

**Schrifttum:** D. Wilke, Die juristische Konstruktion der bebauungsrechtlichen Befreiung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: FS K. Gelzer, 1991, S. 165; **Neues Recht [§ 31 II BauGB Fassung 1998]:** Dolderer, Das Baugesetzbuch 1998, NVwZ 1998, 567; Schmidt-Eichstaedt, Die Befreiung nach § 31 II BauGB und andere „Abweichungen“, NVwZ 1998, 571; Hoffmann, Wegfall der „Atypik“ bei der planungsrechtlichen Befreiung gemäß § 31 Abs. 2 BauGB?, BauR 1999, 445; Mager, Die Neufassung des Befreiungsrechts gemäß § 31 Abs. 2 BauGB 1998, DVBl 1999, 205; Gaentzsch, Die Entwicklung des Bauplanungsrechtes in der Rechtsprechung des BVerwG, NVwZ 2000, 993; Claus, Befreiung gem. § 31 Abs. 2 BauGB ohne Atypik, DVBl 2000, 241; D. Herrmann, Befreiung gem. § 31 II BAUGB ohne Atypik, NVwZ 2004, 309; Hübner, Nachträgliche Anpassung eines Bebauungsplans an eine gewünschte bauliche Anlage, BauR 2008, 608; Sven Müller-Grüne, Nachträgliche Änderungen des Vorhabens im Bereich vorhabenbezogener Bebauungspläne – zur Nichtanwendbarkeit des § 31 BauGB, BauR 2008, 936; Schmidt-Eichstaedt, Die Genehmigungsfähigkeit von Zwischennutzungen nach Bauplanungsrecht und nach Bauordnungsrecht, ZfBR 2009, 738; Schröer/Kullick, Grenzen planungsrechtlicher Befreiungen im Licht der aktuellen Rechtsprechung, NZBau 2011, 477; Schröer, Zulässigkeit von Auslandsvertretungen in Wohngebieten, NZBau 2011, 25; K. Gassner, § 31 II BauGB und die Wohnungsklausel in der Verwaltungspraxis, NordÖR 2012, 384; E. Gassner, Befreiung, Ausnahme Abweichung, NuR 2013, 785; Hauth, Abweichungen von Abstandsflächen – (auch) eine Frage des Städtebaus, BauR 2014, 197; Deiseroth, Berücksichtigung einer zukünftigen Rechtslage im Rahmen von behördlichen Ermessensentscheidungen, jurisPR-BVerwG 13/2014; Scheidler, Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 31 II und § 246 X BauGB, BauR 2015, 1414; Scheidler, Ausnahmen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans, KommunalPraxis BY 2015, 408; Scheidler, Ausnahmen und Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans, UPR 2015, 281; Hebel, Bauplanungsrechtliche Ausnahmen und Befreiung gem. § 31 BauGB, JA 2015, 401; Reidt/von Landwüst, Die bauplanungsrechtliche Behandlung von Ferienwohnungen, UPR 2015, 12; Schattenfroh/Aschmann, Ausnahmen und Befreiungen beim Bauen, Grundeigentum 2015, 42; Spieler, Nachbarklage gegen die Zulassung einer Abweichung von den Abstandsflächenvorschriften, jurisPR-UmwR 5/2015; Uechtritz, Das Rücksichtnahmegebot: dogmatische Verankerung und Bedeutung für den baurechtlichen Nachbarnschutz, VBIBW 2016, 265; Scheidler, Abweichungen vom Bebauungsplan für Handwerks-, Gewerbe- und Industriebetriebe; Uechtritz, Das baurechtliche Rücksichtnahmegebot: Konkretisierung von Reichweite und Inhalt durch Fallgruppenbildung, DVBl 2016, 90.

**Neues Recht [§ 31 II BauGB Fassung 2014 – Flüchtlinge – Asylbewerber]:** Battis/Mitschang/Reidt, Das Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen, NVwZ 2014, 1609; Krautzberger/Stüer, BauGB-Novelle 2014 II: Erleichterte Unterbringung von Flüchtlingen, DVBl 2015, 73; Kment/Berger, Aktuelle BauGB-Novelle 2014 – Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen, BauR 2015, 211; Krautzberger, Das neue „Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen“ – „BauGB – Novelle 2014 II“, UPR 2015, 20; Scheidler, Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 31 II und § 246 X BauGB, BauR 2015, 1414; ders., Bauplanungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Asylbewerberunterkünften, GewArch 2015, 337; Petersen, Bauplanungsrechtliche Erleichterungen für die Unterbringung von Flüchtlingen, KommunalPraxis BY 2015, 10; Scheidler, Asylbewerberunterkünfte in Gewerbegebieten, KommunalPraxis BY 2015, 134; Portz/Düsterdiek, Neue Erleichterungen zur Unterbringung von Flüchtlingen im Bauplanungsrecht, KommunalPraxis spezial 2015, 147; Pfalzgraf/Vogelmann/Weber, Änderungen im Bauplanungsrecht zur Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden, HGZ 2015, 367; Bienek, Die BauGB-Novelle 2014 zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbegehrenden, SächsVBl 2015, 129; Stüer, Erleichterte Unterbringung von Flüchtlingen: Die BauGB-Novelle 2014 II, ThürVBl 2015, 56; Ewer/Mutschler-Siebert, Die Unterbringung von Flüchtlingen – Bau-, ordnungs- und vergaberechtliche Aspekte, NJW 2016, 11; Scheidler, Bauplanungssonderrecht für Asylbewerberunterkünfte, VerwArch 2016, 177.

**Neues Recht [§ 246 BauGB Fassung 2015 – Flüchtlinge – Asylbewerber]:** Luther, Zulässigkeit von Gemeinschaftsunterkünften in einem Gewerbegebiet, NJW-Spezial 2014, 748; Battis/Mitschang/Reidt, Das Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen, NVwZ 2014, 1609; Ritgen, Gesetzespaket zur Beschleunigung von Asylverfahren auf den Weg gebracht, Landkreis 2015, 627; Krautzberger/Stüer, Flüchtlingsunterbringung: Die BauGB-Novellen 2014 und 2015, DVBl 2015, 1545; Scheidler, Die zweite BauGB-Flüchtlingsnovelle, UPR 2015, 479; Krautzberger/Stüer, BauGB-Novelle 2014 II: Erleichterte Unterbringung von Flüchtlingen, DVBl 2015, 73; Bienek/Reidt, Bauplanungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unter-

bringung von Flüchtlingen und Asylbegehren, BauR 2015, 422; Scheidler, UPR 2015, 41; Krautzberger, Das neue „Gesetz über Maßnahmen im Bauplanungsrecht zur Erleichterung der Unterbringung von Flüchtlingen“ – „BauGB – Novelle 2014 II“; UPR 2015, 20; Scheidler, Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Asylbewerberunterkünften in Gewerbegebieten, LKRZ 2015, 177; Langenfeld/Weissensee, Flüchtlinge ins Gewerbegebiet, ZAR 2015, 132; Scheidler, Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans nach § 31 II und § 246 X BauGB, BauR 2015, 1414; ders., Die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB und ihr Verhältnis zu § 31 II BauGB, NVwZ 2015, 1406; Battis/Mitschang/Reidt, Das Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz 2015, NVwZ 2015, 1633; Scheidler, Bauplanungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Asylbewerberunterkünften, GewArch 2015, 337; ders., Die neue Befreiungsvorschrift des § 246 X BauGB und ihr Verhältnis zu § 31 II BauGB, NVwZ 2015, 1406; Battis/Mitschang/Reidt, Das Flüchtlingsunterbringungs-Maßnahmengesetz 2015, NVwZ 2015, 1633; Scheidler, Ausnahmen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans, KommunalPraxis BY 2015, 408; Petersen, Bauplanungsrechtliche Erleichterungen für die Unterbringung von Flüchtlingen, KommunalPraxis BY 2015, 10; Krautzberger/Stüer, Unterbringung von Flüchtlingen, StG 2015, 537; Kirchberg, Zur Problematik gebietsfremder Vorhaben nach der BauNVO, VBIBW 2015, 225; Scheidler, Asylbewerberunterkünfte in Gewerbegebieten, VBIBW 2015, 230; Stüer, Erleichterte Unterbringung von Flüchtlingen: Die BauGB-Novelle 2014 II, ThürVBl 2015, 56; Wickel/Zengerling, Die Zulassung des vorzeitigen Baubeginns für Flüchtlingsunterkünfte in der Hamburgischen Bauordnung, in: NordÖR 2016, 133; Scheidler, Nutzungsänderung baulicher Anlagen in Asylbewerberunterkünften, BauR 2016, 29; Hornmann, Errichtung von Asylbewerber- und Flüchtlingsunterkünften ohne Grenzen?, NVwZ 2016, 436; Scheidler, Bauplanungssonderrecht für Asylbewerberunterkünfte, VerwArch 2016, 177; Blechschmidt/Reidt, Vorhaben zur Unterbringung von Flüchtlingen – und danach, BauR 2016, 934; Scheidler, Aushebelung des Bauplanungsrechts für Flüchtlingsunterkünfte durch die Sonderbestimmung des § 246 XIV BauGB?, NVwZ 2016, 744; Bienek, Das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz 2015 aus bauplanungsrechtlicher Sicht, SächsVBl 2016, 73.

**Kommentare/Lehrbücher:** Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Lühr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 13. Aufl., 2016 (Bearbeiter), zitiert B/K/L; Christian Bracher/Olaf Reidt/Gernot Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl., 2014 (Bearbeiter), zitiert B/R/S; Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 3. überarbeitete Aufl., 2002 (Loseblatt), (Bearbeiter), zitiert BerlKom; Christian Bönker/Olaf Bischofink (Hrsg.), Baunutzungsverordnung, 1. Aufl. 2014, (Bearbeiter), zitiert Bönker/Bischofink; Hermann Brügelmann (Hrsg.), BauGB, Loseblattwerk (Bearbeiter), zitiert Brügelmann; Werner Ernst/Willy Zinkahn/Walter Bielenberg/Michael Krautzberger (Hrsg.) Baugesetzbuch/Baunutzungsverordnung, Loseblatt (Bearbeiter), zitiert E/Z/B/K; Hans Carl Fickert/Herbert Fieseler, Baunutzungsverordnung, 12. Aufl., 2014, bearbeitet wird Dietrich Determann, Hans Ulrich Stühler, zitiert Fickert/Fieseler; Werner Hoppe/Christian Bönker/Susan Grotefels (Hrsg.), Öffentliches Baurecht, 4. Aufl., 2010 (Bearbeiter); zitiert H/B/G; Henning Jäde/Franz Dirnberger/Josef Weiß, Baugesetzbuch, Baunutzungsverordnung, 7. Aufl. 2013, (Bearbeiter), zitiert J/D/W; Helmut König/Thomas Roeser/Jürgen Stock, Baunutzungsverordnung, 3. Aufl., 2014 (Bearbeiter), zitiert K/R/St; Wolfgang Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, 8. Aufl. 2015 (Bearbeiter), zitiert Schrödter; Willy Spannowsky/Michael Uechtritz (Hrsg.), Baugesetzbuch, 2. Aufl., 2014 (Bearbeiter), zitiert Spannowsky/Uechtritz.

## I. Allgemeines – Zielsetzung und System des § 31 II BauGB

§ 31 II BauGB wird durch **drei Prinzipien des öffentlichen Baurechts** beherrscht, **1** zum einen durch den Vorrang der demokratischen Entscheidung des Ortsgesetzgebers, zum anderen – damit verbunden – durch der Anspruch auf Gebietswahrung im Plangebiet und schließlich durch das allgemeine Prinzip gebotener (wechselseitiger) Rücksichtnahme.

### 1. Textgeschichte zu § 31 II BauGB

Der Bundesgesetzgeber hat sich 1960 in § 31 BBauG 1960 für das (bundesrechtliche) **2** Bauplanungsrecht entschieden, Ausnahme und Befreiung voneinander zu trennen. Mit der Novellierung 1979 führte der Gesetzgeber in § 31 II BBauG eine hilfreiche Nummerierung ein. Außerdem ergänzte er die Möglichkeiten einer Befreiung für den Fall städtebau-

licher Vertretbarkeit, verband dies aber mit dem Erfordernis, dass Grundzüge der Planung nicht berührt würden.

- 3 Die Novellierung sollte die Durchführung von Vorhaben erleichtern. Der Gesetzgeber nahm an, die bisherige Befreiungsmöglichkeit nach § 31 II BBauG 1960 sei zu „eng“. Sie sei nicht hinreichend praxisgerecht.
- 4 Die Novellierung zum BauGB sah 1987 für § 31 II zwei Änderungen vor. Die materiell-rechtlichen und die verfahrensbezogenen Voraussetzungen wurden bewusst voneinander getrennt. Die Notwendigkeit eines gemeindlichen Einvernehmens wurde redaktionell nach § 36 BauGB verschoben. Das hatte zur Folge, dass § 31 II BauGB nunmehr offen ließ, wer über die Ausnahme zu entscheiden habe. Des Weiteren entfiel die sehr sinnvolle Verknüpfung zwischen den beiden Absätzen des § 31 („im übrigen“). Eine sachliche Änderung sollte damit nicht verbunden sein.
- 5 § 31 II BauGB 1987 setzte die gesetzgeberische Absicht fort, die Durchführung von Vorhaben zu erleichtern. Zu diesem Zwecke wurde § 31 II Nr. 2 BauGB nochmals erweitert. Die bisherige „städtebauliche Rechtfertigung“ wurde durch die weichere „städtebauliche Vertretbarkeit“ ersetzt. Das Zustimmungserfordernis der höheren Verwaltungsbehörde entfiel.
- 6 1998 änderte der Gesetzgeber § 31 II BauGB nochmals. Maßgebender Gesichtspunkt war erneut, die Durchführung von Vorhaben zu erleichtern. Die Vorschrift wurde textlich gestrafft. Die „Grundzüge der Planung“, die bislang nach dem Gesetzestext nur im Fall des § 31 II 2 Nr. 2 BauGB zu beachten waren, wurden für alle Befreiungstatbestände vorgesehen.
- 7 Die Rechtsprechung hatte dies auch bereits zuvor angenommen (vgl. BVerwGE 56,71 = ZfBR 1978, 35 = NJW 1979, 939 = BRS 33 Nr.150 = BauR 1978, 387 zu § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB; beiläufig BVerwG NVwZ 1990, 556 = ZfBR 1990, 148 = BRS 49 Nr.175 für alle Befreiungstatbestände). Auf den „Einzelfall“ sollte es nicht ankommen. Die Gesetzesbegründung zu § 31 II BauGB 1998 erörtert, dass das Erfordernis der Atypik im Sinne bisheriger Rechtsprechung entfallen solle (Begründung zum RegEnt, BT-Drucks. 13/6392 S.56). Die Bedeutung dieser Änderung ist umstritten (vgl. unten Rn. 55; vgl. auch Schmidt-Eichstaedt NVwZ 1998, 571; Claus DVBl 2000, 241; Roeser BerlKom, § 31 Rn. 11). § 31 II Nr. 1 BauGB wurde 2014 durch das BauGB-Änderungsgesetz (BGBl. I S. 1748) ergänzt (vgl. BTags-Drs. 18/2752; 18/3070).

## 2. Allgemeine Bedeutung des § 31 II BauGB

- 8 a) **Befreiung als ein „planexternes Instrument“:** § 31 II normiert ein **repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Die **Befreiung (Dispens)** ist definiert als Abweichung von den Festsetzungen des B-Plans, wenn die Gemeinde eine Ausnahme nicht vorgesehen hat. Sie ist die „nicht vorbedachte“ Ausnahme. Die grundsätzliche **Funktion der Befreiung** besteht darin, in von der Gemeinde nicht selbst vorhergesehenen Fällen von der Anwendung einer bauplanerischen Festsetzung (Rechtsnorm) zu befreien und damit **Flexibilität** zu schaffen. Diese Notwendigkeit hat Gründe: Der B-Plan ist als Normtyp eine abstrakte Regelung, die nicht das einzelne Grundstück, sondern eine größere Fläche, ein Gebiet, in den Blick nimmt.
- 9 Die dadurch entstehende Typisierung kann im Einzelfall städtebaulich gewollter Politik und damit öffentlichen, aber auch individuellen Belangen nicht voll entsprechen. Gleichzeitig soll die Einzelfallgerechtigkeit gefördert werden (Vgl. BVerwGE 56,71 = ZfBR 1978, 35 = NJW 1979, 939 = BauR 1978, 387; BVerwG NVwZ 1990, 556 = ZfBR 1990, 148). Das verbindet sich im Hinblick auf Art. 14 I GG mit der Möglichkeit einer **verfassungskonformen Anwendung** (vgl. BVerwGE 88, 191 = DVBl 1991, 819 = NVwZ 1992, 165 = ZfBR 1991, 221 = UPR 1991, 381 = NJW 1991, 3293 = BRS 52 Nr.157). § 31 II BauGB kann aus der Sicht des Art. 14 I GG insoweit auch die Funktion einer Härteklause über nehmen.

Die Befreiung ist ein „**planexternes Instrument**“ (VGH Mannheim BRS 57 Nr. 90 (1995) Rn. 47; VGH München BauR 2008, 1108 Rn. 41; *Reidt B/K/L* § 31 Rn. 23; *Söfker E/Z/B/K*, § 31 Rn. 29). Sie überwindet die Festsetzungen des B-Plans in vom Satzungsgeber **nicht vorhergesehenen Sonderfällen** (so bereits BVerwGE 40, 268 Rn. 28). Das ermöglicht Vorhaben trotz entgegenstehender Festsetzungen zuzulassen, wenn nach den Umständen des Einzelfalls ein Festhalten am Plan ungerecht, insbesondere unverhältnismäßig oder gleichheitswidrig wäre (vgl. VGH München, Ur. v. 9.8.2007 – 25 B 05.1337 – juris Rn. 57). § 31 II BauGB berührt also im starken Maße die **Plankonzeption** (vgl. *Roeser BerlKom*, § 31 Rn. 8). Maßgebend bleibt der planerische Gestaltungsauftrag, wie ihn **§ 1 III 1 BauGB** normiert. Der Gesetzgeber hat zugleich dafür zu sorgen, dass die von der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie getragene Rechtsgeltung des B-Plans gewahrt bleibt. Das geschieht durch die tatbestandlichen Voraussetzungen der Befreiung. Insbesondere darf eine Befreiung die **Grundsätze der Planung nicht berühren**. Mit diesem Erfordernis stellt der Gesetzgeber außerdem sicher, dass die Festsetzungen eines B-Plans nicht beliebig oder in einem allmählich fortschreitenden Prozess durch Baugenehmigungen außer Kraft gesetzt werden. Je tiefer die Befreiung in das Interessengeflecht der „abgewogenen“ Planung eingreift, desto eher liegt der Schluss auf eine Änderung der Planungskonzeption nahe, die nur im Wege der (Um-)Planung möglich ist (BVerwGE 138, 166 Rn. 37 = DVBl 2011, 358 = NVwZ 2011, 748; BVerwG BRS 67 Nr. 83 (2004) Rn. 3; BVerwG NVwZ 1999, 1110 Rn. 6 = ZfBR 1999, 283; VGH Mannheim, Ur. v. 11.5.2016 – 5 S 1443/14 – DVBl 2017, 47 Rn. 68). Es muss angenommen werden können, die Befreiung liege noch im Bereich dessen, was der Planer gewollt hat oder gewollt hätte, wenn er die weitere Entwicklung einschließlich des Grundes für die Abweichung gekannt hätte (BVerwGE 133, 98 Rn. 23 = NVwZ 2009, 1103; BVerwGE 85, 66 Rn. 19 = DVBl 1990, 786 = NVwZ 1990, 873). Die Belange der Gemeinde werden durch das Erfordernis des **Einvernehmens nach § 36 BauGB** geschützt. Mit der Wahrung der Planungshoheit der Gemeinde soll zugleich **Wirksamkeit der Öffentlichkeitsbeteiligung nach Maßgabe des § 3 II BauGB** erreicht werden (vgl. auch § 4a III 4; § 13 I BauGB). Die Änderung eines Bebauungsplans obliegt nach § 2 BauGB der Gemeinde und nicht der Bauaufsichtsbehörde; hierfür ist ein bestimmtes Verfahren unter Beteiligung der Bürger und der Träger öffentlicher Belange vorgeschrieben. Hiervon kann nur unter engen Voraussetzungen abgesehen werden (vgl. BVerwGE 142, 1 Rn. 22 = NVwZ 2012, 825; BVerwGE 134, 264 Rn. 12 = DVBl 2009, 1379 = NVwZ 2009, 1289; BVerwGE 56, 71 Rn. 27 = NJW 1979, 939; OVG Koblenz, Beschl. v. 27.6.2016 – 8 B 10519/16 – DÖV 2016, 880 = juris Rn. 9).

**b) Zielsetzung des § 31 II BauGB. aa) Planexterne Flexibilisierung.** Die baurechtlichen Vorschriften haben die schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen regelmäßig bereits in einen gerechten Ausgleich gebracht. Dies bedingt, dass Abweichungen nur restriktiv gewährt werden können. Der Grundgedanke des § 31 II BauGB ist ein „Gegenmodell“. Ziel ist es, Härtefälle zu vermeiden oder aus Gründen des Allgemeinwohls einer Sachlage besser gerecht werden zu können (vgl. *Bönker H/B/G*, S. 235 ff.). Mit der Befreiung nach § 31 II BauGB stellt der Gesetzgeber ein Instrument zur Verfügung, das trotz der grundsätzlich strikt verbindlichen Festsetzungen eines B-Plans, der Rechtsnormcharakter hat, im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und der Wahrung der Verhältnismäßigkeit ein **Mindestmaß an Flexibilität** für Vorhaben schafft, die den Festsetzungen zwar widersprechen, sich mit den planerischen Vorstellungen aber gleichwohl in Einklang bringen lassen (BVerwGE 142, 1 Rn. 22 = NVwZ 2012, 825 = ZfBR 2012, 368; BVerwG NVwZ 1999, 1110 Rn. 5 = ZfBR 1999, 283; VGH Mannheim NVwZ-RR 2013, 912 Rn. 33). Eine Befreiung ist daher ausgeschlossen, wenn das Vorhaben in seine Umgebung Spannungen hineinträgt oder vorhandene erhöht. Ob diese durch Planung zu bewältigen sind, steht dahin (vgl. BVerwGE 142, 1 Rn. 22 = NVwZ 2012, 825 = ZfBR 2012, 368; BVerwGE 117, 50 Rn. 26 = NVwZ 2003, 478 = ZfBR 2003, 260; BVerwGE 56, 71 Rn. 28 = NJW 1979, 939 = BauR 1978, 387). § 31 II BauGB dient zudem der Umsetzung des verfassungsrechtli-



## A VIII 12–15 Zulässigkeit v. Vorhaben nach Bauplanungs- u. Bauordnungsrecht

chen **Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit** und der Beachtung der in Art. 14 I GG enthaltenen grundrechtlichen Vorgaben der Eigentumsgarantie. Das eröffnet die Möglichkeit der **verfassungskonformen Handhabung** (vgl. BVerfG [K] ZfBR 2016, 582 Rn. 54, 65 – Krypta; BVerwGE 88, 191 = DVBl 1991, 819 = ZfBR 1991, 221).

- 12 **bb) Unterschied zur Ausnahme (§ 31 I BauGB).** Die Ausnahmeregelung (§ 31 I BauGB) als planinternes Instrument entspricht dem gemeindlichen Willen (vgl. *Söfker E/Z/B/K*, § 31 Rn. 10, 11, 29; *Dürr Brügelmann*, § 31 Rn. 6; *Reidt B/K/L* § 31 Rn. 1). Die Gemeinde antizipiert mit der Ausnahme gleichsam den atypischen Fall (Programmierung des atypischen Falles). Sie bestimmt damit die Voraussetzungen, unter denen eine Abweichung zugelassen werden kann. Das wird im Wesentlichen durch Art und Umfang und durch den Vorbehalt der Ermessensentscheidung bestimmt. Die Befreiung ist hingegen vom vorprägten Willen der Gemeinde unabhängig; der Gesetzgeber reguliert daher in § 31 II BauGB „abstrakt“ die Intensität der Voraussetzungen, unter denen der B-Plan unbeachtlich sein soll (vgl. grundsätzlich BVerwG NVwZ 1990, 556 = ZfBR 1990, 148). Demgemäß kann die Befreiung über die Ausnahme hinausführen. **Beispiel:** In einem WR-Gebiet wird der Ausbau einer Pension beabsichtigt. Die Pension hat bislang 10 Betten. Sie hat hierfür eine Ausnahmegenehmigung nach § 3 III Nr. 1 BauNVO erhalten. Nunmehr soll die Pension insgesamt 40 Betten erhalten. Eine weitere Ausnahme nach § 3 III Nr. 1 BauNVO ist nicht mehr möglich. Hier kommt nur eine Befreiung nach § 31 II BauGB in Betracht (vgl. *S. Gronemeyer* in *Gronemeyer* (Hrsg.), *BauGB. Praxiskommentar*, § 31 Rn. 10).
- 13 Die Befreiung ist nicht von vornherein unzulässig, wenn die Gemeinde in ihren planerischen Festsetzungen eine bestimmte Nutzungsweise ausdrücklich ausgeschlossen hat. Allerdings sind in diesem Falle die planerischen Zielsetzungen der Gemeinde besonders zu beachten, etwa im Rahmen der erforderlichen Ermessensentscheidung. Der jeweilige Dispens betrifft ohnedies immer nur ein ganz bestimmtes, von dem Bauherrn **konkretisiertes Vorhaben**.
- 14 **cc) Aufbau (Konstruktion) des § 31 II BauGB.** § 31 II BauGB 1998 ist formal eine **Ermessensvorschrift**, aber **mit stark eingrenzenden (prägenden) Tatbestandsvoraussetzungen**. Zentrale Prüfungsebene ist die Frage, ob das konkrete Vorhaben die Grundzüge der Planung berührt. Ist dies der Fall, kommt es auf die weiteren Voraussetzungen nicht an. Die Befreiungsmöglichkeit des § 31 II BauGB dient nicht dazu, eine ansonsten erforderliche Bauleitplanung der Gemeinde zu ersetzen (vgl. *VGH München BRS 58 Nr. 38* (1996)). Sie dient auch nicht dazu, eine defizitäre oder gar fehlerhafte Planung im nach hinein zu korrigieren (BVerwG BRS 57 Nr. 7 (1995) Rn. 4; BVerwGE 40, 268 Rn. 28 f. = *BauR* 1972, 358).

**Die Befreiungsvorschriften bieten keine Handhabe dafür, eine defizitäre fehlerhafte Planung im nach hinein zu korrigieren.**

- 15 § 31 II BauGB ist kein Mittel, planerische Vorstellungen der Gemeinde zu konterkarieren. Die **Rechtsprechung** stellt daher an die Beachtung der tatbestandlichen Voraussetzungen **hohe Anforderungen**. Das zu Recht, denn § 31 II BauGB ermöglicht, von zwingenden Festsetzungen (auch im Ausnahmebereich des § 31 I BauGB) abzuweichen. Das ist keine „Kleinigkeit“ und darf nicht routinemäßig erledigt werden. Die Gefahr des Missbrauchs ist nicht nur theoretischer Natur, sondern häufige Praxis. Das zeigt das Prozessvorbringen, das auf den Grundsatz der Gleichbehandlung hinweist, überdeutlich. Bei der Frage, ob ein planerischen Festsetzungen widersprechendes Vorhaben im Wege der Befreiung zugelassen werden kann, ist stets zu beachten, dass der B-Plan als Satzung Rechts-

normcharakter besitzt und dass der B-Plan in einem öffentlichen Prozess zustande gekommen ist (vgl. § 3 II BauGB). **Beispiel:** Hat die Gemeinde im Bauleitplanverfahren die Anregungen eines Grundstückseigentümers, bestimmte Festsetzungen im B-Plan zu treffen, ausdrücklich abgelehnt, ist eine Befreiung für eine entsprechende Bebauung ausgeschlossen (OVG Lüneburg NVwZ 1995, 914 Rn. 5 = BRS 56 Nr. 49).

**dd) Planerische Anforderungen.** Die Gemeinde muss sich bereits im Rahmen der planerischen Abwägung (§ 1 VII BauGB) Klarheit darüber verschaffen, ob die Nutzungsinteressen der Eigentümer bebauter Grundstücke, die den mit der Planung verfolgten Zielen zuwiderlaufen, so gewichtig sind, dass sie im Range den übrigen Belangen vorgehen. Der hier gebotene Interessenausgleich darf nicht ausgeklammert werden. Er darf nicht in den Anwendungsbereich des § 31 II BauGB verlagert werden. **16**

Kein Reparaturbetrieb, § 31 II BauGB darf nicht dazu benutzt werden, den B-Plan an geänderte tatsächliche Verhältnisse und (neue) städtebauliche Vorstellungen anzupassen (BVerwGE 56,71 = ZfBR 1978, 35 Rn. 28 = NJW 1979, 939; BVerwG BRS 58 Nr.79 (1996) zu § 31 II Nr. 1 BauGB, vgl. auch Rn. 116). Unerheblich ist, ob die derzeitigen Festsetzungen im Einzelfall unzweckmäßig sind (vgl. *Dürr* Brügelmann, BauGB § 31 Rn. 29). Auch eine „**Fehlplanung**“ darf nicht über § 31 II BauGB korrigiert werden (BVerwGE 40, 268 = NJW 1970, 263; Buchholz 406.11 § 31 BBauG Nr. 15; BVerwG BRS 33, 295 = ZfBR 1979, 37; *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 15). Das dafür rechtlich vorgesehene Mittel ist das der Planänderung. § 31 II BauGB erfasst daher grundsätzlich nur solche Fallgestaltungen, für die der Ortsgesetzgeber sich regelmäßig keine oder jedenfalls keine genauen Vorstellungen darüber gemacht hat, ob trotz der bauplanerischen Festsetzungen zur sachgemäßen Verfolgung der städtebaulichen Ziele im Sinne gebotener Einzelfallgerechtigkeit ein Abweichen von den Festsetzungen sachnäher ist (BVerwGE 56, 71 = NJW 1979, 939; BVerwG NVwZ 1990, 556 Rn. 11 = ZfBR 1990, 148). Das Instrument der Befreiung von Festsetzungen eines B-Plans stellt insbesondere kein geeignetes Mittel dar, um gewandelte städtebauliche Vorstellungen nunmehr zur Geltung zu bringen (OVG Saarland AS RP-SL 35, 170 Rn. 14). Ein „**Nachbessern**“ mit Hilfe einer Befreiung ist unzulässig (vgl. *Dürr* Brügelmann, § 31 Rn. 29). Die vielfach zu beobachtende gegenläufige Praxis ist rechtswidrig. Sie geht in Bezug auf den Nachbarschutz ein nicht geringes Risiko ein (vgl. lehrreich OVG Hamburg BauR 1977 = BRS 32 Nr. 162). Hat die Gemeinde eine Festsetzung „im Angesicht des Falles“ für diesen Fall so und nicht anders gewollt, ist für eine Befreiung kein Raum (OVG Münster NVwZ-RR 2005, 388 Rn. 54 = BauR 2004, 1125 unter Bezug auf BVerwGE 40, 268 = BRS 25 Nr. 163 – eine Baulinienfestsetzung; OVG Lüneburg NVwZ 1995, 914 = BRS 56 Nr. 49; ebenso VGH München, Urt. v. 15.3.2000 -15 B 97.529 – juris Rn. 33). **17**

**c) § 31 II BauGB als zwingendes Recht.** Die Gemeinde kann durch den B-Plan die Anwendung des § 31 II BauGB 1998 nicht ausschließen (Vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 10; *Reidt* B/R/S Rn. 1922). Die Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde liegen allein in einer engeren Zielsetzung ihrer planerischen Festsetzungen (vgl. OVG Lüneburg NVwZ 1995, 914 Rn. 5 = BRS 56 Nr. 49; OVG Münster NVwZ-RR 2005, 388 Rn. 54 = BauR 2004, 1125; vgl. ferner VGH München BRS 58 Nr. 38 (1996)). Damit kann die Gemeinde – vor allem über die Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals „Grundzüge der Planung“ – eine Ausweitung verhindern. Das kann z. B. durch differenzierte Festsetzungen nach § 1 IV bis IX BauNVO geschehen (vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 10). Eine derartige „Engführung“ der Planungsziele bindet die Gemeinde alsdann auch selbst, auch für das vereinfachte Verfahren nach § 13 BauGB. **18**

Die Gemeinde muss sich daher bereits im Rahmen der Abwägung Klarheit darüber verschaffen, ob die Nutzungsinteressen der Eigentümer bebauter Grundstücke, die den mit der Planung verfolgten Zielen zuwiderlaufen, so gewichtig sind, dass sie im Range den übrigen Belangen vorgehen. Der insoweit gebotene Interessenausgleich darf nicht ausgeklammert und in den Anwendungsbereich des § 31 II BauGB verlagert werden (**Verbot** **19**