

# Experimentierklauseln in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit

Studie erstellt von:

Prof. Dr. Michael Frey, Mag. rer. publ.  
Rahel Alia Müller

Hochschule für öffentliche Verwaltung Kehl/  
für das Euro-Institut

finanziert durch



Auswärtiges Amt

# Inhalt

A. Einleitung	4
B. Grundlagenkapitel - Gegenstand der Studie	5
I. Überblick über die Regelungsinstrumente im Umfeld von Experimentierklauseln	5
II. Zwischenfazit	8
C. Bestandaufnahme: Erforderlichkeit von Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene	10
I. Materiellrechtliche Erforderlichkeit von Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene	10
1. Fehlende Erforderlichkeit infolge fehlendem rechtlichen Mehrwert	11
2. Fehlende Erforderlichkeit infolge Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtsordnung	11
a) Allgemeines: Die Stellung völkerrechtlicher Verträge im nationalen Rechtsgefüge	11
b) Vereinbarkeit völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln mit abweichenden spezialgesetzlichen Regelungen auf einfachrechtlicher Ebene	12
c) Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklauseln mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG)	12
d) Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklausel mit der Kompetenzzuordnung des Grundgesetzes	13
3. Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklauseln mit Grundrechten	13
4. Prozessrechtliche Erforderlichkeit	14
5. Verbindlichkeit der realisierten Abweichung	14
7. Zwischenergebnis	15
II. Die Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten als Lösungsansatz für untergesetzliche Normen	15
III. Weitergehende Frage: Wie müsste eine optimal ausgestaltete Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene aussehen?	16
IV. Alternative zu völkervertragsrechtlichen Experimentierklauseln: Experimentierklauseln auf nationaler einfachgesetzlicher Ebene	16
V. Exkurs: Grenzüberschreitende Experimentierklauseln aus französischer Perspektive	17
VI. Zwischenfazit	18
D. Hauptkapitel: konkrete Umsetzungsmöglichkeiten von Experimentierklauseln in einzelnen Politikfeldern und Grenzregionen	19
I. Gesundheit(-sdaten)	19
II. Grenzüberschreitende Anerkennung von Berufsabschlüssen	21
III. Mobilität: Grenzüberschreitende Anerkennung von Umweltplaketten	22
E. Fazit	26

Annex – existierende Beispiele für Öffnungs- und Experimentierklauseln	28
I. Basel badischer Bahnhof, die Zollfreie Straße Weil-Lörrach und die Hochrheinbahn	28
II. Wassernutzungsrechte am Rhein (Vertrag von Versailles)	28
III. Besonderheiten entlang der deutsch-schweizerischen Grenze (Tägermoos, Büsingen)	28
IV. Euro-Airport (Basel-Mulhouse)	29
V. Anwendung der Crit'Air Kriterien im Kanton Genf	29
VI. Mont Cenis-Basistunnel Frankreich-Italien	29

## A. Einleitung

Experimentierklauseln sind, neben der Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten, zentralen oder dezentralen Öffnungs- und Ausnahmeregelungen, sowie einer grenzüberschreitenden Gesetzesfolgenabschätzung ein wesentlicher Bestandteil der sogenannten "cross-border friendly legislation", deren Ziel es ist, nachteilige Effekte von Grenzen in grenzüberschreitenden Regionen zu überwinden.

Mit dem Vertrag von Aachen, offiziell Vertrag über die deutsch-französische Zusammenarbeit und Integration vom 22. Januar 2019<sup>1</sup> wurde mit Art. 13 Abs. 2 erstmals eine derartige Experimentierklausel in einen bilateralen Staatsvertrag eingefügt. Diese Regelung ist derzeit, zumindest für die Bundesrepublik Deutschland, die einzige völkervertragsrechtliche Regelung dieser Art.

Im Koalitionsvertrag von SPD, Grünen und FDP 2021 (Kapitel „Europäische Partner“, S.108) ist vorgesehen, die Zusammenarbeit in Grenzräumen, z. B. durch Grenzscouts, Regionalräte und Experimentierklauseln zu verbessern.<sup>2</sup>

Im Auftrag der Deutsch-französisch-schweizerischen Oberrheinkonferenz hat der Verfasser bereits für das Euro Institut eine rechtswissenschaftliche Studie erstellt, in der er Anwendungsmöglichkeiten und -grenzen der Experimentierklausel des Vertrags von Aachen für den deutsch-französischen Grenzraum aufzeigt.<sup>3</sup>

Um das Potential von Experimentierklauseln in Grenzregionen jenseits der bestehenden Regelung des Vertrags von Aachen nutzbar zu machen wurde folgende Studie im Auftrag des Auswärtigen Amts erstellt.

Die Studie stellt zunächst in einer Bestandsaufnahme (B.) die Regelungsinstrumente im Umfeld von Experimentierklauseln dar, um das Potential grenzüberschreitender Abweichungsregelungen nicht auf möglicherweise zeitlich befristete Regelungen zu verengen. Sie soll auf dieser Grundlage erarbeiten, ob es überhaupt einer völkervertragsrechtlichen Experimentierklausel wie der des Vertrags von Aachen bedarf, um grenzüberschreitende Probleme zu lösen oder ob eine Lösung etwaiger Probleme nicht vielmehr auch ohne eine derartige Rechtsgrundlage auf der Ebene des nationalen Rechts möglich wäre (C.). In einem zweiten Schritt sollen beispielhaft mögliche Anwendungsfelder für Experimentierklauseln und konkrete Umsetzungsmöglichkeiten beschrieben werden. (D.)<sup>4</sup> Bereits umgesetzte Experimentier-, Öffnungs- und Ausnahmeklauseln in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit werden im Annex dargestellt. Die konkrete Ausgestaltung der Studie wurde mit dem Auftraggeber in mehreren Treffen gemeinsam erarbeitet und nach verschiedenen Treffen mit Vertretern der Fachministerien sowie mit dem französischen Außenministerium ergänzt.

---

<sup>1</sup> BGBl II Nr. 19 (21.11.2019).

<sup>2</sup> [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf), S. 108 (12.03.2023).

<sup>3</sup> Berrod/Frey, Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen – Möglichkeiten, Grenzen und Anwendung in der Praxis in Schriften zur Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Band 18).

<sup>4</sup> Leistungsbeschreibung für eine Studie zur Bestandsaufnahme und Potential-Analyse von Experimentierklauseln im Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.

## B. Grundlagenkapitel - Gegenstand der Studie

Im Zuge einer Themenfeldanalyse soll die vorliegende Studie zunächst Experimentierklauseln und alternative Regelungsinstrumente mit vergleichbarem Ziel umreißen und definieren. In einem weiteren Schritt sollen alle in völkerrechtlichen Verträgen mit den Nachbarstaaten Deutschlands bestehenden Experimentierklauseln ermittelt und dargestellt werden.

### I. Überblick über die Regelungsinstrumente im Umfeld von Experimentierklauseln

Experimentierklauseln zählen, wie auch Öffnungsklauseln und Ausnahmeklauseln zur Gruppe der Abweichungsregelungen.

Der Begriff der Experimentierklausel selbst ist (verfassungs-)rechtlich nicht definiert. In der Sache lassen sich solche Rechtsvorschriften unter den Begriff subsumieren, die die Erprobung einer Abweichung von einer im Übrigen weiter geltenden Regelung typischerweise zeitlich befristet zulassen.<sup>5</sup> Ein Ziel von Experimentierklauseln kann sein, in einem Sachgebiet Erfahrungen zu sammeln, die später Grundlage für eine dauerhafte, anwendungsorientierte<sup>6</sup> Normierung sein können.<sup>7</sup> Eine Wirkung erreichen systematisch nur solche Experimentierklauseln, welche der Exekutive die Befugnis einräumen, nach Ermessen für einzelne Fälle Ausnahmen von den Anordnungen des Gesetzgebers zu gestatten.

Öffnungsklauseln sind Regelungen, mit denen ein Gesetzgeber zugunsten eines anderen Gesetzgebers die Möglichkeit einräumt, von bestimmten Regelungen abzuweichen, sie zu konkretisieren oder zu ergänzen, also die Regelungen durch eigene Regelungen zu ersetzen.<sup>8</sup> Hierunter fallen beispielsweise die Regelung des Art. 72 Abs. 3 GG oder auf unionsrechtlicher Ebene beispielsweise die zahlreichen Öffnungsklauseln der DSGVO.

Öffnungsklauseln lassen sich in folgende weitere Kategorien einteilen: Öffnungsklauseln, welche dem weiteren Gesetzgeber die Möglichkeit zur Konkretisierung geben, solche die einem weiteren, etwa dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit zur Ergänzung geben und solche, die dem weiteren Gesetzgeber die Möglichkeit zur Modifikation der Regelung geben.<sup>9</sup>

Ausnahmeklauseln sind vom Gesetzgeber vorgesehene Regelungen, die eine sachlich abweichende Entscheidung durch die Exekutive bei Vorliegen bestimmter vorgegebener Voraussetzungen ermöglichen.

Experimentierklauseln unterscheiden sich damit von Öffnungs- und Ausnahmeklauseln einerseits dadurch, dass die Abweichungsbefugnis hier in der Regel zeitlich befristet ist. Gemeinsam mit Ausnahmeklauseln ist ihnen, dass sie in der Regel nur für einen eng umrissenen vordefinierten Anwendungsbereich zugelassen werden, mit Öffnungsklauseln

---

<sup>5</sup> Weber, in Weber Rechtswörterbuch, 29. Edition 2022.

<sup>6</sup> Beck, Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument, LKV 2004, 488, zitiert nach Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Sachstand Experimentierklauseln in der grenzüberschreitenden kommunalen Zusammenarbeit, 2018, Az. WD 3 - 3000 - 259/18.

<sup>7</sup> Bay. VGH, E. v. 25.9.2015; Az. Vf. 9-VII-13; Rn. 185, zitiert nach Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Sachstand Experimentierklauseln in der grenzüberschreitenden kommunalen Zusammenarbeit, 2018, Az. WD 3 - 3000 - 259/18.

<sup>8</sup> Weber, in Weber Rechtswörterbuch, 22. Ed. 2022.

<sup>9</sup> Vgl. für das Beispiel der DSGVO: Stemmer, in BeckOK DatenschutzR, Stand: 41. Ed. 1.5.2022, DSGVO Art. 7 Rn. 16-19; Grzeszick, Öffnungsklauseln für die Kommunalverwaltung, Die Verwaltung 1997, 545 ff.

gemeinsam ist - zumindest in der Fallgruppe der Experimentierklausel des Vertrags von Aachen - dass nicht die Exekutive, sondern nur die Legislative ermächtigt wird. Gemeinsam ist allen Regelungen, dass sie sowohl zentral, d.h. für alle in Frage kommenden Themenfelder an einer Stelle oder dezentral, also für die jeweiligen Themenfelder jeweils gesondert in den einschlägigen Spezialgesetzen legiferiert werden können. Außerdem können sie auf allen Ebenen der Normsetzung, also sowohl auf supra- und internationaler Ebene (Völkerrecht, EU) als auch auf nationaler (Bundes-)Ebene sowie auf der subnationalen Ebene wie der der Länder und Kommunen eingesetzt werden.



Abb. 1: Experimentierklauseln im Regelungsumfeld von Abweichungsregelungen

Die rechtlichen Grenzen des Einsatzes von Abweichungsregelungen sind erreicht in allen Fällen, in denen die Klausel selbst sowie die durch die Klausel ermöglichte Abweichung von geltendem Recht eine Verletzung der Verfassung sowie sonstigem höherrangigen Recht darstellt.<sup>10</sup>

Verfassungsrechtlich in Betracht kommen hier aus deutscher Sicht das Bestimmtheitsgebot, die vom Grundgesetz vorgegebene Kompetenzverteilung der Art. 70 ff. GG sowie Grundrechtsaspekte, insbesondere gleichheitsrechtliche Fragen; unionsrechtlich ist in Ergänzung insbesondere an die diskriminierungsrechtlichen und beschränkungsrechtlichen Regelungen im Bereich der EU-Grundfreiheiten zu denken.

Im Gesamtkontext einer Cross border friendly legislation wären im weiteren Regelungsumfeld noch als Regelungsalternativen zu Experimentierklauseln zu nennen:

Zunächst kommt die grundsätzliche Möglichkeit in Betracht, durch Staatsvertrag auf die Ausübung von Hoheitsrechten in einem bestimmten räumlichen und inhaltlichen Bereich zugunsten der Ausübung von Hoheitsrechten eines Nachbarstaates auf dem eigenen Territorium zu verzichten. Im Sinne der oben dargestellten Terminologie ließen sich solche vollständige oder teilweise Übertragungen von Hoheitsrechten auf staatsvertraglicher Grundlage als dauerhafte Ausnahme- bzw. Öffnungsklausel verstehen.

<sup>10</sup> Vgl. BayVGh, Urt. v. 21. November 1986, Vf. 5-VII-85, Leitsatz 10.

Als historisches Beispiel hierfür ließe sich der Betrieb des Badischen Bahnhofs in Basel nennen.<sup>11</sup> Es existieren aber zahlreiche weitere, die im Annex kurz dargestellt werden sollen.



Abb. 2: Übertragung von Hoheitsrechten

Auf Unionsebene wäre zur Lösung von Einzelfällen das Instrument „Solvit“ anzuführen<sup>12</sup> sowie der sich derzeit im Entwurfsstadium befindliche European Cross Border Mechanism zu nennen:

Mit dem Vorschlag für eine EU-Verordnung über einen Mechanismus zur Überwindung rechtlicher und administrativer Hindernisse in einem grenzüberschreitenden Kontext (ECBM - COM (2018) 373 final - 2018/0198 (COD))<sup>13</sup> hat die Kommission vorgeschlagen, einen Mechanismus einzurichten, der es ermöglichen soll, in einem Mitgliedstaat in Bezug auf eine grenzübergreifende Region die Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats anzuwenden, wenn die Anwendung seiner eigenen Rechtsvorschriften ein rechtliches Hindernis für die Durchführung eines gemeinsamen Projekts darstellen würde (Art. 1 Nr. 1). Als Rechtsfolge sieht der Entwurf zwei Möglichkeiten vor: den Abschluss einer unmittelbar anwendbaren sog. „europäischen grenzübergreifenden Verpflichtung“ (Art. 1 Nr. 2 a) oder den Abschluss einer europäischen grenzübergreifenden Erklärung, die ein Gesetzgebungsverfahren im betreffenden Mitgliedstaat erfordern würde (Art. 1 Nr. 2 b).

Der Vorschlag sieht die Schaffung eines Netzwerks von grenzüberschreitenden Koordinierungsstellen (Art. 5) als verfahrensführende Stellen vor, die rechtliche Hindernisse, definiert nach Art. 3 Abs. 4 als „jede Rechtsvorschrift im Zusammenhang mit der Planung, Entwicklung, Personalausstattung, Finanzierung oder Arbeitsweise eines gemeinsamen Projekts, die der Ausschöpfung des Potenzials einer Grenzregion, über die Grenze hinweg tätig zu werden, entgegensteht“ auf der Grundlage einer vom Initiator (Art. 8, Definition in Art

<sup>11</sup> BS 13 257; BBl 1852 III 82; Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Großherzogtum Baden betreffend die Weiterführung der badischen Eisenbahnen über schweizerisches Gebiet vom 7. Oktober 1858.

<sup>12</sup> [https://ec.europa.eu/solvit/documents/index\\_de.htm](https://ec.europa.eu/solvit/documents/index_de.htm) (09.01.2023).

<sup>13</sup> Vgl. auch Weigel, Perspektiven zur rechtlichen Flexibilisierung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit am Oberrhein, S. 44; Sielker, The European Commission's Proposal for a Cross-border Mechanism (ECBM): Potential Implications and Perspectives; [https://www.researchgate.net/profile/Franziska-Sielker/publication/328770964\\_The\\_European\\_Commission's\\_proposal\\_for\\_a\\_cross-border\\_mechanism\\_ECBM\\_Potential\\_implications\\_and\\_perspectives/links/5cab71ba4585157bd32acc68/The-European-Commissions-proposal-for-a-cross-border-mechanism-ECBM-Potential-implications-and-perspectives.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Franziska-Sielker/publication/328770964_The_European_Commission's_proposal_for_a_cross-border_mechanism_ECBM_Potential_implications_and_perspectives/links/5cab71ba4585157bd32acc68/The-European-Commissions-proposal-for-a-cross-border-mechanism-ECBM-Potential-implications-and-perspectives.pdf) (31.03.2023).

3 Abs. 5) ausgearbeiteten Initiativvorlage (Art. 9) vorprüft und an die zuständige nationale Behörden des übertragenden und des übernehmenden Staats zur dortigen Vorprüfung weiterleitet (Art. 10 und 11). Dabei ist der übertragende Mitgliedstaat der, dessen Vorschriften auf dem Gebiet eines anderen, des übernehmenden Mitgliedstaates zur Anwendung kommen sollen (Art. 3 Abs. 7, 8).

Sodann arbeiten die Koordinierungsstelle bzw. die zuständige Behörde des übernehmenden Staates einen Entwurf über die zu übernehmende Regelung, einschließlich einer vorläufigen ad-hoc-Regelung und dessen Anwendungsbereich (Art 14 Nr. 1) aus. Sofern die Beteiligung eines Legislativorgans erforderlich ist, muss dieser Vorschlag diesem zugeleitet werden (Art. 14 Nr. 3). Nach deren Zustimmung wird der Vorschlag dem übertragenden Mitgliedstaat zugestellt (Art. 16). Wenn dieser ebenfalls zustimmt, wird die Regelung durch die Behörden des übernehmenden Staates umgesetzt (Art. 18).

Der Vorschlag sieht ein detailliert und verbindlich ausgestaltetes Verfahren einschließlich enger Prüffristen vor, was Art. 13 Abs. 2 VvA völlig fehlt. Das Verfahren selbst ist an das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV angelehnt.

Präventiv wäre noch die Möglichkeit eines verbindlichen Impact Assessment-Verfahrens zu nennen, in dem die grenzüberschreitenden Auswirkungen eines Gesetzesvorhabens untersucht werden.

## II. Zwischenfazit

Wie oben dargestellt, existieren mehrere rechtliche Handlungsoptionen für alle politischen Ebenen, die dem Zweck dienen, nicht nur grenzüberschreitende Hindernisse (wie die Regelung des Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen) zu beseitigen als auch darüber hinaus die grenzüberschreitende Zusammenarbeit positiv zu vereinfachen.

Experimentierklauseln stellen hierbei eine sowohl auf allen Ebenen der Gesetzgebung (EU, bi- und multinationales Völkervertragsrecht, Bund, Länder, Kommunen) als auch allen Ebenen der Normhierarchie (Parlamentsgesetze, Verordnungen, aber auch Erlasse) sowohl generalklauselartig als auch fachspezifisch einsetzbare Möglichkeit dar.

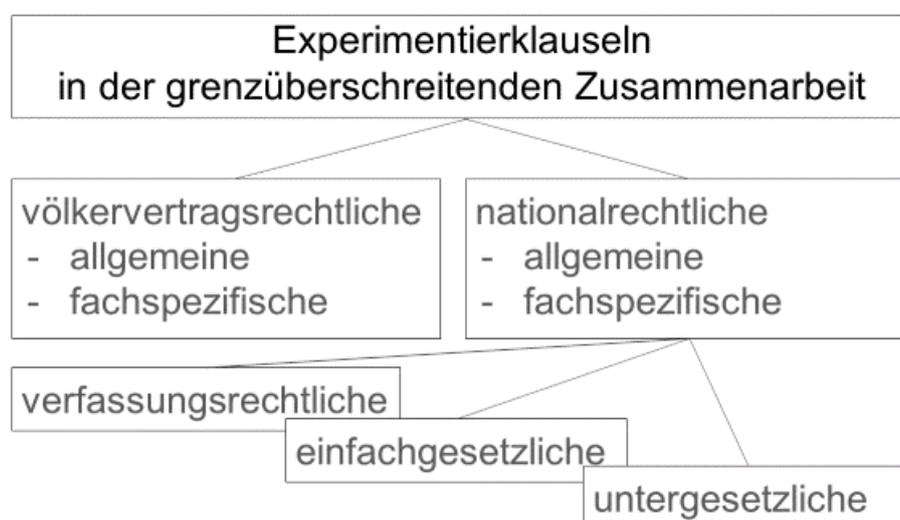


Abb. 3: Experimentierklauseln in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit  
Zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Grenzregionen sind Experimentierklauseln im engen Sinne der Definition wegen ihres zeitlich befristeten

Charakters aufgrund der hohen Komplexität grenzüberschreitender Fragestellungen einerseits, andererseits auch wegen des Bedarfs einer dauerhaften Lösung in der Regel nicht die optimale Handlungsoption, vielmehr wäre eine dauerhafte Öffnung bzw. Flexibilisierung des Rechtsrahmens und damit eine Öffnungs- oder Ausnahmeklausel sinnvoll.

Im Folgenden sollen daher die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von Experimentierklauseln in der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit vertieft untersucht werden.

## C. Bestandaufnahme: Erforderlichkeit von Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene

Im folgenden Kapitel soll im Rahmen einer rechtlichen Analyse die Frage beantwortet werden, ob für die Vereinfachung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit überhaupt Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Grundlage (wie der des Artikel 13 Abs. 2 VvA) erforderlich sind oder ob nicht vielmehr derartige Regelungen auf der Ebene des nationalen Rechts ebenfalls die Zusammenarbeit in Grensräumen verbessern können.

Diese Frage soll im Folgenden sowohl in der materiellrechtlichen Dimension (also der Frage, ob völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln in ihrem Inhalt erforderlich sind) als auch in ihrer prozessrechtlichen Dimension (also der Frage, ob das zur Anwendung der Experimentierklausel vorgesehene Verfahren zielführend ist) erörtert werden.

Dabei ist zu analysieren, ob Experimentierklauseln in völkerrechtlichen Verträgen sowohl generell als auch in der konkreten Ausgestaltung des Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen geeignet sind, ihren Zweck, hier die Überwindung von Hindernissen bei grenzüberschreitenden Vorhaben sowie generell die Verbesserung der Zusammenarbeit in Grensräumen erfüllen zu können.

In der Folge wäre zu untersuchen, ob möglicherweise anders formulierte Experimentierklauseln in völkerrechtlichen Verträgen diesem Zweck (überhaupt oder besser) dienen könnten. Sofern dies möglich scheint, muss in einem weiteren Schritt überlegt werden, wie eine optimierte Experimentierklausel aussehen könnte.

Weiterhin sollen alternative Regelungsansätze wie zentrale oder dezentrale Experimentierklauseln im nationalen Recht auf verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Ebene untersucht werden.

Damit ergänzt sich die vorliegende Studie mit dem ebenfalls im Koalitionsvertrag vorgesehenen Lösungsinstrument der Reallabore.<sup>14</sup>

### I. Materiellrechtliche Erforderlichkeit von Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene

Materiellrechtlich fehlt es an der Erforderlichkeit von Experimentierklauseln unabhängig von ihrer normativen Ebene, wenn sie aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung nicht geeignet ist, den beabsichtigten Zweck, die Zusammenarbeit in Grensräumen bzw. die Überwindung von Hindernissen bei grenzüberschreitenden Vorhaben, zu erfüllen.

Daran fehlt es zunächst, wenn die Experimentierklausel im Vergleich zu der ohne sie bestehenden Rechtslage keinen rechtlichen Mehrwert erzielt (1.).

Weiterhin wäre eine Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene auch dann nicht erforderlich, wenn die Regelung deshalb nicht angewendet werden kann, weil ihre Anwendung im Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtsordnung stünde (2.) oder gegen Grundrechte verstieße (3.). Außerdem kann die rechtliche Erforderlichkeit fehlen, wenn die ihr

---

<sup>14</sup> [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf), S. 108 (12.03.2023).

zugrundeliegenden Problemlösungsverfahren nicht geeignet sind, die Zusammenarbeit in Grenzregionen zu vereinfachen oder grenzüberschreitende Hindernisse zu beseitigen (4.) oder es an der rechtlichen Verbindlichkeit der gefundenen Lösungen fehlte (5.).

## 1. Fehlende Erforderlichkeit infolge fehlendem rechtlichen Mehrwert

Sofern die Experimentierklausel in einem formellen Gesetz lediglich die Legislative ermächtigt, abweichende gesetzliche Regelungen zu treffen, entsteht dadurch - weil der Gesetzgeber dies ohnehin auch ohne die Experimentierklausel könnte - zumindest rechtlich kein Mehrwert.

Das bedeutet, entsprechend zur Definition oben, dass es Experimentierklauseln bereits dann grundsätzlich an der rechtlichen Erforderlichkeit fehlt, wenn durch sie nicht die Exekutive, sondern nur die Legislative ermächtigt wird.

In der Gesamtbewertung ist allerdings zu berücksichtigen, dass neben der rein rechtlichen Betrachtung auch die politische Bedeutung als an die innerstaatlichen Verfassungsorgane gerichteter Appell, entsprechende Ausnahmenvorschriften zu erlassen, berücksichtigt werden muss.

## 2. Fehlende Erforderlichkeit infolge Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtsordnung

Weiterhin kann es an der Erforderlichkeit einer Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Grundlage auch dann fehlen, wenn sie im Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtsordnung steht.

### a) Allgemeines: Die Stellung völkerrechtlicher Verträge im nationalen Rechtsgefüge

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt völkerrechtlichen Verträgen, sofern sie nicht allgemeine Grundsätze des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 S. 2 GG normieren<sup>15</sup> und mit Ausnahme von EU-Recht<sup>16</sup> kein Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht zu. Mit Blick auf die Regelung des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG sind völkerrechtliche Verträge innerstaatlich in ihrem Rang wie einfache Bundesgesetze einzustufen.<sup>17</sup> Insbesondere unterfallen sie nicht den allgemeinen Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG, die in ihrem Rang zwischen Verfassungsrecht und einfachen Gesetzen stehen.<sup>18</sup>

Weder aus der Pflicht zu völkerrechtsfreundlichem Verhalten noch aus dem Rechtsstaatsprinzip hat das BVerfG eine Pflicht zur Befolgung völkervertragsrechtlich eingegangener Verpflichtungen abgeleitet. Stattdessen hat es hier der auf dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) aufbauenden unmittelbaren demokratischen Legitimation des nationalen Gesetzgebers und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden lex-posterior-Grundsatz Vorrang eingeräumt, was zur Konsequenz hat, dass der nationale Gesetzgeber in seiner nachzeitigen Gesetzgebung auch vom Inhalt völkerrechtlicher Verträge, jedenfalls im Bereich von Art. 59 GG abweichen darf.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Bundestages: <https://www.bundestag.de/resource/blob/678954/0d11d7757585f35254ed51a35f4bccaf/WD-2-136-19-pdf-data.pdf> (26.11.2022).

<sup>16</sup> EuGH, RS. 11/70 Slg. 1970, S. 1125; BVerfG Urt. v. 12.10.1993, AZ 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155.

<sup>17</sup> BVerfG, B. v. 15.12.2015; Az.: - 2 BvL 1/12 -, Rn. 1-26, BVerfGE 141, 1; Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Rn. 7 (11).

<sup>18</sup> Jarass, in Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 25 Rn. 18.

<sup>19</sup> BVerfG, B. v. 15.12.2015; Az.: - 2 BvL 1/12 -, Rn. 1-26, BVerfGE 141, 1.

Dies stellt insoweit eine Abweichung von der Regelung des Art. 26 WÜRV dar, die auch als allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG angesehen werden kann.<sup>20</sup>

Anders als Frankreich (Loi 3DS, Art. 52 Abs. 4 der französischen Verfassung) hat Deutschland keine verfassungsrechtliche Norm, welche den Einsatz von Experimentierklauseln unmittelbar verfassungsrechtlich normiert.

#### b) Vereinbarkeit völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln mit abweichenden spezialgesetzlichen Regelungen auf einfachrechtlicher Ebene

Sofern also völkervertragliche Regelungen innerstaatlich wie einfache Gesetze zu behandeln sind, gilt im Falle eines echten Anwendungswiderspruchs zwischen völkerrechtlichem Vertrag und einfachem Bundesrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG zum sogenannten Treaty overriding der lex posterior-Grundsatz. Sofern der völkerrechtliche Vertrag nachzeitig ist, soll hier zugunsten des völkerrechtlichen Vertrages, also beispielsweise mit einer Experimentierklausel auch der "Lex-specialis"-Grundsatz anwendbar sein, allerdings erst dann, wenn sich die Konkurrenz nicht durch völkerrechtsfreundliche Auslegung oder eine entsprechende Lückenschließung im Analogieschluss beheben lässt.<sup>21</sup>

Ob der lex specialis bzw. der lex posterior-Grundsatz auch für völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln zur Anwendung kommen kann, ist allerdings zweifelhaft. Einerseits angesichts der abgeschlossenen Systematik der spezifischen Fachgesetze, andererseits angesichts der möglichen Unbestimmtheit einer in der Regel generalklauselartig ausgestalteten völkervertragsrechtlichen Experimentierklausel. Etwas anderes könnte allenfalls für spezifische Experimentierklauseln, die auf ein bestimmtes Fachgesetz ausgerichtet sind, gelten.

Damit bleibt hier als Zwischenergebnis festzuhalten, dass mit allgemein bzw. generalklauselartig formulierten völkerertragsrechtlichen Experimentierklauseln abschließende fachgesetzliche Regelungskontexte nicht überwunden werden können. Fachspezifisch formulierte völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln könnten hingegen auch in national abschließend geregelte Regelungsgebiete modifizierend eingreifen.

#### c) Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklauseln mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG)

Völkervertragsrechtliche Experimentierklauseln können weiterhin unwirksam und nicht erforderlich sein, wenn sie in ihrer Ausgestaltung nicht den im Kern verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit genügen.

Dies gilt zunächst bei allgemein, d.h. fachrechtsgebietsübergreifend ausgestalteten Experimentierklauseln hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, darüber hinaus bei spezifischen, d.h. fachgesetzespezifisch ausgestalteten völkervertragsrechtlichen Experimentierklauseln zusätzlich auch hinsichtlich der einfachgesetzlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm, etwa auf der Grundlage von § 37 Abs. 1 (L)VwVfG.

---

<sup>20</sup> Pieper, in Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 52. Ed. 15.08.2022, Art. 59 Rn. 38.

<sup>21</sup> Nettessheim, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 98. EL März 2022, Rn. 187.

d) Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklausel mit der Kompetenzzuordnung des Grundgesetzes

Rechtsetzung kann jedoch auch jenseits formeller Gesetze, etwa im Verordnungswege durch die Exekutive erfolgen. Dies setzt allerdings grundsätzlich eine Verordnungsermächtigung voraus. Ob dies auch durch eine Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Grundlage erfolgen kann, ist fraglich.

Sofern Gesetzgebungskompetenzen betroffen sind, die nach den Art. 70 ff. GG dem Landesgesetzgeber zugewiesen sind, können diese mittels einer völkervertragsrechtlichen Experimentierklausel ebenfalls nicht überwunden werden, weil dadurch die von der höherrangigen Verfassung (hier des GG) vorgegebenen Kompetenzordnung durch als auf Ebene einfacher Gesetzgebung einzustufende völkerrechtliche Verträge grundsätzlich nicht überformt werden darf.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das sog. Lindauer Abkommen, welches – freilich ohne rechtliche Bindungswirkung – einen von der Verfassungspraxis getragenen „modus vivendi“ für die verfassungsrechtliche Frage der außenpolitischen Vertragsabschlusskompetenz des Bundes mit Betroffenheit der Kompetenzen der Länder definiert hat.<sup>22</sup>

### 3. Vereinbarkeit völkervertragsrechtlicher Experimentierklauseln mit Grundrechten

Die Frage, welche Grundrechte von Experimentierklauseln betroffen sein könnten, ist stark vom jeweiligen Regelungskontext der Experimentierklausel abhängig. Dies gilt insbesondere für fachspezifisch ausgestaltete Experimentierklauseln.

Praktisch immer sind Experimentierklauseln jedoch am Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen, weil sie durch die Abweichungsmöglichkeit eine Ungleichbehandlung ermöglichen.

Erforderlich ist zu deren Rechtfertigung auf der mittlerweile an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ausgerichteten Prüfung des BVerfG ein Sachgrund, dessen Gewicht dem Grad der Ungleichbehandlung angemessen ist.<sup>23</sup>

Als Sachgrund könnte neben der Erprobung neuer Regelungen insbesondere die Förderung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit allgemein als Ziel, auch die Intensität des zu Überwindenden grenzüberschreitenden Hindernisses herangezogen werden. Die Betroffenheit der Schutzbereiche der EU-Grundfreiheiten kann ebenfalls als Sachgrund herangezogen werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang weiterhin darauf, dass es im Völkerrecht keinen Kontrahierungszwang, und somit auch keinen Gleichbehandlungsanspruch der verschiedenen Grenzregionen gibt, etwa einen Anspruch auf Einführung einer vergleichbaren Experimentierklausel für die eigene Grenzregion.

---

<sup>22</sup> Nettesheim, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand 99. EL, September 2022, Art. 32, Rn. 72 ff.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu im Detail: Kischel, in Epping/Hillgruber (Hrsg.) BeckOK Grundgesetz, Stand: 53. Ed. 15.11.2022; Art. 3 Rn. 37.

#### 4. Prozessrechtliche Erforderlichkeit

Prozessrechtlich wäre zu prüfen, ob Experimentierklauseln auf staatsvertraglicher Ebene prozedural, also hinsichtlich der dort skizzierten Problemlösungsverfahren geeignet sind, die Zusammenarbeit in Grenzregionen zu vereinfachen und Hindernisse bei grenzüberschreitenden Vorhaben zu lösen.

Dabei sind insbesondere die zu erwartende Verfahrensdauer, die darin umgesetzten Verfahrensabläufe sowie die Zugänglichkeit für verschiedene Adressatengruppen zu bewerten.

Hier fällt hinsichtlich der völkervertragsrechtlichen Experimentierklausel des Vertrags von Aachen auf, dass der Vertrag von Aachen kein detailliert ausgestaltetes Verfahren vorgesehen hat (etwa anders als die formell, restriktiv ausgestalteten Regelungen des ECBM<sup>24</sup>).

#### 5. Verbindlichkeit der realisierten Abweichung

Die Verbindlichkeit der denkbaren Problemlösung ist eine weitere Prüfungsdimension, anhand der sich die Erforderlichkeit von völkervertragsrechtlichen Experimentierklauseln beurteilen lässt.

Auch hier fällt hinsichtlich der Experimentierklausel des Vertrags von Aachen auf, dass der Vertrag etwa im Vergleich zum ECBM-Entwurf keinerlei Aussagen etwa hinsichtlich der Verpflichtung der Staaten zur verbindlichen Lösung von grenzüberschreitenden Hindernissen durch die Anwendung der Experimentierklausel vorsieht. Ebenfalls fehlen Aussagen zur Verbindlichkeit der auf der Grundlage der Experimentierklausel gefundenen Lösungen trifft

#### 6. Bewertung der konkret vorliegenden Experimentierklausel des Vertrags von Aachen und Folgerungen für weitere Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene

Wie bereits oben dargestellt, enthält aus deutscher Sicht bislang lediglich der Vertrag von Aachen eine völkervertragsrechtliche Experimentierklausel. Demzufolge stellt die Studie auch deren Bewertung vorn an.

Im Ergebnis genügt die Experimentierklausel des Vertrags von Aachen in materieller Hinsicht nicht den oben skizzierten Anforderungen.

Zunächst fehlt es an der juristischen Erforderlichkeit, weil sie lediglich die Unterzeichnerstaaten (Art. 13 Abs. 2 S. 3 VvA) und damit die Legislative, nicht aber die Exekutive ermächtigt, sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen, angepasste Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Auch wenn nicht alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften zwingend Gesetze im formellen Sinne sind, kann dadurch die fachgesetzliche und insoweit speziellere Verordnungsermächtigungsnorm nicht ausgehebelt werden. Unabhängig davon ist die Regelung des Art. 13 Abs. 2 VvA auch inhaltlich zu unbestimmt, um direkt daraus materielle Ausnahmeregelungen abzuleiten.

Hinsichtlich des im Vertrag von Aachen angelegten formellen Verfahrens bleibt festzuhalten, dass die Verfahrensvorschriften (etwa im Vergleich zum ECBM-Entwurf) zu unbestimmt sind, um eine zügige Lösung der grenzüberschreitenden Hindernisse herbeizuführen.

Entsprechendes gilt für die Verbindlichkeit des Verfahrens.

---

<sup>24</sup> Berrod/Frey, Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen – Möglichkeiten, Grenzen und Anwendung in der Praxis in Schriften zur Grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Band 18), S. 63.

## 7. Zwischenergebnis

Die völkervertragsrechtliche Experimentierklausel im Vertrag von Aachen genügt den Anforderungen an eine unmittelbar funktionsfähige Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene in derzeit vorliegender Form aus mehreren Gründen nicht.

Gleichwohl dokumentiert sie den politischen Willen der Unterzeichnerstaaten, grenzüberschreitende Hindernisse durch entsprechende Experimentierklauseln oder Öffnungsklauseln auf nationalrechtlicher Ebene zu beseitigen.

Auf der Grundlage dieses Zwischenergebnisses für den bislang einzigen konkreten Anwendungsfall einer völkervertragsrechtlichen Experimentierklausel mit deutscher Beteiligung soll nun im Folgenden zunächst dargestellt werden, welche rechtlichen Wirkungen auf der Grundlage der Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten gleichwohl von dieser konkreten Experimentierklausel abgeleitet werden können (s.u. II.), in einem weiteren Schritt, welche rechtlichen Anforderungen an eine optimal ausgestaltete Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene zu stellen sind (s.u. III.) und letztlich, welche Alternativen es auf einer ggf. zwischen den Staaten koordinierten nationalrechtlichen Ebene gibt (s.u. IV.).

## II. Die Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten als Lösungsansatz für untergesetzliche Normen

Dieser politische Wille ist jedoch keinesfalls juristisch völlig unbeachtlich.

Vom Bundesverfassungsgericht anerkannt ist eine grundsätzliche Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten.<sup>25</sup>

Diese Pflicht erstreckt sich in erster Linie auf die völkerrechtsfreundliche Auslegung und Anwendung nationalen Rechts durch die Exekutive.

Im Kollisionsfall zwischen der Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten und einer daraus abzuleitenden Bindung des Parlamentsgesetzgebers und damit einem Konflikt zum von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützten Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht 2015 dahingehend entschieden, dass die Legislative grundsätzlich allein dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip unterworfen sei und nicht durch im Rang unter dem Verfassungsrecht stehenden völkerrechtlichen Verträge eingeschränkt werden dürfe.<sup>26</sup>

Unabhängig von der Frage der Kritikwürdigkeit der Entscheidung<sup>27</sup> bleibt für die hier in Betracht kommenden Regelungsgebiete festzuhalten, dass die Regelungen, um deren Völkerrechtsfreundlichkeit es geht (wie später zu zeigen sein wird), vielfach nicht formell gesetzliche Regelungen, und damit solche des Parlamentsgesetzgebers sind, sondern typischerweise lediglich materiell-rechtliche, also solche der Exekutive, etwa im Verordnungswege oder gar im Wege der Änderung von verwaltungsbinnenrechtlichen Regelungen wie Erlassen oder Hinweispapieren.

In diesem Kollisionsfall besteht selbst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein Vorrang der völkerrechtlichen Regelung bzw. der allgemeinen Pflicht zum

---

<sup>25</sup> Nettesheim, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand 99. EL, September 2022, Art. 59, Rn 181 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 141, 1 (34 f); Nettesheim, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand 99. EL, September 2022, Art. 59, Rn 186b.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu im Detail Nettesheim, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand 99. EL, September 2022, Art. 59, Rn 186 c – f.

völkerrechtsfreundlichen Verhalten, selbst dann, wenn die Exekutive etwa aufgrund einer Verordnungsermächtigung selbst gesetzgeberisch tätig wird.

### III. Weitergehende Frage: Wie müsste eine optimal ausgestaltete Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene aussehen?

Aus dem obigen Befund abgeleitet lässt sich festhalten, dass eine optimal ausgestaltete Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Ebene zunächst nicht die Legislative, sondern die Exekutive, idealerweise auf regionaler/Landes-Ebene zum Erlass abweichender Rechtsvorschriften ermächtigen sollte.

Weiterhin muss die optimal ausgestaltete Experimentierklausel den Anforderungen der jeweiligen nationalen Verfassungen entsprechen. Das bedeutet, dass durch die Experimentierklausel

- die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung nicht verändert werden darf,
- die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes beachtet werden müssen,
- die Vereinbarkeit mit den Grundrechten, insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gewährleistet sein muss,
- sowie deren Einfügung in die einfachgesetzliche Regulationsstruktur widerspruchsfrei möglich ist.

Besonders hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Anwendungsbereich einer dem Gleichheitssatz entsprechenden Experimentierklausel nach Möglichkeit nicht territorial (also für bestimmte räumliche Teilbereiche des Staatsgebiets<sup>28</sup>), sondern diskriminierungsfrei nach Personengruppen oder Sachbereichen differenziert ausgestaltet werden sollte.<sup>29</sup>

Eine derartige Experimentierklausel kann auf dieser Grundlage sowohl allgemein/generell, d.h. fachrechtsgebietsübergreifend als auch fachgebietsspezifisch ausgestaltet werden.

### IV. Alternative zu völkervertragsrechtlichen Experimentierklauseln: Experimentierklauseln auf nationaler einfachgesetzlicher Ebene

Als denkbare rechtliche Regelungsalternative zu Experimentierklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene käme eine zwischen den beteiligten Staaten koordinierte Lösung über Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln auf nationaler Ebene in Betracht. Auch diese Experimentierklauseln müssten den oben (III.) dargestellten rechtlichen Anforderungen genügen und könnten zentral oder dezentral ausgestaltet werden.

Grundlage derartiger Experimentierklauseln auf nationaler Ebene müsste entweder eine situationsspezifische rechtliche Analyse des Hindernisses oder der beabsichtigten Verbesserung der Zusammenarbeit in Grenzregionen sein, die idealerweise von den beteiligten Staaten gemeinsam getragen wird. Im Rahmen dieser Analyse wären dann die

---

<sup>28</sup> Wie beispielsweise Grenzregionen, etwa das Mandatsgebiet der Oberrheinkonferenz oder alle Stadt- und Landkreise entlang der Staatsgrenze.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu die entsprechende Rechtsprechung des französischen Conseil Constitutionnel; décision n° 2021-816 DC du 15 avril 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021816DC.htm> (15.03.2023).

jeweiligen, typischerweise einfachgesetzlichen Bestimmungen des Staates zu identifizieren, die mittels einer fachgesetzlichen Experimentierklausel in dieser Rechtsordnung überwunden werden sollen.

Weitergehende Alternative wäre eine grundsätzliche politische Entscheidung, Experimentier- oder Öffnungsklauseln für grenzüberschreitende Fragestellungen bereits vor dem Auftreten grenzüberschreitender Hindernisse systematisch in die jeweiligen nationalen Gesetze auf einfachgesetzlicher Ebene einzufügen.

Dies könnte eine Lösungsmöglichkeit für ex ante zu erwartende grenzüberschreitende Hindernisse sein, die im Rahmen einer noch im Detail zu entwickelnden grenzüberschreitenden Gesetzesfolgenanalyse (s.o.) identifiziert werden könnten.

Ob es jenseits der einfachgesetzlichen Experimentier- oder Öffnungsklauseln zusätzlich einer verfassungsrechtlichen Experimentierklausel nach französischem Beispiel bedarf, kann dahingestellt bleiben.

## V. Exkurs: Grenzüberschreitende Experimentierklauseln aus französischer Perspektive

Während aus deutscher Sicht die Experimentierklausel des Vertrags von Aachen die bislang einzige Experimentierklausel auf völkervertragsrechtlicher Grundlage ist, hat Frankreich ähnliche Klauseln in den Kooperationsverträgen mit Italien (sog. Quirinal-Vertrag vom 26.11.2021, dort Art. 10 Abs. 2)<sup>30</sup> und in veränderter Form mit Spanien (Vertrag von Barcelona vom 19.01.2023, dort Art. 30 Abs. 5)<sup>31</sup>.

Anders als Deutschland hat Frankreich, mit Art. 1 der französischen Verfassung eine „république une et indivisible“, auch auf verfassungsrechtlicher Ebene eine Bestimmung, welche Experimentierklauseln ausdrücklich vorsieht (Art. 72 Abs. 4 der französischen Verfassung<sup>32</sup>).

Danach können Gebietskörperschaften von nationalen Regelungen abweichen, wenn sie die strengen<sup>33</sup> Voraussetzungen des entsprechenden Organisationsgesetzes (loi organique) erfüllen. In diesem sind vom Gesetzgeber der von der Experimentierklausel erfasste Regelungsgegenstand, die Befristungsdauer der Experimentierklausel (von der Verfassung vorgegeben, maximal jedoch fünf Jahre), die Kriterien der Gebietskörperschaften die von der Experimentierklausel Gebrauch machen können sowie die konkreten Normen, von denen abgewichen werden soll, zu definieren.<sup>34</sup> Die Details sind in Art. LO 1113-1<sup>35</sup> des Code général des collectivités territoriales (CGCT) geregelt.

<sup>30</sup> [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/26\\_11\\_2021\\_traite\\_bilateral\\_franco-italien\\_cle07961c.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/26_11_2021_traite_bilateral_franco-italien_cle07961c.pdf) (03.03.2023).

<sup>31</sup> <https://www.elysee.fr/admin/upload/default/0001/14/20828fdc7c713dc88e993c917c97dc1377f50a08.pdf> (03.03.2023).

<sup>32</sup> « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. » (15.03.2023)

<sup>33</sup> Vgl. Hierzu die Bewertung von Janicot, La décentralisation et l'expérimentation normative, Les cahiers du conseil constitutionnel, Titre VII, Dossier La décentralisation, No. 9, octobre 2022 ;

<sup>34</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-decentralisation-et-l-experimentation-normative> (15.03.2023).

<sup>35</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006389083/2003-08-02/> (15.03.2023).

## VI. Zwischenfazit

Eine Lösung für eine optimierte Experimentierklausel könnte sein, in den jeweils zu identifizierenden einschlägigen nationalen Fachgesetzen, mittels derer das identifizierte grenzüberschreitende Hindernis beseitigt werden oder die Zusammenarbeit in Grenzregionen verbessern könnte, eine entsprechende zeitlich befristete Experimentierklausel oder besser eine zeitlich unbefristete Öffnungsklausel einzubauen, welche einer regionalen Behörde die Möglichkeit gibt, in bestimmten Fällen von der nationalen bzw. grundsätzlichen Regelung abzuweichen.

In diesem Fall wäre in der Folge zu prüfen, inwieweit dadurch nicht innerhalb der Unterzeichnerstaaten verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlungen entstehen würden. Diese wären jedenfalls dann problematisch, wenn für eine möglicherweise aufgrund der Anwendung der Experimentier- bzw. Öffnungsklausel entstehende Ungleichbehandlung kein hinreichend gewichtiger Sachgrund bestünde. Jedenfalls für den unionsrechtlich überspannten Bereich des EU-Binnenmarkts, insbesondere im Bereich der Grundfreiheiten, wäre dieser als Sachgrund hinreichend.

Die Ungleichbehandlung von Adressaten oder Gebieten, die von der Regelung nicht umfasst sind, würde insoweit eine europarechtlich nicht inkriminierte Inländerdiskriminierung darstellen.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, den Anwendungsbereich der Experimentierklausel möglichst nicht territorial, sondern nach Adressatengruppen oder sachbereichsbezogen und diskriminierungsfrei zu bestimmen.

Derartige Experimentier- und Öffnungsklauseln könnten darüber hinaus auch auf der Grundlage einer systematischen prospektiven grenzüberschreitenden Gesetzesfolgenanalyse als Bestandteil einer cross-border-friendly-legislation systematisch und damit flächendeckend in allen Fachgesetzen noch bevor grenzüberschreitende Hindernisse identifiziert werden erfolgen, um die Zusammenarbeit in Grenzregionen generell zu verbessern.

Entsprechende Regelungen könnten im Rahmen der ebenfalls vom Koalitionsvertrag vorgesehenen Reallabore<sup>36</sup> erprobt werden.

---

<sup>36</sup> [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf), S. 108 (12.03.2023).

## D. Hauptkapitel: konkrete Umsetzungsmöglichkeiten von Experimentierklauseln in einzelnen Politikfeldern und Grenzregionen

Im Folgenden sollen konkrete Umsetzungsmöglichkeiten von Experimentierklauseln auf Bundes- und Landesebene in einzelnen Politikfeldern und Grenzregionen dargestellt werden. Die Auswahl der Politikfelder erfolgte zunächst auf der Grundlage von bislang festgestellten Rechtsproblemen, ausgehend vom Anwendungsgebiet des Vertrags von Aachen, welcher die bislang einzige völkervertragsrechtliche Experimentierklausel enthält, konkret also dem deutsch-französischen Grenzraum. In einem weiteren Schritt wurden solche Problemstellungen ausgewählt, deren rechtliches Problempotential verallgemeinerungsfähig ist, also auch in anderen Grenzräumen Deutschlands relevant sein kann. In einem dritten Schritt wurden die drei Fallgruppen ausgewählt, um den Einsatz von Experimentierklauseln auf nationaler Ebene in verschiedenen Ebenen der Rechtsetzung darzustellen: Beginnend mit dem grenzüberschreitenden Gesundheitsdatenmanagement, welches eine Experimentierklausel auf formell gesetzlicher Ebene bedarf, über die Umweltplaketten, die mit einer Experimentierklausel auf der Ebene einer von der Exekutive erlassenen Verordnung geregelt und behoben werden können bis zur Frage der Anerkennung von Berufsabschlüssen, bei denen eine entsprechende Experimentierklausel auf untergesetzlicher Erlassebene zum Einsatz kommen könnte.

Die Darstellung versucht im Folgenden, zunächst den rechtlichen Hintergrund des Themenfelds darzulegen, in dem durch eine Experimentier- bzw. Öffnungsklausel die Zusammenarbeit in Grenzregionen verbessert bzw. ein grenzüberschreitendes Hindernis beseitigt werden könnte und daraus einen – möglichst konkreten – Vorschlag für eine fachgesetzliche Experimentier- bzw. Öffnungsklausel abzuleiten. Dabei orientiert sich die Formulierung der vorgeschlagenen Regelungen am jeweiligen Gesetzestext.

Sofern eine generelle Einführung von Experimentier- bzw. Öffnungsklausel erwogen werden sollte, könnte es sich anbieten, eine fachgesetzübergreifend einheitliche Normstruktur zu entwickeln. Diese könnte sich an der Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln des BMWV orientieren.<sup>37</sup>

### I. Gesundheit(-sdaten)

Die grenzüberschreitende Nutzung von Gesundheitsdaten durch die zuständigen Behörden, etwa durch Ermöglichung eines grenzüberschreitenden Kontaktdatentracings bei Infektionskrankheiten stellt ein Rechtsproblem dar, welches bereits vor der Corona-Pandemie bestand und auch nach der Corona-Pandemie weiter bestehen wird und eine hohe Relevanz für die Bekämpfung zukünftiger Infektionskrankheiten hat.<sup>38</sup>

Grob lassen sich Gesundheitsdaten in zwei Gruppen unterteilen: Einerseits personenbezogene Gesundheitsdaten (z. B. relevant bei grenzüberschreitendem

---

<sup>37</sup> BMWV (Hrsg.), Recht flexibel – Arbeitshilfe zur Formulierung von Experimentierklauseln, 2020.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/library/covid-19-digital-contact-tracing-study> (15.03.2023).

Kontaktdatastracing, etwa bei COVID-19 oder bei Tuberkulose), andererseits Gesundheitsinfrastrukturdaten. Die erstgenannte Datengruppe unterfällt im Wesentlichen dem Anwendungsbereich der DSGVO sowie deren Öffnungsklausel zugunsten des nationalen Rechts in Art. 6 Abs. 2 und Art. 9 DSGVO, die Daten der zweitgenannten Gruppe sind im Wesentlichen durch nationales Geheimschutzrecht (etwa das SÜG in Verbindung mit der Verschlusssachenanweisung) besonders geschützt.

Im Nachgang zur Corona-Pandemie, aber auch mit Bedeutung für andere übertragbare Krankheiten wäre eine Experimentier- bzw. Öffnungsklausel im IfSG, welche die regional zuständigen Behörden, also beispielsweise die unteren Gesundheitsbehörden (Stadtkreise und Landratsämter) ermächtigt, die für die Kontaktnachverfolgung erforderlichen personenbezogenen Daten auch grenzüberschreitend weiter zu geben, sinnvoll. Zwar enthält die aktuelle Fassung des § 4 Abs. 3 IfSG eine Ermächtigung zugunsten des RKI zur Zusammenarbeit "mit ausländischen Stellen und supranationalen Organisationen sowie mit der Weltgesundheitsorganisation und anderen internationalen Organisationen", allerdings enthält die Befugnisnorm zur Verarbeitung personenbezogener Daten in § 4 Abs. 3 S. 4 IfSG nur die Erlaubnis zugunsten des RKI selbst, nicht aber zur Weitergabe der Daten.

Auch die Regelung des § 12 IfSG enthält keine Ermächtigung zur grenzüberschreitenden Weitergabe von personenbezogenen Daten.

Damit besteht für die grenzüberschreitende Kontaktnachverfolgung im Rahmen der Bekämpfung von übertragbaren Krankheiten keine entsprechende Ermächtigungsnorm zugunsten der regional zuständigen Behörden zur grenzüberschreitenden Weitergabe personenbezogener Daten.

Anzuregen wäre daher die Einführung einer entsprechenden Öffnungsklausel in § 12 IfSG, welche die zuständigen unteren Verwaltungsbehörden ermächtigt, in grenzüberschreitenden Sachverhalten personenbezogene Gesundheitsdaten mit den nach ausländischem Recht zuständigen Verwaltungsbehörden auszutauschen.

Verwaltungspraktisch wäre hier – mit Blick in die Zukunft - an die Einrichtung einer grenzüberschreitenden Koordinierungsstelle mit einer jeweils entsprechenden Kompetenzübertragung nach dem Vorbild des deutsch-französischen Zentrums für Polizei und Zollzusammenarbeit in Kehl zu denken. Am Oberrhein findet bereits innerhalb des Expertenausschusses EPI-Rhin der Oberrheinkonferenz einen Datenaustausch statt, allerdings im aktuellen Rechtsrahmen.<sup>39</sup>

Auch das französische Recht, etwa die Regelung in Art. L 1110-4 du Code de la Santé publique (CSP) enthält keine entsprechende Öffnungsklausel.

Demgegenüber enthält Art. 6 Abs. 1 des Schweizer Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG CH) eine entsprechende Norm: Danach ist die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten erlaubt, wenn die ausländische Gesetzgebung einen angemessenen Schutz gewährleistet. Im schweizerischen Epidemien-gesetz (EpG) ist die Bekanntgabe von Personendaten an ausländische Behörden in Art. 62 EpG geregelt. Die Vorschrift sieht vor, dass das Bundesamt für Gesundheit (BAG) und die zuständigen kantonalen Behörden ausländischen Behörden, die mit entsprechenden Aufgaben betraut sind, sowie supranationalen und internationalen Organisationen zum Zweck des Vollzugs dieses Gesetzes Personendaten, einschließlich Gesundheitsdaten, bekannt geben dürfen, wenn der betreffende Staat und insbesondere seine Gesetzgebung oder die supranationale oder

---

<sup>39</sup> <https://www.oberrheinkonferenz.org/de/gesundheit/uebersicht-news/aktuelle-informationen/items/covid-19-faelle-grenzueberschreitend-nachverfolgt.html> (31.03.2023).

internationale Organisation einen angemessenen Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person gewährleisten.

Eine entsprechende Ausnahmeregelung in § 12 IfSG könnte demnach lauten:

*Die nach Landesrecht zuständigen unteren Verwaltungsbehörden können, um die Ausbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern / oder zur Erreichung der Ziele dieses Gesetzes personenbezogene Gesundheitsdaten an die zuständigen Behörden anderer EU-Mitgliedsstaaten oder Nachbarstaaten Deutschlands weiterleiten oder von diesen weitergeleitete personenbezogene Daten weiter verarbeiten.*

## II. Grenzüberschreitende Anerkennung von Berufsabschlüssen

Der Bundesgesetzgeber hat mit dem BQFG die sog. Berufsqualifikationsrichtlinie RL 2005/36/EG umgesetzt. Mit der Umsetzung im BQFG geht der Bundesgesetzgeber im persönlichen Anwendungsbereich über den Geltungsbereich der Richtlinie hinaus, indem nicht nur Staatsangehörige der EU-Mitgliedsstaaten umfasst werden, sondern auch Drittstaatler. Weiterhin verpflichtet die auf der Grundlage des Art. 46 AEUV erlassene EU-Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>40</sup> die Mitgliedstaaten unmittelbar nur für reglementierte Berufe, Personen, die ihre Berufsqualifikation in einem anderen Mitgliedstaat erworben haben, einen diskriminierungsfreien Zugang zu demselben oder vergleichbaren Beruf in ihrem Mitgliedstaat zu gewährleisten. Die Bundesrepublik Deutschland hat in ihrer Umsetzung der Richtlinie im BQFG diese Grundsätze auch auf nicht reglementierte Berufe ausgedehnt.<sup>41</sup>

Unionsrechtlich sind auch diese Umsetzungsregelungen vor dem Hintergrund der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sowie national verfassungsrechtlich vor dem der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) zu sehen.

Mit dem Ziel einer materiellen und verfahrensrechtlichen Vereinfachung grenzüberschreitender Anerkennungsverfahren würden sich im Wesentlichen zwei Punkte für eine vertiefte Prüfung einer Experimentierklausel anbieten:

Zum einen eine Rechtsflexibilisierung bei der Gleichwertigkeitsfeststellung in nicht reglementierten Berufen (Verfahren nach § 4 ff. BQFG)<sup>42</sup>, nämlich bei der Auswahl des sog. Referenzberufs sowie zum anderen die Variante, auf der Grundlage einer Experimentierklausel grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen, die Externenprüfung in der Berufsbildung auch in einer anderen Sprache, etwa für den deutsch-französischen Grenzraum in französischer Sprache absolvieren zu können.

Allerdings wäre erst näher zu prüfen, ob konkret-rechtliche Hindernisse durch Grenzen oder gar eine unionsrechtswidrige Diskriminierung (etwa Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 49 AEUV) tatsächlich identifiziert werden können, da EU-Staatsangehörige für eine Tätigkeit in nicht reglementierten Berufen keiner Anerkennung bedürfen. Gleichzeitig müsste eine Flexibilisierung vor dem Hintergrund des Gesamtsystems der Berufsbildung in Deutschland und dem Fachkräftemangel in beiden Ländern bewertet werden.

---

<sup>40</sup> RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005, Abl. L 255/22 in der aktuellen Fassung von 24.4.2020.

<sup>41</sup> Pepping, G. (2020). Kommentar zu §§ 1 – 3 BQFG und §§ 4–8 BQFG, in Wohlgenuth, H. H., Pepping, G. (Hrsg.), Berufsbildungsgesetz, Handkommentar. 2. Aufl., §§ 4–8 BQFG, Rn. 34.

<sup>42</sup> Frey/Drewello: Gleichwertigkeitsfeststellung französischer Ausbildungsnachweise mit dem Referenzberuf des Verfahrenstechnologen/in Metall auf der Grundlage der §§ 4 ff. BQFG – Ein territoriales Anwendungsbeispiel, S. 473.

Bei der Frage einer möglichen Privilegierung bestimmter Nationalitäten ist vor dem Hintergrund des Zwecks des BQFG, die ausländische Qualifikation für den deutschen Arbeitsmarkt zu aktivieren, zu prüfen, inwieweit eine Ungleichbehandlung verschiedener Nationalitäten sachlich zu rechtfertigen wäre – hier kämen freilich unionsrechtliche Regelungen sowie die Regelungen des Vertrags von Aachen in Betracht, soweit grenzüberschreitende Probleme identifiziert werden.

Fremdsprachige Prüfungen wären ebenfalls vertieft vor dem gleichheitsrechtlichen Hintergrund zu untersuchen. Hinsichtlich der unterschiedlichen Nationalitäten kann auf oben verwiesen werden. Außerdem ist dabei zu berücksichtigen, dass möglicherweise Kenntnisse der bildungs- und berufsspezifischen Fachsprache für das Berufsbild erforderlich sein können und eine sprachensible Gestaltung von Prüfungsaufgaben ein milderer Mittel sein kann.

Aus den genannten Gründen hält das zuständige Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) diese Fallgruppe für eine vertiefte Prüfung einer Experimentierklausel für ungeeignet.

Gleichwohl wird hier aus wissenschaftlicher Sicht eine vertiefte Prüfung der beiden genannten Punkte einer auf Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen gestützten Öffnung und entsprechende Präzisierung der Erläuterungen des zuständigen BMBF angeregt.<sup>43</sup>

### III. Mobilität: Grenzüberschreitende Anerkennung von Umweltplaketten

In den Richtlinien RL 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über die Luftqualität und saubere Luft für Europa wurden zur Einhaltung von Luftqualitätszielen sowie zur Vermeidung von schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und Umwelt sowie der Richtlinie 2004/107/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 über Arsen, Cadmium, Quecksilber, Nickel und polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe in der Luft für bestimmte Schadstoffe Immissionsgrenzwerte festgelegt. Diese Richtlinien werden derzeit im Rahmen des Europäischen Green Deals als Teil des Null-Schadstoff-Aktionsplans novelliert.

Parallel dazu befindet sich derzeit ein Verordnungsvorschlag der Kommission in der politischen Diskussion<sup>44</sup>, mit dem die Emissionen von PKW, leichten und schweren Nutzfahrzeugen einschließlich Bussen neu geregelt werden sollen. Dies betrifft nicht nur die Emissionen aus dem Auspuff, sondern auch die Partikel aus dem Abrieb von Bremsen und Reifen. In der öffentlichen Diskussion ist dieser Vorschlag unter dem Schlagwort „Euro 7“ bekannt.

Die Umsetzung der Richtlinie erfolgt im deutschen Recht bezüglich der Schadstoffemissionen aus dem Verkehr in Innenstädten zunächst durch die aufgrund der Regelungen des § 40 Abs. 1 S.1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) festgelegten Umweltzonen, in denen die zuständige Straßenverkehrsbehörde den Kraftfahrzeugverkehr nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften beschränkt oder verbietet, soweit ein Luftreinhalteplan oder ein Plan für kurzfristig zu ergreifende Maßnahmen nach

---

<sup>43</sup> Auch wenn diese mangels Verwaltungscharakter keine Bindungswirkung gegenüber den nach BQFG zuständigen Stellen haben. Komplementär hierzu wären die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder in den vom Bundes-BQFG nicht erfassten Berufen sowie die Besonderheiten der spezialgesetzlich geregelten Bereiche zu beachten.

<sup>44</sup> [https://germany.representation.ec.europa.eu/news/neue-abgasnorm-euro-7-saubere-luft-und-erschwingliche-autos-2023-02-09\\_de](https://germany.representation.ec.europa.eu/news/neue-abgasnorm-euro-7-saubere-luft-und-erschwingliche-autos-2023-02-09_de) (17.02.2023).

§ 47 Absatz 1 oder 2 BImSchG dies vorsieht.<sup>45</sup> Diese Pläne müssen aufgestellt werden, wenn die Grenzwerte der 39. BImSchV überschritten werden oder die Gefahr einer Überschreitung besteht. Diese Regelungen dienen der Umsetzung „von bindenden Beschlüssen der Europäischen Gemeinschaften oder der Europäischen Union“ (§ 48a BImSchG) – hierunter fällt auch die RL 2008/50/EG.<sup>46</sup>

In einer Umweltzone ist der Kfz-Verkehr grundsätzlich verboten, sofern nicht eine in der 35. BImSchV geregelte Ausnahme (mit einer entsprechenden Plakette gekennzeichnete Kraftfahrzeuge mit geringerem Schadstoffausstoß) greift.

Für die grenzüberschreitende Situation von Bedeutung ist die Frage, ob die in der 35. BImSchV genannten Ausnahmen vom Verkehrsverbot als abschließendes System zu verstehen sind.

Zwar geht das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) davon aus, dass das System der 35. BImSchV grundsätzlich abschließend ist.<sup>47</sup> Allerdings stehe dem abschließenden Charakter eine europarechtskonforme Auslegung nicht entgegen: Sofern der nationalrechtliche Ordnungsrahmen der europarechtlichen Verpflichtung, den Zeitraum der Nichteinhaltung der Grenzwerte so gering wie möglich zu halten entgegenstehe, müsse er europarechtskonform ausgelegt werden bzw. unangewandt bleiben.<sup>48</sup> Eine derartige Verpflichtung hat das BVerwG zur Umsetzung antriebsartbezogener (hier: Diesel-)Fahrverbote angenommen.<sup>49</sup> Eine entsprechende, das Umsetzungsermessen des Gesetzgebers europarechtskonform auslegende Verpflichtung könnte angesichts der Betroffenheit der Grundfreiheiten im grenzüberschreitenden Verkehrsraum auch für entsprechende Plaketten anderer Mitgliedstaaten gelten.

In Umsetzung der Luftqualitätsrichtlinie kennt auch das französische Recht sowohl permanente Zonen mit eingeschränktem Verkehr, die in ihrem Zweck den deutschen Umweltzonen entsprechen (Zones à circulation restreinte, ZCR), als auch temporäre Fahrverbotsregelungen für bestimmte Fahrzeugklassen zur Minimierung der Schadstoffkonzentrationen bzw. zur Reduzierung der Überschreitung der Luftschadstoffgrenzwerte.

Rechtsgrundlage für die permanenten „Zonen mit eingeschränktem Verkehr“ (bisher „zone à circulation restreinte“, genannt ZCR<sup>50</sup>) ist Art. L 223-4-1 Code général des collectivités territoriales. Die Zuständigkeit für die Einrichtung dieser Zonen liegt bei der Kommune bzw. dem Bürgermeister. Für die Einfahrt in diese Zonen kann die Gemeinde festlegen, dass Fahrzeuge eine Crit'Air-Umweltplakette einer definierten Kategorie (z.B. mind. Crit'Air 3) benötigen.<sup>51</sup>

Auf dem Gebiet der Oberrheinkonferenz gibt es seit dem 01.09.2018 eine spezielle „zone à circulation restreinte“ in der grande île von Straßburg<sup>52</sup>, die den Lieferverkehr einschränkt. Außerdem wurde zum 01.01.2022 eine Umweltzone (zone à faibles émissions) auf dem

<sup>45</sup> Scheidler, Umweltzonen und Dieselfahrverbote, DAR 2019, 348.

<sup>46</sup> Scheidler, Umweltzonen und Dieselfahrverbote, DAR 2019, 348 (349).

<sup>47</sup> BVerwG NJW 2018, 2067, Rn. 23.

<sup>48</sup> BVerwG NJW 2018, 2067; Schink/Fellenberg, NJW 2018, 2016 (2018).

<sup>49</sup> BVerwG NJW 2018, 2067, Rn. 36.

<sup>50</sup> Art. 48 du Loi n° 2015-992 vom 17. August 2015 zum Energiewendeprozess für grünes Wachstum (1) [https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F0E8DEBCBC08979AACF517438E1B636A.tplgfr36s\\_2?idArticle=JORFARTI000031044915&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000031044385&dateTexte=](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F0E8DEBCBC08979AACF517438E1B636A.tplgfr36s_2?idArticle=JORFARTI000031044915&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000031044385&dateTexte=). Décret n°2016-847 du 28 juin 2016 relatif aux zones à circulation restreinte (31.3.2023).

<sup>51</sup> <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/certificats-qualite-lair-critair#e4> (31.3.2023).

<sup>52</sup> Kommunale Beschlüsse Arrêté n°P2018 –00052 und Arrêté n°P2018 –00051.

gesamten Gebiet der Eurometropole Straßburg eingerichtet, die direkt an Deutschland angrenzt.

Die in ihrer Funktion der 35. BImSchV entsprechende Regelung, welche Kraftfahrzeuge einer bestimmten Emissionskategorie zuordnet, ist der « Arrêté du 21 juin 2016 établissant la nomenclature des véhicules classés en fonction de leur niveau d'émission de polluants atmosphériques en application de l'article R. 318-2 du code de la route ». Anders als die 35. BImSchV differenziert die Regelung jedoch nicht nur nach Euro-Schadstoffklassen, sondern auch nach Antriebsart.

Rechtsgrundlage für die temporären Fahrverbote im Falle von Luftverschmutzungsspitzen (restriction de circulation en période de pic de pollution) ist Art. R 318-2 Code de la route.<sup>53</sup> Danach kann für bestimmte Fahrzeuge ein zeitlich begrenztes Fahrverbot für einen vordefinierten lokalen Umkreis (Art. L 223-1 Code de l'environnement<sup>54</sup>) ausgesprochen werden, welcher sogar die gesamte Fläche eines Départements abdecken kann. Die zuständige Behörde ist die Préfecture. In der Oberrheinregion gibt es seit 2017 einen derartigen Erlass des Präfekten für das Gebiet der Eurometropole Straßburg.<sup>55</sup>

Die nationalen Regelungen hinsichtlich der jeweiligen Umweltzonen und temporären Fahrverbote, als auch die Umweltplaketten folgen unterschiedlichen nationalen Kriterien und sind damit nicht deckungsgleich: Aufgrund ihrer Einführung im Jahr 2006<sup>56</sup> „enden“ die deutschen Umweltplaketten bei Euro 4 - so dass auch alle Euro 5 und 6 Fahrzeuge unabhängig von ihrer Antriebsart, also einschließlich Erdgas und Elektrofahrzeuge, dieselbe grüne Umweltplakette haben, während die in Frankreich 2016<sup>57</sup> eingeführten Crit'Air-Plaketten differenzierter in den „jüngsten“ Kategorien Euro-Norm 5 und 6 sind. Während auf EU-Ebene die Nummerierung der Euro-Normen aufsteigend erfolgt (je höher die Nummer, desto strenger die Anforderungen an die Emissionen der Fahrzeuge), steigen bei den Crit'Air-Plaketten die Anforderungen mit absteigender Nummer, Crit'Air-Klasse 1 bekommen nur die neuesten Euro 5 oder Euro 6-Benziner.<sup>58</sup>

In ihrer rechtlichen Bewertung stellen die doppelte Plakettenpflicht sowie die nicht harmonisierten Maßnahmen möglicherweise einen Eingriff in den Schutzbereich<sup>59</sup> der

---

<sup>53</sup> Und die Verordnung vom 21. Juni 2016 zur Festlegung der Nomenklatur der Fahrzeuge, die gemäß Artikel R. 318-2 des Code de la route nach ihrem Emissionsgrad an Luftschadstoffen eingestuft sind. (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032749723&categorieLien=id>) (03.02.2020). Siehe auch Verordnung vom 29. Juni 2016 relatif aux modalités de délivrance et d'apposition des certificats qualité de l'air ; Erlass vom 5. Mai 2017 définissant les sanctions en cas non-apposition du certificat (article 4 définit les montants des contraventions) (31.03.2023).

<sup>54</sup> Verordnung vom 7. April 2016 über die Einleitung von Präfekturverfahren bei Luftverschmutzungsspitzen ; <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/4/7/DEVR1603792A/jo> (03.02.2020); Verordnung vom 26. August 2016 zur Änderung der Verordnung vom 7. April 2016 über die Einleitung von Präfekturverfahren bei Luftverschmutzungsspitzen [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000033069766](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000033069766) (31.03.2023).

<sup>55</sup> Straßburg Erlass des Präfekten des Bas-Rhin ([http://www.grand-est.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/20171031\\_ap\\_et\\_annexes.pdf](http://www.grand-est.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/20171031_ap_et_annexes.pdf)); Interpräfektuelle Verordnung zur Regelung von Luftverschmutzungsspitzen [http://www.grand-est.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/20170524\\_grand\\_est\\_aipmu\\_signe.pdf](http://www.grand-est.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/20170524_grand_est_aipmu_signe.pdf) (31.03.2023).

<sup>56</sup> Durch die Verordnung zur Kennzeichnung der Kraftfahrzeuge mit geringem Beitrag zur Schadstoffbelastung vom 10. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2218).

<sup>57</sup> Durch den Arrêté du 21 juin 2016 établissant la nomenclature des véhicules classés en fonction de leur niveau d'émission de polluants atmosphériques en application de l'article R. 318-2 du code de la route; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000032749723&dateTexte=> (31.03.2023).

<sup>58</sup> [https://www.certificat-air.gouv.fr/docs/tableaux\\_classement.pdf](https://www.certificat-air.gouv.fr/docs/tableaux_classement.pdf) (31.03.2023).

<sup>59</sup> Beschränkungsverbot nach EuGH Slg. 1995, I-4169, vgl. Eichholz (2013): Europarecht, S. 133, Rn. 308.

Grundfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit) dar, da diese staatlichen Maßnahmen (dauerhafte Fahrverbote oder temporäre Maßnahmen zur Reduzierung von Schadstoffbelastungen) grenzüberschreitend wirtschaftlich aktive Bürger beim Gebrauch ihrer durch die Grundfreiheiten gewährten Rechte behindern<sup>60</sup>. Zwar können diese Maßnahmen grundsätzlich durch den Rechtfertigungsgrund<sup>61</sup> der öffentlichen Gesundheit legitimiert<sup>62</sup> werden, fraglich ist allerdings, ob sie auch in ihrer konkreten Ausgestaltung verhältnismäßig sind.

Sofern man schon in der Pflicht, zusätzliche Plaketten zu beschaffen, um grenzüberschreitend wirtschaftlich aktiv zu sein, einen Eingriff sieht, lässt sich jedoch angesichts der geringfügigen finanziellen (Mehr-)Belastung auf jeden Fall keine Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs herleiten, allerdings ist auch der administrative Mehraufwand der Plakettenbeschaffung mit zu berücksichtigen.

Eine grundsätzlich ermessensfehlerfreie Maßnahmenbewertung nach den nationalrechtlichen Kriterien hinsichtlich der Auswahl der einschränkenden Maßnahmen vorausgesetzt, bleibt jedoch noch immer die bereits oben angesprochene Frage, ob die jeweiligen nationalrechtlichen Umsetzungen der EU-Richtlinien<sup>63</sup> vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten nicht europarechtskonform dahingehend zu erfolgen hätten, dass zumindest in grenznahen Räumen, wenn schon nicht eine harmonisierte Ausgestaltung der Umweltzonen und der temporären Maßnahmen, so doch wenigstens die wechselseitige Anerkennung entsprechender Umweltplaketten oder entsprechende Ausnahmeregelungen geboten sind.

Bereits die unterschiedliche Ausgestaltung selbst erschwert die Definition von Ausnahmen für Fahrzeuge mit der entsprechenden Plakette des anderen Landes auf lokaler Ebene -beispielsweise können in einer französischen Umweltzone, etwa in Straßburg auch dieselbetriebene Fahrzeuge, die in Deutschland noch die grüne Euro 4-Umweltplakette erhalten können, ausgeschlossen werden, wenn ausschließlich Fahrzeuge mit einer Crit'air Plakette Stufe 1 zugelassen wären. Im umgekehrten Fall wäre es – aufgrund der älteren und weniger ausdifferenzierten Regelung – jedoch leicht möglich, die entsprechenden Crit'Air-Kategorien für die deutschen Umweltplaketten zu definieren. Hier scheitert eine entsprechende Lösung am grundsätzlichen Abgeschlossenheitsanspruch der deutschen Regelung in der 35. BImSchV, welche lediglich durch eine europarechtskonforme Auslegung überwunden werden könnte.

Dementsprechend könnte eine Lösung durchaus auf europäischer Ebene, etwa im Rahmen des Verordnungsvorschlages der Kommission über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich ihrer Emissionen und der Haltbarkeit der Batterien<sup>64</sup> dahingehend erfolgen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, ihre nationalen Regelungen grenzüberschreitend kompatibel auszugestalten.

---

<sup>60</sup> Unter Bezugnahme auf die Keck-Entscheidung des EuGH (EuGH Verb. Rs. C-267 u. C-268/91, Keck, Urteil vom 24.11.1993) könnte man hinsichtlich der doppelten Plakettenpflicht einen Eingriff daran scheitern lassen, dass die jeweils nationale Plakettenpflicht unterschiedslos auf in- und ausländische Marktteilnehmer anwendbar und damit marktneutral ist. Dies gilt allerdings nicht hinsichtlich der unterschiedlichen Ausgestaltungen der Zufahrtsberechtigungen zu den Umweltzonen und der temporären Maßnahmen.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH Slg. 1995, I-4165; Eichholz (2013): Europarecht, S. 136, Rn. 320.

<sup>62</sup> Streinz/Müller-Graff, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 52 Rn. 11; Streinz (2012): Europarecht, Rn. 823 ff.

<sup>63</sup> Richtlinien der EU müssen von den MS in nationales Recht umgesetzt werden, wobei ein Gestaltungsspielraum bzgl. des Mittels der Umsetzung besteht, vgl. Eichholz, Europarecht, 4. Aufl. 2018, Europarecht, S. 37/38.

<sup>64</sup> [https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/download/cca31a9d-0c89-43e1-abad-ec5849db5ad2\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/download/cca31a9d-0c89-43e1-abad-ec5849db5ad2_en) (17.02.2023).

Eine gemeinsame deutsch-französische Regelung dürfte angesichts des unterschiedlichen Bearbeitungsstands der nationalen Regelwerke erst nach einer Anpassung des deutschen Rechtsrahmens erfolgen.

Letztlich könnte eine entsprechende Anerkennung zumindest der französischen Umweltplaketten in Deutschland einseitig durch eine durch den Vertrag von Aachen inspirierte Öffnungsklausel in der 35. BImSchVO erfolgen.

Eine derartige Öffnungsregelung könnte in § 1 Abs. 3 der 35. BImSchVO eingefügt werden und folgenden Wortlaut haben:

*Die nach Landesrecht zuständigen Behörden können, um grenzüberschreitende Hindernisse mit anderen EU-Mitgliedstaaten oder Nachbarstaaten Deutschlands zu überwinden, bestimmen, dass Kraftfahrzeuge von Verkehrsverboten nach § 40 Abs. 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes auch dann ausgenommen sind, wenn sie nicht gemäß § 2 Abs. 1 mit einer Plakette gekennzeichnet sind, sofern diese mit einer konkret zu bestimmenden ausländischen Plakette oder vergleichbaren Nachweisen gekennzeichnet sind.*

## E. Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die als Experimentierklausel umschriebene Regelung des Art. 13 Abs. 2 des Vertrags von Aachen selbst den rechtlichen Anforderungen nicht genügt, somit nicht unmittelbar als Rechtsgrundlage dient. Insbesondere gilt dies – mit Blick auf den im Entwurfsstadium stecken gebliebenen ECBM – mit Blick auf eine materielle und prozedurale Verbindlichkeit der rechtlichen Lösung. Ihre primäre Funktion liegt demzufolge, entsprechend der Tradition des Elysée-Vertrags, im politischen Appell an die vertragsschließenden Parteien beziehungsweise die betroffenen Ministerien, den darin zum Ausdruck kommenden Willen legislativ umzusetzen.

Juristisch lässt sich dieser politische Appell zumindest teilweise mit der Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten untermauern. Diese Pflicht vermag nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht den parlamentarischen Gesetzgeber binden, gegenüber der Exekutive hingegen genießt diese Pflicht Vorrang, auch dann, wenn diese, etwa aufgrund einer Verordnungsermächtigung selbst gesetzgeberisch tätig wird. Das bedeutet jedoch nicht, dass von ihr keinerlei rechtliche Wirkungen ausgehen. Aufgrund ihrer staatsvertraglichen Basis kann sie auf der Grundlage der vom BVerfG anerkannten Pflicht zum völkerrechtsfreundlichen Verhalten zumindest die Exekutive dahingehend binden, den im Vertrag von Aachen zum Ausdruck gekommenen Willen (Überwindung grenzüberschreitender Hindernisse durch Experimentier- bzw. besser Öffnungsklauseln) durch eigenes Handeln umzusetzen. Dies betrifft alle Fälle, in denen die Exekutive zu untergesetzlichem Handeln (etwa in Form von Erlassen) verpflichtet ist und gilt auch dann, wenn die Exekutive auf der Grundlage einer eventuellen Verordnungsermächtigung selbst gesetzgeberisch tätig werden kann. Den parlamentarischen Gesetzgeber vermag die völkervertragsrechtliche Regelung hingegen wegen des Konflikts zum über Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 20 GG geschützten Demokratieprinzip hingegen nicht binden.

Rechtlich denkbar sind derartige Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln auf völkervertragsrechtlicher Ebene hingegen schon. Hierbei sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen, etwa der Bestimmtheitsgrundsatz sowie die Grundrechte zu erfüllen. Dabei ist sowohl eine allgemeine, d.h. generalklauselartig formulierte als auch jeweils fachspezifisch

ausgestaltete Lösung denkbar. Vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes empfiehlt sich hier im Zweifel eine fachspezifische Lösung.

Wie derartige Öffnungsklauseln konkret aussehen könnten, wurde anhand dreier Themenfelder des deutsch-französischen Grenzraums dargestellt.

Zahlreiche grenzüberschreitende Hindernisse lassen sich grundsätzlich über Experimentier-/Öffnungsklauseln lösen; etwa im Bereich der Gleichwertigkeitsfeststellung von Berufsabschlüssen über eine Anpassung eines untergesetzlichen Hinweispapiers, der Umweltplaketten über eine Änderung einer BImSch-VO und des grenzüberschreitenden Kontaktdatentracings im Infektionsschutz über eine entsprechende Änderung des IfSG.

Hinsichtlich der Begrifflichkeit ist der Begriff der Experimentierklausel zu kurz, es geht vielmehr auch um eine zeitlich unbefristete Lösung eines grenzüberschreitenden rechtlichen Problems, das zu einem grenzüberschreitenden Hindernis führt und damit um eine Öffnungsklausel im weitesten Sinn. Diese - im Grundsatz bereits vor dem Vertrag von Aachen mögliche - Lösungsvariante erscheint im Einzelfall komplex und setzt den politischen Willen der beteiligten Ressorts voraus.

Generell dürfte die Lösung über Öffnungsklauseln in den jeweiligen nationalen Fachgesetzen auf der Grundlage der vorangegangenen juristischen Analyse des grenzüberschreitenden Hindernisses rechtlich vorzuziehen sein.

Perspektivisch dürften Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln in völkerrechtlichen Verträgen, sofern sie den (verfassungs-) rechtlichen Anforderungen genügen jedoch nicht das einfachste Mittel zur Lösung grenzüberschreitender rechtlicher Hindernisse sein. Vorzuziehen wäre daher eine Lösung grenzüberschreitender Hindernisse bevor sie entstehen im Wege einer auf grenzüberschreitende Hindernisse fokussierten prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung sowie, die auf dieser Grundlage gestaltbare generelle Einfügung von Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln in die jeweiligen Fachgesetze. Ob dieses Vorgehen im deutschen Verfassungsrecht einer – dem Art. 72 Abs. 4 der französischen Verfassung (Loi 3DS) entsprechenden – Regelung bedarf, kann dahinstehen.

## Annex – existierende Beispiele für Öffnungs- und Experimentierklauseln

Mit dem folgenden Anhang sollen bereits existierende grenzüberschreitende Lösungen auf der Grundlage von staatsvertraglichen Öffnungsklauseln kurz dargestellt werden. Damit soll gezeigt werden, dass eine Problemlösung auf dieser Grundlage möglich ist.

### I. Basel badischer Bahnhof, die Zollfreie Straße Weil-Lörrach und die Hochrheinbahn

Auf der Grundlage des Staatsvertrags zwischen dem Großherzogtum Baden und der Schweizer Eidgenossenschaft aus dem Jahr 1852<sup>65</sup> räumt die Schweiz dem Großherzogtum Baden und in seiner Rechtsnachfolge dem Deutschen Reich und der Bundesrepublik Deutschland das Recht ein, auf Schweizer Territorium eine ununterbrochene Hauptbahnlinie zwischen Mannheim und dem Bodensee zu errichten, Bahnhöfe zu errichten und zu betreiben und für diesen Bereich deutsches Recht zur Anwendung zu bringen.

Ebenso enthält der Vertrag das Recht, eine zollfreie Straße zwischen Lörrach und Weil am Rhein zu bauen (Art. 34).

Die Regelungen erlauben den Betrieb der genannten Eisenbahnstrecken auf der Grundlage deutscher Rechtsvorschriften auf Schweizer Territorium ebenso wie einen hindernisfreien Straßenverkehr zwischen Weil und Lörrach über Schweizer Territorium.

### II. Wassernutzungsrechte am Rhein (Vertrag von Versailles)

Ebenfalls als staatsvertragliche Öffnung des Rechtsrahmens kann die Regelung des Art. 358 des Vertrags von Versailles (1919)<sup>66</sup> gesehen werden, welcher Frankreich das alleinige Recht an der Wassernutzung des Rheins entlang der in der Flussmitte verlaufenden Staatsgrenze zubilligt.

Diese Regelung – im Kern eine Abtretung von Hoheitsrechten – hat den Bau des Rheinseitenkanals, aber auch den Betrieb zahlreicher Wasserkraftanlagen auf der Grundlage französischen Rechts entlang des Oberrheins erlaubt.

### III. Besonderheiten entlang der deutsch-schweizerischen Grenze (Tägermoos, Büsingen)

Auf der Grundlage eines Staatsvertrags zwischen dem Großherzogtum Baden und dem Kanton Thurgau (1831) wird das staatsrechtlich zur Schweiz, dort zur Gemeinde Tägerwilen gehörende Gebiet Tägermoos bei Konstanz durch die Stadt Konstanz mit Wasser und Gas versorgt, ebenso unterfällt der Bau und Unterhalt von (Feld-)Wegen Konstanzer Zuständigkeit.

---

<sup>65</sup> [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/III/438\\_434\\_434/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/III/438_434_434/de) (10.04.2023).

<sup>66</sup> [https://www.ccr-zkr.org/files/siege/TraiteVersailles\\_art354-362\\_fr.pdf](https://www.ccr-zkr.org/files/siege/TraiteVersailles_art354-362_fr.pdf) (10.04.2023).

Auf der Grundlage eines Staatsvertrags zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland<sup>67</sup> (1964) ist die deutsche Exklave Büsingen am Hochrhein in das Schweizer Zollgebiet einbezogen.

Beide Regelungen stellen dauerhafte Öffnungen des jeweiligen nationalen Rechtsrahmens und insoweit auch eine Abtretung von Hoheitsrechten dar.

#### IV. Euro-Airport (Basel-Mulhouse)

Auf der Grundlage eines Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Frankreich<sup>68</sup> (1949) tritt Frankreich einige für den Bau und den Betrieb des Flughafens Basel-Mulhouse-Freiburg erforderliche Hoheitsrechte an die Schweiz ab, beispielsweise Zoll- und Polizeikontrollen in dem der schweizerischen Kontrolle vorbehaltenen Gebiet des Flughafens (Art. 8).

Damit liegt auch hier eine Öffnung des französischen Rechtsraums für Schweizer Recht vor.

#### V. Anwendung der Crit'Air Kriterien im Kanton Genf

Auf der Grundlage einer (zunächst) einseitigen Übernahme französischer Regelungen für das Gebiet der Stadt Genf durch den Kanton Genf gelten die französischen Regelungen entsprechend für das Stadtgebiet der Stadt Genf.

Insoweit liegt hier eine einseitige Übernahme fremden Rechts vor.

#### VI. Mont-Cenis-Basistunnel Frankreich-Italien

Für den Mont-Cenis-Basistunnel, in dessen Verlauf die französisch-italienische Grenze gequert wird, ist auf staatsvertraglicher Grundlage auf der gesamten Tunnelstrecke italienisches Recht anwendbar.

Im Sinne der oben dargestellten Terminologie liegt auch hier eine Abtretung von Hoheitsrechten und eine Öffnung des französischen Rechtsraums für die Anwendung italienischen Rechts vor.

---

<sup>67</sup> [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1967/1211\\_1251\\_1245/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1967/1211_1251_1245/de) (10.04.2023).

<sup>68</sup> [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1950/1299\\_1334\\_1312/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1950/1299_1334_1312/de) (10.04.2023).