

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Anknüpfungspunkte der bundesrechtlichen
Abstandsregelung für die Windenergie**

**Insbesondere: Umsetzung der „dörflichen Strukturen“
durch den aktuellen Referentenentwurf**

Hintergrundpapier

erstellt von

Dr. Nils Wegner, LL.M. (Stockholm)

Entstanden im Rahmen des Vorhabens

„Rechtliche Analyse neuer Herausforderungen für das Planungs- und Genehmigungsrecht bei der Flächenbereitstellung und -realisierung für den Ausbau der Windenergie an Land (Neu-Plan Wind)“

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

47

18.11.2019

Zitiervorschlag: Nils Wegner, Anknüpfungspunkte der bundesrechtlichen Abstandsregelung für die Windenergie, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 47 vom 18.11.2019.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail wegner@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Ergebnisse	1
B. Hintergrund	1
C. Die Umsetzung der siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte des Eckpunktepapiers durch den Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums	3
I. Reine und allgemeine Wohngebiete	3
1. Einbeziehung auch allein zulässiger, aber noch nicht realisierter Wohnbebauungen?	4
2. Einbeziehung auch faktischer Wohngebiete, ohne dass diese entsprechend ausgewiesen sind?	6
II. „Dörfliche Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung“	7
1. Einbeziehung auch von Einzelhäusern oder Splittersiedlungen?	7
2. Einbeziehung von Dorfgebieten oder Schaffung eines eigenen Gebietstyps „dörfliche Strukturen“?	8
a) Dörfliche Strukturen = Dorfgebiete nach § 5 BauNVO mit signifikanter Wohnbebauung?	8
aa) Abstellen auf Dorfgebiete als Gebot des Normzwecks oder der Gleichbehandlung?	9
bb) Abstellen auf Dorfgebiete als Gebot des rechtssicheren Normvollzugs? ..	10
b) Dörfliche Strukturen = Gebiete mit dörflichen Strukturen?	11
3. „Signifikante Wohnbebauung“ als zusätzliches qualifizierendes Merkmal der dörflichen Strukturen?	12
D. Fazit	14

A. Ergebnisse

- Dörfliche Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung werden im Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums für die Anpassung des Baugesetzbuchs durch eine Anknüpfung an Dorfgebiete i. S. v. § 5 BauNVO umgesetzt. Dies ist durch die Formulierung in Eckpunktepapier und Klimaschutzprogramm der Bundesregierung nicht zwingend angelegt. Die Anknüpfung begegnet zudem vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls Zweifeln. Eine differenziertere Umsetzung wäre möglich, die zudem auch näher an den Ankündigungen des Eckpunktepapiers ist.
- Die im Referentenentwurf sowohl bei der Anknüpfung an Dorfgebiete als auch an faktische Wohngebiete verwandte qualifizierende Anforderung einer „zulässigen zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden“ begegnet hinsichtlich ihrer rechtssicheren Umsetzbarkeit auf Planungs- und Genehmigungsebene erheblichen Bedenken.
- Über die Einbeziehung zulässiger, aber noch nicht realisierter Wohnbebauungen scheint im Eckpunktepapier noch keine Entscheidung getroffen worden zu sein. Hier sind Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen. Möglicherweise bietet sich eine Unterscheidung zwischen normativ festgesetzten und rein faktischen Baugebieten an.

B. Hintergrund

Bereits die sog. AG Akzeptanz, eine Arbeitsgruppe der Bundestagsfraktionen von CDU/CSU und SPD, hatte um die Frage einer bundesrechtlichen Abstandsregelungen für Windenergieanlagen an Land gerungen¹. Eine Entscheidung konnte jedoch zunächst nicht herbeigeführt werden. Zu dieser kam es erst im Rahmen der Arbeiten zum Klimaschutzprogramm 2030 – dem Vernehmen nach auch hier erst in letzter Minute am Ende einer langen Verhandlungsnacht². Die Einigung sieht im Kern die Schaffung einer bundesrechtlichen Abstandsvorgabe von 1.000 Metern zu bestimmten Siedlungsgebieten vor. Erklärtes Ziel dieser Regelung ist es, die Akzeptanz für den Ausbau der Windenergie zu erhöhen³.

¹ Die Einrichtung der koalitionsinternen AG Akzeptanz/Energiewende wurde im Rahmen der Einigung über das Energiesammelgesetz beschlossen. Ihre konstituierende Sitzung fand am 16. Januar 2019 statt.

² Siehe Spiegel-Online, Große Koalition einigt sich auf Klimaschutzpaket, 20.09.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/klima-gipfel-grosse-koalition-einigt-sich-auf-klimaschutz-paket-a-1287824.html>, zuletzt abgerufen am 13.11.2019.

³ Siehe bereits das Eckpunktepapier der BReg zum Klimaschutzprogramm 2030 (im Weiteren: Eckpunktepapier), S. 17; nunmehr Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050 (im Weiteren: Klimaschutzprogramm 2030), S. 37.

Nicht unwesentlich für die potenziellen⁴ Auswirkungen der beschlossenen bundesweiten Abstands Vorgabe auf die Flächenverfügbarkeit sind ihre siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte⁵. Mittels dieser werden die maßgeblichen baulichen Nutzungen festgelegt, zu denen der Abstand im Grundsatz einzuhalten sein wird. Um sie allein soll es im vorliegenden Hintergrundpapier gehen. Das Eckpunktepapier vom 20.09.2019 enthält hierzu noch die Ankündigung:

„Die Mindestabstandsregelung gilt für reine und allgemeine Wohngebiete, sie gilt auch für dörfliche Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung, auch wenn sie nicht als solche ausgewiesen sind.“⁶

Die gewählten siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte, zwei Baugebietstypen der Baunutzungsverordnung⁷ sowie die bislang nicht als Rechtsbegriff gebräuchliche Wendung von den „dörflichen Strukturen“ fanden unverändert auch Eingang in das Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung⁸. Nach dessen Beschluss durch das Kabinett steht nun die gesetzgeberische Umsetzung an. Nachdem bereits erste Ressortüberlegungen kursierten, die gerade auch hinsichtlich der Fassung der siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte voneinander abwichen, liegt inzwischen ein Referentenentwurf (RefE) des Bundeswirtschaftsministeriums (BMWi) für einen neuen § 35a BauGB vor⁹. Dessen hier im Fokus stehender Absatz 1 Sätze 1 und 2 lauten:

*„¹Der Zulässigkeit einer Windenergieanlage nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 steht ein öffentlicher Belang entgegen, wenn das Vorhaben in einem Mindestabstand von weniger als 1000 Metern **zur zulässigen Wohnbebauung in einem im Bebauungsplan festgesetzten reinen oder allgemeinen Wohngebiet oder zur zulässigen zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden in einem festgesetzten Dorfgebiet oder in einem Gebiet, welches gemäß § 34 Absatz 2 nach der Eigenart der näheren Umgebung einem Dorfgebiet entspricht**, errichtet werden soll. ²Satz 1 gilt auch für Vorhaben, die im Mindestabstand von weniger als 1000 Metern **zur zulässigen zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden in einem Gebiet nach § 34 Absatz 2,***

⁴ Letztlich sind die Auswirkungen auch davon abhängig, inwieweit Länder und Kommunen von den vorgesehenen opt-out-Möglichkeiten Gebrauch machen.

⁵ Die Frage des anlagenseitigen Anknüpfungspunktes war im Eckpunktepapier noch offengelassen worden. In den bisherigen Ressortüberlegungen und nun auch im Referentenentwurf des BMWi wird hierfür auf die Mitte des Mastfußes der jeweiligen WEA abgestellt.

⁶ Eckpunktepapier, S. 17; Klimaschutzprogramm 2030, S. 37.

⁷ §§ 3, 4 der Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung – BauNVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017, BGBl. I S. 3786.

⁸ Klimaschutzprogramm 2030, S. 38.

⁹ Siehe Art. 2 (Änderung des Baugesetzbuchs) des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zum Gesetz zur Reduzierung und zur Beendigung der Kohleverstromung und zur Änderung weiterer Gesetze (Kohleausstiegsgesetz).

*welches nach der Eigenart der näheren Umgebung einem reinen oder allgemeinen Wohngebiet entspricht, errichtet werden sollen. [...]*¹⁰

Das Kabinett will offenbar zeitnah einen Gesetzentwurf beschließen und diesen mit dem Ziel einer Änderung des Baugesetzbuchs noch in diesem Jahr in das weitere parlamentarische Verfahren einspeisen¹¹.

Mit dem vorliegenden Papier sollen die Regelungsvorschläge des RefE für die Ausgestaltung der Anknüpfungspunkte eingeordnet und hierdurch aufgeworfene Rechtsfragen aufgezeigt werden. Die Einordnung erfolgt dabei gerade auch durch die Kontrastierung der vorgeschlagenen Regelungen mit den Formulierungen des Eckpunktepapiers. Trotz dessen primär politischem Charakter kann die Auslegung der verwandten Begriffe mit den juristischen Methoden verdeutlichen, welcher Diskussionsstand hier eine Fixierung erfahren hat und welche Fragen der weiteren Umsetzungsarbeit aufgegeben wurden. Alternative rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten, die Friktionen insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz besser vermeiden, lassen sich anhand eines konkreten Formulierungsvorschlags für die „dörflichen Strukturen“ illustrieren (C.). Das Hintergrundpapier schließt mit einem kurzen Fazit (D.).

C. Die Umsetzung der siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte des Eckpunktepapiers durch den Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums

I. Reine und allgemeine Wohngebiete

Auf den ersten Blick scheint die siedlungsseitige Anknüpfung der Abstandsregelung im Eckpunktepapier zumindest insoweit abschließend fixiert worden zu sein, als darin die Begriffe der reinen und allgemeinen Wohngebiete gebraucht werden. Damit werden ganz offensichtlich die Baugebietstypen der §§ 3, 4 BauNVO in Bezug genommen, mit deren Festsetzung in Bebauungsplänen die Art der zulässigen baulichen Nutzungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 BauGB bestimmt wird. Wenig überraschend findet dementsprechend auch die Umsetzung durch den Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums statt. Darüber hinaus zeigt sich jedoch, dass mit der Verwendung allein der Begrifflichkeiten der Baunutzungsverordnung im Eckpunktepapier nicht eindeutig entschieden wurde, ob für die Anwendung des Abstands tatsächlich Wohnbebauungen entsprechend ihrer Festsetzung vorliegen müssen (tatsächliches und normatives Element) oder

¹⁰ Hervorhebungen und Satznummerierung durch den Verfasser.

¹¹ Siehe Spiegel Online, 1000 Meter Mindestabstand für Windräder – auch zu Mini-Siedlungen, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/altmeier-gesetzentwurf-fuer-abstand-bei-windenergie-a-1296118.html>, zuletzt abgerufen am 12.11.2019.

ob deren normative Festsetzung allein genügt, es mithin allein auf die Zulässigkeit entsprechender baulicher Nutzungen (nur normatives Element) ankommt.

1. Einbeziehung auch allein zulässiger, aber noch nicht realisierter Wohnbebauungen?

Eine Entscheidung der Frage, ob der Abstand allein für vorhandene Bebauung gilt oder allein deren Zulässigkeit genügt, wird nun auch im Referentenentwurf jedenfalls nicht eindeutig getroffen. Die Formulierung des Absatzes 1 Satz 1, die auf die „zulässige[n] Wohnbebauung in einem im Bebauungsplan festgesetzten reinen oder allgemeinen Wohngebiet“ abstellt, scheint noch für eine Umsetzung im erstgenannten Sinne zu sprechen. Zweifel bestehen hieran aber deshalb, weil der oben nicht wiedergegebene Satz 3 des Absatzes 1 des Referentenentwurfs die Bemessung des Abstandes siedlungsseitig zum „nächstgelegenen Wohngebäude“ vorsieht, das „zulässigerweise errichtet wurde *oder errichtet werden kann*“¹². Dies weist vielmehr – im Gegenteil – auf eine Entscheidung für die Einbeziehung auch potenziell zulässiger Wohnbebauung hin.

Sollte die Einbeziehung auch allein zulässiger Bebauung gewollt sein, könnte dies über die Ankündigungen des Eckpunktepapiers hinausgehen. Für das Erfordernis einer vorhandenen Bebauung schien schon dort zu sprechen, dass gerade nicht auf „festgesetzte Baugebiete nach §§ 3, 4 BauNVO“, sondern auf die reinen und allgemeinen Wohngebiete selbst abgestellt wurde. Hieraus allein den Schluss auf eine politische Vorentscheidung für die Erforderlichkeit realisierter Wohnnutzungen zu ziehen, scheint jedoch unsicher. Neben dem insoweit nicht hinreichend eindeutigen Wortlaut hilft aber auch ein systematischer Vergleich mit den Regelungen zu den dörflichen Strukturen im Eckpunktepapier nicht entscheidend weiter. Zwar sollen hiernach ausdrücklich auch rein faktische Nutzungen Berücksichtigung finden, wenn dörfliche Strukturen zum Anknüpfungspunkt erklärt werden, „auch wenn sie nicht als solche ausgewiesen sind“. Dies bedeutet aber nur, dass jedenfalls das Vorliegen tatsächlicher dörflicher Strukturen genügt und diese nicht gleichzeitig auch normativ entsprechend ausgewiesen sein müssen. Für die bei den Wohngebieten relevante umgekehrte Frage, ob auch eine rein normative Festsetzung genügt, ohne dass eine Wohnnutzung tatsächlich stattfindet, besagt dies nichts.

Da die genauen Umstände der Entstehung der Formulierung im Eckpunktepapier nicht bekannt sind und hierüber naturgemäß in der Regel (jedenfalls im Nachhinein) auch geteilte Ansichten bestehen dürften, bleibt für eine weitere Auslegung allein der Rückgriff auf das Regelungsziel. Auch dieser Rückgriff ist jedoch wenig erhellend, der Versuch seiner Heranziehung macht vielmehr eine Schwierigkeit deutlich, die auch im Folgenden immer wieder relevant werden wird und auch im Referentenentwurf nicht gelöst wurde: Diese besteht in der Unklarheit des Regelungsziels selbst mit Blick auf die relevanten Auslegungsfragen.

¹² Hervorhebung durch den Verfasser

Ausdrücklich erklärtes Ziel der Abstandsregelung insgesamt ist es – wie ausgeführt – die Akzeptanz des Ausbaus der Windenergie zu erhöhen. Dabei bleibt allerdings unklar, wie diese Akzeptanzsteigerung eintreten soll – ob die mit der Abstandsregelung gestärkte Lärmvorsorge, ein verbesserter Schutz des Landschaftsbildes oder beides hierzu führen sollen. Auch bleibt ungeklärt, ob die Regierung davon ausgeht, dass die Anwohner im Falle größerer Abstände mit den Anlagen in deren Betriebsphase zufriedener sind – hierfür gibt es jedenfalls keine empirisch signifikanten Hinweise¹³, was auch die Bundesregierung in der Vergangenheit so gesehen hat¹⁴ – oder dass die Anwohner im Falle höherer Abstände jedenfalls im Vorhinein der Errichtung der Anlagen weniger gegen diese aufbegehren. Dies würde jedenfalls den Druck auf die politischen Entscheidungsträger reduzieren, wenn auch nicht unbedingt einzelnen Vorhaben nützen¹⁵. Eine Präzisierung des Regelungsziels hinsichtlich dieser Fragen würde nicht nur die Lösung von Auslegungsfragen erleichtern. Es würde auch eine höhere Stringenz bei der rechtlichen Umsetzung erlauben, die – wie noch zu zeigen sein wird – derzeit hinsichtlich verschiedener Fragen fehlt. Bei der Präzisierung des Regelungszwecks wäre dann aber zu beachten, dass die Akzeptanzsteigerung nicht nur nicht der unmittelbare Zweck einer Abstandsregelung sein kann – dies können etwa Lärmvorsorge oder Landschaftsbildschutz sein – sondern auch kein Selbstzweck ist, vielmehr funktional einer Unterstützung des Windenergieausbaus dienen soll¹⁶. Akzeptanzsteigerung, Abstandsvergrößerung und der Zweck der Förderung des Windenergieausbaus stehen aber zueinander in einem geradezu dialektischen Verhältnis. Selbst wenn die Akzeptanz des Ausbaus durch vergrößerte Abstände erhöht und dieser damit vereinfacht würde, so verringerte sich gleichzeitig die für den Ausbau noch in Frage kommende Flächenkulisse und erschwerte die Auswahl geeigneter Flächen und damit auch den Ausbau der Windenergie selbst¹⁷. Aus diesem Zusammenhang folgt aber, dass gerade nicht jede Vergrößerung der Abstände durch eine entsprechende Fassung seiner Anknüpfungspunkte vom Normzweck gedeckt wäre, sondern hiergegen stets das letztlich verfolgte Ziel des weiteren Windenergieausbaus spräche und insoweit bei der Auslegung, aber auch schon bei der Konzeption der Anknüpfungspunkte berücksichtigt werden müsste.

¹³ Siehe *Hübner/Pohl*, in: FA-Wind, Mehr Abstand – mehr Akzeptanz?, 2015, S. 22.

¹⁴ BReg, BT-Drs. 19/3053, S. 1, 3.

¹⁵ Eine Vereinfachung eines einzelnen Vorhabens kann schon daran scheitern, dass lediglich eine einzelne Person oder Vereinigung mit einem Klagerecht gegen das Vorhaben vorgeht und so selbst im Falle der Erfolglosigkeit des Rechtsbehelfs das Vorhaben verzögert. Zur Unterscheidung der mit einer Akzeptanzsteigerung verfolgten Zwecke siehe bereits *Wegner*, Verfassungsrechtliche Fragen ordnungsrechtlicher Teilhabemodelle am Beispiel des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 8, März 2018, S. 33.

¹⁶ Gegen diese Annahme spricht auch nicht die im Referentenentwurf des BMWi gewählte Formulierung, wonach der Abstand selbst zum öffentlichen Zweck gemacht wird. Dies hat allein regelungstechnische Gründe und soll die Abstandsregelung auf das Regime des § 35 BauGB begrenzen. Damit geht gerade keine Wertung einher, dass der Abstand ein Selbstzweck ist. Auch die übrigen der in § 35 Abs. 3 S. 1 BauGB enthaltenen öffentlichen Zwecke werden nicht um ihrer Selbst willen verfolgt, ihr Erreichen ist vielmehr gegenüber anderen Zwecken instrumentell.

¹⁷ Was passiert, wenn man diese innere Dialektik ignoriert, lässt sich in Bayern beobachten, wo man laut Gesetzesbegründung mit der sog. 10 H-Regelung auf eine Steigerung der Akzeptanz für den Windenergieausbau zielte und diesen damit gleichzeitig nahezu vollständig zum Erliegen brachte.

Kehrt man mit dieser Erkenntnis zur Frage zurück, ob der Abstand auf vorhandene Wohngebäude im Sinne reiner und allgemeiner Wohngebiete zu beziehen ist oder allein auf deren normative Festsetzung als zulässige Art der baulichen Nutzung, ist festzustellen, dass diese Frage jedenfalls im Eckpunktepapier noch nicht entschieden worden sein dürfte und nun auch im Referentenentwurf nicht eindeutig entschieden wurde. Über die vorgenannten Gründe hinaus begegnete ein Abstellen allein auf zulässige Nutzungen mit Blick auf den Vollzug der Regelung Zweifeln, weil mit deren Einbeziehung Bauleitplanungsträgern eine Möglichkeit eröffnet würde, anlässlich unliebsamer Windenergievorhaben diese durch die bloße Ausweisung von Wohngebieten und der (vermeintlichen) Schaffung der planungsrechtlichen Grundlagen für Wohngebäude zu verhindern. Bis dann ein im Raum stehender Vorwurf der Verhinderungsplanung gerichtlich geprüft würde, dürften geplante Windenergievorhaben nicht selten bereits eingestellt worden sein. Umgekehrt könnte für ihre Einbeziehung freilich sprechen, dass dies den Vollzug der Vorschrift insoweit erleichterte, da so gerade auf Planungsebene allein auf die festgesetzten Nutzungen abgestellt werden könnte¹⁸.

2. Einbeziehung auch faktischer Wohngebiete, ohne dass diese entsprechend ausgewiesen sind?

Dem Wortlaut des Eckpunktepapiers nach war zudem hinsichtlich der Wohngebiete noch unklar, ob auf diese auch dann der Abstand anzuwenden ist, wenn sie nicht normativ festgesetzt sind, ein vorhandener Bebauungszusammenhang der Art der Bebauung nach diesem Baugebietstyp aber entspricht, mithin sog. faktische Wohngebiete vorliegen (nur faktisches Element). Zwar schien der systematische Vergleich mit den dörflichen Strukturen im Eckpunktepapier gegen die Berücksichtigung solch faktischer Wohngebiete zu sprechen, wurde doch allein bei den dörflichen Strukturen ausdrücklich formuliert, dass sie auch dann einzubeziehen sind, „wenn sie nicht als solche ausgewiesen sind“. Angesichts der Entstehungsbedingungen des Eckpunktepapiers dürfte dies jedoch eine Überinterpretation darstellen. Zwar ist der Normzweck aufgrund seiner inneren Dialektik gegenüber der Vergrößerung des Anwendungsbereichs der Abstandsregelung auch insoweit für sich genommen wenig aussagekräftig. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung wäre jedoch nicht ersichtlich, warum im Falle der entsprechenden gesetzlichen Umsetzung dem Normzweck allein bei den dörflichen Gebieten durch eine Einbeziehung auch faktischer Siedlungsgebiete zu genügen wäre, dies aber bei den Wohngebieten nicht der Fall sein sollte.

Insoweit überrascht es kaum, dass § 35a Absatz 1 Satz 2 BauGB-RefE die Abstandsvorgabe auch auf faktische reine und allgemeine Wohngebiete erstreckt. Zwei Punkte bedürfen jedoch auch insoweit der Einordnung: Zum einen gilt auch diesbezüglich der bereits erwähnte Absatz 1 Satz 3, der zu einer Einbeziehung allein zulässiger Wohngebäude führen dürfte. Bezogen auf faktische

¹⁸ Anders wäre dies bei faktischen Baugebieten, wo eine Vollzugserleichterung gerade durch ein Abstellen auf die vorhandene Bebauung erreicht wird, da so eine Prüfung der Zulässigkeit weiterer baulicher Nutzungen am Maßstab des § 34 Abs. 2 BauGB überflüssig würde.

Wohngebiete ist dies noch einmal problematischer als ohnehin, verlangt es doch im Vollzug eine Berücksichtigung der potenziell nach § 34 Abs. 2 BauGB zulässigen Wohngebäude. Das Abstellen des § 34 Abs. 2 BauGB auf das Einfügen einer baulichen Nutzung in die Eigenart seiner näheren Umgebung ist schon bei einzelnen Vorhaben häufig nicht ohne Schwierigkeiten, wenn es jedoch für eine Mehrzahl denkbarer, aufeinander folgender Nutzungen anzuwenden ist, dürfte es erhebliche Probleme verursachen.

Zum anderen ist zu beachten, dass § 35a Absatz 1 S. 2 BauGB-RefE nicht allein auf die Wohngebäude des faktischen Wohngebietes abstellt, sondern deren „zulässige zusammenhängende[n] Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden“ in Bezug nimmt. Dieses Kriterium kommt scheinbar kumulativ zur Anforderung dazu, dass es sich bei einem faktischen Baugebiet ohnehin um einen Bebauungszusammenhang mit Ortsteilqualität handeln muss. Weil aber schon dies voraussetzt, dass eine Mehrzahl an Gebäuden – in aller Regel jedenfalls mehr als fünf¹⁹ – vorhanden sind, dürfte das zusätzliche qualifizierende Element gerade nicht in der Anzahl von fünf Wohngebäuden bestehen. Die zusätzliche Anforderung scheint vielmehr aus der „zusammenhängenden Bebauung“ zu resultieren. Hier allerdings bleibt insbesondere unklar, ob eine solche etwa bereits durch einzelne Gebäude unterbrochen wird, die nicht für Wohnnutzungen genutzt werden.

II. „Dörfliche Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung“

Neben den in Bezug genommenen Rechtsbegriffen der reinen und allgemeinen Wohngebiete benennt das Eckpunktepapier als weiteren Anknüpfungspunkt die bislang nicht als Rechtsbegriff gebräuchliche Wendung der „dörflichen Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung“ und bezieht sie auch dann auf solche Gebiete, „wenn sie nicht als solche ausgewiesen sind“. Im Referentenentwurf wird dies nun durch eine Verwendung des Gebietstyps der Dorfgebiete i. S. v. § 5 BauNVO umgesetzt und dabei sowohl normativ festgesetzte als auch faktische Dorfgebiete einbezogen. Zusätzlich qualifiziert werden die Bezugspunkte dadurch, dass hier in beiden Fällen nicht auf die Dorfgebiete selbst, sondern auf die zulässige zusammenhängende Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäude in solchen Gebieten abgestellt wird.

1. Einbeziehung auch von Einzelhäusern oder Splittersiedlungen?

Mit der Anknüpfung an den Typus der Dorfgebiete hat sich der Referentenentwurf gegen eine Umsetzung entschieden, die im mehrgliedrigen Begriff der „dörflichen Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung“ nicht einen Bebauungszusammenhang von einigem Gewicht erblickt, sondern auch Bebauungszusammenhänge unterhalb dieser Schwelle, d. h. Splittersiedlungen gem. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 BauGB oder gar noch kleinere Einheiten, erfasst. Letzteres wäre nach der

¹⁹ Vgl. *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 34 Rn. 23, wonach ab einer Anzahl an sechs Häusern der notwendige Bebauungszusammenhang jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann.

Formulierung des Eckpunktepapiers jedenfalls auch überraschend gewesen, hätte es doch nicht zuletzt dem Umstand widersprochen, dass hier die Wendung in einer Reihe mit den reinen und allgemeinen Wohngebieten gebraucht wurde, was dafür spricht, dass hier nicht etwas vollständig Anderes, sondern ebenfalls ein Bebauungszusammenhang von einigem Gewicht bezeichnet werden sollte. Wäre die Einbeziehung auch von kleineren Einheiten gewollt gewesen, hätte dies zudem sehr leicht durch ein Abstellen auf den Rechtsbegriff der Splittersiedlungen im Eckpunktepapier ausgedrückt, aber auch umgangssprachlich mittels Begriffen wie „Einzelhäuser“, „Gehöfte“ oder ähnlichem zum Ausdruck gebracht werden können. Der sprachlich umständlichen Wendung von den dörflichen Strukturen hätte es dann nicht bedurft. Zudem wäre es – was noch gewichtiger ist – unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten (Art. 3 Abs. 1 GG) kaum rechtfertigungsfähig, zwar den erfassten Wohngebieten sowie bestimmten Einzelhäusern oder Gehöften einen erhöhten Abstand zugutekommen zu lassen, nicht aber etwa den Wohnnutzungen in Kleinsiedlungsgebieten (§ 2 BauNVO), Dorfgebieten (§ 5 BauNVO) oder auch Mischgebieten (§ 6 BauNVO). Insoweit scheint die Umsetzung der dörflichen Strukturen jedenfalls als Bebauungszusammenhang von einigem Gewicht mit Blick auf die einbezogenen Wohngebiete zusätzlich auch verfassungsrechtlich geboten.

2. Einbeziehung von Dorfgebieten oder Schaffung eines eigenen Gebietstyps „dörfliche Strukturen“?

Da der Begriff der „dörflichen Strukturen“ mithin auch im Referentenentwurf als Bezeichnung eines Bebauungszusammenhangs mit Ortsteilqualität verstanden wird, stellt sich weitergehend die Frage, ob dieser im Sinne eines Gebietstyps der Baunutzungsverordnung, konkret des Dorfgebiets nach § 5 BauNVO, zu verstehen ist [a)] oder aber hiermit ein eigener Gebietstyp bezeichnet werden sollte, der zwar in die Typik der Baunutzungsverordnung eingeordnet werden kann, nicht aber einem der dort vorhandenen Typen entspricht [b)].

a) Dörfliche Strukturen = Dorfgebiete nach § 5 BauNVO mit signifikanter Wohnbebauung?

Die im Referentenentwurf gewählte Anknüpfung an Dorfgebiete nach § 5 BauNVO wird durch den Wortlaut des Eckpunktepapiers und auch die Systematik der einzelnen Anknüpfungspunkte jedenfalls nicht nahegelegt. Hätte man dieses zum Anknüpfungspunkt machen wollen, hätte es ohne Weiteres begrifflich in Bezug genommen werden können. Dies hätte rechtstechnisch der Inbezugnahme der Wohngebiete nach §§ 3, 4 BauNVO entsprochen. Da dies nicht passiert ist, dürfte es auch nicht gewollt gewesen sein.

Entscheidet man sich in der rechtlichen Umsetzung einer politischen Vereinbarung gleichwohl für eine anderweitige rechtstechnische Lösung, so stellt sich – obgleich hier keine formelle Bindungswirkung besteht – die Frage, ob dem gerade auf diese Weise das verfolgte Regelungsziel der Akzeptanzschaffung besonders gut erreicht werden kann oder hierfür gar verfassungsrechtliche Gründe, insbesondere solche der Gleichbehandlung, sprechen [aa)]. Hiervon unabhängig

könnten zudem Gründe des rechtssicheren Normvollzugs eine Anknüpfung an eine vorhandene Gebietskategorie nahelegen [bb]).

aa) Abstellen auf Dorfgebiete als Gebot des Normzwecks oder der Gleichbehandlung?

Die Beantwortung der Frage, ob die Wahl des Dorfgebiets gem. § 5 BauNVO im Referentenentwurf als Anknüpfungspunkt besonders zur Akzeptanzsteigerung geeignet wäre, begegnet jedoch aufgrund der Pauschalität des Normzwecks nicht unerheblichen Schwierigkeiten. Um aus dem Normzweck auf Definitionsmerkmale eines geeigneten Gebiets zu schließen und so den Begriff der „dörflichen Strukturen“ zu konkretisieren, scheint es notwendig, nicht auf das Ziel der Akzeptanzschaffung selbst, sondern die unmittelbarsten Zwecke der Abstandsregelung abzustellen, die jedoch weder im Eckpunktepapier noch im Referentenentwurf benannt werden. Allein möglich erscheint, wie gesagt, insoweit, dass die Bundesregierung hier mit Blick auf betroffene Anwohner eine stärkere Lärmvorsorge oder einen verbesserten Schutz des Landschaftsbildes gewährleisten und gerade hierüber zu einer Akzeptanzsteigerung kommen will²⁰. Versucht man von diesen unmittelbareren Zwecken aus die Reihe der Anknüpfungspunkte neben den reinen und allgemeinen Wohngebieten zu vervollständigen, wird auch vom Gesetzgeber das Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten sein. Dieses verlangt nicht nur bei der positiven Wahl des Anknüpfungspunktes zu gewährleisten, dass wesentlich Gleiches gleich behandelt wird, sondern auch bei der negativen Entscheidung darüber, zu welchen Gebieten der Abstand gerade nicht eingehalten werden soll, sicherzustellen, dass diese im Vergleich zu den erfassten Gebieten wesentlich ungleich sind und deshalb auch anders behandelt werden müssen²¹.

Würde schließlich auch der Gesetzgeber, wie nunmehr der Referentenentwurf, neben den gewählten Wohngebieten nach §§ 3, 4 BauNVO auch Dorfgebiete nach § 5 BauNVO einbeziehen wollen, schiene dies insbesondere vor dem Hintergrund des bislang betriebenen Lärmschutzes begründungs- und vor Art. 3 Abs. 1 GG auch rechtfertigungsbedürftig. Nach der für den Lärmschutz bei Windenergieanlagen maßgeblichen Ziff. 6.1 TA-Lärm²² gilt bislang ein an den Baugebietstypen der Baunutzungsverordnung orientiertes abgestuftes Schutzkonzept. Den weitestgehenden Schutz erfahren danach tags wie nachts neben Kurgebieten, Krankenhäusern und Pflegeanstalten (Ziff. 6.1 lit. g) die reinen Wohngebiete (lit. f.) sowie die allgemeinen Wohngebiete und Kleinsiedlungsgebiete (lit. e). Dorfgebiete, deren Gebietscharakter nach § 5 Abs. 1 S. 1 und 2 BauNVO gerade durch hier zulässige land- und forstwirtschaftliche Wirtschaftsstellen gekennzeichnet wird und die gem. § 5 Abs. 1 S. 1 BauNVO auch der Unterbringung nicht wesentlich störender Gewerbebetriebe dienen, kommt demgegenüber ein geringerer Lärmschutz zu. Als „Mischgebiete des ländlichen Raums“ unterfallen sie Ziff. 6.1 lit. d) TA-Lärm und werden wie

²⁰ Demgegenüber würde eine stärkere Berücksichtigung des zur Rechtfertigung von Siedlungsabständen teils auch angeführten Belangs der Siedlungsentwicklung jedenfalls nicht unmittelbar betroffenen Anwohnern zugutekommen.

²¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 10-12 m. z. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

²² Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA-Lärm) vom 26. August 1998 (GMBI Nr. 26/1998, S. 503).

Mischgebiete nach § 6 BauNVO und Kerngebiete nach § 7 BauNVO behandelt²³. Diese Systematik, die an der Schutzwürdigkeit der den Gebietstypen zugeordneten zulässigen baulichen Nutzungen orientiert ist, würde es nahelegen, neben allgemeinen und reinen Wohngebieten noch Kleinsiedlungsgebiete nach § 2 BauNVO zum Anknüpfungspunkt der Abstandsregelung zu machen. Eine Einbeziehung auch (und nur) von Dorfgebieten würde dagegen unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten die Frage aufwerfen, warum nicht auch Misch- und Kerngebiete sowie – erst recht – Kleinsiedlungsgebiete einbezogen werden. Da eine so umfassende Einbeziehung weiterer Gebietstypen jedoch im Eckpunktepapier nicht einmal anklingt, spricht auch dieser Aspekt, neben den vorgenannten, bereits eher gegen eine Konkretisierung der „dörflichen Strukturen“ durch Dorfgebiete nach § 5 BauNVO, wie es im Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums geschieht. Zwar ist zu berücksichtigen, dass es auch Art. 3 Abs. 1 GG in erster Linie dem Gesetzgeber überlässt zu definieren, was wesentlich gleich ist²⁴. Dabei darf aber auch der Gesetzgeber nicht willkürlich vorgehen²⁵. Eine Begründung für eine punktuell gesteigerte Lärmschutzvorsorge und auch des Landschaftsbildes zugunsten gerade der Nutzungen in Dorfgebieten ist jedoch nicht ersichtlich und wird jedenfalls im Referentenentwurf auch nicht gegeben.

bb) Abstellen auf Dorfgebiete als Gebot des rechtssicheren Normvollzugs?

Das Abstellen auf die Gebietskategorie der Dorfgebiete im Referentenentwurf kann zudem auch nicht ohne Weiteres besser als das Abstellen auf einen nicht in der Baunutzungsverordnung enthaltenen Gebietstyp einen rechtssicheren Normvollzug mit geringem Vollzugsaufwand sicherstellen. Dies wäre lediglich dann der Fall, wenn Zulassungsbehörden und ausführende Planer allein durch einen Blick in die vorhandenen Raumpläne klären könnten, welche Gebietskategorie vorliegt und dementsprechend entscheiden, ob der Abstand anwendbar ist oder nicht. Enttäuscht würde diese Hoffnung jedoch schon dadurch, dass Eckpunkte und Referentenentwurf insoweit übereinstimmend ausdrücklich verlangen, dass dörfliche Strukturen auch dann einzubeziehen sind, wenn diese „nicht als solche ausgewiesen sind“. Im Falle faktischer Dorfgebiete müssten diese also ohnehin unabhängig von normativen Planfestsetzungen ermittelt werden.

Hinzu kommt das Problem, dass mit dem Fortschreiten des Strukturwandels im ländlichen Raum zwar in Bebauungsplänen viele Dorfgebiete noch als solche ausgewiesen sind, es sich bei ihnen im Rechtssinne mit dem Aussterben landwirtschaftlicher Wirtschaftsstellen im Plangebiet aber nicht länger um solche handelt. Soweit die Art der baulichen Nutzungen im Übrigen gleich geblieben ist, handelt es sich bei solchen „Dorfgebieten“ ohne die gebietsprägenden landwirtschaftlichen Wirtschaftsstellen vielmehr um faktische Mischgebiete²⁶. Ob ein solcher Wandel im Einzelfall aber stattgefunden hat, lässt sich zumeist nicht aus den Plänen erkennen, die – obgleich

²³ Konkret schlägt sich dies in um 5 dB(A) erhöhten Lärmgrenzwerten für den Tag und auch für die Nacht nieder.

²⁴ BVerfGE 90, 145 (196); 94, 241 (260); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 19.

²⁵ BVerfGE 53, 313 (329); 90, 145 (196); 94, 241 (260).

²⁶ Soweit weitere gewerbliche Nutzungen fehlen, kann es sich auch um ein faktisches allgemeines Wohngebiet handeln, *Jäde*, in: *Jäde/Dirnbeger/Weiss*, 7. Aufl. 2013, § 5 BauNVO Rn. 2.

insoweit funktionslos²⁷ – vielfach äußerlich noch fortbestehen. Insoweit bedürfte der Vollzug der Regelung sowohl auf Planungs- als auch auf Zulassungsebene ohnehin eines Blicks auf die tatsächlich stattfindenden baulichen Nutzungen vor Ort.

b) Dörfliche Strukturen = Gebiete mit dörflichen Strukturen?

Sprechen mithin erhebliche Gründe dagegen, den im Eckpunktepapier enthaltenen Begriff der „dörflichen Strukturen“ – wie im Referentenentwurf geschehen – durch ein Abstellen auf Dorfgebiete nach § 5 BauNVO umzusetzen, so müsste gleichwohl beantwortet werden, wie eine Umsetzung denn stattdessen erfolgen könnte.

Anhand der Systematik der TA-Lärm wäre es zwar am naheliegendsten zusätzlich allein Kleinsiedlungsgebiete einzubeziehen. Für den Fall aber, dass dies nicht als Erfüllung der Vereinbarung des Eckpunktepapiers angesehen würde, bestünden Möglichkeiten, den Bezugspunkt der „dörflichen Strukturen“ im Einklang insbesondere mit den Differenzierungen der bislang geübten Lärmvorsorge umzusetzen. Notwendig wäre es hierfür, die „dörflichen Strukturen“ in einer Weise zu definieren, dass sie bauliche Nutzungen von einer Schutzwürdigkeit umfassen, die das Gebiet unter Lärmschutzgesichtspunkten stärker an den Typus der allgemeinen Wohngebiete heranrücken und damit ein normativer Abstand zu Dorf-, Misch- und Kerngebieten begründet wird, an den anzuknüpfen insbesondere auch vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand hätte.

Auf eine Gesetzesformulierung gebracht könnte dies wie folgt aussehen:

§ 35a

Windenergieanlagen im Außenbereich²⁸

- (1) Der Zulässigkeit einer Windenergieanlage nach § 35 Absatz 1 Nummer 5 steht ein öffentlicher Belang entgegen, wenn das Vorhaben in einem Mindestabstand von weniger als 1000 Metern zur zulässigen Wohnbebauung in einem im Bebauungsplan festgesetzten reinen oder allgemeinen Wohngebiet oder **zu einem im Zusammenhang bebauten Gebiet mit dörflichen Strukturen liegt, in dem ihrer Art nach allein bauliche Nutzungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 2-8 BauNVO vorhanden sind.** [...]
- (2) [...]

Die Formulierung lehnt sich nicht nur begrifflich stärker als der Referentenentwurf an das Eckpunktepapier an, sondern berücksichtigt, dass im Eckpunktepapier gerade nicht auf Dorfgebiete abgestellt wurde. Mit dem Verweis auf § 5 Abs. 2 Nr. 2-8 BauNVO wird zwar auf die Vorgaben über die ihrer Art nach zulässigen Nutzungen in Dorfgebieten verwiesen, dies jedoch in qualifizierter Weise. Ausgeklammert aus den Gebieten mit dörflichen Strukturen werden nämlich

²⁷ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 29.5.01 – 4 B 33/01; siehe hierzu auch Schmidt-Eichstaedt, Dorf bleibt Dorf, ZfBR 2011, 323 (325).

²⁸ Formulierung in Anlehnung an Art. 2 des Referentenentwurfs des BMWi zum Kohleausstiegsgesetz. Mit der gewählten Formulierung soll nicht der auch hier zu entscheidenden Frage vorgegriffen werden, ob allein zulässige, aber noch nicht realisierte bauliche Nutzungen einbezogen werden oder nicht.

insbesondere die für Dorfgebiete prägenden Wirtschaftsstellen land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO) sowie Tankstellen (§ 5 Abs. 2 Nr. 9 BauNVO). Die so vorgenommene Abgrenzung dient vor allen Dingen der Illustration der rechtstechnischen Gestaltungsmöglichkeiten. Dem Eckpunktepapier entnehmen lässt sie sich in gerade dieser Form natürlich nicht²⁹.

Nichtsdestotrotz wurde der vorstehende Zuschnitt der Definition auch nicht ohne Bedacht gewählt. Hintergrund ist vielmehr der bereits oben in Bezug genommene Strukturwandel im ländlichen Raum, der dazu geführt hat, dass in vielen Dorfgebieten mit der Aufgabe gerade landwirtschaftlicher Wirtschaftsstellen der Charakter eines Mischgebietes im ländlichen Raum ein Stück weit verloren gegangen ist. Der tatsächliche Charakter dieser Gebiete lässt sich deshalb vielfach, trotz vereinzelter nicht wesentlich störender gewerblicher Nutzungen, als Gebiete für ein „ruhiges Wohnen im Grünen“ beschreiben³⁰. Anders als in Dorfgebieten, in denen die Wohnnutzungen erhöhte Lärmimmissionen der landwirtschaftlichen Wirtschaftsstellen hinzunehmen haben, liegt in solch gewandelten Gebieten mit dörflichen Strukturen eine erhöhte Schutzwürdigkeit der Wohnnutzungen vor. Dies gilt noch mehr in entsprechenden Gebieten, in denen weitere störende Nutzungen fehlen, was hier durch den Ausschluss von Tankstellen beispielhaft aufgenommen wurde. Auch dies ist jedoch im Zusammenhang mit der Abstandsregel für Windenergieanlagen jedenfalls plausibel. Tankstellen indizieren einen erhöhten Verkehrsfluss in einem Gebiet. Eine verstärkte Lärmvorsorge gegenüber Windenergieanlagen scheint hier nicht geboten, da potentielle Minderungen durch die vom Verkehr ausgehenden Lärmbelastungen ohnehin in vielen Fällen überlagert würden.

Der Vollzugsaufwand für eine solche Regelung von „Gebieten mit dörflichen Strukturen“ auf Planungs- und Zulassungsebene dürfte sich kaum von demjenigen unterscheiden, der bei einem Abstellen auf Dorfgebiete nach § 5 BauNVO entsteht. In aller Regel könnte in beiden Fällen im ersten Zugriff eine Orientierung an den ausgewiesenen Dorfgebieten stattfinden, die dann hinsichtlich der tatsächlich vorhandenen baulichen Nutzungen noch zu überprüfen wären. Auf der Zulassungsebene würden die Umstände, welche zur Nichtanwendung der Abstandsregelung führen (Fehlen von landwirtschaftlichen Wirtschaftsstellen und Tankstellen in einem ansonsten dem § 5 BauNVO entsprechenden Gebiet) ohnehin bereits durch den Antragsteller vorgetragen und müssten nur für den konkreten Fall geprüft werden.

3. „Signifikante Wohnbebauung“ als zusätzliches qualifizierendes Merkmal der dörflichen Strukturen?

Schließlich bleibt noch zu klären, wie dem Zusatz der „signifikanten Wohnbebauung“, welcher die „dörflichen Strukturen“ im Eckpunktepapier qualifiziert, Rechnung getragen werden kann,

²⁹ Weitere oder alternative Differenzierungsmöglichkeiten ergäben sich zudem durch die Anknüpfung an Gebietsgliederungen von Dorfgebieten nach § 1 Abs. 4 BauNVO.

³⁰ Vgl. *Schmidt-Eichstaedt*, Dorf bleibt Dorf, ZfBR 2011, 323 (325).

bzw. im Referentenentwurf Rechnung getragen wurde. Zu beachten ist, dass es sich hierbei im Eckpunktepapier gerade um eine zusätzliche Qualifizierung der „dörflichen Strukturen“ handelt, die bereits selbst als Bebauungszusammenhang mit Ortsteilqualität i. S. v. § 34 Abs. 1 BauGB identifiziert wurden. Schon diese Eigenschaft setzt voraus, dass eine zusammenhängende Bebauung vorliegt, die nach der Zahl der vorhandenen Bauten ein gewisses Gewicht besitzt und Ausdruck einer organischen Siedlungsstruktur ist³¹. Ob dies gegeben ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Ab einer Anzahl von nur sechs Häusern lässt sich das Vorliegen eines Ortsteils jedenfalls nicht generell ausschließen³².

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch zu würdigen, dass der Abstand nach § 35a Abs. 1 S. 1 BauGB-RefE nicht auf die normativ festgesetzten bzw. faktischen Dorfgebiete selbst, sondern auf die in diesen Gebieten liegende „zusammenhängende[n]“ Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden bezogen ist. Auch hier, wie schon bei den faktischen Wohngebieten, besteht der qualifizierende Zusatz deshalb eigentlich nicht in der Anzahl von fünf Wohngebäuden, sondern im Erfordernis ihres räumlichen Zusammenhangs. Wie bereits ausgeführt, würde sich dieses vor allen Dingen für den Vollzug auf Planungs- und Zulassungsebene als Problem erweisen.

Auch bei einem Abstellen nicht auf Dorfgebiete und faktische Dorfgebiete, sondern – wie vorgeschlagen – auf „Gebiete mit dörflichen Strukturen“ wäre zu entscheiden, ob diese mit Blick auf das Signifikanzanfordernis des Eckpunktepapiers zusätzlich zu qualifizieren sind. Die Frage nach der Einführung einer Mindestanzahl an baulichen Nutzungen stellt sich hier zudem schon deshalb, weil andernfalls bereits für die Annahme eines Gebiets mit dörflichen Strukturen auf das Merkmal des Bebauungszusammenhangs mit Ortsteilqualität zurückgegriffen werden müsste, und dessen Anwendung eine gewisse Fehleranfälligkeit zu eigen ist. Ergänzte man dagegen die Definition der Gebiete mit dörflichen Strukturen von vorne herein um eine quantitative Anforderung hinsichtlich der Anzahl der notwendigen Gebäude, so entfielen dieses Problem. Ein Abstellen dieser Grenze auf die Gebäude des Ortsteils könnte dabei aus Vollzugsgründen einem spezifischen Abstellen auf Wohngebäude vorzuziehen sein, da die differenzierte Ermittlung von baulichen Nutzungen ggf. einen zusätzlichen Vollzugsaufwand darstellen würde. Das Vorhandensein einer gewissen Mischnutzung könnte dann schlicht durch eine entsprechende Erhöhung der Grenze berücksichtigt werden, um auch dem Merkmal der „signifikanten Wohnbebauung“ Rechnung zu tragen³³. Außer dass diese Grenze in einem Bereich liegen sollte, in dem mit Sicherheit vom Vorliegen eines Ortsteils auszugehen ist, kann die konkrete Höhe einer solchen quantitativen Grenze dem Eckpunktepapier freilich nicht entnommen werden.

³¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 6.11.1968 – IV C 2/66, juris Rn. 17; *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 34 Rn. 23.

³² *Rieger*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 34 Rn. 23.

³³ Auch dies müsste natürlich insbesondere mit dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren sein. Es müsste mithin ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen größeren und kleineren Bebauungszusammenhängen gegeben sein.

In Ergänzung der obigen Formulierung zu einem § 35a Abs. 1 BauGB könnte dies lauten:

- (1) [...] zu einem im Zusammenhang bebauten Gebiet mit dörflichen Strukturen liegt, in dem ihrer Art nach allein bauliche Nutzungen nach § 5 Abs. 2 Nr. 2-8 BauNVO vorhanden sind **und mehr als XY genehmigte Gebäude verwirklicht sind.** [...]

D. Fazit

Der Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums setzt die siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte der Abstandsregelung des Eckpunktepapiers in zentralen Punkten in einer Weise um, die dort jedenfalls nicht zwingend angelegt sind. Eine solche konkretisierende Umsetzung ist natürlich aufgrund des überwiegend politischen Charakters des Eckpunktepapiers im Grundsatz rechtlich nicht zu beanstanden. Die konkrete Umsetzung der „dörflichen Strukturen mit signifikanter Wohnbebauung“ wirft jedoch auch Fragen hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG auf. Unter dem Gesichtspunkt der Vollzugsfähigkeit der Regelung ist zudem die für faktische Wohn- und Dorfgebiete sowie für festgesetzte Dorfgebiete geltende qualifizierende Anforderung der zusammenhängenden Bebauung mit mehr als fünf Wohngebäuden kritisch zu bewerten. Die dargelegten Überlegungen zur rechtstechnischen Umsetzung der siedlungsseitigen Anknüpfungspunkte der im Eckpunktepapier umschriebenen Abstandsregelung zeigen, dass auch eine differenziertere Ausgestaltung möglich ist, die eine Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben sicherstellt und Vollzugshürden weitergehend vermeidet.