

Klimaschutz durch Experimentierklauseln?

Jakob Feldkamp*

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	109
B.	Kartierung des rechtlichen Phänomens	110
I.	Grundstrukturen von Experimentierklauseln	110
II.	Experimentierklauseln als Aspekt experimenteller Gesetzgebung	112
III.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	113
C.	Die Relation von Innovation und Recht und die Bedeutung der Experimentierklauseln in diesem Zusammenhang	118
I.	Die Bedeutung von Innovation für den Klimaschutz	119
II.	Innovation und Recht	119
III.	Experimentierklauseln als „Innovationstreiber“?	120
D.	Praxisbeispiel: § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz	124
E.	Fazit	126

A. Einleitung

Überlegungen zur Gestaltung des Rechts unterliegen mitunter Trends.¹ Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass man in rechtspolitischen Dokumenten wieder vermehrt von Experimentierklauseln liest: Wenngleich dieses Werkzeug der Gesetzgebung, bei dem aus rechtlicher Sicht vor allem die Schaffung der Möglichkeit zur Abweichung von gesetzlichen Vorgaben hervorsticht,² bereits vor über fünfzig Jahren diskutiert

* Für Anmerkungen zu einer früheren Manuskriptversion dieses Beitrags danke ich Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski und Rebekka Stadler.

1 Vgl. zum Trend im Gesetzgebungskontext etwa A. Averchenkova/S. Fankhauser/M. Nachmany (Hrsg.), *Trends in Climate Change Legislation, 2017* und H. Xanthaki, *Emerging Trends in Legislation in Europe*, in: U. Karpen/H. Xhantaki (Hrsg.), *Legislation in Europe, 2017*, S. 275.

2 Siehe W. Beck/C. Schürmeier, *Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument*, LKV 2004, 488 (488 f.).

wurde,³ sieht man in ihm neuerdings anscheinend ein probates Mittel, um die Probleme unserer Zeit anzugehen⁴. Auch im Bereich des Klimaschutzes wird den Experimentierklauseln eine Bedeutung zugemessen.⁵ Zudem scheint man generell einen Zusammenhang zwischen Innovationen und der Regelungsform der Experimentierklausel zu sehen.⁶ Dies wirft die Frage auf, welches Potenzial in dieser legislativen Technik für den Klimaschutz steckt: Gilt insoweit „the trend is your friend“ oder muss das Fazit nüchterner ausfallen?

B. Kartierung des rechtlichen Phänomens

Eine Beurteilung des Potenzials von Experimentierklauseln setzt hinreichende Kenntnis über das Konzept sowie seine rechtlichen Grenzen voraus. Insofern sollen zunächst das Phänomen der Experimentierklauseln kartiert und einige damit zusammenhängende verfassungsrechtliche Fragestellungen angerissen werden.

I. Grundstrukturen von Experimentierklauseln

Der Terminus „Experimentierklausel“ stellt keinen feststehenden Rechtsbegriff dar,⁷ entsprechend besteht auch keine vollständige Einigkeit über die

3 Siehe dazu V. Maaß, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37.

4 Siehe etwa Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu Reallaboren und Experimentierklauseln als Instrumente für einen innovationsfreundlichen, zukunftssicheren und resilienten Rechtsrahmen zur Bewältigung disruptiver Herausforderungen im digitalen Zeitalter, Vordok.-Nr. 12683/1/20 REV 1, 16.11.2020.

5 Vgl. L. Regling/A. Stein/J. Werner/A. Karl, Grundlagen für ein umweltorientiertes Recht der Personenbeförderung, Teilbericht, Umweltbundesamt, 2020, S. 28 f., abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/5750/publikationen/2020_11_19_texte_213_2020_personenbefoerderung_tb_2_0.pdf; siehe auch B. Horn/T. Kiel/H. von Lojewski, Nachhaltige städtische Mobilität für alle, Positionspapier des Deutschen Städtetages, 2018, S. 7, abrufbar unter: <https://www.staedtetag.de/files/dst/docs/Publikationen/Positionspapiere/Archiv/nachhaltige-staedtische-mobilitaet-2018.pdf>.

6 Siehe etwa H. Hill, Gesetzgebung neu denken, ZG 2022, 125 (139).

7 Vgl. K. Weber, Stichwort „Experimentierklausel“, in: K. Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 28. Edition 2022: „[K]ein verfassungsrechtlich definierter Begriff“; siehe aber auch K. Hummel, Recht der behördlichen Regelungsexperimente, 2003, S. 134, der aus

„Bauteile“, die eine Experimentierklausel zu einer solchen machen.⁸ Dem zum Trotz kann man in der Literatur einige Merkmale identifizieren, die regelmäßig als elementar oder jedenfalls als typisch betrachtet werden.⁹

Als zentraler Bestandteil wird einhellig die Schaffung der Möglichkeit zur selektiven Außerachtlassung von Bestandteilen eigentlich einschlägiger Rechtsvorgaben ausgemacht.¹⁰ Die Experimentierklausel ähnelt damit gewissermaßen der Dispensermächtigung, wobei hier keine komplette Überschneidung besteht, da ein Dispens stets Einzelfälle im Blick hat, was bei Experimentierklauseln jedenfalls nicht als zwingende Voraussetzung gesehen wird.¹¹

Als zweite grundlegende Komponente wird eine Untersuchungsintention erachtet.¹² Diese liegt in der Akkumulation von Wissen im Sachgebiet der jeweiligen Klausel, das Grundlage für spätere legislative Tätigkeit sein soll.¹³

Drittens wird zum Teil, wenn auch nicht immer,¹⁴ das Vorliegen einer zeitlichen Befristung als Charakteristikum von Experimentierklauseln ein-

einer Betrachtung verschiedener Experimentierklauseln das „Rechtsinstitut des behördlichen Regelungsexperiments“ destilliert.

- 8 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 488: „Eine einheitliche Definition dieses Begriffs hat sich nicht durchsetzen können.“; Maaß (Fn. 3), S. 37: „fällt [...] schwer, eine einheitliche und abschließende Definition der Experimentierklausel zu finden“.
- 9 Zu einer entsprechenden Annäherung über „Essentialia“ einer jeden Experimentierklausel Maaß (Fn. 3), S. 37 ff.
- 10 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 488 f.; Maaß (Fn. 3), S. 38; H.-D. Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 25, 27 f.; M. Kalis/Y. Yilmaz/S. Schäfer-Stradowsky, Experimentierklauseln für verbesserte Rahmenbedingungen bei der Sektorenkopplung, Juristische Studie für das Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern, Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität e.V., 2018, S. 42, abrufbar unter: <https://www.ikem.de/wp-content/uploads/2019/03/Experimentierklausel-für-verbesserte-Rahmenbedingungen-bei-der-Sektorenkopplung.pdf>. Die Bezeichnung als Experimentierklausel und die Idee einer Untersuchungsintention (dazu sogleich) dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es (nur) um ein Experimentieren im übertragenen Sinne geht und die Voraussetzungen eines wissenschaftlich methodisch korrekten Experiments nicht vorliegen müssen, siehe D. Fietze, Experimentierklauseln für die Energiewende, 2022, S. 29 Fn. 26.
- 11 Maaß (Fn. 3), S. 38 f. unter Verweis darauf, dass einige Experimentierklauseln auch zum Erlass von abweichenden Regelungen per Verordnung ermächtigen.
- 12 Maaß (Fn. 3), S. 38; Kalis/Yilmaz/Schäfer-Stradowsky (Fn. 10), S. 42.
- 13 Maaß (Fn. 3), S. 38.
- 14 Ohne diese Einschränkung etwa Maaß (Fn. 3), S. 38 f.; siehe auch Hummel (Fn. 7), S. 94 f., der eine (damalige) Experimentierklausel im Bauordnungsrecht von Nordrhein-Westfalen präsentiert, bei der eine Befristung fehlt. Den Grund dafür sieht er in

geordnet.¹⁵ Sie stellt letztlich eine Vorkehrung dafür dar, dass auch in der Realität die punktuelle Wissensgenerierung im Zentrum steht.¹⁶

Im Kontext bisheriger Klauseln fand sich zumeist die vollziehende Gewalt in einer Doppelrolle als Adressatin und Profiteurin wieder, indem man es der Verwaltung ermöglichte, den eigentlich anwendbaren Komplex von Regelungen partiell zu verlassen, wobei dies auch zu ihrem Nutzen geschah.¹⁷ Es ist allerdings auch möglich, dass Privatpersonen profitieren, indem ihnen die Erprobungsmöglichkeit unter gewisser Regelungssuspension eingeräumt wird.¹⁸

II. Experimentierklauseln als Aspekt experimenteller Gesetzgebung

In ihrer Ausrichtung fügen sich Experimentierklauseln in ein weiteres Feld experimenteller Gesetzgebung ein.¹⁹ Im Prinzip lässt sich der Gesetzgebung generell eine „Versuchsqualität“ bescheinigen.²⁰ Unter experimenteller Gesetzgebung versteht man indes typischerweise nur legislatives Handeln, bei dem speziell nach Einsichten hinsichtlich der Auswirkungen von Regelungen gestrebt wird.²¹ Neben den Experimentierklauseln, die im Gesetz Erprobungsoptionen rechtlicher Art ermöglichen, sind hier „Experimentiergesetze“ umfasst, bei denen ein Regelwerk als solches erprobungsweise

„schützenswerte[n] wirtschaftliche[n] Gesichtspunkte[n] beim Bauherren“ in den im betreffenden Fall einschlägigen Konstellationen (ebd. S. 95).

15 Stichwort „Experimentierklausel“ (ohne Autor*innenangabe), in: P. Eichhorn/P. Friedrich/W. Jann/W. A. Oechsler/G. Püttner/H. Reiner mann (Hrsg.), *Verwaltungslexikon*, 3. Aufl. 2003; siehe auch K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik*, ZJS 2008, 224 (227) sowie M. Seckelmann, *Evaluation und Recht*, 2018, S. 187.

16 H. Schmitz/C. A. Mayer/C.-W. Neubert/I. Reiling, *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)*, Gutachten, 2020, S. 54, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gutachten-noerr-moeglichkeiten-einer-generalklausel.html>; vgl. auch Seckelmann (Fn. 15), S. 187.

17 Fietze (Fn. 10), S. 28 f.

18 Fietze (Fn. 10), S. 29; siehe auch Maaß (Fn. 3), S. 38.

19 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 489; Maaß (Fn. 3), S. 33, 37.

20 R. Stettner, *Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers*, NVwZ 1989, 806 (806). Siehe auch F. K. Beutel, *Die Experimentelle Rechtswissenschaft*, 1971, S. 45.

21 Maaß (Fn. 3), S. 33.

erlassen wird.²² Von der experimentellen Gesetzgebung abgrenzen kann man sogenannte Gesetzgebungsexperimente, bei denen im vorgelagerten Zeitraum der Gesetzesvorbereitung Tests zur Überprüfung des anvisierten Legislativakts durchgeführt werden.²³

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung von Experimentierklauseln wird immer wieder diskutiert. Während (soweit ersichtlich) nicht vertreten wird, dass ihr Einsatz *allgemein* nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist,²⁴ wird doch regelmäßig hinsichtlich bestimmter Verfassungsvorgaben Konfliktpotenzial diagnostiziert. Aus Platzgründen kann hier keine vollumfängliche Analyse aller sich stellenden Probleme²⁵ erfolgen. Einige ausgewählte Aspekte sollen gleichwohl in gebotener Kürze aufgegriffen werden.

Teils bestehen potenzielle Probleme im Bereich der Freiheitsgrundrechte. Die Fragen, die hier aufkommen können, sind vielgestaltig: Experimentierklauseln, die Lockerungen von gesetzlichen Vorgaben ermöglichen, können dazu führen, dass dritte Personen gefährdet oder geschädigt wer-

22 *Maaß* (Fn. 3), S. 33 f.; entsprechende Zuordnung auch bei *Beck/Schürmeier* (Fn. 2), 489; *C. von Hesler*, Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht, 2021, S. 107 und *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 27 (dort bezüglich einer „Generalexperimentierklausel“); *Horn* (Fn. 10), S. 24 f. sieht hingegen die Experimentierklauseln nicht als Teil der experimentellen Gesetzgebung, sondern erblickt in ihnen eine Ausprägung des sogenannten Modellversuchs als Aspekt des „Gesetzgebungsexperiment[s]“, dazu sogleich.

23 *Maaß* (Fn. 3), S. 30. Anders in der Kategorisierung *A. Steinbach*, Gesetzgebung und Empirie, *Der Staat* 54 (2015), 267 (278), der Gesetzgebungsexperiment als Oberbegriff für „interne Experimente“ im Rahmen der Gesetzesvorbereitung“ und „externe Experiment[e]“ in Gesetzesform benutzt.

24 Siehe aber *A. Uhle*, Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?, *DÖV* 2001, 241 (246), der immerhin Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen, die auf Exekutivebene Adaptionen von gesetzlichen Vorgaben ermöglichen, generell wegen eines Verstoßes gegen den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG (zu dieser Frage noch weiter unten) für verfassungswidrig hält – freilich ohne in seinen Ausführungen auf das Konzept der Experimentierklausel Bezug zu nehmen.

25 Umfassende und differenzierte Analysen finden sich etwa bei *Fietze* (Fn. 10), S. 35 ff.; *Maaß* (Fn. 3), S. 70 ff.; *Hummel* (Fn. 7), S. 116 ff.

den – je nach Fallgestaltung sind Schutzpflichtverletzungen denkbar.²⁶ Zudem kann unter Umständen die Art. 12 Abs. 1 GG zu entnehmende Wettbewerbsfreiheit von Unternehmer*innen betroffen sein, wenn konkurrierenden Marktteilnehmer*innen die Befolgung von Gesetzesvorgaben erlassen wird.²⁷ Aus anderer Perspektive können Grundrechtsbeeinträchtigungen aufseiten der Erprobungsbeteiligten auftreten, sofern der Staat zur Erfüllung von Schutzpflichten von ihnen Vorsichtsmaßnahmen, etwa in Form von Dokumentation, verlangt.²⁸

Weiter ist auch oft der allgemeine Gleichheitssatz beim Einsatz von Experimentierklauseln betroffen, sofern auf ihrer Basis grundrechtsberechtigte Versuchsteilnehmer*innen anders behandelt werden, als sonstige vom in Rede stehenden Gesetz betroffene grundrechtsberechtigte Personen.²⁹ Im Rahmen der Rechtfertigung kann allerdings darauf verwiesen werden, dass im Ziel der Erprobungsdurchführung ein grundsätzlich akzeptabler Grund für die Ungleichbehandlung gesehen wird.³⁰

Gewisse Probleme kann man ebenfalls bei der Beachtung des Vorrangs des Gesetzes ausmachen.³¹ Nach diesem Art. 20 Abs. 3 GG zu entnehmenden Grundsatz hat die Verwaltung die durch die Gesetze statuierten Grenzen zu beachten.³² Experimentierklauseln sind im Lichte dieser Vorgabe delikant, weil sie der ausführenden Gewalt die Möglichkeit bieten, in Abkehr

26 Siehe *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 82; auch wenn die Ausführungen an dieser Stelle nicht explizit werden, ist ihr Anknüpfungspunkt die Implementation einer „Generalexperimentierklausel“, siehe die einführenden Erläuterungen des Abschnitts auf S. 69 des Gutachtens. Teils wird für eine abwehrrechtliche Verarbeitung von Sachverhalten plädiert, in denen der Staat Schädigungen durch Privatpersonen nicht verhindert; in Fällen, in denen eine Genehmigung oder sogar lediglich ein Gewährenlassen vorliegt, könne man immer noch einen staatlichen Eingriff bejahen, dazu ausführlich *G. Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 104 ff. Ein derartiges Vorgehen ist aber grundsätzlich abzulehnen, siehe ebd. Es würde aus den Grundrechten „dysfunktional [...] einen Generalauftrag zur staatlichen Wohlfahrtspflege“ ableiten, *K. F. Gärditz*, in: *M. Beckmann/W. Durner/T. Mann/M. Röckinghaus* (Hrsg.), *Landmann/Rohmer, Umweltrecht*, Bd. I, 97. EL Dezember 2021, Art. 20a GG Rn. 74. Offener hinsichtlich der Annahme eines Eingriffs in Abwehrrechte *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 82.

27 *Fietze* (Fn. 10), S. 40.

28 *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 91, dort besprochen im Zuge der Diskussion der Einführung einer „Generalexperimentierklausel“, siehe ebd. S. 94.

29 *Hummel* (Fn. 7), S. 120; *P. Häberle*, *Zeit und Verfassung*, ZfP 1974, III (132 Fn. 127).

30 *Hummel* (Fn. 7), S. 120 f.; *Fietze* (Fn. 10), S. 43.

31 Siehe *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

32 *C. Bumke/A. Voßkuhle*, *Casebook Verfassungsrecht*, 8. Aufl. 2020, Rn. 1463; *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

von bestehenden Gesetzesgehalten eigenständige divergierende Entscheidungen zu treffen.³³ Dem Bundesverfassungsgericht zufolge stellen allerdings rechtliche Vorgehensweisen, bei denen auf Gesetzebene Abweichungsoptionen für die Verwaltung eingeräumt werden, grundsätzlich keinen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes dar, da hier durch die legislative Anordnung der Gesetzesvorrang gewahrt bleibe.³⁴ Dabei bestünden aber „Grenze[n] [...] dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, daß sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt“.³⁵ Eine solche Limitation kann man aus der Annahme eines aus der Idee einer „formelle[n] Gesetzeskraft“ entwickelten „Vorrang[s] des Gesetzes im formellen Sinne“ ableiten oder auch direkt als Aspekt der im Grundgesetz angelegten³⁶ Gewaltenteilung diskutieren.³⁷ Der oben genannten Aussage des Bundesverfassungsgerichts läßt sich nicht eindeutig entnehmen, wie die beschriebene Beschränkung rechtsdogmatisch konkret zu verankern ist.³⁸ Zumindest Experimentierklauseln, die in genereller und unspezifischer Weise der Verwaltung die

33 *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

34 BVerfGE 8, 155 (169 ff.). Siehe außerdem *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 80. Ablehnend diesem Rechtsverständnis gegenüber *Uhle* (Fn. 24), 245 f. Zu dieser Entscheidung im Experimentierklauselkontext *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

35 BVerfGE 8, 155 (171). Dazu *Fietze* (Fn. 10), S. 46 sowie *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80. In der Kammerentscheidung BVerfG NJW 1998, 669 (670) wurde in einem Fall, in dem es um eine Adaptionmöglichkeit durch Rechtsverordnung ging, außerdem das Vorliegen von „sachliche[n] Gründe[n]“ als Erfordernis genannt, dazu *S. Kluckert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen des Infektionsschutzrechts, in: *S. Kluckert* (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 145 sowie *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80.

36 Überblickartig zur Gewaltenteilung und ihrer Verankerung im Grundgesetz *A. Voßkuhle/A.-K. Kaufhold*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Gewaltenteilung, JuS 2012, 314.

37 *Hummel* (Fn. 7), S. 117 f., der als dritten dogmatischen Anknüpfungspunkt den „Parlamentarvorbehalt“ nennt. Zur Diskussion der entsprechenden Problematik als Aspekt der Gewaltenteilung *C. Brüning*, Die kommunalrechtlichen Experimentierklauseln, DÖV 1997, 278 (286 f.).

38 *Hummel* (Fn. 7), S. 118. *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, S. 93 ordnet die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts als Befassung mit dem „Grundsatz der formellen Gesetzeskraft“ ein. *A. Bleckmann*, Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips, 1998, S. 199 sieht in der genannten Passage eine Auseinandersetzung mit den Forderungen des Grundsatzes der Gewaltenteilung; entsprechende Einschätzung auch bei *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80.

Option zum Verlassen des Rechtsrahmens einräumen, sind mit den genannten Vorgaben unvereinbar und damit verfassungswidrig.³⁹

Als weiteres Problemfeld kann die Einhaltung des Vorbehalts des Gesetzes genannt werden.⁴⁰ Auch dieser statuiert Grenzen dafür, wann der Gesetzgeber seine Tätigkeit der ausführenden Gewalt anheimstellen darf und stattdessen selbst tätig werden muss.⁴¹ Hinsichtlich der Reichweite dieser Limitation nutzt das Bundesverfassungsgericht die „Wesentlichkeitstheorie“⁴²: Der parlamentarische Gesetzgeber müsse „wesentliche Entscheidungen selbst [...] treffen“.⁴³ Die Wesentlichkeit sei dabei vom „jeweiligen Sachbereich“ sowie der „Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes“ abhängig.⁴⁴ Als „verfassungsrechtliche[...] Wertungskriterien“ seien die „tragenden Prinzipien des Grundgesetzes“ zu berücksichtigen, wozu die „verbürgten Grundrechte[...]“ zu zählen seien.⁴⁵ Ob eine Wesentlichkeit im Rahmen von Experimentierklauseln vorliegt, kann insbesondere nach folgenden Gesichtspunkten bestimmt werden: Zunächst ist sie zu bejahen, wenn eine Experimentierklausel die Möglichkeit zur Abweichung von Regelungen schaffen soll, die ihrerseits als wesentlich einzuordnen sind.⁴⁶ Weiterhin kann die Betroffenheit von Grundrechten zur Wesentlichkeit führen.⁴⁷ Beim Einsatz von Experimentierklauseln wird, wie bereits dargelegt, häufig Art. 3 Abs. 1 GG berührt sein – hier ist fraglich, ob vor diesem

39 *Fietze* (Fn. 10), S. 47 (die überdies einen Anlass fordert); siehe zudem die auch bei *Fietze* zitierten *S. Missling/H. Lange/S. Michaels/M. Weise*, Möglichkeiten und Grenzen einer probeweisen Weiterentwicklung spezifischer Regelungen des Energiewirtschaftsrechts im Wege sog. „Regulatorischer Innovationszonen“, *EnWZ* 2016, 203 (206) für eine sinnensprechende Einschätzung bezogen auf „[r]egulatorische[...] Innovationszonen“, die „zeitlich und örtlich begrenzte Abweichung[en] von bestehenden Regelungen“ beinhalten (ebd. 204).

40 *Brüning* (Fn. 37), 287; siehe auch *M.-E. Geis*, Eingriffsverwaltung, in: *W. Kahl/M. Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2021, § 18 Rn. 25.

41 *K.-P. Sommermann*, in: *P. M. Huber/A. Voßkuhle* (Hrsg.), von *Mangoldt/Klein/Starck*, *Grundgesetz*, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 273. Zur Herleitung aus dem Grundgesetz *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105; sowie *B. Grzeszick*, in: *R. Herzog/R. Scholz/M. Herdegen/H. H. Klein* (Hrsg.), *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 97. EL Januar 2022, Art. 20 (Teil VI) Rn. 97 ff.

42 BVerfGE 116, 24 (58).

43 BVerfGE 116, 24 (58); dazu auch *H. D. Jarass*, in: *H. D. Jarass/B. Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 71.

44 BVerfGE 98, 218 (251); siehe auch *Jarass* (Fn. 43), Art. 20 Rn. 71.

45 BVerfGE 98, 218 (251); siehe auch *Jarass* (Fn. 43), Art. 20 Rn. 71.

46 *Fietze* (Fn. 10), S. 51.

47 *Fietze* (Fn. 10), S. 51.

Hintergrund dann auch Wesentlichkeit im Sinne der oben dargelegten Rechtsprechung anzunehmen ist.⁴⁸ In der Literatur wird diesbezüglich jüngst vorgeschlagen, sich an der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zum Rechtfertigungsniveau des allgemeinen Gleichheitssatzes zu orientieren.⁴⁹ Insofern wird darauf verwiesen, dass die Judikatur hinsichtlich austeilender Tätigkeit des Staates wie beispielsweise Subventionsauschüttung weniger strenge Anforderungen aufstellt.⁵⁰ Da die personenbezogene Gestattung von punktueller Nichtbeachtung eigentlich anwendbarer Gesetzeswerke der Bewilligung von Subventionen im Grunde entspreche, könne Art. 3 Abs. 1 GG typischerweise nicht zur Herleitung einer Wesentlichkeit herangezogen werden.⁵¹ Die Bejahung der Wesentlichkeit im Experimentierklauselkontext hat zwar nicht die Konsequenz, dass eine Erprobung in keiner Fallgestaltung mehr in Betracht kommt; es bedarf dann aber hinreichender dirigierender Vorgaben durch den parlamentarischen Gesetzgeber bezüglich aller wesentlichen Aspekte, sodass der Vorbehalt des Gesetzes gewahrt bleibt.⁵²

Überdies wird bei der Behandlung von Experimentierklauseln häufig die Wahrung des Bestimmtheitsgebots thematisiert.⁵³ Dieses macht man als Teilbereich des Rechtsstaatsprinzips aus.⁵⁴ Es fordert bezogen auf Legislativakte ein gewisses Maß an inhaltsbezogener Deutlichkeit, damit betroffene Personen die Konsequenzen der Regelung in ihre Überlegungen einbeziehen können.⁵⁵ Die spezifischen Bedingungen sind dabei allerdings

48 Fietze (Fn. 10), S. 52; vgl. auch Hummel (Fn. 7), S. 129.

49 Fietze (Fn. 10), S. 52 f. unter Bezugnahme auf F. Wollenschläger, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 163.

50 Fietze (Fn. 10), S. 53.

51 Fietze (Fn. 10), S. 53.

52 Fietze (Fn. 10), S. 51 ff.

53 Siehe etwa Maaß (Fn. 3), S. 123; H. Kahl/J. Hilpert/M. Kahles, Experimentierklauseln im Energierecht, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 20, 2016, S. II f., abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wpcontent/uploads/2016/03/WueBerichte_20_Experimentierklauseln_im_Energierecht_2016-03-10.pdf.

54 Maaß (Fn. 3), S. 123.

55 Schulze-Fielitz (Fn. 41), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129 m.w.N. Bei Experimentierklauseln, die eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen enthalten, sind die gegebenenfalls einschlägigen (zum Anwendungsbereich A.-L. Hollo, Rechtsverordnungen, JURA 2022, 42 [45]) konkretisierenden Vorgaben aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten, Fietze (Fn. 10), S. 55; streitig ist, ob Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG auf die für Experimentierklauseln relevanten Fälle, in denen der ausführenden Gewalt eine Rechtsgrundlage zum Verwaltungsakterlass geschaffen wird, analog anzuwenden ist, siehe

von der konkreten Konstellation abhängig.⁵⁶ Der Umstand, dass Experimentierklauseln dazu dienen, im Rahmen von facettenreichen Problemstellungen neue Erkenntnisse zu gewinnen, sorgt dafür, dass hinsichtlich der Bestimmtheit keine allzu hohen Voraussetzungen gestellt werden dürfen.⁵⁷

C. Die Relation von Innovation und Recht und die Bedeutung der Experimentierklauseln in diesem Zusammenhang

Nachdem dargestellt wurde, was man unter einer Experimentierklausel verstehen kann und welche verfassungsrechtlichen Herausforderungen mit ihnen einhergehen, soll nun aufgezeigt werden, wie im Klimaschutzbereich die Rolle von Innovationen eingeschätzt wird, welcher Zusammenhang zwischen Innovation und Recht besteht und wie Experimentierklauseln sich in diesen Kontext einfügen.

Innovation kann mit *Hoffmann-Riem* als eine „(signifikante) Neuerung[...] die zur Bewältigung eines bekannten oder eines neuen Problems beitr[ägt]“⁵⁸ definiert werden. Zur näheren Deskription werden in der Literatur verschiedene konkretisierende Etikette herangezogen, wobei namentlich die Unterscheidung von technischer und nicht-technischer Innovation genannt wird.⁵⁹ Zu letzterer zählen etwa neuartige Unternehmenskonzepte.⁶⁰

ebd. S. 55. Praktisch ist die Frage nicht bedeutsam, da die inhaltlichen Vorgaben des allgemeinen Bestimmtheitsgebots denen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen, ebd. S. 55 f.

56 *Horn* (Fn. 10), S. 320.

57 *Fietze* (Fn. 10), S. 56 (die auch noch auf die „begünstigende“ Wirkung der von ihr untersuchten Experimentierklauseln abstellt); zu gesenkten Bestimmtheitsanforderungen spezifisch für „experimentelle[...] Rechtsverordnungen“ *J. F. Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, 1003 (1007); für im Wesentlichen entsprechende Erläuterungen bezüglich Experimentiergesetzen: *Horn* (Fn. 10), S. 321 f.

58 *W. Hoffmann-Riem*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, AöR 131 (2006), 255 (255).

59 *Fietze* (Fn. 10), S. 171.

60 *Fietze* (Fn. 10), S. 171.

I. Die Bedeutung von Innovation für den Klimaschutz

Speziell technischen Neuerungen wird eine herausgehobene Rolle im Umgang mit der Klimaschutzproblematik zugeschrieben.⁶¹ Beispielhaft sind Bemühungen um neue Formen der klimafreundlichen Energieversorgung zu nennen.⁶² Aber auch nicht-technische Innovation wird im Klimaschutzkontext für beachtlich gehalten; im Bereich der „sozialen Innovationen“ sieht man etwa Bedarf an zukunftsweisenden Vorschlägen für die Lebensgestaltung.⁶³

II. Innovation und Recht

Das Verhältnis von Innovation und Recht scheint ambivalent⁶⁴: Einerseits wird bereits die Struktur des Rechts als „formal innovationsfeindlich“ beschrieben, da es die potenziellen Wege in die Zukunft durch aktuell geltende Restriktionen verenge,⁶⁵ und auch generell ist es ein häufiges Monitum, dass Recht sich negativ auf Ideenreichtum, Tatendrang und Innovation auswirkt⁶⁶. Andererseits finden sich auch positivere Einschätzungen, die etwa darauf verweisen, dass Recht auch als Fundament und Schutz von Inno-

61 Siehe etwa *G. Kirchhof*, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 29; *OECD*, Promoting Technological Innovation to Address Climate Change, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/env/cc/49076220.pdf>.

62 Siehe exemplarisch die staatliche Unterstützung von „Wasserstoff-Leitprojekte[n]“, die „eine grüne Wasserstoffwirtschaft weiter voran[...]treiben“ soll, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/wasserstoff-leitprojekte-1994594>.

63 *M. Schwarz/M. Birke/E. Beerheide*, Die Bedeutung sozialer Innovationen für eine nachhaltige Entwicklung, in: *J. Howaldt/H. Jacobsen* (Hrsg.), *Soziale Innovation*, 2010, S. 165 (169) unter Verweis auf ein Dokument des BMBF aus dem Jahr 2007. Siehe auch *J.-P. Scheider*, Klimaschutzorientierte Innovationssteuerung am Beispiel der Kraft-Wärme-Kopplung – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *M. Eifert/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung*, 2002, S. 264 (267 f.): „Erforderlich sind sowohl technologische als auch soziale Innovationen“.

64 Zur Ambivalenz im Innovationkontext aus anderer Perspektive: *W. Kahl*, Die Innovationsfunktion des Rechts, *ZRph* 2004, 1 (2).

65 *S. Kirste*, Innovatives Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsreform, in: *G. Corsi/E. Esposito* (Hrsg.), *Reform und Innovation in einer unstablen Gesellschaft*, 2005, S. 107 (110 ff., Wortlautzitat auf S. 112).

66 *A. Roßnagel*, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: *H. Hof/U. Wengenroth* (Hrsg.), *Innovationsforschung*, 2007, S. 9 (13); *Hoffmann-Riem* (Fn. 58), 258.

vation verstanden werden könne,⁶⁷ oder wonach Recht auch als potenzielle Antriebskraft für Neuerungen begriffen wird⁶⁸. Dabei kann man hinsichtlich der Förderung von „außerrechtliche[r]“⁶⁹ Innovation im Schrifttum die Grundidee erkennen, dass diese „Freiräume“⁷⁰ voraussetzt, in denen die Entwicklung stattfinden kann.⁷¹ Als konkrete Taktiken lassen sich dabei eine Dynamisierung ordnungsrechtlicher Vorgaben sowie die Nutzung von wirtschaftlichen Wettbewerbsformen identifizieren.⁷²

III. Experimentierklauseln als „Innovationstreiber“⁷³?

Vor diesem Hintergrund scheinen Experimentierklauseln zumindest theoretisch betrachtet in der Lage zu sein, Innovationen, insbesondere im Klimaschutzbereich, zu fördern.

Die Option, vom maßgeblichen Rechtskomplex abzuweichen, bietet nicht selten eine Stärkung der Anpassungsfähigkeit und Dynamik des Rechts durch beherrschbare Entfaltungsmöglichkeiten im dargestellten

67 *Rofsnagel* (Fn. 66), S. 13; vgl. auch *M. Eifert*, Innovationsfördernde Regulierung, in: *M. Eifert/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationsfördernde Regulierung*, 2009, S. 11 (12).

68 Siehe *I. Eisenberger*, *Innovation im Recht*, 2016, S. 80 ff., die „Regelungstechniken untersucht, die das Recht explizit oder implizit einsetzt, um Innovation zu fördern“ (so wörtlich auf S. 80).

69 *W. Hoffmann-Riem*, in: *B. Blätzel-Mink/I. Schulz-Schaeffer/A. Windeler* (Hrsg.), *Handbuch Innovationsforschung*, 2021, S. 597 (602). *Hoffmann-Riem* benutzt auch den Begriff der „rechtsexterne[n] [...] Innovation“ in Abgrenzung zur „rechtsinternen Innovation[...]“, die sich auf die Beschaffenheit des Rechts selbst bezieht (ebd. 598).

70 *Rofsnagel* (Fn. 66), S. 13; *A. Scherzberg*, *Innovationen und Recht: Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung*, in: *W. Hoffmann-Riem*, *Offene Rechtswissenschaft*, 2010, S. 273 (289); *Schneider* (Fn. 63), S. 271; *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Freiräume für Innovation*, 2019, S. 15, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/handbuch-fuer-reallabore.pdf?__blob=publicationFile&v=14.

71 *Rofsnagel* (Fn. 66), S. 13; *Scherzberg* (Fn. 70), S. 289; dies gilt freilich nicht uneingeschränkt, siehe *Eifert* (Fn. 67), S. 12 f.

72 *Eifert* (Fn. 67), S. 16.

73 *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, *Recht flexibel*, 2020, S. 5, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/recht-flexibel-arbeitshilfe-experimentierklauseln.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Sinne, in deren Rahmen Exploration stattfinden kann.⁷⁴ Die Erprobungsmöglichkeit besteht dabei häufig sogar in zwei Richtungen: Einerseits kann der Staat Erkenntnisse für legislative Fortentwicklungen gewinnen; gleichzeitig ist es allerdings oft auch Wirtschaftsvertreter*innen möglich, ihre Neuerungen dem Praxistest auszusetzen.⁷⁵

Wenn bisher nicht genutzte Innovationen in der realen Welt erprobt werden, kann dies ferner den Nebeneffekt haben, dass ihre gesellschaftliche Akzeptanz gesteigert wird.⁷⁶ Dies könnte sich wiederum förderlich auf spätere breitflächige Nutzungen auswirken.

Experimentierklauseln sind zudem Ausdruck einer Rechtsordnung, die der Empirie zugewandt ist und die Effekte punktueller Adaptionen nicht schlichten Vermutungen überlassen will.⁷⁷ Sofern eine Auswertung gesammelter Erfahrungen erfolgt, kann dies eventuell ein Stochern im Nebel beim Umgang mit Innovation verhindern und möglicherweise dafür sorgen, dass tatsächlich sinnvolle Maßnahmen zügiger implementiert werden.⁷⁸ Dies erscheint bezogen auf Klimaschutzfragen nicht zuletzt deshalb zweckmäßig, weil man es bei der Bewältigung des Klimawandels mit einem Bereich der Politik zu tun hat, der, unter anderem aufgrund seiner Vielschichtigkeit, von gewissen Unwägbarkeiten geprägt ist.⁷⁹

Im politischen Aushandlungsprozess dürften Experimentierklauseln gegebenenfalls auch einen für alle Beteiligten akzeptablen Mittelweg in der

74 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 3: „kontrollierte Freiräume zur Erprobung von Innovationen“.

75 Im Kontext mit der Experimentierklausel in § 2 Abs. 7 PBefG *M. Zeil/F. Prinz zur Lippe*, Der rechtliche Rahmen für innovative Mobilitätsangebote, *GewArch* 2018, 405 (408); siehe auch *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Fn. 73), S. 5.

76 Vgl. *M. Nebel*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Sächsischen Landtags zum Bericht über die Evaluierung des E-Government-Gesetzes (SLT-Drs. 6/9859), 2017, S. 11 bezüglich E-Government-Werkzeugen, abrufbar unter: <https://www.uni-kassel.de/fb07/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=3910&token=c27c13a0ab533df253c14a62d84751474114b1d1>. Siehe zur Rolle von „Testmöglichkeiten“ im Kontext mit der Akzeptanz von Technik *M. Schäfer/D. Keppler*, Modelle der technikorientierten Akzeptanzforschung, Zentrum für Technik und Gesellschaft der Technischen Universität Berlin, discussion paper Nr. 34, 2013, S. 43, abrufbar unter: <https://depositonce.tu-berlin.de/handle/11303/4758>.

77 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (F. 73), S. 5: „Baustein eines [...] evidenzbasierten Rechtsrahmens“.

78 Siehe *von Hesler* (Fn. 22), S. 107: „Mit ihnen können [...] Regelungen aufgrund der gesammelten Erfahrungen zielgerichtet normiert werden“.

79 Zur letztgenannten Problematik *von Hesler* (Fn. 22), S. 69.

Entscheidungsfindung darstellen.⁸⁰ So wird im Schrifttum dargestellt, dass sie häufig dann aufgenommen werden, wenn Parlamentsfraktionen sich uneinig über die voraussichtlichen Konsequenzen eines zur Debatte stehenden neuen Gesetzesinhalts sind.⁸¹ Dies könnte dazu beitragen, Innovationen, deren Entwicklung im Rahmen des Recht sonst keine spezielle Berücksichtigung erfahren würde, wenigstens partiell Förderung zukommen zu lassen. Beim Thema Klimaschutz hat diese politische Dimension der Experimentierklauseln unter Umständen eine besondere Bedeutung, da bei der konkreten Auswahl der klimaschützenden Maßnahmen oft Streit besteht.⁸²

Dass Gesetzgebungsmethoden wie Experimentierklauseln in der Praxis allerdings nicht zwingend die beschriebenen Effekte mit sich bringen, zeigen Erkenntnisse zu US-amerikanischen „Innovation Waivers“: Bei diesen handelt es sich um Vorschriften, die eine im Zeitraum begrenzte Befreiung von rechtlichen Normen ermöglichen.⁸³ Dies ähnelt jedenfalls in gewisser Weise den dargestellten Experimentierklauseln.⁸⁴ In einem Anwendungsfall traf die *Environmental Protection Agency* mit Wirtschaftsakteur*innen Übereinkünfte, die zum Zwecke des Tests von emissionsenkender Technik in der Realität eine vorübergehende Entbindung letzterer von bestimmten Vorgaben enthielten.⁸⁵ Untersuchungen, welche diese Herangehensweise empirisch geprüft haben, kamen jedoch zu dem Ergebnis, dass das Vorgehen im konkreten Fall nicht innovationsanregend wirkte.⁸⁶ Als Erklärungsansatz wurde im Nachhinein auf die mangelnde Rechtssicherheit für die beteiligten Vertreter*innen der Privatwirtschaft verwiesen, was auf unklare

80 *Seckelmann* (Fn. 15), S. 187 u. 221; *J. F. Lindner*, Verwaltungsrecht und Politik, in: W. Kahl/U. Mager (Hrsg.), *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis*, 2019, S. 285 (293).

81 *Seckelmann* (Fn. 15), S. 221.

82 Vgl. *P. Krohn*, Müssen wir verzichten oder rettet uns die Technik?, FAZ.net, 1.11.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/klima-nachhaltigkeit/klimaschutz-muessen-wir-verzichten-oder-rettet-uns-die-technik-17574918.html>.

83 *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 426.

84 Zur Vergleichbarkeit siehe auch *S. Volz*, KI Sandboxen für die Schweiz?, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* 2022, 51 (59), wobei die dort genannten Innovation Waiver der hier besprochenen Konstellation anscheinend nicht vollumfänglich entsprechen.

85 *Hoffmann-Riem* (Fn. 83), S. 426.

86 *Hoffmann-Riem* (Fn. 83), S. 426.

Begriffe in den Erlangungsvoraussetzungen zurückzuführen sei.⁸⁷ Weiterhin hätten etwa auch starre Ausnahmezeiträume namentlich solche privaten Akteur*innen verprellt, die sogenannte radikale⁸⁸ innovative Techniken erproben wollten; denn mit der erneuten Einschlägigkeit der normalen Emissionsvorgaben hätten Sanktionierungsgefahren bestanden.⁸⁹

Dieses Beispiel gibt Hinweise, in welchem Spannungsfeld sich eine Experimentierklausel zur Innovationsförderung, die auf die Einbindung privater Akteur*innen setzt, bewegt: Im Grundsatz bedarf es einer hinreichenden Weite sowohl hinsichtlich des Anwendungsbereichs als auch hinsichtlich der zur Disposition gestellten Vorschriften, damit insbesondere auch schlagartige innovationsbezogene Abläufe hinreichend erfasst sind und den erforderlichen Spielraum bekommen.⁹⁰ Gleichzeitig muss die Rechtssicherheit für die Beteiligten gewahrt sein.⁹¹ Hinsichtlich der regelmäßig enthaltenen Befristung gilt es einen Ausgleich zu finden zwischen dem Erfordernis, Experimentierzeiträume überschaubar zu halten und dem Interesse der Versuchsteilnehmer*innen, ihre Innovationsleistung auch für sie nutzbringend am Markt zu etablieren.⁹² Instrumente, um letzteren Konflikt aufzulösen, stellen etwa die gesetzliche Verankerung eines beweglichen, nur in Ober- und Untergrenze abgesteckten Zeitr Rahmens sowie die Implementierung von Verlängerungsoptionen dar.⁹³

87 S. Rutkowski, Innovationsförderung im Telekommunikationsrecht zwischen Netzzugang und Regulierungsfreistellung, 2009, S. 130; zitiert bei Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 426.

88 Eine Innovation ist eine „[r]adikale Innovation[...]“, wenn sie „auf veränderten Grundannahmen basier[t] und somit einen vorher unbekanntem Entwicklungskorridor öffne[t]“, Fietze (Fn. 10), S. 171. Ihr Gegenstück ist die „inkrementelle Innovation[...]“, bei der Bestehendes fortentwickelt wird, ebd.

89 Rutkowski (Fn. 87), S. 131, zitiert bei Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 427.

90 Fietze (Fn. 10), S. 179.

91 Fietze (Fn. 10), S. 179; S. Schäfer-Stradowsky/M. Kalis, Innovationsgrad des Energiewenderechts, EnWZ 2019, 104 (109).

92 Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 18 sowie im PBefG-Kontext Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; vgl. auch Fietze (Fn. 10), S. 179 f. sowie Schäfer-Stradowsky/Kalis (Fn. 91), 109 („Investitionssicherheit über zumutbare Zeiträume“).

93 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 19.

D. Praxisbeispiel: § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz

In einem letzten Schritt sollen nun die zuvor abstrakt erläuterten Vorbedingungen einer im Hinblick auf die Innovationsförderung hilfreichen Experimentierklausel anhand von § 2 Abs. 7 PBefG veranschaulicht werden. Dieser Regelung zufolge ist es „[z]ur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel“ möglich, „auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens fünf Jahren [zu] genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen“. Unter Anwendung von § 2 Abs. 7 PBefG konnten in der Vergangenheit Verkehrsvorhaben aus dem Pooling-Bereich (wie z.B. MOIA) realisiert werden, die – nach damaliger Rechtslage – wegen des im Personenbeförderungsgesetz enthaltenen „Typenzwang[s]“ bezüglich in Betracht kommender „Verkehrstypen“ nicht mit einer ganz normalen Genehmigung möglich gewesen wären.⁹⁴ Bei solchen Pooling-Konzepten wird darauf hingewiesen, dass durch die Beförderung in Gruppen bezogen auf den Personenkilometer die schädlichen Ausstöße abnehmen und auch die allgemeine Verkehrsmenge nachlässt.⁹⁵ Insofern hat § 2 Abs. 7 PBefG gewisse positive Effekte gehabt. Insgesamt wird die Experimentierklausel im Hinblick auf ihre Wirkkraft bezüglich Innovation jedoch kritisch gesehen. Zunächst sieht man Probleme bei den verwendeten Begrifflichkeiten. Es sei schwer festzumachen, was unter Termini wie „öffentliche Verkehrsinteressen“ falle,⁹⁶ das führe zu (Rechts-)Unklarheit.⁹⁷ Insbesondere bei letzterem Begriff sei das Risiko gegeben, dass gegenläufige Belange überbetont würden.⁹⁸ Auch das beträchtliche Ermessen hinsichtlich der Regelungen, von denen abgewichen werden kann, sei problematisch, da es dazu führe, dass die Restriktionen für

94 M. Ruttloff/R. Schulga, Digitalisierung im Verkehrssektor – Regulierungsbedarf im PBefG und im StVG!, RAW 2021, 85 (86 f.). Zur Änderung der Rechtslage im Jahr 2021 siehe ebd. S. 87 f. Zum Verhältnis von § 2 Abs. 7 PBefG zu § 2 Abs. 6 PBefG siehe Zeil/Prinz zur Lippe (Fn. 75), 408.

95 Zeil/Prinz zur Lippe (Fn. 75), 405.

96 Dazu Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 98 f.

97 Nexus Institut – Begleitforschung Nachhaltige Mobilität (BeNaMo), Experimentierräume & Experimentierklauseln, abrufbar unter: <https://www.zukunft-nachhaltige-mobilitaet.de/experimentierklauseln-und-ihre-nutzung/>, bezogen auf die Formulierung „öffentliche Verkehrsinteressen“; allgemein C. A. Mayer/L. Seiler, Novellierung des PBefG und Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum, ZdiW 2021, 194 (196): „keine rechtssichere Genehmigungspraxis“.

98 Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 99.

die Versuchsteilnehmer*innen je nach Einzelfall sehr stark auseinandergelassen könnten.⁹⁹ Weiterhin wurde die (wohl nicht erneuerbare)¹⁰⁰ Testfrist bemängelt.¹⁰¹ Hier wurde darauf hingewiesen, dass es zu Fällen kommen könne, in denen die Erprobung in der angegebenen Zeit keine hinreichenden Ergebnisse, etwa hinsichtlich der Annahme des Angebots, ergibt.¹⁰² Zudem sei es für die Teilnehmer*innen der Erprobung normalerweise nicht möglich, einen profitablen Betrieb zu erreichen.¹⁰³ Insgesamt müsse die Höchstdauer des Versuchs angehoben werden, aber auch die Perspektive einer speziellen „Anschlussgenehmigung“ geschaffen werden, da sonst Projekte unabhängig von ihren Ergebnissen potenziell einfach auslaufen würden.¹⁰⁴ Diese Punkte zeigen, dass die Experimentierklausel durchaus Verbesserungspotenzial hat, wobei die Beanstandungen sich im Wesentlichen in die obige Diskussion um die generellen Innovationsförderungsbedingungen von Experimentierklauseln einordnen lassen. Jedenfalls ein gewisses Anpassungsbedürfnis hat dann auch der Gesetzgeber erkannt, als er die Experimentierfrist zumindest um ein Jahr verlängert hat.¹⁰⁵ Im Bereich der Nutzung der Experimentierklausel für klimaschützende Innovationen kann man zudem die Frage stellen, ob schon vom 2021 neu ins Personenbeförderungsgesetz eingefügten § 1a, nach dem „[b]ei Anwendung dieses Gesetzes [...] die Ziele des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen [sind]“,¹⁰⁶ positive Impulse ausgehen können. Hier wird bereits vertreten, dass dieser etwa Bedeutung bei der behördlichen Ermessensausübung habe,¹⁰⁷ was auch für § 2 Abs. 7 PBefG relevant wäre.

99 Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 99.

100 Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87 m.w.N.

101 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; M. Rodi, Stärkung des ÖPNV durch verbesserte Planungs- und Finanzierungsstrukturen, in: M. Knauff (Hrsg.), ÖPNV als Bestandteil und Gegenstand der Verkehrswende, 2021, S. 129 (136). Die Kritik bezog sich auf die 4-Jahres-Frist nach alter Rechtslage, mittlerweile beträgt die Frist fünf Jahre, dazu B. Linke, Neue Verkehrsformen im Personenbeförderungsgesetz, NVwZ 2021, 1001 (1002).

102 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; siehe auch Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87.

103 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208.

104 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208, die sich für eine Höchstdauer von acht Jahren aussprechen; zu letzterem Problem auch Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87.

105 Linke (Fn. 101), 1002.

106 Zu § 1a PBefG kurz Linke (Fn. 101), 1002.

107 O. Wittig, in: A. Saxinger/M. Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 21. Lfg. Februar 2022, § 1a PBefG Rn. 17.

E. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass Experimentierklauseln – wenngleich sie kein Allheilmittel sind – grundsätzlich in Betracht kommen, um Klimaschutzbezogene Innovation zu fördern. Es bestehen bei ihrer Implementation einige Fallstricke, die es zu vermeiden gilt. Am Ende hat man es mit einer Optimierungsfrage¹⁰⁸ zu tun: Es gilt, die jeweilige Klausel unter der Wahrung aller (insbesondere verfassungs-)rechtlichen Vorgaben gleichzeitig in einem möglichst hohen Maße offen sowie rechtssicher zu halten und dabei auch den anvisierten Überprüfungsrahmen bedarfsgerecht auszugestalten. Wenn das gelingt, können Experimentierklauseln ein Element sein, um die für den Klimaschutz erforderlichen Neuerungen rechtlich zu umrahmen und ihre Fortentwicklung unterstützend zu begleiten.

108 Vgl. *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 95: „besondere Herausforderung besteht [...] darin, alle Güter und Interessen in hinreichendem Maße sicher und flexibel abzubilden und die unterschiedlichen Risikopotenziale zu berücksichtigen“ (dort bezüglich einer „Generalexperimentierklausel“, siehe ebd. S. 94); zur „Optimalität“ als „Zielwert“ siehe *Hoffmann-Riem* (Fn. 83), S. 370 f. (Wortlautzitate auf S. 370).