

Rechtsgutachten

zur Verfassungsmäßigkeit der sog. 10-H-Regelung in Art. 82 BayBO
nach dem Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021

erstattet

im Auftrag der BayernSPD Landtagsfraktion

durch

Professor Dr. Kurt Faßbender

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbes. Umwelt- und Planungsrecht
und geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht an der
Universität Leipzig

Stand: 14. September 2021

Inhaltsübersicht

A. HINTERGRUND	4
B. RECHTLICHE STELLUNGNAHME	5
I. Entstehungsgeschichte der 10-H-Regelung und aktuelle Rechtslage	5
1. Der rechtliche Rahmen für den Ausbau der Windenergie	5
2. Die Einführung einer Öffnungsklausel im Baugesetzbuch	7
3. Einführung der 10-H-Regelung und Entscheidung des BayVerfGH	7
4. Die jüngste Änderung der Öffnungsklausel im Baugesetzbuch	9
II. Die kontraproduktiven Wirkungen der 10-H-Regelung	10
1. Die rechtliche Wirkung der 10-H-Regelung	10
2. Die tatsächliche Wirkung der 10-H-Regelung	12
III. Neubewertung der Verfassungsmäßigkeit der 10-H-Regelung	15
1. Die Notwendigkeit einer Neubewertung nach dem Klima-Beschluss des BVerfG	16
2. Vereinbarkeit der 10-H-Regelung mit dem neuen Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung	17
a) Die zugrundeliegenden Annahmen des BVerfG	17
b) Die dahinter stehende Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit	19
c) Konsequenzen für die 10-H-Regelung	19
aa) Klimapolitische und wirtschaftliche Rahmenbedingungen	19
bb) Die 10-H-Regelung als mögliche Gefährdung des Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung	22
cc) Die zu berücksichtigende Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit	22
dd) Verbleibender Klärungsbedarf	24
3. Vereinbarkeit der 10-H-Regelung mit den Grundrechten der Grundstückseigentümer und Anlagenbetreiber	25
a) Die eigentumsbeschränkende Wirkung der 10-H-Regelung	25
b) Die 10-H-Regelung als Eingriff in die Berufsfreiheit der Anlagenbetreiber	26
aa) Schutzbereich	26
bb) Eingriff	26
cc) Verhältnis zur Eigentumsgarantie	28

c)	Die neu zu stellende Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.....	29
aa)	Relevante Änderungen der Prüfung durch den Klima-Beschluss	29
bb)	Fragwürdigkeit des Ziels der 10-H-Regelung.....	31
cc)	Fehlende Geeignetheit der 10-H-Regelung	32
dd)	Fehlende Erforderlichkeit der 10-H-Regelung	34
ee)	Unangemessenheit der 10-H-Regelung	35
IV.	Zusammenfassung der Ergebnisse	37

Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist die Frage der Verfassungsmäßigkeit der sog. 10-H-Regelung in Art. 82 der Bayerischen Bauordnung. Dabei weist das Gutachten nach, dass diese – bislang in der Rechtsprechung nur vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof aus der Perspektive der Verfassung des Freistaates Bayern näher geprüfte – Frage nach dem sog. Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 neu bewertet werden muss.

A. Hintergrund

Jede Person, die sich fachlich fundiert mit dem Ausbau der Windenergie an Land befasst, ist sich darüber im Klaren, dass die Flächenverfügbarkeit hier das größte Problem darstellt. Dessen ungeachtet enthält die Bayerische Bauordnung (BayBO) seit dem Jahr 2014 eine Regelung, die dazu führt, dass Windenergieanlagen in Bayern grundsätzlich nur noch dann gebaut werden dürfen, wenn der Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung mindestens dem Zehnfachen der Anlagenhöhe (H) entspricht. Dementsprechend muss der Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung bei modernen Windenergieanlagen, die meist eine Höhe von 200 Metern oder mehr aufweisen, mindestens 2.000 Meter, also mindestens 2 km betragen. Diese sog. 10-H-Regelung hat, wie im Folgenden noch darzulegen sein wird, schnell dazu geführt, dass der Ausbau der Windenergie in Bayern im Einklang mit dahingehenden Prognosen dauerhaft eingebrochen ist.

Angesichts dessen war die 10-H-Regelung von Anfang nicht nur (umwelt-)politisch, sondern auch verfassungsrechtlich umstritten. Dessen ungeachtet hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof die 10-H-Regelung in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 aus der Perspektive der Verfassung des Freistaates Bayern im Wesentlichen gebilligt. Daher wird die 10-H-Regelung (weiterhin) angewendet; weitere Initiativen mit dem Ziel einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung hat es seither, soweit ersichtlich, nicht gegeben. Man hat sich – jedenfalls rechtlich – ein Stück weit damit abgefunden.

Der sog. Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 gibt allerdings Veranlassung, die Frage der Verfassungsmäßigkeit der 10-H-Regelung gänzlich neu zu stellen, weil diese Gerichtsentscheidung das verfassungsrechtliche Gewicht des Klimaschutzes in mehrfacher Hinsicht deutlich gestärkt hat.

B. Rechtliche Stellungnahme

Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden zunächst die Entstehungsgeschichte der 10-H-Regelung und die aktuelle Rechtslage skizziert (I.). Anschließend wird die rechtliche und tatsächliche Wirkung der 10-H-Regelung analysiert (II.). Sodann wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Regelung vor dem Hintergrund des Klimabeschlusses des BVerfG vom 24.3.2021 erneut aufgerollt (III.). Am Ende werden die wesentlichen Ergebnisse der rechtlichen Stellungnahme zusammengefasst (IV.).

I. Entstehungsgeschichte der 10-H-Regelung und aktuelle Rechtslage

1. Der rechtliche Rahmen für den Ausbau der Windenergie

Wie im Folgenden unter B. III. 2. a) und c) aa) noch näher darzulegen sein wird, ist der weitere massive Ausbau der Windenergie geboten, um das nunmehr verfassungsrechtlich gebotene Ziel der Klimaneutralität zu erreichen. Hierzu bedarf es in einem Rechtsstaat entsprechender rechtlicher Rahmenbedingungen. Entscheidende Bedeutung kommt dabei – neben der Förderung durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) – dem Bauplanungsrecht zu. Denn jede Windenergieanlage muss auch bauplanungsrechtlich zulässig sein.

Die Errichtung von zur allgemeinen Energieversorgung bestimmten Windkraftanlagen kommt aufgrund deren Höhe nur außerhalb von bebauten Ortschaften im sog. Außenbereich in Betracht, der nach der allgemeinen Konzeption des § 35 Baugesetzbuch (BauGB) grundsätzlich von Bebauung freigehalten werden soll. Dennoch ist bei Windkraftanlagen im Gegensatz zu Solarfreiflächenanlagen zur Erreichung des Baurechts gerade kein Bebauungsplan erforderlich, weil erstere gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert sind.

Die Gemeinden und die Träger der Raumordnungsplanung haben freilich gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Möglichkeit, auf die Errichtung von Windenergieanlagen Einfluss zu nehmen, indem sie durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle vorsehen. Dies kann dazu führen,

dass die Errichtung von Windenergieanlagen nur auf den ausgewiesenen Flächen zulässig ist. Eine solche Konzentrationsflächenplanung darf indessen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) nicht auf eine „verkappte Verhinderungsplanung“ hinauslaufen. Der Windenergie muss im Gegenteil entsprechend dem in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen durch ausreichend große privilegierte Flächen „in substantieller Weise Raum verschafft“ werden.

Vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 – 4 C 15/01, u.a. abgedruckt in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2003, S. 733 (735) und BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – 4 C 4/02, u.a. abgedruckt in: *NVwZ* 2003, S. 738 (739).

Allerdings ist speziell mit Blick auf die hier interessierenden Abstände zur Wohnbebauung darauf hinzuweisen, dass vor allem das von der Rechtsprechung entwickelten Verbot einer „optisch bedrängenden Wirkung“ im Ergebnis dazu führt, dass Windkraftanlagen einen Abstand von mindestens der dreifachen Anlagenhöhe zur nächstgelegenen Wohnbebauung einhalten müssen (sog. 3-H-Regelung).

Vgl. OVG Münster, Urteil vom 9.8.2006 – 8 A 3726/05, u.a. abgedruckt in: *DVBl.* 2006, S. 1532 (1534 f.); bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 11.12.2006 – 4 B 72/06, u.a. abgedruckt in: *NVwZ* 2007, S. 336 f.

Hinzu kommen immissionsschutzrechtliche Vorgaben zum Schutz vor Lärm, aus denen sich ebenfalls bestimmte Abstände zur Wohnbebauung ergeben.

Vgl. etwa *Albrecht/Zschiegner*, Landesgesetzliche Abstandsregelungen für Windkraftanlagen nach § 249 III BauGB auf dem rechtlichen Prüfstand, in: *NVwZ* 2015, S. 1093 (1095).

Demzufolge ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass das geltende Recht und die Rechtsprechung bereits vor Einführung der 10-H-Regelung dem berechtigten Anliegen des Schutzes der Wohnbebauung vor einer „optisch bedrängenden Wirkung“ Rechnung getragen haben. Bemerkenswert ist weiterhin, dass bereits diese Abstandsvorgaben in der Fachliteratur teilweise als zu weitgehend empfunden werden, weil sie die Flächenverfügbarkeit deutlich beschränken und häufig das Repowering, also die Ersetzung vorhandener Windenergieanlagen durch neue leistungsfähigere Anlagen verhindern.

Vgl. etwa *Agatz*, Ein Rechtsrahmen für den Windenergieausbau, in: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 2020, S. 584 (589 f.).

2. Die Einführung einer Öffnungsklausel im Baugesetzbuch

Dessen ungeachtet hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 2014 als Reaktion auf lokale Widerstände gegen Windenergieanlagen in § 249 Abs. 3 BauGB eine sog. „Öffnungsklausel“ eingeführt, die es den Ländern ermöglichte, die zuvor genannte Privilegierung der Windenergie im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) bis zum 31.12.2015 unter die Bedingung zu stellen, dass die Anlage einen gewissen Abstand zu den im Landesrecht bestimmten Nutzungsarten einhält. Dabei sollten die Einzelheiten, insbesondere zur Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, in den Landesgesetzen geregelt werden. Schließlich konnten die Länder in ihren Landesgesetzen auch Abweichungen von den festgelegten Abständen zulassen.

Vgl. das Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen vom 15.7.2014, Bundesgesetzblatt 2014, Teil I, S. 954 f.

Diese bundesrechtliche Regelung wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren vielfach kritisch gesehen.

Vgl. näher dazu mit weiteren Nachweisen *Krautzberger/Stüer*, Viel Wind für weniger Windenergie? – Zur BauGB-Novelle 2014, in: *Zeitschrift für das Bau-recht (BauR)* 2014, S. 1403 (1407 f.).

3. Einführung der 10-H-Regelung und Entscheidung des BayVerfGH

Von der ursprünglichen Öffnungsklausel hat allein der Freistaat Bayern Gebrauch gemacht, indem Art. 82 BayBO im Jahr 2014 folgende Fassung erhielt:

„Art. 82 Windenergie und Nutzungsänderung ehemaliger landwirtschaftlicher Gebäude

- (1) § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB findet auf Vorhaben, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nur Anwendung, wenn diese Vorhaben einen Mindestabstand vom 10-fachen ihrer Höhe zu Wohngebäuden in Gebieten mit Bebauungsplänen (§ 30 BauGB), innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile (§ 34 BauGB) – sofern in diesen Gebieten Wohngebäude nicht nur ausnahmsweise zulässig sind – und im Geltungsbereich von Satzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB einhalten.

- (2) ¹Höhe im Sinn des Abs. 1 ist die Nabenhöhe zuzüglich Radius des Rotors. ²Der Abstand bemisst sich von der Mitte des Mastfußes bis zum nächstgelegenen Wohngebäude, das im jeweiligen Gebiet im Sinn des Abs. 1 zulässigerweise errichtet wurde bzw. errichtet werden kann.
- (3) Soll auf einem gemeindefreien Gebiet ein Vorhaben nach Abs. 1 errichtet werden und würde der in Abs. 1 beschriebene Mindestabstand auch entsprechende Wohngebäude auf dem Gebiet einer Nachbargemeinde einschließen, gilt hinsichtlich dieser Gebäude der Schutz der Abs. 1 und 2, solange und soweit die Gemeinde nichts anderes in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss feststellt.
- (4) Abs. 1 und 2 finden keine Anwendung,
1. wenn in einem Flächennutzungsplan für Vorhaben der in Abs. 1 beschriebenen Art vor dem 21. November 2014 eine Darstellung für die Zwecke des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB erfolgt ist,
 2. soweit und sobald die Gemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht und
 3. soweit und sobald auch eine betroffene Nachbargemeinde der Fortgeltung der Darstellung nicht bis einschließlich 21. Mai 2015 in einem ortsüblich bekannt gemachten Beschluss widerspricht; als betroffen gilt dabei eine Nachbargemeinde, deren Wohngebäude in Gebieten im Sinn des Abs. 1 in einem geringeren Abstand als dem 10-fachen der Höhe der Windkraftanlagen, sofern der Flächennutzungsplan jedoch keine Regelung enthält, maximal in einem Abstand von 2 000 m, stehen
- (5) ¹Bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben nach Abs. 1 einen geringeren als den dort beschriebenen Mindestabstand festsetzen wollen, ist im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. ²Abs. 4 Nr. 3 Halbsatz 2 gilt entsprechend.
- (6) Die Frist nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c BauGB ist nicht anzuwenden.“

Auch diese landesrechtliche Regelung wurde vielfach, nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen, kritisch gesehen.

Vgl. etwa die verfassungsrechtlichen Einwände bei *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015, S. 1093 ff.; *Helmes/Klöcker*, Der bayerische Sonderweg: Rechtliche Aspekte der neuen „10 H-Regelung“ für Windenergieanlagen, in: *Recht der Erneuerbaren Energien (REE) 2015*, S. 81 ff.; *Würfel/Werner*, Einführung eines Mindestabstands für Windkraftanlagen – die „10 H-Regelung“ im Freistaat Bayern, in: *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) 2015*, S. 109 ff.

Mit einem Teil der verfassungsrechtlichen Einwände musste sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof (BayVerfGH) aus der Perspektive der Verfassung des Freistaates Bayern (BayVerf) aus Anlass einer sog. Popularklage und zweier sog. Meinungsverschiedenheiten auseinandersetzen, von denen eine von der SPD-Fraktion im Bayerischen Landtag eingeleitet wurde.

Wie bereits unter A. erwähnt, hat der BayVerfGH die 10-H-Regelung in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 im Wesentlichen gebilligt. Als verfassungswidrig wurde allein die in Art. 82 Abs. 5 BayBO den Gemeinden auferlegte Pflicht angesehen, bei der Aufstellung von Bauleitplänen, die für Vorhaben der Windenergienutzung einen geringeren als den Mindestabstand festsetzen wollen, im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB auf eine einvernehmliche Festlegung mit betroffenen Nachbargemeinden hinzuwirken. Diese Regelung stand nach Ansicht des BayVerfGH in einem „offensichtlichen und schwerwiegenden Widerspruch zur Kompetenzordnung des Grundgesetzes“ und verstieß deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip der Bayerischen Verfassung.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15; die vollständige Entscheidung ist im Internet abrufbar und teilweise u.a. abgedruckt in: NVwZ 2016, S. 999 ff.

Auf die übrigen Inhalte der Entscheidung wird im Folgenden unter B. III. noch näher eingegangen.

4. Die jüngste Änderung der Öffnungsklausel im Baugesetzbuch

Im August 2020 hat der Bundesgesetzgeber nach zähen Auseinandersetzungen die Öffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB geändert.

Siehe das Bundesgesetzblatt 2020, Teil I, S. 1728 ff. Vgl. näher zur Entstehungsgeschichte *Decker*, § 249 Abs. 3 BauGB reloaded, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2021, S. 19.

Hierdurch ist zunächst einmal die zeitliche Befristung entfallen; die Norm gilt nunmehr zeitlich unbeschränkt. Abs. 3 Satz 1 neuer Fassung (n.F.) stellt zudem auf bestimmte Mindestabstände ab, für die in Satz 2 n.F. eine **neue Höchstgrenze von 1.000 m** normiert wird. Im übrigen können die Länder weiterhin die Einzelheiten, insbesondere zur

Abstandsfestlegung und zu den Auswirkungen der festgelegten Abstände auf Ausweisungen in geltenden Flächennutzungsplänen und Raumordnungsplänen, in ihren Landesgesetzen regeln. Schließlich wurde in § 249 BauGB ein neuer Abs. 3 Satz 4 eingefügt, der im Schrifttum bereits als „Bayern-Klausel“ bezeichnet wurde, weil die Vorschrift der auf § 249 Abs. 3 BauGB a.F. beruhendem 10-H-Regelung eine Art „Bestandsschutz“ vermittelt.

Siehe *Decker*, ZfBR 2021, S. 19 (20).

Die zuvor genannte neue Öffnungsklausel gibt den Ländern nämlich, wie erwähnt, nur die Möglichkeit, einen Mindestabstand von max. 1.000 m festzulegen, während die 10-H-Regelung in der Sache dazu führt, dass der Abstand von Windenergieanlagen zur Wohnbebauung teilweise 2.000 m und mehr betragen muss. Die 10-H-Regelung wäre also ohne die „Bayern-Klausel“ schon aus Kompetenzgründen nicht mehr zulässig.

II. Die kontraproduktiven Wirkungen der 10-H-Regelung

Damit sind bereits die Wirkungen der 10-H-Regelung angesprochen, die es näher zu beleuchten gilt, um ihre Tragweite für den Klimaschutz sachgerecht erfassen zu können.

1. Die rechtliche Wirkung der 10-H-Regelung

Rein rechtlich betrachtet bewirkt die 10-H-Regelung zunächst einmal „lediglich“ eine „Entprivilegierung“ der den Abstand nicht einhaltenden Windenergieanlagen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich. Angesichts dessen weist der BayVerfGH in seiner zuvor genannten Entscheidung ausdrücklich darauf hin, dass entsprechende Windenergieanlagen damit nicht zwangsläufig unzulässig werden, sondern „nur“ deutlich strengeren Genehmigungsvoraussetzungen unterliegen.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 120).

Damit stellt der BayVerfGH auf den Umstand ab, dass Vorhaben, die nicht (mehr) nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegiert sind, gemäß § 35 Abs. 2 BauGB als sonstige Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden können. Eine entsprechende Genehmigung kommt aber

tatsächlich kaum in Betracht, weil Windenergieanlagen in der Regel öffentliche Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB beeinträchtigen.

So zu Recht *Würfel/Werner*, BayVBl. 2015, S. 109 (111).

Daher ist selbst die Bayerische Staatsregierung in der Begründung zu ihrem Gesetzentwurf zur 10-H-Regelung davon ausgegangen, dass die Errichtung von entprivilegierten Windkraftanlagen nach Inkrafttreten der 10-H-Regelung regelmäßig nur noch im Wege einer Bauleitplanung erfolgen kann.

Vgl. Bayerischer Landtag, Drucksache 17/2137, S. 7.

Das führt zu einem weiteren Argument, das gegen die verbreitete Einschätzung angeführt wird, die 10-H-Regelung führe zu einer übermäßigen Beschränkung des Ausbaus der Windenergie im Freistaat Bayern: die fortbestehende Möglichkeit der Gemeinden, durch Bebauungspläne geringere Abstände zuzulassen. Die Bayerische Staatsregierung macht nämlich in der Begründung zu ihrem Gesetzentwurf von 2014 explizit geltend, nach dem Gesamtkonzept des Gesetzes werde der Windenergie gerade durch die Möglichkeit der Gemeinden, durch Bebauungspläne geringere Abstände zuzulassen, weiterer Raum verschafft.

Vgl. Bayerischer Landtag, Drucksache 17/2137, S. 7.

Dieses Argument wird teilweise auch im Schrifttum ohne nähere Prüfung gegen den Einwand ins Feld geführt, die 10-H-Regelung wirke wie eine „Windkraftbremse“.

So etwa *Ludwigs*, Die 10 H-Regelung für Windenergieanlagen auf dem Prüfstand der Bayerischen Verfassung, in: NVwZ 2015, S. 986 (990).

Hierzu hat allerdings selbst der BayVerfGH zutreffend bemerkt, der bundesrechtliche Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erfordere „notwendigerweise das Vorhandensein von Flächen im Außenbereich, die außerhalb des landesrechtlich vorgeschriebenen Mindestabstands liegen. Diesem Erfordernis kann nicht durch die Aussicht auf eine – im Umfang zudem ungewisse – gemeindliche Bauleitplanung Rechnung getragen werden.“

BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 134). Zustimmend und mit gleicher Stoßrichtung *Winkler/Stückemann*, Bayerischer Sonderweg in der Energiewende, in: Umwelt- und Planungsrecht (UPR) 2016, S. 516 (519): Der BayVerfGH

habe „richtigerweise die (nur theoretische) Möglichkeit, planungsrechtlich Flächen für Windkraftanlagen auch innerhalb der bestehenden Abstandsflächen auszuweisen, nicht berücksichtigt.“

Somit ist als **Zwischenergebnis** festzuhalten, dass die 10-H-Regelung zwar rechtlich „nur“ eine „Entprivilegierung“ der den Abstand nicht einhaltenden Windenergieanlagen im bauplanungsrechtlichen Außenbereich bewirkt. Dies führt aber **faktisch** dazu, dass die Realisierung solcher Anlagen **weitestgehend verhindert** wird, weil eine Zulassung nach § 35 Abs. 2 BauGB in der Regel nicht in Betracht kommt und die Aussicht auf eine im Umfang gemeindliche Bauleitplanung keine auch nur halbwegs adäquate Alternative darstellt.

2. Die tatsächliche Wirkung der 10-H-Regelung

Dieser Befund deckt sich mit den empirischen Erkenntnissen zur tatsächlichen Wirkung der 10-H-Regelung.

Hierbei ist zunächst einmal zu berücksichtigen, dass bei modernen Windenergieanlagen nach der Erkenntnis des *Umweltbundesamtes (UBA)* deshalb Gesamthöhen von 200 m und mehr zugrunde zu legen sind, weil sie im windschwächeren Binnenland errichtet werden. Deshalb geht das *UBA* zu Recht davon aus, dass aus der 10-H-Regel bei neuen Windenergieanlagen **faktisch ein Siedlungsabstand von 2.000 m** resultiert.

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 9. Das Positionspapier ist auf den Internetseiten des *UBA* abrufbar.

Daher greift der Hinweis des BayVerfGH zu kurz, dass Windkraftanlagen niedrigerer Höhe nicht außer Betracht bleiben könnten, auch wenn sie, zumal mit Blick auf die Absenkung der finanziellen Förderung durch das EEG, weniger rentabel sind.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 135).

Denn es geht hier nicht nur um die wirtschaftliche Rentabilität, die zunächst einmal bloß den Anlagenbetreibern zugute kommt, sondern darum, dass der Ausbau der Windkraft effektiv vonstatten geht, damit die Energiewende gelingt, die wiederum nach dem

Klima-Beschluss des BVerfG, wie im Folgenden unter B. III. zu zeigen sein wird, letztlich verfassungsrechtlich geboten ist. Im übrigen ist die wirtschaftliche Rentabilität eine wichtige Voraussetzung dafür, dass Personen und Unternehmen weiterhin in den Ausbau der Windenergie investieren.

Hierfür bedarf es wiederum entsprechender Flächen, auf denen Windenergieanlagen in zulässiger Weise errichtet werden können. Diese sog. Potenzialflächen werden jedoch durch die 10-H-Regel ausgerechnet im Bundesland mit der größten Landesfläche in unverhältnismäßiger Weise verkleinert.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Landesflächen, die nach Abzug der Flächen, die durch die 10-H-Regel wegfallen, als sog. Bruttoflächen verbleiben, weiter erheblich reduzieren, wenn von ihnen diejenigen Bereiche abgezogen werden, in denen Windenergieanlagen trotz ihrer Privilegierung rechtlich – aus anderen Gründen als dem fehlenden Abstand – nicht zugelassen oder aus tatsächlichen Gründen nicht sinnvoll betrieben werden können – was auch der BayVerfGH in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 ausdrücklich anerkennt.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 137).

Dies liegt zum einen an dem zuvor angedeuteten Umstand, dass Windenergieanlagen naturgemäß auf ein bestimmtes Windaufkommen angewiesen sind und ausreichend windhöfliche Gebiete vor allem in den Bundesländern, die nicht in Küstennähe liegen, aufgrund ihrer Topographie ohnehin ein knappes Gut sind. Zum anderen werden die verbleibenden Flächen häufig durch rechtliche Gründe wie nationale und EU-rechtlich vorgegebene Vorgaben des Naturschutzrechts, insbesondere des Artenschutzrechts, sowie durch vorgegebene Abstände zu Luftverkehrseinrichtungen weiter erheblich eingeschränkt.

Vgl. *UBA*, Analyse der kurz- und mittelfristigen Verfügbarkeit von Flächen für die Windenergienutzung an Land, Abschlussbericht von *Marian Bons* u.a., Juni 2019, S. 20, 87 und 148. Der vollständige Abschlussbericht ist auf den Internetseiten des *UBA* abrufbar.

Vor diesem Hintergrund haben die Antragsteller vor dem BayVerfGH unwidersprochen vorgetragen, dass die verbleibende privilegierte Fläche nach Ermittlungen durch die

Oberste Baubehörde im zuständigen Bayerischen Staatsministerium unter Berücksichtigung sonstiger Ausschlusskriterien **nur 0,01 % der Landesfläche** umfasse.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 137).

Diese Annahme wird durch das zuvor erwähnte Positionspapier des *Umweltbundesamtes* eindrucksvoll unterstrichen. Denn in diesem Positionspapier hat das *UBA* die Ergebnisse eines seinerzeit laufenden Forschungsvorhabens zu den Auswirkungen pauschaler Siedlungsabstände auf die Flächenkulisse für die Windenergienutzung ausgewertet. Danach reduziert bereits ein pauschaler Siedlungsabstand von 1.000 m die deutschlandweite Flächenkulisse um 20 bis 50 Prozent. Bei einem Abstand von 1.500 m verbleiben nur noch 15 bis 40 Prozent der Fläche. Und die **10-H-Regelung führt** nach dem vom *UBA* in Auftrag gegebenen Forschungsvorhaben **zu einer Reduzierung der Fläche für die Windenergienutzung um 85 bis 97 Prozent**.

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 14 f.

Diese kontraproduktive Wirkung der 10-H-Regelung auf den Ausbau der Windenergie lässt sich auch anhand der Entwicklung der Genehmigungen neuer Windenergieanlagen in Bayern im Zeitraum 2010-2018 belegen. Hierzu heißt es im Positionspapier des *Umweltbundesamtes* auf der Basis von Zahlen des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie sowie der Bundesnetzagentur:

„Während die neu genehmigte Windenergieleistung im Zeitraum 2010-2014, getrieben durch die Entwicklung ertragsstarker Binnenlandanlagen, von 143 MW im Jahr 2010 auf 637 MW im Jahr 2014 zunahm, brach sie in den Folgejahren stark ein (...). Während im Jahr 2016 bundesweit Genehmigungen über insgesamt 9.400 MW ausgestellt wurden – ein Rekordwert, der maßgeblich auf Vorzieheffekte der EEG-Novelle 2017 zurückzuführen ist – wurden in Bayern lediglich 210 MW neu genehmigt. Für das Jahr 2018 sind nur noch Genehmigungen über insgesamt 50 MW in Bayern verzeichnet, dies entspricht lediglich 3 Prozent der im gleichen Zeitraum deutschlandweit ausgestellten Genehmigungen. **Der Windenergieausbau in Bayern wird in den kommenden Jahren somit nahezu vollkommen zum Erliegen kommen.**“

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 10 (Hervorhebung nur hier).

Schließlich wirkt sich die 10-H-Regelung überaus negativ auf die Möglichkeiten eines Repowering, also die Ersetzung vorhandener Windenergieanlagen durch neue leistungsfähigere Anlagen aus. Dies ist gerade in der jetzigen Situation besonders misslich, weil seit dem 1.1.2021 erstmals Windenergieanlagen das Ende des 20-jährigen Förderzeitraums nach EEG erreichen. Dabei ist nach dem Positionspapier des Umweltbundesamtes davon auszugehen, dass etwa 53 Prozent der bestehenden Windenergieanlagen aus planungsrechtlicher Sicht repoweringfähig wären. Dieses **Repoweringpotential reduziert sich jedoch bei Abständen von 1.500 bis 2.000 m auf 16 bis 1 Prozent der heutigen Anlagenstandorte.**

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 18.

Somit führt die 10-H-Regelung dazu, dass auch die Ersetzung vorhandener Windenergieanlagen in hohem Maße torpediert wird, **obwohl empirische Studien zeigen, dass die Zustimmung zur Windenergienutzung im eigenen räumlichen Umfeld steigt, wenn die Anwohner*innen bereits Erfahrung mit Windenergieanlagen gemacht haben.**

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 19.

III. Neubewertung der Verfassungsmäßigkeit der 10-H-Regelung

Angesichts derart negativer Effekte auf den Bau neuer Windenergieanlagen und die Ersetzung vorhandener Windenergieanlagen wurde im rechtswissenschaftlichen Schrifttum bereits im Jahre 2016 darauf hingewiesen, dass die 10-H-Regel zu „Friktionen mit Art. 20a GG“ führe.

Siehe *Winkler/Stückemann*, UPR 2016, S. 516 (519).

Dieser Einschätzung kommt nach dem Klima-Beschluss des BVerfG vom 24.3.2021 ein deutlich größeres Gewicht zu.

1. Die Notwendigkeit einer Neubewertung nach dem Klima-Beschluss des BVerfG

Denn das BVerfG hat in seinem Klima-Beschluss, der zu Recht als historisch oder gar epochal eingestuft wird, seine teils sehr konkreten Forderungen zur Begrenzung der CO₂-Emissionen mit dem Ziel der Herstellung von Klimaneutralität ganz maßgeblich aus Art. 20a GG hergeleitet, der den Staat verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2021, S. 1723 (Leitsatz 2, Rn. 188 ff., 193 und 243 ff.).

Das ist eine der zentralen verfassungsrechtlichen Neuerungen dieser Entscheidung, weil Art. 20a GG bislang – auch vom BVerfG – fast ausschließlich als Staatszielbestimmung verstanden wurde und bislang rechtlich eher ein Schattendasein fristete.

Vgl. etwa die Analyse und Nachweise bei *Berkemann*, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, in: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 2021, S. 701 (704 ff.).

Angesichts dessen heißt es im rechtswissenschaftlichen Schrifttum beispielsweise, das BVerfG habe Art. 20a GG aus seinem „verfassungsgerichtlichen ‚Dornröschenschlaf‘“ erweckt.

So etwa *Calliess*, Das „Klimaurteil“ des BVerfG: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, S. 355 (357).

Daneben enthält der Klima-Beschluss, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, weitere zentrale Neuansätze, die verfassungsrechtlich den „Weg zu neuen Ufern“ weisen.

Siehe *Berkemann*, DÖV 2021, S. 701.

Diese Neuerungen haben in der rechtswissenschaftlichen Literatur sogar zu der These geführt, dass zentrale Regelungen des deutschen und europäischen Umweltrechts schlicht verfassungswidrig seien.

Siehe *Sinner*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Umweltrechts der EU und der Bundesrepublik im Lichte der Klimaschutz-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, UPR 2021, S. 281 ff.

Das kann hier aus Raumgründen nicht näher aufbereitet werden. Es zeigt aber, welche weitreichenden Konsequenzen aus dem Beschluss des BVerfG mit Blick auf solche Vorschriften gezogen werden, die unter Klimaschutzgesichtspunkten besonders relevant sind.

2. Vereinbarkeit der 10-H-Regelung mit dem neuen Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung

a) Die zugrundeliegenden Annahmen des BVerfG

Eine der weiteren zentralen Neuerungen des Klima-Beschlusses ist die Aussage des BVerfG, dass das Grundgesetz unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen verpflichtet. Das sei nicht nur durch Art. 20a GG objektivrechtlich geboten. Vielmehr schützten die Grundrechte die Beschwerdeführenden subjektivrechtlich als „intertemporale Freiheitssicherung“ vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 4 sowie Rn. 166, 183 und öfters). Vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, in: NJW 2021, S. 2085 (2086 ff.).

Dieses **neue Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung** sah das BVerfG im konkreten Fall als verletzt an, weil der Gesetzgeber im streitgegenständlichen Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) nach Ansicht des Gerichts keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen habe, die – wegen der gesetzlich bis 2030 zugelassenen Emissionen in späteren Zeiträumen möglicherweise sehr hohen – Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen.

Siehe BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Rn. 182).

Dahinter steht die tatsächliche Überlegung, dass die Auswirkungen von CO₂-Emissionen auf die Erdtemperatur weitgehend unumkehrbar sind und dass global ein

bestimmtes CO₂-Budget eingehalten werden muss, wenn das in § 1 Satz 3 KSG in Anlehnung an das Pariser Klimaschutzabkommen normierte und verfassungsrechtlich relevante Ziel, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen, eingehalten werden soll. Aus diesem globalen Restbudget könne ein nationales CO₂-Budget abgeleitet werden, das für Deutschland nach Berechnungen des *SRU* ab 2020 insgesamt 6,7 Gigatonnen betrage und das bis 2030 weitgehend aufgezehrt werde, weil für die Zeit danach nur weniger als 1 Gigatonne bliebe.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 4 sowie Rn. 118 ff., 185, 208 ff. und 233).

Der Klima-Beschluss vermittelt also, vereinfacht gesprochen, ein durch die Grundrechte vermitteltes Recht auf Abwehr von systematischen Verlagerungen von CO₂-Emissionen in die Zeit nach 2030.

Dabei ist wiederum das vom BVerfG sog. Klimaschutzgebot des Art. 20a GG zu beachten, welches die Gesetzgebung – nach Ansicht des Gerichts verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung der Erde bis 2050 auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Insofern muss die „dem Staat“ aufgebene Pflicht zum Klimaschutz auch auf die **Herstellung von Klimaneutralität** abzielen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 2 sowie Rn. 118 ff., 198 und 208 ff.).

Schließlich weist das BVerfG ausdrücklich darauf hin, dass die Vereinbarkeit mit Art. 20a GG Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in Grundrechte ist und dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsätze 2 a. und 3 sowie Rn. 120, 185, 190 und 198).

b) Die dahinter stehende Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit

Hinter diesen Ausführungen steht unter anderem die Annahme, dass Freiheit auch ein verteilungsfähiges (gesellschaftliches) Gut ist, was sodann die grundlegende Frage nach der Verteilungsgerechtigkeit nach sich zieht. Dies ist wiederum in der Tat eine Frage, die allgemein unter dem Gesichtspunkt der Umweltgerechtigkeit diskutiert wird.

Siehe die treffende Analyse von *Berkemann*, DÖV 2021, S. 701 (712 f.).

c) Konsequenzen für die 10-H-Regelung

Möchte man die Frage nach den Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Bewertung der 10-H-Regelung sachgerecht beantworten, so muss man zunächst einmal die klimapolitischen und energiewirtschaftlichen Rahmenbedingungen in den Blick nehmen (aa). Denn erst aus diesen Rahmenbedingungen erhellt sich, warum man sich auf den Standpunkt stellen kann, dass die 10-H-Regelung das neue Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung in relevanter Weise gefährdet (bb). Dabei ist auch die im letzten Abschnitt angesprochene Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit zu berücksichtigen (cc). Es verbleibt hier freilich ein gewisser Klärungsbedarf (dd).

aa) Klimapolitische und wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Zunächst einmal ist in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die **Energiewirtschaft** mit ca. 30 Prozent für den größten Anteil der CO₂-Emissionen in Deutschland verantwortlich ist. Die Emissionen aus der Energiewirtschaft entstehen vor allem bei der Verbrennung fossiler Energieträger in Kraftwerken der öffentlichen Versorgung zur Bereitstellung von Strom und Wärme. Das zentrale Handlungsfeld der Energiewirtschaft und damit auch der Klimapolitik ist daher ein zielstrebiges und deutliches Ausbauen der erneuerbaren Energien.

Vgl. zum Ganzen *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU)*, Klimaschutz in Zahlen – Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 29 und 31.

Diese sog. **Energiewende** schlägt sich auch im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) nieder, das als geltendes Bundesrecht – wie im Folgenden näher ausgeführt wird – auch bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der 10-H-Regelung zu beachten ist. So bestand das Ziel des Gesetzes gemäß § 1 Abs. 2 EEG bis Mitte 2020 darin, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch bis zum Jahr 2025 auf 40 bis 45 Prozent, bis zum Jahr 2035 auf 55 bis 60 Prozent und bis zum Jahr 2050 auf mindestens 80 Prozent zu steigern. Dieses Ziel wurde durch Gesetz vom 8.8.2020 auf 65 Prozent bis zum Jahr 2030 angehoben (siehe § 1 Abs. 2 EEG n.F.). Schließlich wurde durch Gesetz vom 21.12.2020 in § 1 Abs. 3 EEG das Ziel festgeschrieben, dass vor dem Jahr 2050 der gesamte Strom, der im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (Bundesgebiet) erzeugt oder verbraucht wird, treibhausgasneutral erzeugt wird. Dieses Fernziel ist, wie bereits erwähnt, aufgrund des Klima-Beschlusses des BVerfG nunmehr verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG abgesichert.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 2 sowie Rn. 118 ff., 198 und 208 ff.).

Bei alledem kommt dem **Ausbau der Windenergie an Land** unter Klimaschutzgesichtspunkten eine besondere Rolle zu. Denn sie **ist ein fundamentaler Pfeiler der Energiewende**. Dies erhellt schon die Tatsache, dass die Windenergie an Land im Jahr 2020 erstmals den größten Beitrag aller Technologien zur Stromerzeugung lieferte und damit die Braunkohle ablöste.

Vgl. *BMU*, Klimaschutz in Zahlen – Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 30.

Diese besondere Rolle soll und muss die Windenergie an Land auch in Zukunft spielen. So geht der Bundesgesetzgeber in § 4 EEG 2021 davon aus, dass eine Steigerung der installierten Leistung von Windenergieanlagen an Land von derzeit rund 55 Gigawatt auf 71 Gigawatt im Jahr 2030 erforderlich ist, um das in § 1 Abs. 2 EEG 2021 normierte Ziel zu erreichen, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch bis zum Jahr 2030 auf 65 Prozent zu steigern.

Es ist jedoch schon jetzt davon auszugehen, dass auf diesem Wege allein das vom BVerfG vorgegebene Ziel der Klimaneutralität nicht erreicht werden kann. Hierfür

müssen nämlich neben der Energiewirtschaft zumindest zwei weitere Wirtschaftssektoren mit in den Blick genommen werden, die ebenfalls ganz wesentlich zu den klimapolitisch problematischen CO₂-Emissionen beitragen.

Dies ist zum einen die **Industrie**, die nach der Energiewirtschaft der zweitgrößte Verursacher von CO₂-Emissionen ist. Die CO₂-Emissionen des Industriesektors entstehen vor allem in den energieintensiven Branchen Stahl, Chemie, Nichteisenmetalle, Zement, Kalk, Glas und Papier sowie bei der industriellen Eigenstromversorgung. Dabei entstehen rund zwei Drittel der Emissionen durch direkte Energiebereitstellung in der Industrie. Daher ist der beschleunigte Ausbau der erneuerbaren Stromerzeugung auch für den Industriesektor eine „zentrale Grundvoraussetzung“ für die Erreichung der Treibhausgasneutralität. Nur so kann der steigende Strombedarf des Sektors, der etwa durch die Elektrifizierung von Produktionsprozessen und die Herstellung von klimaneutralem Wasserstoff entsteht, gedeckt werden.

Vgl. zum Ganzen *BMU*, Klimaschutz in Zahlen – Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 33 f.

Zum anderen ist der beschleunigte Ausbau der erneuerbaren Stromerzeugung auch für den **Verkehrssektor** als den drittgrößten Verursacher von CO₂-Emissionen eine unerlässliche Voraussetzung für die Erreichung der Treibhausgasneutralität, weil hier die Umstellung auf elektrische Antriebe eine entscheidende Rolle spielt.

Vgl. zum Ganzen *BMU*, Klimaschutz in Zahlen – Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 38 f.

Vor diesem Hintergrund ist mit dem *Umweltbundesamtes (UBA)* festzuhalten, dass die Bedeutung der Windenergie und gleichermaßen der Bedarf an geeigneten Flächen für die Errichtung von Windenergieanlagen weiter erheblich zunehmen werden.

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 5.

Denn der beschleunigte Ausbau der erneuerbaren Stromerzeugung ist nicht nur für die Energiewende unerlässlich, sondern eine Grundvoraussetzung für die Erreichung der Treibhausgasneutralität in den Bereichen Energie und Verkehr. **Insofern hängt der Erfolg der Klimaschutzpolitik insgesamt auch vom Ausbau der Windenergie ab.**

bb) Die 10-H-Regelung als mögliche Gefährdung des Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung

Wenn man nun aber bedenkt, dass dieser für den Klimaschutz essentielle Ausbau der Windenergie an Land durch die 10-H-Regel im Bundesland mit der größten Landesfläche, wie zuvor unter B. II. 2. geschildert, in eklatanter Weise gebremst wird, dann kann man sich mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen, dass hieraus auch eine relevante Gefährdung des Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung resultiert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man im Einklang mit einer in der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass das geltende Recht sich daran messen lassen muss, ob es zum Klimaschutz beiträgt oder diesen eher behindert.

Siehe *Sinner*, UPR 2021, S. 281 ff.

Hierfür spricht auch der Umstand, dass im Schrifttum schon wiederholt darauf hingewiesen wurde, dass sich die „dem Staat“ aufgebene Pflicht zum Klimaschutz und zur Herstellung von Klimaneutralität auch an die Länder richte

Vgl. etwa *Schlacke*, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, in: NVwZ 2021, S. 912 (917) sowie ausführlicher *Ekarde/Heß/Wulff*, BVerfG-Klima-Beschluss: Folgen für Bund, EU, Länder und Kommunen, in: Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP) 2021, S. 212 (222 f.), die in diesem Kontext ausdrücklich auf die Problematik ausgreifender Abstandsregelungen für Windenergieanlagen hinweisen.

und dass diese Pflicht selbst bei Einzelfallentscheidungen der Exekutive, bei denen Gestaltungs-, Abwägungs- und Beurteilungsspielräume bestehen, zu berücksichtigen sei.

Vgl. etwa *Faßbender*, NJW 2021, S. 2085 (Rn. 34) sowie ausführlicher *Ekarde/Heß/Wulff*, EurUP 2021, S. 212 (218 ff.).

cc) Die zu berücksichtigende Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit

Gegen eine relevante Gefährdung des Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung könnte man freilich einwenden, dass die negativen Auswirkungen der 10-H-Regel auf den Klimaschutz nicht so problematisch sind, weil der Windenergieausbau aus Gründen der tendenziell größeren Windhöffigkeit ohnehin in deutlich größerem Um-

fang in Nord- als in Süddeutschland erfolgt. Und tatsächlich wird schon jetzt rund die Hälfte des Windstroms im Norden Deutschlands produziert.

Vgl. etwa <https://strom-report.de/windenergie/>.

Indessen ist eine solche Sichtweise nicht nur aus einer umweltethischen, sondern mittlerweile auch aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive abzulehnen, wenn man zusätzlich die soeben unter B. III. 2. b) angesprochene und im Klima-Beschluss des BVerfG angelegte Frage der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit in den Blick nimmt.

Denn die großen Verbrauchsschwerpunkte liegen im Süden Deutschlands. Von daher sollte der erneuerbare Strom aus Gründen der Verteilungs- und Umweltgerechtigkeit verstärkt dort produziert werden, wo er gebraucht wird.

Vgl. hierzu auch *Köck*, Akzeptanzprobleme der Windenergie und rechtliche Handlungsansätze, in: Hebler/Hofmann/Proelß/Reiff (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2017, S. 129 (133 ff.).

Dies gilt umso mehr, als eine fortschreitende Konzentration der Stromproduktion im Norden dazu führt, dass sich der – ohnehin stockende – Netzausbaubedarf weiter vergrößert. Darüber hinaus steigen einerseits im Norden die Risiken von Netzüberlastungen, während andererseits im Süden die Gefahr von Versorgungsengpässen zunimmt.

Vgl. hierzu sowie allgemein zur Interdependenz von Netzausbau, Erzeugungsstruktur und Nachfrage *Hermes*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, S. 259 (261).

Schließlich ist das tendenzielle Nord-Süd-Gefälle bei genauerem Hinsehen keineswegs der höheren Windhöffigkeit des Nordens geschuldet. Denn in diesem Fall müsste etwa in Mecklenburg-Vorpommern mehr Windstrom produziert werden als etwa in Sachsen-Anhalt. Tatsächlich ist es aber umgekehrt.

Vgl. etwa <https://strom-report.de/windenergie/>.

Aus diesen Gründen kann man, wie gesagt, mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass die 10-H-Regelung das neue Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung in relevanter Weise gefährdet.

dd) Verbleibender Klärungsbedarf

Es verbleibt hier freilich ein gewisser Klärungsbedarf. Denn in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass das neue Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung allein einen subjektiven Anspruch auf gerechte Verteilung von CO₂-Budgets zwischen den Generationen vermittele und dass diese Verteilung in erster Linie Aufgabe des Bundesgesetzgebers sei.

So etwa *Schlacke*, NVwZ 2021, S. 912 (916 f.).

Vor diesem Hintergrund betonen manche die „spezielle Konstellation“, die der Entscheidung des BVerfG zugrunde lag. Namentlich sei der „intertemporale Zugriff [...] auf den extrem hohen und in den faktischen Anteilen naturwissenschaftlich gehärteten Grad an Verknüpfung gegenwärtiger Maßnahmen (zugelassener Emissionsmengen nach dem KSG) mit zukünftigen staatlichen Beschränkungen geknüpft.“ Dementsprechend könne eine Übertragung auf diese spezielle Konstellation nur bei vergleichbar belastbaren, in allgemeineren politischen Zusammenhängen wohl regelmäßig nicht bestehenden Verdichtungen vorgenommen werden.

So *Eifert*, Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz: Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG, in: Juristische Ausbildung (JURA) 2021, S. 1085 (1092).

Aus diesen Gründen bedarf die Frage, ob einzelne Vorschriften außerhalb des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG), die so wie die 10-H-Regelung den Übergang zur vom BVerfG geforderten Klimaneutralität in durchaus erheblicher Weise hemmen, einer Überprüfung am Maßstab des neuen Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung zugänglich sind, einer Klärung durch das BVerfG. Eine solche Klärung könnte etwa im Rahmen einer richterlichen Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 oder 2 GG erfolgen und wäre zeitnah durchaus wünschenswert, weil sie grundsätzlicher Natur ist.

3. Vereinbarkeit der 10-H-Regelung mit den Grundrechten der Grundstückseigentümer und Anlagenbetreiber

Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, weil die 10-H-Regelung jedenfalls in das grundrechtlich geschützte Recht der betroffenen Eigentümer eingreift, ihr Grundstück im Rahmen der Gesetze baulich zu nutzen (a). Ferner liegt auch ein relevanter Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit der Anlagenbetreiber vor (b). Deshalb stellt sich die bereits in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage, ob dieser Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist. Dabei wird zu zeigen sein, dass diese Frage vor dem Hintergrund des Klima-Beschlusses des BVerfG neu zu bewerten und letztlich zu verneinen ist (c).

a) Die eigentumsbeschränkende Wirkung der 10-H-Regelung

Eine der wesentlichen Inhalte der Eigentumsgarantie, die auf der Bundesebene durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und in Bayern durch Art. 103 Abs. 1 BayVerf gewährleistet wird, ist die sog. Baufreiheit als das Recht des Grundstückseigentümers, sein Grundstück grundsätzlich frei baulich nutzen zu können. Dies umfasst auch das Recht, auf dem eigenen Grundstück eine Windkraftanlage zu errichten oder die Errichtung zuzulassen. Demzufolge ist es im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, soweit ersichtlich, unstreitig, dass die 10-H-Regelung einen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht betroffener Grundstückseigentümer darstellt.

Vgl. etwa *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015, S. 1093 (1094); *Helmes/Klöcker*, REE 2015, S. 81 (84); *Winkler/Stückemann*, UPR 2015, S. 516 (521).

Dies hat im Übrigen auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 so gesehen.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 120).

Daher greift die 10-H-Regelung jedenfalls in das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 103 Abs. 1 BayVerf geschützte Eigentumsgrundrecht von Grundstückseigentümern ein, die von der Regelung tatsächlich betroffen sind.

b) Die 10-H-Regelung als Eingriff in die Berufsfreiheit der Anlagenbetreiber

Nicht ganz eindeutig zu beantworten ist die Frage, ob die 10-H-Regelung eigenständig in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit von Anlagenbetreibern eingreift, die zugleich Vorhabenträger sein können.

aa) Schutzbereich

Hierzu müssen die Windenergieanlagen zunächst einmal berufsmäßig betrieben werden. Dies ist dann der Fall, wenn es sich um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage handelt. Dabei reicht es aus, wenn sich der Grundrechtsträger mit der Tätigkeit ein Auskommen verschafft. Es darf sich allerdings einerseits nicht um einen einmaligen Erwerbsakt handeln. Andererseits wird nicht nur die hauptberufliche Tätigkeit geschützt. Auch Zweitberufe, Nebentätigkeiten und Gelegenheitsarbeiten sind Berufe im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG.

Vgl. zum Ganzen hier nur *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Rn. 37 f. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

Diese (positiven) Voraussetzungen werden beim dauerhaften Betrieb von Windenergieanlagen für den allgemeinen Strombedarf in der Regel gegeben sein.

bb) Eingriff

Sodann muss ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegen. Dies ist allgemein jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine gezielte Beschränkung des grundrechtlich geschützten Verhaltens vorliegt.

Zu der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit zählt zwar nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Bezieht sich eine staatliche Maßnahme auf einen bestimmten Beruf wie zum Beispiel eine Erlaubnispflicht oder eine Regelung der Vergütung, so liegt nach der Rechtsprechung des BVerfG regelmäßig auch ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor.

Weil es aber zahlreiche Regelungen gibt, die einen bestimmten Zweck verfolgen, die Berufsfreiheit aber nur mittelbar berühren, versucht die Rechtsprechung, und hier namentlich das BVerfG, in Übereinstimmung mit weiten Teilen des Schrifttums die relevanten Eingriffe auf solche mit „objektiv berufsregelnder Tendenz“ zu begrenzen.

Vgl. bspw. BVerfGE 97, 228 (254) = NJW 1998, S. 1627 (1628). Zustimmung etwa *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, Kommentar zum Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 12 Rdnr. 15 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, 34. Auflage 2018, Rn. 951; *Mann*, in: *Sachs* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 12 Rdnr. 95-97.

Diese Rechtsprechung könnte möglicherweise dazu verleiten, eine baurechtliche Norm wie die 10-H-Regelung selbst dann nicht als einen Eingriff in die Berufsfreiheit von Anlagenbetreibern zu werten, wenn diese aus den zuvor unter B. II. genannten Gründen faktisch in erheblicher Weise von der 10-H-Regelung bei der Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeiten betroffen sind.

Es ist aber zu beachten, dass diese Judikatur in der rechtswissenschaftlichen Literatur auch entschiedene Gegner gefunden hat. So wird zutreffend eingewandt, dass die Forderung nach einer berufsregelnden Tendenz im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG keinerlei Stütze findet. Es sei auch kein Grund ersichtlich, von der allgemeinen Eingriffsdogmatik abzuweichen, nach der grundsätzlich jede beschränkende Maßnahme ein Eingriff sein kann. Die möglicherweise geringere Eingriffsintensität könne auf der Rechtfertigungsebene verarbeitet werden.

So etwa die Kritik bei *Ruffert*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Werkstand: 15.5.2021, Art. 12 Rdnr. 57. Ebenfalls kritisch *Manssen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Rn. 75 ff.

Angesichts dessen ist es zumindest geboten, die Forderung nach einer berufsregelnden Tendenz im Einzelfall großzügig zu handhaben, zumal auch das BVerfG betont, dass Regelungen ohne unmittelbaren Berufsbezug ebenfalls an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind, „wenn sie nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.“

Vgl. etwa BVerfGE 97, 228 (254) = NJW 1998, S. 1627 (1628).

Letzteres ist, wie gesagt, beim dauerhaften Betrieb von Windenergieanlagen für den allgemeinen Strombedarf regelmäßig der Fall.

Und an anderer Stelle heißt es in der Rechtsprechung, dass der besondere Freiheitsraum, den das Grundrecht der Berufsfreiheit sichern will, auch durch Vorschriften ohne primär berufsregelnde Zielrichtung berührt sein kann, wenn ihre tatsächlichen Auswirkungen zu einer Beeinträchtigung der freien Berufsausübung führen.

So BVerfGE 97, 228 (254) = NJW 1998, S. 1627 (1628).

Vor diesem Hintergrund wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum im Ergebnis zu Recht die Ansicht vertreten, dass die 10-H-Regelung ebenfalls in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit von Vorhabenträgern eingreift.

Vgl. etwa *Helmes/Klöcker*, REE 2015, S. 81 (84).

Das Gleiche muss für die Betreiber von Windenergieanlagen gelten.

cc) Verhältnis zur Eigentumsgarantie

Es ist aber zu klären, wie sich die Berufsfreiheit in diesem konkreten Fall zur Eigentumsgarantie verhält.

Denn der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 den Standpunkt eingenommen, die 10-H-Regelung sei nicht am Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 101 BayVerf) zu messen, dessen Schutz den beruflichen und wirtschaftlichen Bereich sowohl der Grundstückseigentümer als auch der – potenziellen – Betreiber von Windkraftanlagen umfasse. Denn dieses Grundrecht werde unter den vorliegenden Umständen durch das sachnähere Eigentumsgrundrecht verdrängt. Die Berufsfreiheit schütze den Erwerb, mithin die Betätigung selbst, während die Eigentumsgarantie das Erworbene schütze, also die Ergebnisse der Erwerbsbetätigung zum Gegenstand habe.

Siehe BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 157).

Diese Ansicht vermag – zumal in ihrer Pauschalität – nicht zu überzeugen.

Zwar entspricht die Aussage, die Berufsfreiheit schütze den Erwerb, während die Eigentumsgarantie das Erworbene schütze, also die Ergebnisse der Erwerbsbetätigung zum Gegenstand habe, im Grundsatz der Rechtsprechung des BVerfG und der herrschenden Lehre.

Vgl. hier nur BVerfGE 126, 112 (135) = NVwZ 2010, S. 1212 (Rn. 84) und *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Rn. 289.

Es ist aber ebenfalls weitgehend anerkannt, dass die Berufsfreiheit nicht stets durch die Eigentumsgarantie verdrängt wird. Die beiden Grundrechte haben vielmehr, je nach Sachverhalt, durchaus selbstständige Bedeutung mit der Folge, dass beide Grundrechte als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sind.

Vgl. hier nur BVerfGE 50, 290 (361 f.) = NJW 1979, S. 699 (707 f.) und *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Rn. 290.

Dies ist im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls dann anzunehmen, wenn Grundstückseigentümer und – potenzielle – Betreiber von Windkraftanlagen nicht zusammenfallen. Denn anderenfalls würden die Anlagenbetreiber, die nicht zugleich Grundstückseigentümer sind, verfassungsrechtlich schutzlos gestellt.

c) Die neu zu stellende Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

Deshalb stellt sich – so oder so – die bereits in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage, ob die aus der 10-H-Regelung resultierenden Grundrechtseingriffe gerechtfertigt sind.

aa) Relevante Änderungen der Prüfung durch den Klima-Beschluss

Diese Frage ist vor dem Hintergrund des Klima-Beschlusses des BVerfG vom 24.3.2021 neu zu stellen und auch neu zu bewerten, da im Vorstehenden unter B. III. 1. und 2. schon deutlich geworden ist, dass sich aus dieser Entscheidung auch relevante Verschiebungen bei der Überprüfung von staatlichen Maßnahmen am Maßstab der Grundrechte ergeben.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs ist üblicherweise zunächst zu prüfen, welchen Beschränkungsmöglichkeiten das betroffene Grundrechte unterliegt (sog. Schranken). Dies ist hier unproblematisch, da es sich bei der 10-H-Regelung um ein formelles Landesgesetz handelt, dessen formelle Verfassungsmäßigkeit im Folgenden unterstellt werden soll.

Bei der Prüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit bildet der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** den entscheidenden Maßstab, der in seinen Grundstrukturen allgemein anerkannt ist. Dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet nach dem Klima-Beschluss auch auf das neue Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung Anwendung.

Siehe BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Rn. 188 ff., 192).

Allerdings hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier eine andere Struktur.

Siehe näher dazu *Eifert*, JURA 2021, S. 1085 (1093).

Hier geht es hingegen um Eingriffe in das Eigentumsgrundrecht und in die Berufsfreiheit, so dass grundsätzlich der „klassische“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heranzuziehen ist. Danach ist erstens zu fragen, ob die staatliche Maßnahme einen **legitimen Zweck** verfolgt. Zweitens ist zu ermitteln, ob die staatliche Maßnahme überhaupt **geeignet** ist, den Zweck zumindest zu fördern. Drittens muss die staatliche Maßnahme zur Erreichung des Zwecks **erforderlich** sein, was davon abhängt, ob es mildere Mittel gibt, die das Ziel ebenso effektiv fördern. Schließlich muss die staatliche Maßnahme viertens **angemessen und zumutbar** sein. Hier ist unter Berücksichtigung sämtlicher verfassungsrechtlich erheblicher Belange im Rahmen einer **Abwägung** zu klären, ob die Förderung des Ziels noch in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Freiheitseinbuße steht (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Geht es – so wie hier – um Fragen des Klimaschutzes, so wird dieser „klassische“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor allem durch das sog. Klimaschutzgebot modifiziert, das im Klima-Beschluss aus Art. 20a GG hergeleitet wird und das der Bundesgesetzgeber – nach Ansicht des BVerfG verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung der Erde bis 2050 auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen. Insofern muss die „dem

Staat“ aufgegebenen Pflicht zum Klimaschutz auch auf die Herstellung von Klimaneutralität abzielen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 2 sowie Rn. 118 ff., 198 und 208 ff.).

Dieses so verstandene Klimaschutzgebot ist bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit jedenfalls auf der letzten Stufe und damit bei der Klärung der Angemessenheit und Zumutbarkeit zu beachten, die im Rahmen einer Abwägung zu erfolgen hat. Denn das BVerfG weist ausdrücklich allgemein darauf hin, dass die Vereinbarkeit mit dem so verstandenen Art. 20a GG „Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in Grundrechte“ ist.

Siehe BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 3).

Dabei ist nach dem Klima-Beschluss weiterhin zu beachten, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Leitsatz 2 a sowie Rn. 120, 185 und 198).

Schließlich betont das BVerfG im Klima-Beschluss, dass dem Gesetzgeber durch Art. 20a GG eine permanente Pflicht aufgegeben sei, das Umweltrecht den neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Rn. 212).

bb) Fragwürdigkeit des Ziels der 10-H-Regelung

Bevor eine solche Abwägung vorgenommen wird, muss aber geklärt werden, ob die 10-H-Regelung überhaupt einen legitimen Zweck verfolgt. Hier ist nach den Gesetzesmaterialien davon auszugehen, dass der Landesgesetzgeber mit dieser Regelung das Ziel verfolgt, die **Akzeptanz** von Windkraftanlagen in der Bevölkerung im Zusammenhang mit der Energiewende zu fördern.

Vgl. Bayerischer Landtag, Drucksache 17/2137, S. 1 und 6.

Dieses Ziel hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 zwar ohne nähere Auseinandersetzung gebilligt.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 148).

Allerdings wird im Schrifttum zu Recht kritisch gefragt, ob die Förderung der Akzeptanz politischer Entscheidungen einen hinreichenden Eingriffszweck darstellt, weil es sich hierbei um ein „äußerst weiches, nicht rationalisierbares Kriterium“ handelt.

Siehe *Winkler/Stückemann*, UPR 2016, S. 516 (521). Vgl. auch die kritischen Hinweise bei *Lege*, Enteignung zwecks Beschaffung politischer Akzeptanz?, in: NVwZ 2019, S. 1000 (1002 f.).

Von daher ist schon das Ziel der 10-H-Regelung fragwürdig.

cc) Fehlende Geeignetheit der 10-H-Regelung

Sodann kann die pauschale Annahme des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 9.5.2016, dass die 10-H-Regelung geeignet sei, das Ziel der Akzeptanzsteigerung zu befördern,

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 148).

mittlerweile als widerlegt gelten. Hier ist zwar zu berücksichtigen, dass auch das BVerfG bei der Prüfung der Geeignetheit in der Regel recht großzügig verfährt. Das Gericht hat aber auch vereinzelt Vorschriften beanstandet, wenn es zwischen dem gesetzlichen Ziel und der Regelung keinen nachvollziehbaren Zusammenhang gab.

Vgl. bspw. BVerfGE 55, 159 (165 ff.). Weitere Nachweise bei *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rdnr. 150.

Letzteres ist bei der 10-H-Regelung der Fall. So zeigen umweltpsychologische Untersuchungen, dass der unterstellte Zusammenhang zwischen Abstandsregelungen und der Akzeptanz in der Bevölkerung empirisch nicht nachweisbar ist.

Siehe *Hoehn/Firestone/Rand/Elliot/Hübner/Pohl/Wiser/Lantz/Haac/Kaliski*, *Attitudes of U.S. Wind Turbine Neighbors: Analysis of a Nationwide Survey*, *Energy Policy* 134 (2019), 110981 (die Studie ist abrufbar unter <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421519305683/pdf?md5=f6ff62267f6bafdb0cc113820f789fed&pid=1-s2.0-S0301421519305683->

main.pdf); *Hübner/Pohl*, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz? Ein umweltpsychologischer Studienvergleich, Fachagentur Windenergie an Land, 2015 (die Analyse ist im Internet abrufbar unter https://filer.itz.uni-halle.de/dl//698/pub/Huebner_Pohl_2015.pdf).

Und auch die Bundesregierung musste in ihrer Antwort vom 28.6.2018 auf eine Kleine Anfrage hin einräumen, dass kein Zusammenhang zwischen der ländereigenen Festlegung erhöhter Mindestabstände und einer höheren Akzeptanz empirisch nachgewiesen werden konnte. Für die Akzeptanz vor Ort spielten andere Faktoren eine zentrale Rolle, wie z. B. die Sichtbarkeit der Anlagen in der Landschaft, die Beteiligung und der Gestaltungsspielraum der Anwohner im Planungsprozess, inwiefern Anwohner finanziell beteiligt sind oder Wertschöpfung auch in der Region verbleibt.

Vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/3053, S. 1.

Diese Einschätzung wird durch folgenden schlichten Befund bestätigt. Knapp sieben Jahre nach Einführung der 10-H-Regelung zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass diese Regelung die Akzeptanz von Windkraftanlagen in der Bevölkerung in keiner Weise gefördert hat. Denn in diesem Fall hätte die Windenergie wenigstens partiell an anderen Standorten in Bayern von der 10-H-Regelung profitieren müssen. Das ist aber, wie unter B. II. 2. gezeigt, nicht festzustellen – im Gegenteil.

Vor diesem Hintergrund stellt das *Umweltbundesamt (UBA)* zu Recht fest, dass pauschale Siedungsabstände wie die 10-H-Regelung „ein **ungeeignetes Instrument zur Steigerung der Akzeptanz** gegenüber der Windenergienutzung“ darstellen.

Vgl. *UBA*, Auswirkungen von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und Siedlungen – Auswertung im Rahmen der UBA-Studie „Flächenanalyse Windenergie an Land“, Positionspapier vom März 2019, S. 21 (Hervorhebung im Original).

Bereits aus diesem Grund sollte der bayerische Gesetzgeber die 10-H-Regelung wieder aufheben. Hierfür spricht auch die im Klima-Beschluss betonte und aus Art. 20a GG destillierte Pflicht des Gesetzgebers, das Umweltrecht den neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 (Rn. 212).

Denn diese Pflicht dürfte bei sachgerechtem Verständnis nicht nur für das eigentliche Umweltrecht, sondern gleichermaßen für sonstige klimaschutzrelevante Vorschriften gelten.

Schließlich ist mit Blick auf die Geeignetheit zu beachten, dass die 10-H-Regelung bei *bestehenden* Windenergieanlagen nicht nur die Akzeptanz nicht fördert, sondern die Akzeptanz in der Bevölkerung sogar konterkarieren kann, weil sich die dort lebenden Personen benachteiligt fühlen könnten.

dd) Fehlende Erforderlichkeit der 10-H-Regelung

Durchgreifenden Bedenken begegnet ferner die Erforderlichkeit der 10-H-Regelung. Diese hatte der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 9.5.2016 noch mit dem Argument bejaht, dass die geringeren Abstandserfordernisse, die sich aus dem Immissionsschutzrecht oder aus dem bauplanungsrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme ergeben, nicht zu berücksichtigen seien. Denn Bezugspunkt der Erforderlichkeit sei das vom Landesgesetzgeber angestrebte Ziel einer „allgemeinen“ Akzeptanzförderung durch einen „großzügigen“ Mindestabstand generell-abstrakter Art, nicht aber die (bloße) Abwehr unzumutbarer Einwirkungen auf die Nachbarschaft im Einzelfall.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 148).

Diese Argumentation vermag schon deshalb nicht (mehr) zu überzeugen, weil sich gezeigt hat, dass bereits das Ziel einer „allgemeinen“ Akzeptanzförderung fragwürdig ist und dass die 10-H-Regelung zur Förderung dieses Ziels schlicht nicht geeignet ist.

Sodann wurde bereits im Vorstehenden unter B. I. 1. darauf hingewiesen, dass das geltende Recht und die Rechtsprechung bereits vor Einführung der 10-H-Regelung dem berechtigten Anliegen des Schutzes der Wohnbebauung vor einer „optisch bedrängenden Wirkung“ Rechnung getragen haben. Auch hierdurch wird die Erforderlichkeit der 10-H-Regelung in Frage gestellt.

Vgl. näher dazu *Albrecht/Zschiegner*, NVwZ 2015, S. 1093 (1095 f.); *Helmes/Klöcker*, REE 2015, S. 81 (84).

Zudem ist die Beteiligung der Anwohner in einem anlassbezogenen Projektplanungsprozess, in dem auch geklärt werden könnte, inwiefern Anwohner finanziell beteiligt werden könnten, nicht nur ein milderes und gleich geeignetes, sondern nach der zuvor erwähnten Antwort der Bundesregierung vom 28.6.2018 sogar ein deutlich besser geeignetes Instrument zur Förderung der Akzeptanz von Windenergieanlagen.

Vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/3053, S. 1. Siehe zur Erforderlichkeit auch die Kritik bei *Winkler/Stückemann*, UPR 2016, S. 516 (522).

ee) **Unangemessenheit der 10-H-Regelung**

Nimmt man vor diesem Hintergrund eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher verfassungsrechtlich erheblicher Belange vor, so erweist sich die 10-H-Regelung darüber hinaus im Ergebnis als nicht mehr angemessen und damit unzumutbar. Hieran vermögen die entgegenstehenden Feststellungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs nichts zu ändern, weil die Entscheidung auch insoweit überprüfungsbedürftig ist.

Siehe zur Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 149).

Denn auch hier ist zu berücksichtigen, dass erstens bereits das mit der Regelung verfolgte Ziel fragwürdig ist. Aber selbst wenn man die *allgemeine* Förderung der Akzeptanz vor Ort als legitimes Ziel einstuft, sprechen sämtliche vorliegende Erkenntnisse dafür, dass die 10-H-Regelung zweitens **schon abstrakt nicht geeignet** ist, dieses Ziel zu fördern. Bereits aus diesen Gründen ist der bayerische Gesetzgeber nach den Hinweisen des BVerfG im Klima-Beschluss drittens gehalten, die 10-H-Regelung an die neueren Entwicklungen und Erkenntnisse in der Wissenschaft anzupassen.

Das zuletzt Gesagte gilt viertens auch mit Blick auf die oben unter B. II. 2. skizzierten neueren Entwicklungen, die in aller Deutlichkeit die **negativen rechtlichen und tatsächlichen Folgen der 10-H-Regelung für den Ausbau der Windenergie** in Bayern belegen.

Schon von daher vermag fünftens der Hinweis des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs auf die verbleibende Möglichkeit einer Zulassung von Windenergieanlagen auf der Grundlage von § 35 Abs. 2 BauGB nicht (mehr) zu überzeugen.

Siehe BayVerfGH, Entscheidung vom 9.5.2016 – Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, S. 999 (Rn. 149).

Es hat sich vielmehr insoweit klar die oben unter B. II. 1. vertretene These bestätigt, dass eine solche Genehmigung auf der Grundlage von § 35 Abs. 2 BauGB schon aus rechtlichen Gründen kaum in Betracht kommt.

Siehe auch die diesbezügliche Kritik an der Entscheidung des BayVerfGH bei *Winkler/Stückemann*, UPR 2016, S. 516 (522).

Das zeigt aber wiederum, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof sechstens das **Gewicht der Eigentumsbeeinträchtigung** auf Seiten der betroffenen Grundstückseigentümer **nicht zutreffend gewichtet** hat. Diese Fehlgewichtung wird dadurch noch weiter verstärkt, dass der Verfassungsgerichtshof siebtens die negativen Wirkungen der 10-H-Regelung auf die **Möglichkeiten eines Repowering** nicht näher gewürdigt hat, was in besonderem Maße unverständlich erscheint, weil die hiervon betroffenen Anwohner*innen sich zumeist schon an die Windenergieanlage(n) gewöhnt haben, so dass Akzeptanzprobleme, wenn überhaupt, allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen.

Hinzu kommt, dass der Verfassungsgerichtshof achtens in fragwürdiger Weise die möglichen **Eingriffe in die Berufsfreiheit von Anlagenbetreibern überhaupt nicht** bei seiner Abwägung **berücksichtigt** hat (siehe näher dazu oben unter B. III. 3. b).

Umgekehrt sind die genannten negativen Folgen für den Ausbau der Windenergie seit dem Klima-Beschluss neuntens mit einem **erhöhten verfassungsrechtlichen Gewicht** in die Abwägung einzustellen, weil die 10-H-Regelung den Übergang zur vom BVerfG geforderten Klimaneutralität in durchaus erheblicher Weise hemmt (siehe näher dazu oben unter B. III. 2. c), ohne dass dem entsprechende Vorteile gegenüberstehen. Das erscheint mit Blick auf Art. 20a GG bedenklich. Dieses verfassungsrechtliche Gewicht nimmt nach den Feststellungen des BVerfG im Klima-Beschluss zehntens bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu.

Aus diesen Gründen ist die 10-H-Regelung jedenfalls nicht mehr verhältnismäßig im engeren Sinne, weil ihre erheblichen Nachteile für die Grundrechtsbetroffenen und auch für den Klimaschutz gegenüber den – ohnehin fragwürdigen – Vorteilen deutlich überwiegen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Damit ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

1. Jede Person, die sich fachlich fundiert mit dem Ausbau der Windenergie an Land befasst, ist sich darüber im Klaren, dass die Flächenverfügbarkeit hier das größte Problem darstellt. Dessen ungeachtet enthält die Bayerische Bauordnung seit dem Jahr 2014 eine sog. 10-H-Regelung, die dazu führt, dass Windenergieanlagen in Bayern grundsätzlich nur noch dann gebaut werden dürfen, wenn der Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung mindestens dem Zehnfachen der Anlagenhöhe (H) entspricht. Dementsprechend muss der Abstand zur nächstgelegenen Wohnbebauung bei modernen Windenergieanlagen, die meist eine Höhe von 200 m oder mehr aufweisen, mindestens 2.000 m, also mindestens 2 km betragen.
2. Die 10-H-Regelung führt nach einem vom *Umweltbundesamt (UBA)* in Auftrag gegebenen Forschungsvorhaben zu einer Reduzierung der Fläche für die Windenergienutzung um 85 bis 97 Prozent. In der Folge ist der Windenergieausbau in Bayern nahezu vollkommen zum Erliegen gekommen. Ferner wirkt sich die 10-H-Regelung überaus negativ auf die Möglichkeiten eines Repowering, also die Ersetzung vorhandener Windenergieanlagen durch neue leistungsfähigere Anlagen aus. (Vgl. näher zum Ganzen den vorstehenden Abschnitt B. II.)
3. Wenngleich derartige negative Auswirkungen von manchen frühzeitig vorhergesagt wurden, hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof die 10-H-Regelung im Jahre 2016 im Wesentlichen aus der Perspektive der Verfassung des Freistaates Bayern gebilligt. (Siehe Abschnitt B. I. 3.)

4. Angesichts der zentralen Bedeutung des Windenergieausbaus für die Energiewende und für den Klimaschutz in Deutschland insgesamt (siehe Abschnitt B. III. 2. c) aa) bedarf die 10-H-Regelung jedoch einer verfassungsrechtlichen Neubewertung, da der sog. Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021 einige verfassungsrechtliche Neuerungen mit sich gebracht hat, die zu einer signifikanten Stärkung des Klimaschutzes führen (siehe Abschnitt B. III. 1.).
5. Eine der zentralen Neuerungen des Klima-Beschlusses ist die Aussage, dass das Grundgesetz unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen verpflichtet (siehe oben Abschnitt B. III. 2. a). Dahinter steht unter anderem die Annahme, dass Freiheit auch ein verteilungsfähiges Gut ist, was sodann Fragen der Umweltgerechtigkeit nach sich zieht. Aus diesen und anderen Gründen sollte der erneuerbare Strom – anders als bisher – verstärkt dort produziert werden, wo er gebraucht wird: im Süden Deutschlands. Allerdings bedarf die Frage, ob einzelne Vorschriften außerhalb des Bundes-Klimaschutzgesetzes, die so wie die 10-H-Regelung den Übergang zur geforderten Klimaneutralität in durchaus erheblicher Weise hemmen, einer Überprüfung am Maßstab des neuen Grundrechts auf intertemporale Freiheitssicherung zugänglich sind, einer Klärung durch das Bundesverfassungsgericht (siehe oben Abschnitt B. III. 2. c).
6. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, weil die 10-H-Regelung jedenfalls in das grundrechtlich geschützte Recht der betroffenen Eigentümer eingreift, ihr Grundstück im Rahmen der Gesetze baulich zu nutzen (siehe oben Abschnitt B. III. 3. a). Ferner liegt auch ein relevanter Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit der Anlagenbetreiber vor (siehe Abschnitt B. III. 3. b). Deshalb stellt sich die bereits in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage, ob dieser Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist.
7. Diese Frage ist ebenfalls neu zu stellen und auch neu zu bewerten, weil das Bundesverfassungsgericht im Klima-Beschluss aus Art. 20a GG ein sog. Klimaschutzgebot hergeleitet hat, das „den Staat“, und damit Bund und Länder, aber auch Kommunen zur Herstellung von Klimaneutralität verpflichtet. Dieses Klima-

schutzgebot ist bei Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht und in die Berufsfreiheit bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dabei ist nach dem Klima-Beschluss weiterhin zu beachten, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt. Schließlich betont das Verfassungsgericht im Klima-Beschluss, dass dem Gesetzgeber durch Art. 20a GG eine permanente Pflicht aufgegeben sei, das Umweltrecht den neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen. (Vgl. zum Ganzen den vorstehenden Abschnitt B. III. 3. c) aa)

8. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der 10-H-Regelung ist bereits zweifelhaft, ob die Förderung der Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie einen hinreichenden Eingriffszweck darstellt, weil es sich hierbei um ein äußerst weiches und nicht rationalisierbares Kriterium handelt (siehe Abschnitt B. III. 3. c) bb).
9. Selbst wenn man das anders sieht, kann jedenfalls die pauschale Annahme des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, dass die 10-H-Regelung geeignet sei, das Ziel der Akzeptanzsteigerung zu befördern, mittlerweile als widerlegt gelten. Vor diesem Hintergrund stellt das *Umweltbundesamt (UBA)* zu Recht fest, dass pauschale Siedungsabstände wie die 10-H-Regelung schlicht ein ungeeignetes Instrument zur Steigerung der Akzeptanz gegenüber der Windenergienutzung darstellen (siehe Abschnitt B. III. 3. c) cc).
10. Durchgreifenden Bedenken begegnet ferner die verfassungsrechtlich gebotene Erforderlichkeit der 10-H-Regelung, weil die Beteiligung der Anwohner in einem anlassbezogenen Projektplanungsprozess, in dem auch geklärt werden könnte, inwiefern Anwohner finanziell beteiligt werden könnten, nicht nur ein milderer und gleich geeignetes, sondern ein deutlich besser geeignetes Instrument zur Förderung der Akzeptanz von Windenergieanlagen ist (siehe Abschnitt B. III. 3. c) dd).
11. Nimmt man vor diesem Hintergrund eine umfassende Abwägung unter Berücksichtigung sämtlicher verfassungsrechtlich erheblicher Belange vor, so erweist sich, dass die 10-H-Regelung jedenfalls nicht (mehr) angemessen und damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinne ist, weil ihre erheblichen Nachteile für die

Grundrechtsbetroffenen und für den Klimaschutz gegenüber den – ohnehin fragwürdigen – Vorteilen deutlich überwiegen (siehe Abschnitt B. III. 3. c) ee).

12. Damit ist als **Gesamtergebnis** festzuhalten, dass die 10-H-Regelung verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar ist, wenn man in gebührender Weise die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts im Klima-Beschluss sowie – damit zusammenhängend – die neuesten Entwicklungen und Erkenntnisse zu den Wirkungen der 10-H-Regelung berücksichtigt.