.

Die Privilegierung setzt eine genauere Bestimmung der Adressaten voraus (hierzu unter 1.). Es sind verschiedene Zugangserleichterungen für Start-Ups bzw. kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) durch Regelungen in Experimentierklauseln denkbar. Ihre Innovationen könnten bei Auswahlentscheidungen zwischen zwei oder mehreren Innovationen bevorzugt zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden (hierzu unter 2.). Für Start-Ups bzw. KMU könnten außerdem Pflichten zur Vor-berereitung der Evaluation reduziert werden oder sogar wegfallen (hierzu unter 3.).

---

<sup>95</sup> Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage 2013, S. 119.

<sup>96</sup> BVerwG, Urteil vom 26. August 2010 – 3 C 35/09 –, BVerwGE 137, 377-390, Rn. 22.

<sup>97</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulie-rung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 112 f., 181 f.

<sup>98</sup> Europäische Kommission, Vorschlag vom 21.04.2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstli-che Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM/2021/206 final), Stand 21.01.2024.

Schließlich könnten ebenfalls in Anlehnung an den Entwurf zur KI-Verordnung gesonderte Informationskanäle für bestimmte KMU eingerichtet werden (hierzu unter 4.).

## 1. Definition von Start-Ups bzw. KMU

Für die rechtssichere Anwendung der Privilegierung bedarf es zunächst einer Definition von Start-Ups oder KMU, um ermitteln zu können, welche Innovatorinnen und Innovatoren darunter fallen.<sup>99</sup>

Gemäß der Start-Up-Strategie der Bundesregierung sind Start-Ups junge, innovative Unternehmen mit Wachstumsambitionen.<sup>100</sup> In der europäischen und nationalen Rechtsordnung existiert bislang keine einheitliche Definition für Start-Ups. Sie werden häufig unter den Begriff der KMU subsumiert.<sup>101</sup> KMU sind nach der maßgeblichen Empfehlung der Europäischen Kommission Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro erzielen, oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. Euro beläuft.<sup>102</sup> Wobei kleine Unternehmen weniger als 50 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz bzw. eine Jahresbilanz von höchstens 10 Mio. Euro erreichen und Kleinunternehmen weniger als 10 Personen beschäftigen und einen Jahresumsatz bzw. eine Jahresbilanz von maximal 2 Mio. Euro haben.

## 2. Vorrang für Start-Ups bzw. KMU bei Auswahlentscheidungen

Wenn die jeweils zuständige Behörde aufgrund tatsächlicher oder organisatorischer Beschränkungen nur eine bestimmte Anzahl von Erprobungen im Reallabor zulassen und begleiten kann, muss sie gegebenenfalls eine Auswahlentscheidung zwischen zwei oder mehreren Innovationen treffen. Diese ist nur dann mit Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG vereinbar, wenn ein ausreichend bestimmter, sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung der Antragsteller besteht.<sup>103</sup> KMU dürfen nicht willkürlich bevorzugt werden. Das ist für jeden Regelbereich einzeln zu bestimmen, weshalb keine allgemeine Vorgabe zur Bevorzugung von KMU in den Setzkasten zur Schaffung von Experimentierklauseln aufgenommen werden sollte.

---

<sup>99</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 56.

<sup>100</sup> Start-Up Strategie der Bundesregierung, Stand Juli 2022, S. 2.

<sup>101</sup> Hilgers, in: BeckOK DGA Art. 8 Zentrale Informationsstellen, Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, 46. Edition, Stand: 01.11.2023, Rn. 19.

<sup>102</sup> Europäische Kommission, Empfehlung vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (K(2003) 1422); Europäische Kommission, Benutzerleitfaden zur Definition von KMU, 2020, S. 10.

<sup>103</sup> Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 51.

### 3. Reduzierung von Pflichten im Rahmen der Evaluation

Eine Belastung für kleinere Unternehmen können die Berichtspflichten während der Erprobung und zu ihrer Evaluation darstellen. Sie dienen der behördlichen Aufsicht über die Erprobung und mögliche Gefahren für die betroffenen Schutzgüter. Zudem sollen die Berichte regulatorisches Lernen ermöglichen. Daher ist der Informationsaustausch zwischen den Innovatorinnen und Innovatoren sowie der zuständigen Behörde ein wesentlicher Bestandteil des Reallabors. Ein gänzlicher Wegfall von Berichtspflichten wird in der Regel nicht dem Erprobungszweck gerecht. Es sei denn, ein ausreichender Informationsaustausch lässt sich auf andere Art und Weise sicherstellen. In Betracht kommt aber eine reduzierte Berichtspflicht entsprechend der Ressourcen des Innovators oder der Innovatorin. Falls die Experimentierklausel wie in der bestehenden Arbeitshilfe unter anderem vorgesehen, nur eine allgemeine Pflicht zur Evaluation statuiert,<sup>104</sup> bleibt es der Behörde im Einzelfall überlassen, Frequenz, Umfang und Form der Bericht an die Größe und Kapazität des Antragstellers anzupassen.

### 4. Spezielle behördliche Begleitung von Start-Ups bzw. KMU

Der Umfang der behördlichen Beratung und Auskunft nach § 25 Abs. 1, 2 VwVfG richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei müssen die Komplexität des Verfahrensgegenstandes, der erwartbare Kenntnisstand des Empfängers der Beratung und die Erfahrungswerte im Umgang mit Behörden berücksichtigt werden.<sup>105</sup> Sollten in einem KMU oder Start-Up wenig Erfahrung mit Verwaltungsvorgängen bestehen und geringere Ressourcen zur eigenen Information vorhanden sein, folgt daraus eine umfangreichere Auskunftspflicht der Behörde.

Darüber hinaus könnte ein Angebot speziell für KMU bzw. Start-Ups geschaffen werden. Erwägungsgrund 73, Art. 55 Abs. 1 der geplanten KI-Verordnung 2021/0106 (COD) sieht z. B. die Schaffung gesonderter Informationskanäle für KMU und Start-Ups vor. Es erscheint sinnvoll, dazu den geplanten „One-Stop-Shop“ zu nutzen. Jedenfalls vor seiner Einrichtung muss die Arbeitshilfe nicht ergänzt werden.

## V. Vorrang für nachhaltige und klimafreundliche Technologien

Nachhaltige und klimafreundliche Technologien sollen laut Konsultation und Ressort-Abfrage vorrangig zur Erprobung im Reallabor zugelassen werden. Um diesen Vorrang möglichst umfassend für verschiedene Innovationen regeln zu können, kann auch die weiter gefasste Formulierung der „nachhaltigen oder klimafreundlichen Innovationen“ genutzt werden.

---

<sup>104</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 20, 18.

<sup>105</sup> Herrmann, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, Werkstand: 01.10.2023, § 25, Rn. 6.

Auf die Vorrangstellung bestimmter Innovationen kommt es erst an, wenn mehrere Innovatorinnen und Innovatoren Erprobungszulassungen beantragen, kapazitätsbedingt aber nicht alle zugleich zugelassen werden können. Eine solche Konkurrenzsituation, in der die zuständige Behörde eine Auswahlentscheidung zwischen zwei oder mehreren Innovationen treffen muss, kann etwa entstehen, wenn zeitgleich derselbe Erprobungsraum benötigt wird (z. B. dieselbe Teststrecke, derselbe virtuelle Raum), oder die Behörde nur eine bestimmte Anzahl von Erprobungen im Reallabor begleiten kann.

Um „nachhaltigen und klimafreundlichen Technologien“ Vorrang einräumen zu können, müssen die Begriffe näher bestimmt werden (hierzu unter 1.) Die Bevorzugung bei Auswahlentscheidungen kann durch eine entsprechend erweiterte Zweckbestimmung in der Experimentierklausel erreicht werden (hierzu unter 2.).

## 1. Begriff der „nachhaltigen und klimafreundlichen Technologien“

Experimentierklauseln ermöglichen Innovationsoffenheit und Flexibilität, müssen jedoch entsprechend des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatzes hinreichend bestimmbar formuliert sein.<sup>106</sup> Die konkreten Anforderungen an die Bestimmtheit von Normen richten sich nach dem Einzelfall.<sup>107</sup> Entscheidend ist, dass die in einer Experimentierklausel verwendeten Begriffe so weit ausgelegt werden können, dass sie rechtssicher angewendet werden kann.

Die Begriffe der „Nachhaltigkeit“ und „Klimafreundlichkeit“ sind nicht legaldefiniert. Die Bezugnahme auf künftige Generationen in der Staatszielbestimmung des Artikel 20a GG wird als verfassungsrechtliche Verankerung ökologischer Nachhaltigkeit ausgelegt.<sup>108</sup> Die nähere Begriffsbestimmung ist nicht eindeutig geklärt. Unternehmensrechtlich gilt Nachhaltigkeit als Zielvorstellung, für die aber keine einheitliche Definition oder branchenübergreifende Standards bestehen.<sup>109</sup> Dies könnte zu Rechtsunsicherheiten in der praktischen Anwendung einer Vorrangregelung für „nachhaltige“ Technologien führen. Der Begriff sollte nach Möglichkeit für das jeweils geregelte Rechtsgebiet durch weitere Begriffe oder Beispiele konkretisiert werden. Dabei muss es bei einer Begriffsannäherung bleiben. Die eventuell mögliche Gleichsetzung „nachhaltiger“ Technologien mit einer bestimmten Technologie (vgl. erneuerbare Energien, § 2 EEG) würde die Innovationsoffenheit der Experimentierklausel stark beschränken.

Auch der Schutz des Klimas findet seine verfassungsrechtliche Verankerung in Artikel 20a GG.<sup>110</sup> Der Klimaschutzauftrag wird im Klimaschutzgesetz (KSG)

---

<sup>106</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 34.

<sup>107</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 37.

<sup>108</sup> Callies, in: Dürig/Herzog/Scholz/Calliess, Grundgesetz, 102. EL August 2023, GG Art. 20a, Rn. 103.

<sup>109</sup> Mittwoch/Wetenkamp/Bleier, NJW 2022, 3601, Rn. 14 f.

<sup>110</sup> Callies, in: Dürig/Herzog/Scholz/Calliess, Grundgesetz, 102. EL August 2023, GG Art. 20a Rn. 40.



konkretisiert.<sup>111</sup> Zur weiteren Begriffsbestimmung kann gegebenenfalls auf den Zweck des KSG in § 1 KSG zurückgegriffen werden, die Begriffsbestimmungen aus § 2 KSG, oder die Nationalen Klimaschutzziele gemäß § 3 KSG.

## 2. Erweiterte Zweckbestimmung

Ein Vorrang der Erprobung nachhaltiger und klimafreundlicher Technologien kann im optionalen Erprobungszweck der Experimentierklausel verankert werden. Anders als bei einer Verortung im Erprobungsgegenstand wird die Nachhaltigkeit und/ oder Klimafreundlichkeit einer Technologie damit nicht zur Voraussetzung der Erprobungszulassung, sondern nur zu einem besonders gewichtigen Belang bei etwaigen Ermessensentscheidungen.

Der Erprobungszweck trägt zur Normenklarheit bei, kann als Auslegungshilfe dienen und die Ermessenausübung der zuständigen Behörde lenken.<sup>112</sup> Nach § 40 VwVfG müssen Behörden ihr Ermessen entsprechend des Zwecks der ermächtigenden Regelung ausüben. Der Erprobungszweck kann sehr schlicht ausgestaltet sein, etwa: „Zur praktischen Erprobung [...]“.<sup>113</sup> Er kann aber auch darüber hinaus noch weitere Elemente enthalten.<sup>114</sup> Es ist sinnvoll, in der Arbeitshilfe den Hinweis zu erweiterten Erprobungszwecken um das Beispiel nachhaltiger und klimafreundlicher Technologien zu erweitern.

Ein Hinweis auf die Möglichkeit der Erweiterung des Erprobungszwecks um nachhaltige und klimafreundliche Technologien (gegebenenfalls begrifflich näher bestimmt), könnte in den Setzkasten zur Formulierung von Experimentierklauseln in *Absatz 1 – [Erprobungszweck] (optional)* aufgenommen werden:

***Mögliche Formulierung:*** „Diese Vorschrift dient der praktischen Erprobung von [...] und dem Lernen für eine mögliche dauerhafte Regulierung von [...]“

Ein darüber hinausgehender Erprobungszweck kann zusätzliche Schwerpunkte für die Erprobung setzen und das Ermessen der zuständigen Behörde lenken.

***Mögliche Formulierungen:*** Diese Vorschrift dient der praktischen Erprobung von [...]. Die Erprobung nachhaltiger [und/ oder] klimafreundlicher [Technologien/ Innovationen] soll als vorrangiger Belang berücksichtigt werden.

<sup>111</sup> BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 –, Rn. 213, juris.

<sup>112</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 122.

<sup>113</sup> BMWi, Recht flexibel Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, Dezember 2020, S. 12.

<sup>114</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 123.

*Oder: Zur Erprobung von [...] darf [...], wobei nachhaltige [und/ oder] klimafreundliche [Technologien/ Innovationen] als vorrangiger Belang berücksichtigt werden sollen.*

## VI. (Stakeholder-)Beteiligung insbesondere der Zivilgesellschaft/ Bürger

Die zwingende Beteiligung der Öffentlichkeit (hierzu unter 1.) oder von Verbänden und Vereinigungen (hierzu unter 2.) bei der Zulassung der Erprobung ist nicht zu empfehlen. Sie verzögert das Verfahren und ist angesichts der zeitlich, räumlich und sachlich überschaubaren Regelungssachverhalte nicht erforderlich.

Das schließt eine freiwillige Beteiligung bestimmter Dritter, etwa im Rahmen der Evaluation, nicht aus.

### 1. Öffentlichkeitsbeteiligung

Im Verwaltungsverfahren werden grundsätzlich nur die von der Behördenentscheidung unmittelbar Betroffenen beteiligt, § 13 Abs. 1 VwVfG. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist nur vor komplexen Planungsentscheidungen vorgesehen, bei denen viele verschiedene öffentliche und private Belange berücksichtigt werden müssen, § 73 VwVfG. In diesen Fällen lohnt sich der zeitliche und organisatorische Aufwand, die Öffentlichkeit über die Planung zu unterrichten und allen, die in ihren Belangen berührt sind, Gelegenheit zur Äußerung sowie gegebenenfalls zur Erörterung zu geben. Auch Vereinigungen, die in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt werden, können dabei Stellung nehmen. Auf diese Weise wird der Behörde die Amtsermittlung aller Abwägungsbelange erleichtert und das rechtliche Gehör einer Vielzahl Berechtigter gesichert. Außerdem kann infolge der Beteiligung die Akzeptanz eines Vorhabens steigen und Konfliktpotenzial befriedet werden. Idealerweise findet die Öffentlichkeitsbeteiligung dafür schon vor Antragstellung statt, § 25 Abs. 3 VwVfG.

### 2. Stakeholder-Beteiligung

Der Begriff der „Stakeholder-Beteiligung“ ist aus dem internationalen Recht bekannt<sup>115</sup> und wird in deutschen Gesetzen, soweit ersichtlich, bislang nicht verwendet. In der Sache ist die Beteiligung nicht-staatlicher Stakeholder als Interessenvertreter aber teilweise auch in der deutschen Rechtsordnung vorgesehen. Ein Beispiel für ihre Beteiligung im Verwaltungsverfahren ist die Mitwirkung anerkannter Naturschutzvereinigungen vor gewichtigen behördlichen Entscheidungen mit Auswirkungen auf Natur und Landschaft gemäß § 63 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG). Sie dürfen Einsicht in einschlägige Sachverständigengutachten nehmen und ihnen ist Gelegenheit zur

---

<sup>115</sup> Beispielsweise aus dem OECD-Leitfaden für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht für verantwortungsvolles unternehmerisches Handeln von 2018.

Stellungnahme zu geben. Der Identifizierung, Verhinderung oder Minimierung von Risiken für bestimmte Schutzgüter dient auch die aus § 4 Abs. 4 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) folgende Pflicht zur Stakeholder-Beteiligung in unternehmerischen Risikomanagementsystemen.

## VII. Möglichst hohe Innovationsoffenheit

Leistungsstarke Experimentierklauseln sind innovationsoffen. Ihr Anwendungsbereich ist nicht auf bekannte Entwicklungen beschränkt, sondern möglichst offen gehalten, um künftige, noch unbekannte Innovationen im jeweiligen Fachbereich zu erfassen.

Dem Wunsch aus dem Konsultationsprozess und der Ressortabfrage nach einer möglichst hohen Innovationsoffenheit im Sinne rechtlicher Spielräume für künftige Innovationen, kann durch einen weiten Experimentierklausel-Tatbestand entsprochen werden, wie ihn die bestehende Arbeitshilfe bereits vorschlägt.

Ein Hinweis auf die Formulierung noch allgemeinerer Erprobungsgegenstände könnte faktisch Spielräume verschließen, da sie zulasten der Anwendungsfreundlichkeit und Genehmigungsbereitschaft gehen dürfte (hierzu unter 1.). Eine noch weitreichendere Abweichungsbefugnis der Behörde liefe Gefahr, gegen rechtsstaatliche Anforderungen zu verstoßen (hierzu unter 2.).

### 1. Abstrakt-genereller Erprobungsgegenstand

Theoretisch kann der Tatbestand so abstrakt-generell formuliert werden, wie es verfassungsrechtlich mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und die Wesentlichkeitstheorie gerade noch zulässig ist.<sup>116</sup> Wenn der Erprobungsgegenstand so weit wie möglich und die materielle Begrenzung der Erprobung so gering wie möglich gefasst wird, entsteht eine maximal innovationsoffene Experimentierklausel, die gerade noch rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht.<sup>117</sup> Ist die Geltungsdauer der Experimentierklausel selbst befristet (sog. „Sunset-Klausel“), kann sie grundsätzlich noch offener gestaltet werden.<sup>118</sup>

Die bisherige Arbeitshilfe weist aber bereits darauf hin, dass es nicht sinnvoll ist, diesen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum auszureizen.<sup>119</sup> Denn

---

<sup>116</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Möglichkeiten einer „Generalklausel“ zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle (Los 1), März 2020, S. 36 ff.

<sup>117</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 29 ff.

<sup>118</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 179 f.

<sup>119</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 9, 14, 22; Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 111.

leistungsstarke Experimentierklauseln sollten nicht nur besonders offen für eine Vielzahl noch unbekannter Innovationen sein, sondern Behörde und Innovatorinnen und Innovatoren auch Rechtssicherheit bieten und eine transparente, einheitliche Genehmigungspraxis erleichtern. Die Herausforderung besteht deshalb darin, die doppelte Balance zwischen Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung sowie Innovationsoffenheit und Anwendungsfreundlichkeit herzustellen.

Eine Regelungstechnik, mit der die Bestimmung des Erprobungsgegenstands möglichst abstrakt gehalten werden kann, ohne dass die Anwendungsfreundlichkeit der Experimentierklausel darunter leidet, ist die Auslagerung der näheren Konkretisierung des Erprobungsgegenstands in untergesetzliches Regelwerk. Meistens wird es sich dabei um eine Rechtsverordnung handeln, die auf Grundlage einer Verordnungsermächtigung in der Experimentierklausel ergangen ist. Die genauere Bestimmung des Erprobungsgegenstands durch Rechtsverordnung kann bei Bedarf schneller auf bislang unbekannte Innovationen abgestimmt werden als eine formell gesetzliche Regelung (vgl. D.II.2.). Auf diese Konstruktion weist die Arbeitshilfe bereits hin.<sup>120</sup>

## 2. Weitreichende Entscheidungsbefugnis

Der gewünschte rechtliche Spielraum für künftige, noch unbekannte Innovationen setzt zudem voraus, dass zur Erprobung der möglichst offen gehaltenen Innovation die erforderlichen Abweichungen vom jeweiligen Fachgesetz erlaubt sind.

Die bestehende Arbeitshilfe sieht bereits die denkbar weite Möglichkeit der Abweichung von allen Vorschriften des jeweiligen Fachgesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erlassenen (untergesetzlichen) Vorschriften vor.<sup>121</sup> Eine noch weitreichendere Abweichungsbefugnis liefe Gefahr, gegen den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz und die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG zu verstoßen.<sup>122</sup>

## VIII. Verwertung von Erprobungsergebnissen

Ein weiteres Anliegen aus der Online-Konsultation und Ressortabfrage zum Reallabore-Gesetz ist die Verwertung von Erprobungsergebnissen. Die Evaluation des Reallabors soll zu regulatorischem Lernen beitragen und den Übergang der Innovation

---

<sup>120</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 15 („Konkretisierung durch untergesetzliches Regelwerk“).

<sup>121</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 14 („Weite Variante“).

<sup>122</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Möglichkeiten einer „Generalklausel“ zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle (Los 1), März 2020, S. 49.

in den Regelbetrieb erleichtern, ohne dass durch den Wissenstransfer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder Schutzrechte verletzt werden.

Die bestehende Arbeitshilfe sieht im besonderen Teil des Setzkastens Regelungen zu Evaluation und Transfer vor, sowie begleitende Pflichten der Innovatorinnen und Innovatoren. Dazu können Überwachungs- und Berichtspflichten sowie die Pflicht zur Teilnahme an wissenschaftlichen Untersuchungen gehören.<sup>123</sup>

## 1. Besonders geschützte Informationen

Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist dabei schon verfassungsrechtlich abgesichert durch die Eigentums- und/ oder Berufsfreiheit der Innovatorinnen und Innovatoren nach Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, gegebenenfalls i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG.<sup>124</sup> Soweit die Innovatorinnen und Innovatoren zu einer Informationsweitergabe verpflichtet werden, die in den Schutzbereich dieser Grundrechte eingreift, muss der Eingriff gerechtfertigt und insbesondere verhältnismäßig sein.

Einfachgesetzlich sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie Rechte am geistigen Eigentum dadurch geschützt, dass sie grundsätzlich vom Recht auf Informationszugang ausgeschlossen sind. Behörden dürfen besonders geschützte Informationen Dritten nur zugänglich machen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse oder die Zustimmung der Berechtigten vorliegt.<sup>125</sup> Im Übrigen werden Geschäftsgeheimnisse als exklusive, mit berechtigtem Interesse geheim gehaltene Informationen von wirtschaftlichem Wert durch das Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) vor unerlaubter Erlangung, Nutzung und Offenlegung geschützt.

Eine zusätzliche Unterschutzstellung in einzelnen Experimentierklauseln ist nicht erforderlich und erscheint im Sinne einer leistungsstarken Experimentierklausel auch nicht sinnvoll. Würden z. B. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse schon von der Berichtspflicht ausgenommen, könnten der Behörde wesentliche Informationen zum Verständnis von Zusammenhängen der Erprobung fehlen.

Zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Schutzrechten kann praktisch auch die bereits in der Arbeitshilfe vorgeschlagene Konzentration der Evaluationszuständigkeit bei einer übergeordneten Behörde beitragen. Ebenso kann die strukturierte Kommunikation, etwa über einen auf

---

<sup>123</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 18, 20 f. Diese Regeln könnten durch mögliche Evaluationsstandards ergänzt werden, vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 56 f.

<sup>124</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 – 1 BvR 2087/03 –, BVerfGE 115, 205-259, Rn. 137 ff.

<sup>125</sup> Zum Beispiel § 30 VwVfG, § 6 Informationsfreiheitsgesetz (IFG), § 9 Abs. 1 Umweltinformationsgesetz (UIG).

Innovatoreseite benannten Verantwortlichen, dem Schutz sensibler Informationen dienen.<sup>126</sup>

## 2. Regulatorisches Lernen, Übernahme in den Regelbetrieb

Der Gesetzgeber kann sich nicht selbst in einer Experimentierklausel verpflichten, Ergebnisse aus der Evaluation von Erprobungen in seiner weiteren Gesetzgebung zu beachten.<sup>127</sup>

Das regulatorische Lernen kann aber im Rahmen eines „doppelten Erprobungszwecks“ zum Ziel der Erprobung gemacht werden. Im Interesse der Normenklarheit bietet sich folgende Umformulierung in der bestehenden Arbeitshilfe unter *Absatz 1, 1. Erprobungszweck* an:

[...]

**Mögliche Formulierung:** „Diese Vorschrift dient der praktischen Erprobung von [...] und der Vorbereitung ihrer dauerhaften Regulierung durch Verwaltung und Gesetzgebung.“

Regulatorisches Lernen und die Übernahme der erprobten Innovation in den Regelbetrieb können auch als Ziele der Evaluation bestimmt werden. Zudem kann durch die Bestimmung der Berichtsinhalte und -adressaten in der Experimentierklausel auf die Umsetzung der Evaluationsergebnisse hingewirkt werden.<sup>128</sup> Auf diese Möglichkeiten weist die bestehende Arbeitshilfe bereits hin.<sup>129</sup> Ergänzend könnte unter *Absatz 3, 13. Evaluation und Transfer [notwendig]* der § 80 ZFdG (Zollfahndungsdienstgesetz) angeführt werden. Er bezieht sich zwar nicht auf Experimentierklauseln, kann aber als Beispiel für eine

<sup>126</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 21 f.; Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 178.

<sup>127</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 78 f.

<sup>128</sup> Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 177 f. Diese spezifischen Experimentierklausel-Regelungen könnten durch mögliche Standards zu Evaluation und Wissenstransfer ergänzt werden, vgl. Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 30.

<sup>129</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 21.

zulässige Regelung strukturierter Informationsübermittlung von der Verwaltung an die Gesetzgebungsorgane dienen.

### **Begleitende Pflichten [...]**

**Beispiele Berichtspflicht der Verwaltung:** § 1c Straßenverkehrsgesetz: [...]; § 80 Zollfahndungsdienstgesetz: „Das **Bundesministerium [...]** **unterrichtet in Abständen von höchstens sechs Monaten ein Gremium**, das aus neun vom Deutschen Bundestag bestimmten Abgeordneten besteht, **über die Durchführung der Maßnahmen nach [...]**; dabei ist in Bezug auf die im Berichtszeitraum durchgeführten Maßnahmen nach diesen Vorschriften **insbesondere über deren Anlass, Umfang, Dauer, Ergebnis und Kosten sowie [...]** zu berichten.“

[...]

- **Wissenstransfer:**

**Formulierungsmöglichkeit:** Der Genehmigungsinhaber hat eine für die Erfüllung der Pflichten nach [...] verantwortliche Person zu benennen.

## E. Erweiterung der Arbeitshilfe um die Prüfung der Notwendigkeit einer Experimentierklausel

Ziel der Arbeitshilfe ist es, unterstützend dabei mitzuwirken, dass der politische Auftrag umgesetzt wird, in Zukunft verstärkt und systematisch leistungsstarke Experimentierklauseln in der Gesetzgebung zu verankern.<sup>130</sup> Hierzu zeigt die bestehende Arbeitshilfe fünf Schritte zur Experimentierklausel auf:<sup>131</sup>

**Schritt 1:** Prüfung und Bestimmung des tatsächlichen und rechtlichen Bedarfs für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel

**Schritt 2:** Prüfung und Bestimmung der notwendigen Zuständigkeiten für eine Experimentierklausel.

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

**Schritt 4:** Umsetzung und Anwendung der Experimentierklausel in der Praxis.

**Schritt 5:** Evaluation der Experimentierklausel und Wissenstransfer in den Rechtssetzungsprozess.

Diese fünf Schritten sollen nun um ein strukturiertes Prüfungsschema erweitert werden, mit dem im Rahmen eines Experimentierklausel-Vorab-Checks im Gesetzgebungsprozess die Notwendigkeit einer Experimentierklausel geprüft werden kann (im Folgenden „**Vorab-Check**“). Der Vorab-Check ersetzt bzw. modifiziert die erste Stufe der oben aufgeführten fünf Schritte und soll im Gesetzgebungsprozess als Entscheidungshilfe bei der Frage des „Ob“ einer Experimentierklausel dienen.

Methodisch soll dies erreicht werden, indem dem Anwender der Arbeitshilfe wenige, möglichst konkrete Fragen an die Hand gegeben werden, deren Beantwortung die Entscheidung erleichtert, ob die übrigen Schritte zur Schaffung einer Experimentierklausel unter Anwendung des Setzkastens durchlaufen werden sollen.

## I. Ausgangslage

Grundsätzlich kann der Entscheidungsprozess hinsichtlich der Aufnahme einer Experimentierklausel in zwei Phasen unterteilt werden. Zunächst ist zu klären, **ob** eine Experimentierklausel benötigt oder erwünscht ist und dann, **wie** diese ausgestaltet sein muss, um möglichst leistungsstark zu wirken. Der Vorab-Check bezieht sich auf die Beantwortung der ersten Frage.

<sup>130</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 3.

<sup>131</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 7 f.



In den bisher in der Arbeitshilfe aufgeführten fünf Schritten zu einer Experimentierklausel ist der Vorab-Check in Schritt 1 zu verorten. In der Arbeitshilfe heißt es:

*„Kernfrage in Schritt 1 ist, ob im relevanten Regelungsbereich neuartige und potenziell nutzenbringende Technologien oder Geschäftsmodelle entwickelt wurden oder möglicherweise entwickelt werden, die aufgrund hemmender Vorschriften nicht im Realbetrieb erprobt werden können. Davon ausgehend ist zu bestimmen, ob eine Experimentierklausel geschaffen oder ggf. geändert werden soll.“<sup>132</sup>*

Diese „Kernfrage“ soll durch den Vorab-Check konkretisiert und erweitert werden. Ziel ist es, möglichst binäre Fragen zu formulieren, die aufeinander Bezug nehmen und deren Beantwortung zu einer Entscheidungshilfe führt, ob Überlegungen zu den nachfolgenden Schritten 2-4 angezeigt sind. Im Ergebnis wird die Entscheidung über die Aufnahme einer bestimmten Experimentierklausel immer zumindest auch eine (rechts-)politische Entscheidung sein.<sup>133</sup> Der Vorab-Check soll diesem Entscheidungsprozess Struktur geben. Die binäre Ausgestaltung der Fragen soll die Handhabbarkeit des Vorab-Checks sicherstellen, eine möglichst einfache Darstellung ermöglichen und den Vorab-Check für eine mögliche Implementierung im Rahmen der E-Gesetzgebung vorbereiten. Unbeschadet dessen, dass die Beantwortung der Fragen des Vorab-Checks in der Praxis immer das Ergebnis eines Abwägungsprozesses multipler Faktoren sein wird.

## II. Fragen des Vorab-Checks

Der Vorab-Check könnte sich aus folgenden Fragen zusammensetzen, die in verschiedener Weise aufeinander Bezug nehmen.

### 1. Aktueller Erprobungsbedarf

Zunächst ist die Frage zu stellen, ob konkreter Erprobungsbedarf besteht. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn in der momentanen fachrechtlichen Praxis bereits Innovationen bekannt sind, die einer Erprobung unter möglichst realen Bedingungen bedürfen. Besonders relevant sind dabei Innovationen, deren Erprobung momentan regulatorische Hindernisse im Weg stehen. Das Gleiche gilt, wenn solche Innovationen noch nicht positiv bekannt, aber aufgrund der Innovationsgeneignetheit des Rechtsgebiets mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. In diesen Fällen gebietet es die Innovationsfreundlichkeit der Rechtsordnung, die Schaffung einer Experimentierklausel in Betracht zu ziehen und auf nächster Stufe den Erprobungsbedarf gegen das Innovationsrisiko abzuwägen (hierzu unter 3.).<sup>134</sup> Ist die Frage nach dem

<sup>132</sup> BMWi, Recht flexibel. Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020, S. 8.

<sup>133</sup> Vgl. Noerr-Gutachten, Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Erstellung einer Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln (Los 1), Juni 2020, S. 11.

<sup>134</sup> Allgemein zum „Innovationsermöglichenden Recht“: Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Auflage, § 10 Rn. 129 ff.

aktuellen Erprobungsbedarf zu verneinen, schließt sich zunächst die Frage nach dem antizipierten bzw. künftigen Erprobungsbedarf des Rechtsgebietes an (hierzu unter 2.).

**Schritt 1:** Prüfung und Bestimmung des tatsächlichen und rechtlichen Bedarfs für die Schaffung oder Anpassung einer Experimentierklausel

Kernfrage in Schritt 1 ist, ob im relevanten Regelungsbereich eine Experimentierklausel geschaffen werden soll. Zur Entscheidung können folgende Fragen beantwortet werden:

**Schritt 1.1: Aktueller Erprobungsbedarf**

**Gibt es im Regelungsbereich Erprobungsbedarf für bereits bekannte oder konkret absehbare innovative Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze und bietet der bestehende Rechtsrahmen keine ausreichenden Möglichkeiten für derartige Erprobungen?**

Erprobungsbedarf für bereits bekannte oder konkret absehbare innovative Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze ist dann zu bejahen, wenn

- der Markteintritt dieser Innovationen durch den bestehenden allgemeinen Rechtsrahmen gehindert oder erschwert wird, oder Unsicherheiten hinsichtlich des Rechtsrahmens oder des Regulierungsbedarfes bestehen,
- eine befristete Erprobung der Innovation ihrer Natur nach möglich ist,
- die Erprobung der Innovation mit einem rechtlichen Erkenntnisinteresse hinsichtlich ihrer künftigen Regulierung verbunden ist
- und diese rechtliche Erkenntnis aus der Erprobung auch gewonnen werden kann.

Sollte ein aktueller Erprobungsbedarf bestehen und der Regelungsbereich bislang keine ausreichenden rechtlichen Möglichkeiten bieten, die zur Deckung dieses Bedarfs nötigen Erprobungen zu ermöglichen, ist aktueller Erprobungsbedarf zu bejahen.

**2. Antizipierter bzw. künftiger Erprobungsbedarf**

Ist kein konkreter Erprobungsbedarf gegeben, schließt sich die Frage an, ob in dem zu regelnden Bereich Innovationsbedarf besteht. Damit soll ermittelt werden, ob die Regulierungsdichte des jeweiligen Bereichs Innovativität

hemmt und daher durch die Schaffung einer Experimentierklausel Innovationsanreize gesetzt werden können.<sup>135</sup> Die Experimentierklausel dient bei Bejahung dieser Frage als regulatorisches Instrument der Innovationsförderung im Rahmen staatlicher Innovationssteuerung.

### Schritt 1.2: Antizipierter bzw. künftiger Erprobungsbedarf

**Ist mit Blick auf künftige innovative Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze im Regelungsbereich ein Erprobungsbedarf zu erwarten und bietet der bestehende Rechtsrahmen keine Erprobungsmöglichkeiten für diese künftigen, noch nicht konkret absehbaren Innovationen?**

Es ist die Frage zu beantworten, ob im Regelungsbereich in Zukunft innovative Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze zu erwarten sind und der Rechtsrahmen für diesen möglichen, aber noch nicht konkret absehbaren Erprobungsbedarf flexibilisiert werden sollte. Folgende Kriterien können für die Beantwortung dieser Frage herangezogen werden:

- Ist der zu regulierende Rechtsrahmen innovationsgeneigt, d. h. ist im Regulierungsbereich grundsätzlich mit dem Aufkommen innovativer Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze zu rechnen?
- Sind in anderen Regelungsbereichen Innovationen bekannt, die zukünftig auch zu einem Erprobungsbedarf im zu regulierenden Bereich führen können?
- Erschwert die Regelungsdichte des jeweiligen Bereichs die Erprobung potenzieller Innovationen und könnten durch eine Flexibilisierung des Rechtsrahmens Innovationsanreize gesetzt werden?

Durch eine möglichst weite Formulierung von Experimentierklauseln können die nötige Offenheit und Flexibilität für künftige Innovationen im Regelungsbereich erreicht und Innovationsanreize gesetzt werden.

Ist ein künftiger Erprobungsbedarf absehbar und bietet der bestehende Rechtsrahmen keine ausreichenden Erprobungsmöglichkeiten, ist antizipierter bzw. künftiger Erprobungsbedarf zu bejahen.

---

<sup>135</sup> Zu materiellen und immateriellen Innovationsanreizen vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Auflage, § 10 Rn. 130.

### 3. Innovationsverantwortung

Ist im Regelungsbereich entweder ein konkreter Erprobungsbedarf oder ein antizipierter bzw. künftiger Innovationsbedarf identifizierbar, bleibt zu klären, ob Erwägungen der staatlichen Innovationsverantwortung der Schaffung einer Experimentierklausel entgegenstehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Regelungsgegenstand so risikosensitiv ist, dass die Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen grundsätzlich nicht mit staatlichen Schutzpflichten vereinbar ist.<sup>136</sup> Ein Beispiel für derartige Regelungsgegenstände sind weite Teile des materiellen Strafrechts.

Darüber hinaus dürften Experimentierklauseln auch nicht in stark strukturierten Rechtsgebieten umsetzbar sein, die in gesteigertem Maße auf Kohärenz angewiesen sind, sodass Abweichungen zu Verwerfungen in der Rechtsordnung führen können. Beispielsweise sind Experimentierklauseln im Grundbuchrecht oder allgemein im Sachenrecht schwer vorstellbar, da dieses Rechtsgebiet von strengen Prinzipien geprägt und stärker als andere Rechtsbereiche auf Gleichförmigkeit und Dauerhaftigkeit angelegt ist. Eine zeitlich befristete und vermeintlich auch sonst eingegrenzte Erprobung könnte ungewollte und teilweise unvorhersehbare Spätfolgen nach sich ziehen.

Steht die staatliche Innovationsverantwortung einer Experimentierklausel nicht entgegen, kann die Frage nach dem „Ob“ der Schaffung einer solchen bejaht werden. Aufgrund der rechtspolitischen Grundentscheidung für eine innovationsfreundliche Rechtsordnung dürfte es in diesen Fällen auch geboten sein, die weiteren vier Schritte zur Experimentierklausel zu gehen, solange sich aus diesen keine unüberwindbaren Hindernisse ergeben.

#### Schritt 1.3: Innovationsverantwortung

##### Ist die Schaffung einer Experimentierklausel mit staatlichen Schutzpflichten vereinbar?

Bei der Erprobung innovativer Technologien, Produkte, Dienstleistungen oder Ansätze sind grundsätzlich die Möglichkeiten der Innovationen mit dem Innovationsrisiko abzuwägen. Dabei sind insbesondere staatliche Schutzpflichten in den Blick zu nehmen. In den meisten Fällen kann mit einer entsprechenden Formulierung der Experimentierklausel eine ausgewogene Balance zwischen Förderung von Innovationen und dem Schutz anderer Rechtsgüter gefunden werden. In einzelnen Fällen kann jedoch die staatliche Innovationsverantwortung der Schaffung einer Experimentierklausel entgegenstehen, z. B.

<sup>136</sup> Zur Abwägung von Risiken bei Erprobungen im Reallabor vgl.: Noerr-Gutachten, Regelungsoptionen für die gesetzliche Verankerung von übergreifenden Standards für Reallabore, November 2023, S. 48 f.

- wenn der Regelungsgegenstand so risikosensitiv ist, dass die Erprobung von Innovationen unter Realbedingungen grundsätzlich nicht mit staatlichen Schutzpflichten vereinbar ist (z. B. weite Teile des materiellen Strafrechts).
  - wenn der Rechtsbereich in sehr hohem Maße auf Kohärenz angewiesen ist, sodass Abweichungen zu Verwerfungen in der Rechtsordnung führen können (z. B. das von strengen Prinzipien geprägte und auf Dauerhaftigkeit angelegte Sachen- und Grundbuchrecht).
- Die Schaffung einer Experimentierklausel ist angezeigt, soweit sie mit staatlichen Schutzpflichten vereinbar ist. Die Experimentierklausel kann mithilfe des Setzkastens formuliert werden.

#### 4. Entscheidungsbaum

Der oben dargestellte Vorab-Check führt zu einer strukturierten Prüfung der Erforderlichkeit einer Experimentierklausel in einem bestimmten Regelungsbereich. Die Prüfungsstruktur kann in einem Entscheidungsbaum dargestellt werden. Die binäre Struktur der einzelnen Entscheidungsstränge soll die Überführung des Vorab-Checks in einen digitalen Assistenten vereinfachen.

