

	Rn.		Rn.
gg) Ermessenssteuernde Einzelhandels- und andere Entwicklungskonzepte	202	4. Begründungspflicht der Ermessensentscheidung	217
hh) Öffentliche Belange	203	VI. Verfahren	219
ii) Beachtung der Folgewirkung	204	1. Formale Voraussetzungen	219
kk) Leitlinien – Änderung (Aufgabe) der Verwaltungspraxis	206	a) Grundsatz: Antragsverfahren	219
c) Reduktion des Ermessens auf „Null“	207	b) Antragsbegründung	220
d) Befristetes Recht – Regelungsreich des § 246 XI BauGB 2015	209	c) Immissionschutzrechtliches Genehmigungsverfahren	221
aa) Regelungsziel	209	d) Vorbescheid	222
bb) Regelungsinhalt	211	2. Gemeindliches Einvernehmen	223
cc) Anwendungszeiträumen	214	3. Entscheidung – Nebenbestimmungen	224
dd) Gemeindliches Einvernehmen	216	a) Entscheidungsfragen	224
		b) Nebenbestimmungen	225
		VII. Rechtswirkungen	227

Schrifttum: Rüfner, Materiell-rechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses, DVBl 1963, 609; Gierth, Der Rechtsanspruch auf die baurechtliche Befreiung, VBIBW 1965, 129; Hoppe, Das Ermessen bei der Erteilung baurechtlicher Ausnahmen und Befreiungen, DVBl 1969, 340; Schmaltz, Die Befreiung aus städtebaulichen Gründen, BauR 1980, 1; Brademann, Rechtsanspruch auf die baurechtliche Befreiung oder Ermessen der Behörde?, VBIBW 1986, 182; Erwe, Ausnahmen und Befreiungen im öffentlichen Baurecht, 1987 (Diss.); U. Lau, Das Dispensationsermessen in § 31 Abs.2 des BBauG und des BauGB, BauR 1987, 491; Schmidt-Eichstaedt, Die Befreiung im Spannungsfeld zwischen Bauleitplanung und Einzelfallentscheidung, DVBl 1989, 1; Riedl, Die Zulässigkeit von Ausnahmen und Befreiungen bei Innenbereichs- und Außenbereichssatzungen, NVwZ 1996, 667; Stollmann, Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit nach den §§ 30 Abs 1, 31, 33 BauGB, VR 2002, 361; K. Beckmann, Eine Systematisierung baurechtlicher und sonstiger öffentlich-rechtlicher Instrumentarien zur Legalisierung von genehmigungspflichtigen und genehmigungsfreien Bauvorhaben, KommJur 2012, 401; Scheidler, Ausnahmen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans, KommunalPraxis BY 2015, 408; ders., Ausnahmen und Befreiungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplans, UPR 2015, 281; Hebler, Bauplanungsrechtliche Ausnahmen und Befreiung gem. § 31 BauGB, JA 2015, 401; Scheidler, Bauplanungssonderrecht für Asylbewerberunterkünfte, VerwArch 2016, 177; ders., Abweichungen vom Bebauungsplan für Handwerks-, Gewerbe- und Industriebetriebe, WiVerw 2016, 65.

Kommentare/Lehrbücher: **Kommentare/Lehrbücher:** Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr (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 BerKom; Christian Bönker/Olaf Bishopink (Hrsg.), Baunutzungsverordnung, 1. Aufl. 2014, (Bearbeiter), zitiert Bönker/Bishopink; 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 I BauGB

1. Textgeschichte zu § 31 I BauGB

Der Bundesgesetzgeber hat sich 1960 in § 31 BBauG 1960 für das (bundesrechtliche) **1** Bauplanungsrecht entschieden, Ausnahme und Befreiung voneinander zu trennen. Der Bundesgesetzgeber hat diese Unterscheidung später nicht aufgegeben.

- 2 Die Landesgesetzgeber haben im Landesbauordnungsrecht diese Unterscheidung in ihrem Abweichungsrecht durchgehend aufgegeben. Nach § 31 I BBauG 1960 konnte die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde von den Festsetzungen des Bebauungsplans solche Ausnahmen zulassen, die in dem Bebauungsplan nach Art und Umfang ausdrücklich vorgesehen waren. Auch das BBauG 1979 wiederholt diese Fassung.
- 3 Die Novellierung zum BauGB sah 1987 zwei Änderungen vor. Die materiell-rechtlichen und die verfahrensbezogenen Voraussetzungen wurden voneinander getrennt. Die Notwendigkeit eines gemeindlichen Einvernehmens wurde redaktionell nach § 36 BauGB verschoben. Das hatte zur Folge, dass § 31 I BauGB nunmehr offen ließ, wer über die Ausnahme zu entscheiden hat.
- 4 Weitere Novellierungen änderten an § 31 I BauGB 1987 nichts. Diese betrafen jeweils die Befreiungsmöglichkeit des § 31 II BauGB.

2. Zielvorgaben und Zweck des § 31 I BauGB

- 5 **a) Notwendigkeit der Flexibilität.** Der B-Plan ist als Normtyp eine abstrakte Regelung, die nicht das einzelne Grundstück, sondern eine größere Fläche, ein Gebiet, in den Blick nimmt. 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 = BRS 33 Nr.150 = BauR 1978, 387; BVerwG NVwZ 1990, 556 = ZfBR 1990, 148). Das gilt im Hinblick auf Art. 14 I GG auch für die 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). Aus diesem objektiv-rechtlichen Grunde bedarf es der Möglichkeiten zur flexiblen Abweichung, ohne dass der Planungswille der Gemeinde in Zweifel gezogen wird und ohne dass es eines Planänderungsverfahrens bedarf.
- 6 **b) Lösungsmodell des BauGB.** § 31 BauGB betrifft die Fälle, in denen die Festsetzungen des B-Plans „zu eng“ in der Anwendungspraxis geraten sind. § 31 I BauGB typisiert bereits die denkbaren Abweichungen in der Form von Ausnahmen. Hier hat die Gemeinde gleichsam „vorweg“ ihr abstraktes Einverständnis damit erteilt, dass von der planerischen Festsetzung abgewichen werden kann. Umgekehrt will § 31 I BauGB den durch die BauNVO angelegten Zwang zur Typisierung mildern (vgl. *Dürr* Brügelmann, § 31 Rn. 5, zum Unterschied zur Befreiung vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 11; *Rieger* Schrödter, § 31 Rn. 3; *Dürr* Brügelmann, § 31 Rn. 9; *Schmidt-Eichstaedt* DVBl 1989, 1; *ders.* NVwZ 1998, 571). Die Ausnahme ist bei abstrakter Betrachtungsweise vom **Planungswillen der Gemeinde umfasst** (vgl. BVerwGE 108, 190 Rn. 16 = NVwZ 1999, 981 = DVBl 1999, 782; OVG Münster NVwZ-RR 2007, 744 Rn. 51 = BauR 2007, 1560, vgl. *Roeser* BerlKom, § 31 Rn. 2). Die Kontrollmöglichkeiten durch den „klagenden“ Nachbarn werden meistens unterschätzt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 26.3.2008 – 4 B 23.08 – juris Rn. 4; BVerwG BauR 2007, 1709 Rn. 5).
- 7 Das verbleibende konkretisierende Steuerungspotential liegt in der erforderlichen **Ermessensentscheidung**. Das gebotene Einvernehmen dient vor allem der nachträglichen Kontrolle. § 31 II BauGB geht darüber hinaus und schafft gleichsam die „nicht vorbedachte“ Ausnahme. Hier hat die Gemeinde ihre Planungshoheit noch nicht durch eine Ausnahmemöglichkeit wahrgenommen. Daher formuliert der Gesetzgeber, anders als in § 31 I BauGB, weitere tatbestandliche Voraussetzungen. Hier wird nicht nur die Planungshoheit der Gemeinde selbst, sondern auch die Notwendigkeit einer Beteiligung der Öffentlichkeit gesichert. Daher dürfen die Grundzüge der Planung nicht „berührt“ werden. Schutzobjekt ist hier nicht nur die Gemeinde selbst, sondern gerade die Öffentlichkeit, ähnlich § 4a III 4 BauGB. Spiegelbildlich zu § 31 BauGB wirkt der Ausschluss des Vorhabens nach § 15 I BauNVO, jedenfalls soweit es die Art der baulichen Nutzung betrifft.

Die Gemeinde kann im B-Plan auch besondere Ausnahmen für die Art der baulichen Nutzung treffen, also individuell, wenn sie sich entscheidet, ein Baugebiet i.S. des § 1 II BauNVO festzusetzen. Das eröffnet ihr gemäß § 1 V 5 ff. BauNVO die Möglichkeit der **Feinststeuerung**. Die Gemeinde kann die „an sich“ nach der BauNVO vorgesehene Ausnahme durch eine planerische Entscheidung auch beseitigen (vgl. § 1 VI Nr. 1 BauNVO). Das mindert dann absichtsvoll die Nutzungsvielfalt. Es sind horizontale und vertikale Gliederungen möglich. Die jeweilige Gebietsstruktur und Gebietstypik muss dabei gewahrt bleiben (BVerwG NVwZ 1999, 1340 = BauR 1999, 1435; BVerwG DVBl 1990, 383 = NVwZ-RR 1990, 171; VGH München BauR 2001, 210; OVG Lüneburg BauR 2000, 523). Eine weitere „Feinststeuerung“ ermöglicht § 1 IX BauNVO.

c) Besondere Abweichungsmöglichkeiten nach der BauNVO. Die BauNVO kennt zahlreiche Abweichungsmöglichkeiten, etwa § 18 II BauNVO, § 19 IV 2 und 5 BauNVO, § 23 II 2; § 23 III 2; § 23 V 5 BauNVO. Das BVerwG bezeichnet diese Abweichungen als „quasi-gesetzliche Ausnahmen“ (BVerwG DVBl 1975, 895 Rn. 15, vgl. auch VGH Mannheim ZfBR 1995, 219). Es handelt sich bei ihnen nach einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum nicht um Ausnahmen i.S. des § 31 I BauGB (vgl. *Söfker E/Z/B/K*, § 31 Rn. 23a, dort auch zu § 248 BauGB; *Rieger Schrödter*, § 31 Rn. 12; *Fickert/Fiesler*, Vorbem. §§ 2 ff. Rn. 6.2; vgl. auch zur Abgrenzung bereits OVG Lüneburg BRS 33 Nr. 149 (1978)). So wird etwa § 18 II BauNVO als „**Bagatellklausel**“ verstanden (vgl. *F. Hartmann* in: *Bönker/Bischopink*, BauNVO, 2014, § 18 Rn. 15; *ders./Schilder*, daselbst, § 19 Rn. 65). Nimmt man dies an, so entfällt die Beteiligung der Gemeinde nach § 36 I BauGB. Zwingend ist diese Ansicht nicht. Festsetzungen nach Maßgabe des § 23 II 3, § 23 III 3 sind dagegen „echte“ Ausnahmen i.S. des § 31 I BauGB (vgl. VGH München Ur. v. 4.4.2006 – 1 N 04.1661 – juris Rn. 51; OVG Münster UPR 1998, 461 Rn. 22 = BRS 60 Nr. 34 (1998); *Schilder* in: *Bönker/Bischopink*, § 23 Rn. 28).

3. Abgrenzung zum Bauordnungsrecht

§ 31 I BauGB betrifft nur Festsetzungen eines B-Plans. Das schließt das (materielle) Bauordnungsrecht aus. Es bedarf dazu der Abgrenzung zum bundesrechtlichen Dispensrecht, da Wechselbeziehungen vorhanden sein können. **Beispiel:** Nach § 22 BauNVO ist für die „offene Bauweise“ grundsätzlich das Abstandsflächenrecht des Bauordnungsrechts maßgebend. Bundesrecht entscheidet nur, ob offene oder geschlossene Bauweise gegeben ist. Im Falle „öffener“ Bauweise begründet das landesrechtliche Abstandsflächenrecht Maßgaben, von denen dann nur nach dem Landesbauordnungsrecht „befreit“ werden kann (vgl. VGH Mannheim BauR 1995, 223 = BRS 56 Nr. 101). Das setzt voraus, dass die planungsrechtliche Frage der Bauweise entschieden ist (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 1992, 11 Rn. 17, vgl. auch BVerwG BRS 57 Nr. 7 (1995) Rn. 6). Ähnliches gilt für § 23 V BauNVO, vgl. dazu auch Rn. 69.

4. Nachbarschutz

§ 31 I BauGB vermittelt aus sich heraus grundsätzlich keinen subjektiv-rechtlichen Nachbarschutz für den Fall einer rechtswidrig erteilten Ausnahmeentscheidung (BVerwG NJW 1983, 1574 = ZfBR 1983, 97). Die Rechtsprechung unterscheidet den Nachbarschutz danach, ob die Ausnahme eine **nachbarschützende oder eine nicht-nachbarschützende Festsetzung** betrifft. Enthält der B-Plan eine nachbarschützende Festsetzung, dann hat auch die hierauf reagierende Ausnahme selbst nachbarschützenden Charakter. Jeder Fehler bei der Anwendung des § 31 I BauGB führt zur Aufhebung der Baugenehmigung (BVerwG ZfBR 2013, 783 = BauR 2013, 2011 zu § 31 II BauGB). Das gilt etwa für die Art der baulichen Nutzung nach Maßgabe der BauNVO. Wird eine Ausnahme von einer nicht-nachbarschützenden Festsetzung erteilt, kommen zu schützende Nachbar-

A VII 12–14 Zulässigkeit v. Vorhaben nach Bauplanungs- u. Bauordnungsrecht

rechte nur im Rahmen des § 15 I 2 BauNVO in Betracht (BVerwGE 67, 334 = DVBl 1984, 143 = BauR 1983, 543; BVerwG NVwZ 1987, 409 = DVBl 1987, 476).

5. Auswirkungen auf eine Nachbargemeinde

- 12 Eine materielle Pflicht zur gemeindenachbarlichen Abstimmung sieht § 31 BauGB nicht vor. Einer Abstimmung zwischen Standort- und Nachbargemeinde bedarf es danach auch dann nicht, wenn unmittelbare Auswirkungen gewichtiger Art auf die städtebauliche Ordnung und Entwicklung der Nachbargemeinde in Betracht kommen. Ob sich eine Nachbargemeinde gegen ein auf dem Gebiet der Standortgemeinde genehmigtes Vorhaben zur Wehr setzen kann, wenn dieses Vorhaben der Baugebietsausweisung des dortigen Bebauungsplanes widerspricht, wird in der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich beantwortet (verneinend BVerwG DVBl 1993, 658 = ZfBR 1993, 191 = UPR 1993, 263; bejahend wohl OVG Koblenz ZfBR 2012, 45 Rn. 57 = BauR 2012, 206 zu § 11 III 1 Nr. 1 BauNVO, erwägend VGH Mannheim VBIBW 2011, 233 zu § 34 III BauGB, vgl. näher *Hug*, *Gemeindenachbarklagen im öffentlichen Baurecht*, 2008, S. 349 ff.). § 2 II BauGB kann nicht entsprechend angewandt werden (vgl. allerdings für den Außenbereich BVerwGE 117, 25 = DVBl 2003, 62 = NVwZ 2003, 86 = ZfBR 2003, 38 – FOC Zweibrücken). Eine gesicherte Rechtsprechung hat sich bislang nicht gebildet.

II. Anwendungsvoraussetzungen

1. Festsetzung einer Ausnahme – Entscheidungsauftrag der Gemeinde

- 13 **Definition:** Die Ausnahme ist in § 31 I BauGB definiert als im B-Plan selbst („ausdrücklich“) vorgesehene Abweichung von den getroffenen Festsetzungen. Die Gemeinde kann in ihrem qualifizierten oder einfachen B-Plan also (an sich) für atypische Fallgestaltungen selbst **Abweichungen** antizipierend vorsehen. Das muss ausdrücklich geschehen (**planimmanent Instrument**). Die vorgesehene Ausnahme muss mithin Bestandteil planerischer Entscheidung der Gemeinde und damit Ausübung der kommunalen Planungshoheit sein. Der Gemeinde erscheint es bei der eröffneten „Ausnahme“ immerhin als möglich, dass von den getroffenen Festsetzungen abgewichen wird (*Reidt* B/R/S Rn. 1903, 1917). Sie ist nicht frei, beliebige Ausnahmen festzusetzen (sog. **Enumerationsprinzip** in der BauNVO). Sie muss dafür städtebauliche Gründe haben. Insoweit ist die Planungshoheit nicht nur formal durch den Katalog des § 9 BauGB einschränkt, sondern auch inhaltlich (vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 23; *Dürr* Brügelmann, § 31 Rn. 16).
- 14 **Zielsetzung.** § 30 I BauGB beruht auf der Überlegung, dass im Interesse der notwendigen Beweglichkeit der Bauleitplanung die Abweichungstatbestände nicht abschließend im Gesetz zu regeln seien, sondern der Gemeinde – zugunsten ihrer Planungshoheit – überlassen bleiben sollten (vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 10). Daher muss der **Entscheidungsraum** für die Ausnahme nach **Art und Umfang** durch die Gemeinde selbst näher bestimmt sein. Die Ausnahme muss vom Willen der Gemeinde getragen sein (BVerwGE 108, 190 Rn. 16 = DVBl 1999, 782 = NVwZ 1999, 981; vgl. *Söfker* E/Z/B/K, § 31 Rn. 22). Nur dann wird die Gemeinde auch dem Gebot sachgerechter Abwägung genügen können. Das gilt vor allem dann, wenn die Gemeinde Ausnahmen außerhalb der Typik der BauNVO normieren will.

Beispiel: Der B-Plan setzt als Maß der Nutzung 3 Vollgeschosse fest; der Plan sieht nach § 16 VI BauNVO zudem ausnahmsweise 4 Vollgeschosse vor. Dann zwingt eine derartige Festsetzung nicht dazu, dass im Baugebiet nur 3-geschossig gebaut wird. Es kann auch 2-geschossig, im Wege der Ausnahme auch 4-geschossig gebaut werden. Will die Gemeinde eine Bauweise nur mit 3 Vollgeschossen erreichen, muss sie nach § 16 IV 2 BauNVO die Zahl der Vollgeschosse ausdrücklich als zwingend festsetzen und auf Ausnahmen verzichten (vgl. zur Bestimmtheit der Festsetzung OVG Münster, Urt. v. 13.12.2007 – 7 D 142/06.NE – juris Rn. 75).

Die Gemeinde hat eine **Wahlmöglichkeit**, sich entweder für die Festsetzung eines Bau- 15
gebietes im Sinne der §§ 2 ff. BauNVO oder für eine Flächenfestsetzung nach § 9 I BauGB
zu entscheiden. Dies liegt in ihrem planerischen Ermessen. Es gibt keinen Vorrang der Ge-
bietsfestsetzung (BVerwG NVwZ-RR 1998, 538 = ZfBR 1998, 154).

2. Prüfungsprogramm zur Anwendung des § 31 I BauGB

Die Baugenehmigungsbehörde entscheidet im Rahmen des § 31 I BauGB über mehrere 16
Detailfragen. Das gilt in gleicher Weise für die Gemeinde im Rahmen des § 36 II BauGB.
Dem nachfolgenden Prüfungsprogramm (vgl. auch *Söfker E/Z/B/K*, § 31 Rn. 22) liegt
eine logisch-systematische Abfolge zugrunde. Es gilt selbstverständlich auch die pragmati-
sche Vorrangregel. Das heißt: Kann eine nachrangige Frage negativ entschieden werden,
bedarf es keiner Prüfung der vorrangigen Entscheidungselemente.

- [1] Liegt (überhaupt) ein Vorhaben im Sinne des § 29 I BauGB vor?
- [2] Befindet sich das Vorhaben in einem Plangebiet im Sinne des § 30 BauGB?
Wenn, nein: Liegt ein faktisches Baugebiet vor (§ 34 II BauGB)?
- [3] Erfordert die Zulässigkeit des Vorhabens eine Ausnahme von den Festsetzungen
des B-Plans?
- [3.1] Im Falle eines faktischen Baugebiets: Erfordert die Zulässigkeit des Vorhabens
hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung eine Ausnahme von der tatsächlichen
Baugebietstypik?
- [4] Sieht der B-Plan eine entsprechende Ausnahme vor?
- [4.1] Im Falle eines faktischen Baugebiets: Sieht die BauNVO hinsichtlich der Art
der baulichen Nutzung eine Ausnahme vor?
- [5] Entspricht das Vorhaben nach Art und Umfang der festgesetzten Ausnahme?
- [5.1] Im Falle eines faktischen Baugebiets: Entspricht das Vorhaben nach Art und
Umfang hinsichtlich der Art der baulichen Nutzung der in der BauNVO vorgesehe-
nen Ausnahme?
- [6] Ist das Vorhaben ausnahmemefähig?
- [7] Kann das Ermessen zugunsten des Bauherrn ausgeübt werden? Kommen Aufla-
gen im Sinne des § 36 II VwVfG in Betracht?

Faktisches Baugebiet. Entspricht die **Eigenart der näheren Umgebung** einem der 17
Baugebiete, die in der BauNVO bezeichnet sind, beurteilt sich die Zulässigkeit des Vorha-
bens **nach seiner Art** allein danach, ob es nach der BauNVO in dem Baugebiet allgemein
zulässig wäre; gemäß § 34 I Hs. 2 BauGB ist auf die nach der BauNVO ausnahmsweise zu-
lässigen Vorhaben § 31 I BauGB unmittelbar anzuwenden. Es ist fehlerhaft, in einem derar-
tigen Fall zu prüfen, ob sich das Vorhaben im Sinne des § 34 I 1 BauGB „einfügt“. Eine der-
artige fehlerhafte Zuordnung hat erhebliche Konsequenzen. Es fehlt an einer
Ermessensentscheidung, die § 31 I BauGB fordert.

3. Begriff des Vorhabens

a) Vorhaben im Sinne des § 29 I BauGB. § 31 BauGB steht in systematischem Zusammen- 18
hang mit §§ 29, 30 BauGB. § 29 I BauGB sagt dies ausdrücklich. Das setzt voraus, dass
die Zulässigkeit eines Vorhabens im Sinne des § 29 I BauGB zu beurteilen ist. Die Aus-
nahme bezieht sich demgemäß auf ein konkretes Vorhaben i.S. des § 29 I BauGB. § 31 I
BauGB erfasst damit nicht nur die Errichtung oder Änderung baulicher Anlagen, sondern
auch bauplanungsrechtlich relevante **Nutzungsänderungen**. Es gelten dazu die allgemei-
nen (bundesrechtlichen) Grundsätze (vgl. dazu A I Rn. 30 ff.). Für die Annahme einer
Nutzungsänderung ist der bodenrechtliche Aspekt maßgebend (vgl. BVerwGE 138, 166
Rn. 12 = DVBl 2011, 358 = NVwZ 2011, 748). Ob zugleich eine Nutzungsänderung im

bauordnungsrechtlichen Sinne gegeben ist, ist seit der BauGB-Novelle 1998 ohne rechtliche Bedeutung.

- 19 Es ist Sache des Bauherrn, durch seinen Genehmigungsantrag den Gegenstand der bauplanungsrechtlichen Beurteilung festzulegen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 6.2.2013 – 4 B 39.12 – juris Rn. 11; BVerwG DVBl 1993, 109 = NVwZ-RR 1993, 66 = ZfBR 1993, 35). Maßgebend ist insoweit der Wille des Bauherrn. Entscheidend ist allerdings der wirkliche Nutzungszweck. Dieser wird sich zumeist aus dem Genehmigungsantrag und den Bauvorlagen deutlich ergeben (vgl. BVerwGE 90, 140 Rn. 15 = DVBl 1992, 1433 = NVwZ 1993, 773 = ZfBR 1992, 283 = BauR 1993, 194 = BRS 54 Nr. 53; vgl. BVerwG DVBl 1992, 40 Rn. 4 = NVwZ-RR 1992, 345). Der Verdacht des Missbrauchs erlaubt nicht, die bauplanungsrechtlich zulässige Nutzung auszuschließen (vgl. BVerwG ZfBR 2000, 489 = BRS 62 Nr. 168 (1999)).
- 20 **b) (Echte) Genehmigungsfreie Vorhaben.** § 31 BauGB ist im Kern eine materiellrechtliche Bestimmung. § 31 BauGB ist daher auch bei „genehmigungsfreien“ Vorhaben anzuwenden (VGH München ZfBR 1996, 116). Wenn die materielle Zulässigkeit des Vorhabens nur im Wege der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen herbeigeführt werden kann, bedarf es daher einer verbindlichen Regelung mit Außenwirkung im Sinne formeller Legalität (vgl. A I Rn. 16). Zudem kann die in § 31 I BauGB geforderte Ermessensentscheidung nur in einem „Verfahren“ ergehen. Das muss zwar kein „Baugenehmigungsverfahren“ sein. Es bedarf indes alsdann eines „isolierten“ Verfahrens. Die Landesbauordnungen erfassen in aller Regel diesen Sachverhalt (vgl. z. B. Art. 63 II 2 BayBO; § 56 VI 1 LBO BW, § 66 II 2 BauO LSA, § 73 II BauO NRW). Solange eine erforderliche „isolierte“ Genehmigung nicht erteilt ist, ist das Vorhaben materiell baurechtswidrig.

4. Beplantes Gebiet

- 21 **a) Regelfall: B-Plan. aa) Rechtswirksamer B-Plan.** § 31 I BauGB knüpft an § 30 I bis III BauGB an. Es bedarf der gemeindlichen Entscheidung, ob eine Ausnahme im B-Plan vorgesehen sein soll und vorgesehen ist. Diese Entscheidung muss die Gemeinde durch eine Festsetzung in ihrem B-Plan selbst treffen. Die Ausnahme i. S. § 31 I BauGB setzt einen rechtswirksamen B-Plan voraus. Das kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Die Baugenehmigungsbehörde besitzt nach herrschender Auffassung indes **keine Normverwerkungskompetenz** (vgl. nunmehr klar BGH NVwZ 2013, 167 Rn. 19 = ZfBR 2013, 144 = BauR 2013, 454; OVG Greifswald NVwZ-RR 2016, 370 Rn. 18). Es ist also denkbar, dass die Behörde auf der Grundlage eines B-Planes eine Ausnahme erteilt, ggf. erteilen muss, und dass der Plan sich im gerichtlichen Anfechtungsstreit als rechtswidrig herausstellt. Ob die Baugenehmigungsbehörde eine Prüfungscompetenz besitzt, ist im Ergebnis unerheblich. Stellt die Behörde einen Rechtsmangel fest, soll sie nach Ansicht des BGH der Gemeinde Gelegenheit geben, diesen zu beheben (BGH DVBl 2004, 947 Rn. 11 = NVwZ 2004, 1143 = ZfBR 2004, 458; BGH ZfBR 1991, 77).
- 22 § 31 I BauGB gilt **für qualifizierte und einfache B-Pläne**, vgl. Kap. A. 8 Rn. 35. Eine Festsetzung ist auch eine planerische Ausgleichsregelung nach § 1a III BauGB, wenn die Gemeinde eine Ausnahme vorgesehen hat (vgl. zur Befreiung Rieger Schrödter, § 31 Rn. 4). Für die Anwendung auf **vorhabenbezogene B-Pläne** (§§ 12, 30 II BauGB) ist dies inzwischen unumstritten (vgl. OVG Saarland BRS 78 Nr. 3 (2011) Rn. 11; VGH Mannheim NVwZ-RR 2008, 225 Rn. 16 = BauR 2007, 1687; Söfker E/Z/B/K, § 31 Rn. 17; Rieger Schrödter, § 31 Rn. 5, indirekt auch BVerwG BauR 2004, 975 Rn. 6). § 31 BauGB gilt grundsätzlich auch für **übergeleitete Altpläne** (§ 173 III BBauG 1960), wenn diese eine Ausnahme vorsehen, etwa **Baustufenpläne, Durchführungspläne** (vgl. BVerwGE 108, 190 Rn. 17 = DVBl 1999, 782 = NVwZ 1999, 981; BVerwGE 101, 364 Rn. 21 = DVBl 1997, 61 = NVwZ 1997, 384 = ZfBR 1996, 328 = BauR 1997, 72 = BRS 58 Nr. 159 (1996); BVerwGE 108, 190 Rn. 16, 17 = DVBl 1999, 782 = NVwZ 1999, 981 = ZfBR 1999, 160 = BauR 1999, 603 = BRS 60 Nr. 71 (1998), BVerwG Buchholz 406.11