



An die Bezirksregierungen

Arnsberg

Detmold

Düsseldorf

Köln und

Münster

Aktenzeichen

53.06.06.01-000005

-bereinigt-

bei Antwort bitte angeben

Dr. Adam Strzoda

Telefon 0211 8618-5718

adam.strzoda@mhkbd.nrw.de

## § 69 BauO NRW 2018 – Abweichungen

Zur bauaufsichtlichen Behandlung von Abweichungen gemäß § 69 BauO NRW 2018 weise ich auf Folgendes hin:

### I. Allgemeine Ausführungen zu § 69 BauO NRW 2018

Die Abweichungsregelungen in § 69 BauO NRW 2018 (die im Folgenden genannten §§ sind solche der BauO NRW 2018) sind systematisch im Regelungssystem der Landesbauordnung 2018 zu betrachten, woraus sich eine Prüfungsreihenfolge ergibt, wenn die Bauherrschaft beabsichtigt von einer materiellen Anforderung der BauO NRW 2018 oder aufgrund der BauO NRW 2018 erlassener Vorschriften abzuweichen.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Regelung, die die materielle Anforderung enthält, selbst einen Tatbestandsausschluss vorsieht. In diesen Fällen enthält die BauO NRW 2018 Formulierungen wie *„dies gilt nicht, wenn/so weit...“* (vergleiche zum Beispiel § 49 Absatz 3).

Sieht die Vorschrift selbst Formulierungen wie *„abweichend von...sind/ist...zulässig, wenn“* vor (vergleiche § 26 Absatz 3), handelt es sich um Abweichungen eigener Art. Eine gesonderte Abweichungsentcheidung nach § 69 ist hier nicht erforderlich.

Liegt kein o.g. Tatbestandsausschluss oder eine Abweichung eigener Art vor, ist zu untersuchen, ob eine Abweichung nach § 69 möglich ist. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Abweichung. Während § 69 Absatz 2 das Verfahren

Jürgensplatz 1  
40219 Düsseldorf  
(Anfahrt über Hubertusstraße)

Telefon 0211 8618-50  
Telefax 0211 8618-54444  
poststelle@mhkbd.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:  
Straßenbahnlinien 706, 708  
und 709 bis Haltestelle  
Landtag/Kniebrücke

einheitlich für alle Abweichungen regelt, kommt es bezüglich der materiellen Voraussetzungen für eine Abweichung darauf an, ob die Regelung, die die materielle Anforderung enthält, selbst eine Abweichungsregelung vorsieht, die § 69 als speziellere Regelung vorgeht und den Sachverhalt abschließend regelt. In diesen Fällen sieht die BauO NRW 2018 Formulierungen wie „*eine Abweichung kann zugelassen werden, wenn...*“ (vergleiche § 6 Absatz 14), „*kann ...gestattet werden*“ (vergleiche § 46 Absatz 1 Satz 2) vor.

Beinhaltet die Regelung, die die materielle Anforderung enthält, keine eigenständige materielle Abweichungsregelung, kommt eine Abweichung nach § 69 Absatz 1 in Betracht. Dieser enthält dabei drei eigenständige Abweichungstatbestände jeweils in § 69 Absatz Satz 1 bis 3. § 69 Absatz 1 Satz 1 beinhaltet eine Generalklausel, während § 69 Absatz 1 Satz 2 einen spezielleren, ermessensgebundenen Tatbestand („*Abweichungen...sind ...zuzulassen*“) vorsieht und § 69 Absatz 1 Satz 3 einen weiteren spezielleren Tatbestand, bei dem Abweichungen zugelassen werden können („*kann... abgewichen werden*“).

Daneben besteht nach § 88 eine Abweichungsmöglichkeit von den in den Technischen Baubestimmungen enthaltenen Planungs-, Bemessungs- und Ausführungsregelungen, wenn mit einer anderen Lösung in gleichem Maße die Anforderungen erfüllt werden und in der Technischen Baubestimmung eine Abweichung nicht ausgeschlossen ist. Diese Abweichungen bedürfen grundsätzlich keiner Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde.

In der VV TB NRW sind in der Tabelle A 2.2 unter der laufenden Nummer A 2.2.1 diejenigen Technische Baubestimmungen für den Brandschutz aufgeführt, bei denen Abweichungen von Planungs-, Bemessungs- und Ausführungsregelungen nach § 88 Absatz 1 Satz 3 möglich sind. Dies gilt allerdings nur für Abweichungen von Planungs-, Bemessungs- und Ausführungsregelungen, jedoch nicht für Abweichungen von den übrigen bauordnungsrechtlichen Anforderungen. Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Anforderungen im Zusammenhang mit Abweichungen von Technischen Baubestimmungen kommen nur nach § 69 in Betracht. Wenn von Planungs-, Bemessungs- und Ausführungsregelungen in einer Technischen Baubestimmung abgewichen werden soll und die Anforderungen mit der (nicht zulassungsbedürftigen) abweichenden Lösung nicht in gleichem Maße erfüllt werden, dann kann diese nach § 88 Absatz 1

Satz 3 unzulässige Lösung nicht durch eine Abweichung von der Technischen Baubestimmung nach § 69 zugelassen werden.

Seite 3 von 9

In der Tabelle A 2.2 sind ferner unter der laufenden Nummer A 2.2.2 diejenige Technische Baubestimmung für den Brandschutz (MIndBauRL) aufgeführt, für die § 88 Absatz 1 Satz 3 nicht gilt beziehungsweise bei der eine Abweichung nach § 88 Absatz 1 Satz 3 ausgeschlossen ist. Von den Anforderungen in dieser Technischen Baubestimmung kommen nur Abweichungen nach § 69 in Betracht.

Bei Abweichungen von Vorschriften des Brandschutzes ist regelmäßig die Brandschutzdienststelle zu hören, soweit die Durchführung von Löscharbeiten oder die Rettung von Menschen und Tieren berührt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob das Vorliegen der Voraussetzungen der Abweichung durch die Bauaufsichtsbehörden geprüft oder durch den staatlich anerkannten Sachverständigen bescheinigt wird.

## **II. § 69 Absatz 1 Satz 1 BauO NRW 2018**

Die Voraussetzungen des § 69 Absatz 1 Satz 1 (Berücksichtigung des Zwecks der jeweiligen Anforderung und unter Würdigung der öffentlich-rechtlich geschützten nachbarlichen Belange mit den öffentlichen Belangen) gelten für den gesamten § 69 Absatz 1. Dies hat zur Folge, dass diese auch bei Abweichungen nach § 69 Absatz 1 Satz 2 und Satz 3 zu berücksichtigen sind. Grundlegende Voraussetzung für die Zulassung einer Abweichung ist daher in allen Fallkonstellationen des § 69 Absatz 1, dass sie „mit den öffentlichen Belangen“ vereinbar sein muss. Öffentliche Belange sind alle Interessen, die durch die betreffende Norm geschützt werden sollen.

Darunter ist bei bestehenden Gebäuden nicht zu verstehen, dass der Schutzzweck der jeweiligen Vorschrift in gleichem Maße erfüllt werden muss. Der Zweck der jeweiligen Vorschrift ist dann auch berücksichtigt, wenn mindestens das Schutzniveau des jeweiligen Gebäudes gewahrt bleibt und aufgrund der Abweichung keine konkrete Gefahr zu befürchten ist.

Unter den vorgenannten Voraussetzungen können Abweichungen grundsätzlich von allen materiellen Vorschriften der BauO NRW 2018 zugelassen werden. Es handelt sich bei der Zulassung einer Abweichung nach §

69 Absatz 1 Satz 1 um eine Ermessensentscheidung der Bauaufsichtsbehörde.

Seite 4 von 9

### **III. § 69 Absatz 1 Satz 2 BauO NRW 2018**

§ 69 Absatz 1 Satz 2 regelt die Fälle, in denen bei bestehenden Anlagen Abweichungen von den §§ 4 bis 16, 26 bis 47 und 49 zuzulassen sind. Liegen die Voraussetzungen des § 69 Absatz 1 Satzes 2 vor, ist die zuständige Bauaufsichtsbehörde in ihrer Entscheidung gebunden mit der Folge, dass sie die Abweichung zuzulassen hat. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar beim Neubau von Anlagen. Abweichungen nach 69 Absatz 1 Satz 2 kommen nur unter den Voraussetzungen des § 69 Absatz 1 Satz 2 Nummern 1 bis 3 in Betracht.

Als Modernisierung von Wohnungen und Wohngebäuden (§ 69 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 BauO NRW 2018) gelten bauliche Veränderungen, durch die zum Beispiel in Bezug auf die Wohnungen beziehungsweise das Wohngebäude nicht erneuerbare Primär- oder Endenergie nachhaltig eingespart wird (energetische Modernisierung), oder das Klima nachhaltig geschützt wird. Unter die Vorschrift fallen auch bauliche Maßnahmen zur nachhaltigen Reduzierung des Wasserverbrauches sowie bauliche Maßnahmen, durch die die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessert werden. Die Regelung ist auch anzuwenden, wenn andere Nutzungen (z.B. Büro- und sonstige Gewerbeflächen) zu Wohnraum umgenutzt werden und die Umnutzung mit baulichen Änderungen verbunden ist.

Liegen gemischt-genutzte Gebäude vor, greift die Abweichungsmöglichkeit nach Nummer 1 nur in Bezug auf die darin befindlichen Wohnungen.

Bei Abweichungen bei bestehenden Anlagen, die nicht zu Wohnzwecken genutzt beziehungsweise umgenutzt werden, sind Maßnahmen der energetischen Modernisierung und bauliche Maßnahme zur Reduzierung von Wasser oder Energie unter § 69 Absatz 1 Satz 2 Nummer 2 zu subsumieren.

Die Voraussetzungen „*Erhaltung*“ und „*weitere Nutzung*“ (§ 69 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3) müssen kumulativ vorliegen. Mit dem Begriff „*Erhaltung*“ ist die denkmalgerechte Erhaltung im Sinne des § 7 DSchG NRW gemeint. Das Merkmal der „*weiteren*“ Nutzung von Denkmälern ist nicht

eng zu verstehen, sondern kann auch ein eine längere Zeit nicht genutztes Denkmal betreffen, das grundsätzlich, etwa nach Umbaumaßnahmen, nutzbar wäre.

#### **IV. § 69 Absatz 1 Satz 3 BauO NRW 2018**

§ 69 Absatz 1 Satz 3 regelt bei Abweichungen von den §§ 4 bis 16 und 26 bis 47 (bei Nutzungsänderungen auch von § 49) weitere Voraussetzungen, bei deren Vorliegen Abweichungen von den genannten Vorschriften zugelassen werden können. Anders als bei § 69 Absatz 1 Satz 2 handelt es sich hier um eine Ermessensentscheidung. Eine Einschränkung auf bestehende Anlagen ist nicht vorgesehen.

Die Gründe des allgemeinen Wohls beschränken sich nicht auf spezifisch baurechtliche Belange, sondern erfassen alles, was unter den öffentlichen Belangen oder den öffentlichen Interessen zu verstehen ist. Öffentlichen Belangen können zum Beispiel soziale, kulturelle oder sportliche Einrichtungen, Einrichtungen der Freizeitgestaltung, Einrichtungen, die der Sicherheit der Bevölkerung dienen, Umweltschutzeinrichtungen, Verkehrs-, Versorgungs- oder Entsorgungsanlagen dienen. Die in § 69 Absatz 1 Satz 5 genannten Gründe des allgemeinen Wohls sind nicht abschließend.

Der Wohnbedarf bezieht sich auf den Bedarf innerhalb der jeweiligen Gemeinde. Dieser ist „*dringend*“ im Sinne des § 69 Absatz 1 Satz 5, wenn er nicht durch den vorhandenen Bestand oder die bestehenden Baumöglichkeiten befriedigt werden kann. Der dringende Wohnbedarf bemisst sich an objektiven Umständen und ist durch konkrete Tatsachen nachzuweisen. Ein dringender Wohnbedarf liegt vor, wenn ein angespannter Wohnungsmarkt gegeben ist. In verschiedenen gesetzlichen Regelungen wird dieser als Gebiet umschrieben, in dem die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen gefährdet ist.

Ein angespannter Wohnungsmarkt kann unter folgenden Voraussetzungen gegeben sein:

1. Verweis auf Landesverordnungen

In einer Landesverordnung ist die Gemeinde als Gemeinde mit angespannten Wohnungsmärkten ausgewiesen (zum Beispiel Mieterschutzverordnung vom 23.06.2020).

## 2. Verweis auf Wohnungsmarktgutachten des Landes

In einem Gutachten des Landes ist das betreffende Gebiet als Gebiet mit erhöhtem Wohnungsbedarf benannt, z. B. Gutachten zur sachlichen und räumlichen Differenzierung der Wohnraumförderung in Nordrhein-Westfalen (Gebietskulissen).

## 3. Auswertung der Wohnungsmarktbeobachtung durch die Gemeinde

Falls ein angespannter Wohnungsmarkt in der betreffenden Gemeinde nicht schon nach Nummer 1 und 2 gegeben ist, kann die Gemeinde die Wohnungsmarktanspannung selbst darstellen, in dem sie die eigene Wohnungsmarktbeobachtung auswertet oder durch Dritte darstellen lässt.

Das Vorhaben muss ferner geeignet sein, zur Deckung des dringenden Wohnbedarfs beizutragen.

Die Erteilung der Abweichung muss nicht zwingend das einzige Mittel sein, um den Belangen des allgemeinen Wohls zu entsprechen. Es genügt, wenn diese zur Wahrung der öffentlichen Interessen vernünftigerweise geboten ist.

Eine nicht beabsichtigte Härte liegt vor, wenn nachhaltig in die Rechte des Betroffenen eingegriffen wird und ihm dadurch ein erhebliches, über die jedermann treffenden allgemeinen Auswirkungen hinausgehendes Opfer auferlegt wird. Erfasst werden nur atypische Umstände, die zu offensichtlich unbilligen Ergebnissen führen.

## **V. Zu § 69 Absatz 1a Satz 2 BauO NRW 2018**

In den Fällen des § 69 Absatz 1 a Satz 2 bedarf es keiner Abweichungsentscheidung durch die Bauaufsichtsbehörde. Ein Antrag nach § 69 Absatz 2 Satz 1 ist in diesen Fällen nicht erforderlich.

Einer separaten Zulassung einer Abweichung durch die Bauaufsichtsbehörden bedarf es nicht in den Fällen, in denen

- der oder die staatlich anerkannte Sachverständige für die Prüfung des Brandschutzes prüft und bescheinigt, dass das Vorhaben den Anforderungen an den Brandschutz entspricht (§ 68 Absatz 2 Nummer 3 in Verbindung mit § 68 Absatz 4). Darunter fallen Wohngebäude der Gebäudeklassen 4 und 5, Gebäude der Gebäudeklassen 3 bis 5, die weder Wohngebäude noch Sonderbauten sind sowie Garagen mit der Nutzfläche über 100 m<sup>2</sup> bis 1000 m<sup>2</sup>.
- zusätzlich in den Fällen des § 69 Absatz 2 Satz 3 bescheinigt, dass die Voraussetzungen für die Abweichung vorliegen. Fälle des § 69 Absatz 2 Satz 3 sind
  - die Errichtung oder Änderung von Anlagen, die nicht in einem Baugenehmigungsverfahren geprüft werden.

Genehmigungsfreie Vorhaben sind neben Vorhaben nach § 63 auch verfahrensfreie Vorhaben nach § 62. Bei der Aufnahme der Wörter „in den Fällen des Absatzes 2 Satz 3“ handelt es sich jedoch um einen redaktionellen Fehler. In den Anwendungsbereich des § 69 Absatz 1 a Satz 2 fallen zum einen nicht die verfahrensfreien Vorhaben nach § 62, da in diesen Fällen weder die Bauaufsichtsbehörde noch der oder die staatlich anerkannte Sachverständige für die Prüfung des Brandschutzes die brandschutzrechtlichen Anforderungen prüft. Auch im Rahmen des § 63 ist der Anwendungsbereich des § 69 Absatz 1 a nicht eröffnet, da ein Bauvorhaben, das einer Abweichung nach § 69 bedarf, nicht mehr genehmigungsfreigestellt ist (§ 63 Absatz 2 Nummer 4).

- bei Abweichungen von Vorschriften, die im Genehmigungsverfahren nicht (von einer Bauaufsichtsbehörde) geprüft werden (§ 68 Absatz 2 Nummer 3, 64 Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe d).

Die oben genannten Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abweichung kann daher nur von staatlich anerkannten Sachverständigen bescheinigt werden, wenn die o-

der der staatlich anerkannte Sachverständige für die Prüfung des Brandschutzes prüft und bescheinigt, dass das Vorhaben den Anforderungen an den Brandschutz entspricht.

Staatlich anerkannte Sachverständige werden im Rahmen der Bescheinigung über das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Abweichung nicht hoheitlich für die Bauaufsichtsbehörde tätig, sondern von der Bauherrschaft beauftragt. Bei der Beteiligung der Angrenzer gemäß § 72 Absatz 1 handelt es sich um eine hoheitliche Aufgabenwahrnehmung der Bauaufsichtsbehörden. Ein Beteiligungsverfahren gemäß § 72 Absatz 1 Satz 2 ist stets erforderlich, wenn zu erwarten ist, dass durch Abweichungen oder Befreiungen öffentlich-rechtlich geschützte, nachbarliche Belange beeinträchtigt werden. Aus der Systematik der Regelungen und dem Zweck des Schutzes der nachbarlichen Belange geht daher hervor, dass eine Bescheinigung nach § 69 Absatz 1 a nicht von staatlich anerkannten Sachverständigen ausgestellt werden kann, wenn diese im Rahmen ihrer Tätigkeit feststellen, dass nachbarliche Belange beeinträchtigt sein könnten. In diesen Fällen bedarf es weiterhin der Zulassung der Abweichung durch die Bauaufsichtsbehörde.

Der staatlich anerkannte Sachverständige hat die zur Wahrung der Belange des abwehrenden Brandschutzes erhobenen Forderungen der Brandschutzdienststelle zwingend zu übernehmen (§ 16 Absatz 2 SV-VO). Demgegenüber entscheidet die Bauaufsichtsbehörde im Rahmen der Prüfung des Antrags auf Zulassung der Abweichungen über die Berücksichtigung der Stellungnahme der Brandschutzdienststelle.

Die Bescheinigung nach § 69 Absatz 1 a, dass die Voraussetzungen der Abweichungen vorliegen, muss der Bauaufsichtsbehörde spätestens mit Anzeige des Baubeginns vorgelegt werden. Die Bescheinigung des § 69 Absatz 1 a wird nicht Bestandteil der Baugenehmigung.

Nach der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18.11.1991 – 8 B 11955/91, Urteil vom 22.10.2008 – 8 A 10942/08, Beschluss vom 21.06.2013 – OVG 10 N 72.11) kann die Bauaufsichtsbehörde bei einem Rechtsverstoß gegen eine Vorschrift außerhalb des Prüfprogramms im vereinfachten Genehmigungsverfahren den Bauantrag wegen fehlenden Sachbescheidungs-



interesse ablehnen. Es ist daher sinnvoll, die Bescheinigungen nach Absatz 1 a bereits vor Erteilung der Baugenehmigung der Bauaufsichtsbehörde vorzulegen.

Verstöße gegen die Vorschriften des Brandschutzes beziehungsweise die Fehlerhaftigkeit der Bescheinigung des § 69 Absatz 1 a führen jedoch nicht zur Rechtswidrigkeit der (bereits erteilten) Baugenehmigung. In diesen Fällen ist die Bauaufsichtsbehörde bei Kenntnis (nach Erteilung der Baugenehmigung) gehalten, die erforderlichen Maßnahmen nach § 58 Absatz 2 (zum Beispiel Erteilung von Nutzungsuntersagungen, Baustopp) einzuleiten.

§ 69 Absatz 1 a räumt der Bauherrschaft zudem ein Wahlrecht ein, das Vorliegen der Voraussetzungen der Abweichung durch einen staatlichen anerkannten Sachverständigen bescheinigen zu lassen oder einen Antrag auf Abweichung bei der Bauaufsichtsbehörde zu stellen.

#### **VI. § 69 Absatz 2 BauO NRW 2018**

Die Abweichung soll möglichst zusammen mit der Baugenehmigung beantragt werden, damit aus Gründen der Verfahrensökonomie über ihre Zulassung zusammen mit dem Bauantrag entschieden werden kann. Die Vorschriften, von denen abgewichen werden soll, sollen genau bezeichnet werden. Außerdem soll dargelegt werden, dass dem Zweck der Vorschrift bei Nichterfüllung der jeweiligen Anforderung in angemessenem Maße entsprochen wird.

Auch eine Abweichung nach § 69 Absatz 1 Satz 3 bedarf einer Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde. Es ist daher auch in den Fällen des § 69 Absatz 1 Satz 3 ein Antrag nach § 69 Absatz 2 erforderlich.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag

*Diana Jäger*