



## Bayerisches Verwaltungsgericht Regensburg

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\*

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\*

—  
gegen

**Freistaat Bayern**

vertreten durch das Landratsamt \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\*

- Antragsgegner -

beteiligt:

**Regierung von Niederbayern  
als Vertreter des öffentlichen Interesses**

Postfach, 84023 Landshut

wegen

Nutzungsuntersagung

hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Regensburg, 6. Kammer, ohne mündliche Verhandlung

**am 22. August 2016**

folgenden

### **B e s c h l u s s :**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- III. Der Streitwert wird auf 15.000,-- € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Antragstellerin wendet sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die sofortige Vollziehbarkeit einer ihr gegenüber verfügten Nutzungsuntersagung eines Baustoffhandels.

Die Antragstellerin ist Eigentümerin der Grundstücke FINrn. 2324, 2509 und 2510 der Gemarkung \*\*\*\*\*, Gemeinde 3\*\*\*\*\*. Sie betreibt dort auf dem Gelände einer ehemaligen Kiesgrube einen Lager- und Umschlagsplatz für Kies, Sand, Schotter, Humus, Rindenmulch und andere schüttbare Güter und Baustoffe. Im Regionalplan und im Flächennutzungsplan sind diese Grundstücke als Vorrangfläche zur Gewinnung von Bodenschätzen (Kies und Sand) dargestellt.

Mit Bescheid vom 20.8.1990 wurde einer Rechtsvorgängerin der Antragstellerin eine wasserrechtliche Erlaubnis für die Kiesentnahme und anschließende Wiederverfüllung auf FINr. 2324 erteilt. Mit Bescheid vom 22.12.2005 wurde die wasserrechtliche Erlaubnis hinsichtlich der Frist für die Wiederverfüllung bis 30.6.2015 verlängert. Eine ausdrückliche Genehmigung zum Lagern und Umschlagen von Kies und Sand wurde durch das Landratsamt 1\*\*\*\*\* nicht erteilt.

Mit Schreiben vom 19.9.2013 wurde die \*\*\*\*\* OHG durch das Landratsamt 1\*\*\*\*\* darauf hingewiesen, dass die Stadt 2\*\*\*\*\* mit Schreiben vom 9.8.2013 darum gebeten habe, die Stilllegung ihres Betriebes einzuleiten. Eine baurechtliche Genehmigung sei nicht erteilt worden und es werde auch keine Möglichkeit einer nachträglichen Erteilung einer Baugenehmigung gesehen. Der \*\*\*\*\* OHG wurde Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

In der Folgezeit fanden mehrfach Gespräche mit der Antragstellerin statt, ob mit der Änderung des Flächennutzungsplanes und der Aufstellung eines Bebauungsplans für den Handel mit schüttbaren Gütern eine Legalisierung des Betriebs der Antragstellerin erfolgen könne.

Mit Schreiben vom 3.7.2014 teilte das Landratsamt 1\*\*\*\*\* der Stadt 2\*\*\*\*\* mit, dass hinsichtlich des Abschlusses der Wiederverfüllung ein Ende bis spätestens Ende 2018 ins Auge gefasst sei. Eine Bauleitplanung für die Grundstücke der Antragstellerin werde als aussichts-

los angesehen. Es bestünden Überlegungen, das Ende des Baustoffhandels an das Ende der Wiederverfüllung zu koppeln.

Mit Schreiben vom 9.12.2014 teilte der Regierungspräsident von Niederbayern dem Landratsamt 1\*\*\*\*\* mit, dass die vom Landratsamt angedachte Verknüpfung der Einstellung des Umschlagsplatzes mit dem Verfüllende zwar nachvollziehbar sei, dass jedoch hierdurch das öffentliche Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände und die Belange der vom Fahrverkehr betroffenen Anwohner gegenüber den rein wirtschaftlichen Interessen an einer baurechtswidrigen Nutzung über Gebühr zurückgestellt würden. Der Handel mit verschiedenen „Baustoffen“ in G\*\*\*\*\* solle gestaffelt bis spätestens Herbst 2016 komplett eingestellt werden. Gleichzeitig wurde gebeten, das Untersagungsverfahren fortzuführen, die Antragstellerin hierzu nochmals anzuhören sowie, falls sich keine bislang unbekanntem Ermessens Gesichtspunkte ergäben, eine entsprechende Entscheidung zu erlassen.

Mit Schreiben vom 19.1.2015 hörte das Landratsamt 1\*\*\*\*\* den damaligen Bevollmächtigten der Antragstellerin zur geplanten Nutzungsuntersagung an. Dabei wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Handel mit verschiedenen Zierkiesen, die sich in Säcken oder Paletten befänden, innerhalb von sechs Monaten einzustellen, den Handel mit Rindenmulch und sonstigen „betriebsfremden“ Waren innerhalb eines Jahres einzustellen und den Handel mit Kies und Sand aller Art innerhalb von 1 ½ Jahren einzustellen. Hierzu wurde der Antragstellerin Gelegenheit zur Äußerung bis 20.2.2015 gegeben.

Mit Schreiben vom 20.2.2015 teilte der damalige Bevollmächtigte der Antragstellerin mit, dass die Anordnung des Landratsamts 1\*\*\*\*\* bedeuten würde, dass in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen werde. Dessen Konzept sei es, dass über 30 Jahre hinweg auch Fremdmaterial angeboten worden sei. Die Antragstellerin dürfe noch bis ins Jahr 2015 Kies abbauen und im Rahmen des Kiesabbaus auch in gewissem Umfang Fremdmaterial verkaufen. Auch seitens der Regierung von Niederbayern sei man von einer Genehmigungsfähigkeit eines derartigen Handels ausgegangen, so dass von einem bestandsgeschützten Betrieb zumindest bis Mitte 2015 auszugehen sei. Auch ab Mitte 2015 ändere sich hieran nichts, da ein Loch denklogisch irgendwann einmal wieder verfüllt werden müsse.

Mit Bescheid vom 21.5.2015 untersagte das Landratsamt 1\*\*\*\*\* der Antragstellerin auf den Grundstücken FINrn. 2324, 2509 und 2510 der Gemarkung \*\*\*\*\*, Gemeinde 3\*\*\*\*\*, eine Anlage zum Lagern, Umschlagen und Verkauf von Kies, Sand, Schotter, Humus, Rindenmulch und sonstigen schüttbaren Gütern und Baustoffen zu betreiben. Für die Einstellung

dieser Nutzung und die Beseitigung der für diese Nutzung eingebrachten Baustoffe, schüttbaren Güter und sonstigen Waren wurden folgende Fristen gesetzt:

a) Der Handel mit Waren aller Art, wie z.B. Zierkiesen, die sich in Säcken, auf Paletten oder anderen abgepackten Formen befinden, und die Beseitigung dieser Materialien und Güter bis spätestens 30.11.2015,

b) Der Handel mit allen nicht abgepackten Waren und Baustoffen wie losen Steinen, Findlingen, Humus, Rindenmulch und sonstigen – mit Ausnahme der unter 1.c) genannten – schüttbaren Güter und die Beseitigung dieser Materialien und Güter bis spätestens 31.5.2016 und

c) Der Handel mit Kies und Sand und die Beseitigung dieser Materialien bis spätestens 30.11.2016.

Gleichzeitig wurde die sofortige Vollziehung insoweit angeordnet. Für den Fall der Nichtbefolgung der in den Ziff. a) bis c) genannten Verpflichtungen wurde ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 10.000,-- € angedroht.

Zur Begründung stützte sich das Landratsamt 1\*\*\*\*\* darauf, dass die Nutzungsänderung einer ehemaligen Kiesgrube in eine Anlage zum Lagern, Umschlagen und Verkauf von Kies, Sand, Schotter, Humus, Rindenmulch und sonstigen schüttbaren Gütern und Baustoffen genehmigungspflichtig sei. Ein Fall der ausnahmsweisen Genehmigungsfreiheit liege nicht vor. Eine Baugenehmigung für einen Umschlagplatz von Fremdmaterial oder für einen Baustoffhandel sei nicht erteilt worden. Die derzeitige Anlage sei daher formell illegal. Allein dies rechtfertige schon eine Nutzungsuntersagung. Es bestehe bei derzeitiger Sach- und Rechtslage auch nicht die Möglichkeit, die Anlage nachträglich zu legalisieren. Sie liege im Außenbereich in einem kraft Regionalplan Donau-Wald ausgewiesenen Vorranggebiet für Kies und Sand. Die Kiesgrube sei als ortsgebundener gewerblicher Betrieb nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB im Außenbereich bevorrechtigt zulässig gewesen. Ein Kiesabbau finde jedoch seit Jahren nicht mehr statt. Selbst im Falle einer Zulässigkeit eines Kiesabbaus könnten nur solche Betriebszweige an der Privilegierung der Kiesgrube teilhaben, bei denen der privilegierte Betriebszweig auch diesen anderen Betriebszweig präge. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Ein Baustoffhandel sei auch kein Vorhaben, das wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, wegen seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden solle. Der Betrieb könne planungsrechtlich genauso gut in einem Gewerbe- oder Industriegebiet angesiedelt werden. Eine Zulassung des Betriebs als sogenanntes sonstiges Vorhaben sei nicht möglich, weil sämtliche Regelbelange des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigt würden. Es stehe die Darstellung des Flächennutzungsplans als Kiesabbau entgegen, die gewerbliche Nutzung sei dem Außenbereich wesensfremd und beeinträchtige die natürliche Eigenart der Landschaft und das Landschaftsbild und es sei die Entstehung einer Splittersiedlung zu be-

fürchten. Auch der Regionalplan sehe für den Kiesabbau als Folgenutzung Land- und Forstwirtschaft und nicht Gewerbe vor. Eine Eingriffsmöglichkeit mit geringeren Auswirkungen auf die Antragstellerin sei nicht ersichtlich. Der der Antragstellerin entstehende wirtschaftliche Nachteil sei hinzunehmen und könne bei Ermessensausübung allenfalls in sehr untergeordnetem Ausmaß zum Tragen kommen. Die Antragstellerin habe jahrelang Gewinne aus der rechtswidrigen Nutzung des Baustoffhandels gezogen, ohne sich um die erforderliche Baugenehmigung zu bemühen. Einen formellen Duldungsakt des Landratsamts 1\*\*\*\*\* für den Umschlag- und Handelsplatz mit Fremdstoffen habe es zu keiner Zeit gegeben. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, stehe dies einem späteren Einschreiten aber nicht entgegen. Im Rahmen der erfolgten Ermessensausübung werde es der Antragstellerin in angemessenem zeitlichen Rahmen ermöglicht, sich hinreichend auf die Nutzungsaufgabe einzustellen und die Fremdmaterialien noch verkaufen oder anderweitig vermarkten zu können. Deshalb sei die zeitlich gestaffelte Nutzungsuntersagung gewählt worden. Der Antragstellerin bleibe so ausreichend Zeit, vernünftige Ersatzmöglichkeiten zu finden. Im besonderen öffentlichen Interesse werde die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet. Ein weiteres Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache würde der Antragstellerin weiterhin einen ungerechtfertigten Vorteil aus der rechtswidrigen Nutzung gegenüber denjenigen Kiesgrubenbetreibern und Gewerbetreibenden verschaffen, die sich an die öffentlich-rechtlichen Vorgaben hielten. Andere besondere Aspekte, die für ein Absehen vom Sofortvollzug sprechen würden, seien nicht vorgetragen und nicht erkennbar. Die Nutzungsuntersagung würde ihren vom Gesetzgeber vorgesehenen Zweck verfehlen, wenn ihr Vollzug durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit hinausgeschoben werden könnte, zumal die Abwicklung solcher Rechtsbehelfsverfahren Jahre in Anspruch nehmen könne.

Gegen diesen Bescheid hat die Antragstellerin durch ihren damaligen Bevollmächtigten am 15.6.2015 Klage beim Verwaltungsgericht Regensburg erhoben.

Das Verwaltungsgericht Regensburg hat Beweis erhoben durch die Einnahme eines Augenscheins durch den Berichterstatter am 22.9.2015.

Mit Bescheid vom 25.5.2016 hat das Landratsamt die in Ziff. 1b) genannte Frist dahingehend geändert, dass die Einstellung des Handels mit allen nicht abgepackten Waren und Baustoffen wie losen Steinen, Findlingen, Humus, Rindenmulch und sonstigen – mit Ausnahme der unter 1c) genannten – schüttbaren Güter und die Beseitigung dieser Materialien bis spätestens 30.6.2016 erfolgen müsse.

Am 16.6.2016 hat das Verwaltungsgericht Regensburg einen Erörterungstermin durchgeführt. Ein richterlicher Vorschlag, im Falle einer Klagerücknahme die Fristen für die Einstel-

lung des Baustoffhandels bis zur Möglichkeit einer Betriebsverlagerung in das westlich angrenzende Grundstück, spätestens aber bis Ende des Jahres 2017 zu verlängern, wurde durch das Landratsamt 1\*\*\*\*\* mit Schreiben vom 24.6.2016 in Abstimmung mit der Regierung von Niederbayern abgelehnt.

Mit Schriftsatz ihres nunmehrigen Bevollmächtigten hat die Antragstellerin am 27.6.2016 Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

Sie verweist darauf, dass die Antragstellerin durch den Bescheid existenziell betroffen werde, da sie vor wenigen Jahren dieses seit Jahrzehnten unbeanstandet betriebene Vorhaben erworben habe und eine Wirtschaftlichkeit der dort geforderten Verfüllung einer ehemaligen Kiesabbaugrube nur darstellbar sei, wenn eine Finanzierung durch den seit langem dort betriebenen Abverkauf noch für gewisse Zeit möglich sei. Der Untersagungsbescheid gehe inhaltlich von falschen, jedenfalls derzeit nicht mehr zutreffenden Sachverhaltsvoraussetzungen aus. Er erwähne in seiner Begründung ein Änderungsverfahren des gemeindlichen Flächennutzungsplans der Standortgemeinde 3\*\*\*\*\* und spreche hierzu eine Negativtendenz aus. Abgesehen davon, dass es sich dabei lediglich um eine Prognose in die gemeindliche Planungshoheit hinein handle, auf die bereits keine Untersagung in rechtmäßiger, verhältnismäßiger Weise zu stützen sei, habe sich jedenfalls zwischenzeitlich die Situation völlig überholt. Es sei unverhältnismäßig und grob unbillig, binnen weniger Tage den Betrieb der Antragstellerin zu schließen, obwohl, falls dies wirtschaftlich überhaupt überstehend, kurz darauf dieser Betrieb wieder im Nahbereich entstehen könne. Die Gemeinde 3\*\*\*\*\* habe im Erörterungstermin auf ein diesbezügliches Bauleitplanverfahren verwiesen. Selbst wenn von formeller und/oder materieller Illegalität ausgegangen werden könne, bedeute dies nicht, dass ein sofortiges nutzungsuntersagendes Handeln mit vergleichsweise kurzen Auslaufristen nach jahrzehntelanger Duldung verhältnismäßig sei. Im Übrigen sei weder von formeller noch von materieller Illegalität auszugehen. Die Antragsgegnerin habe nicht im Rahmen der behördlichen Amtsermittlung ältere Unterlagen des Staatsarchivs herangezogen. Die Antragsgegnerin setze sich auch nicht mit den äußerst komplexen Wertungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB auseinander. Es werde genau zu prüfen sein, ob das Vorhaben überhaupt geeignet sei, öffentliche Belange zu beeinträchtigen. Solange noch Verfülltätigkeiten liefen, scheide ein Bezug zum Landschaftsbild aus. Dem Vorhaben stehe auch nicht der Flächennutzungsplan entgegen, vielmehr halte sich dieses genau im Bereich des Dargestellten. Auch die neue „Wendung“ im Sachverhalt, wonach das Bergamt Südbayern im Nahbereich weitere Abbautätigkeiten starten lassen wolle, bleibe bislang völlig unberücksichtigt. Schließlich fehle es an jeder Verhältnismäßigkeit in zeitlicher Hinsicht, weil die Gemeinde im Erörterungstermin ihre konkreten bauleitplanerischen Absichten mitgeteilt habe, die sich durch erste Schritte bereits konkretisiert hätten. Der Antragsgegner erkenne auch die immense

Bedeutung des Vorhabens für die Gemeinde. Schließlich könne die Nutzungsuntersagung nicht die gesamte Tätigkeit der Antragstellerin erfassen, weil jedenfalls die Lagerung von Erdreich, welches auch für die Verfüllung notwendig sei, im anderweitigen Wasserrechtsbescheid formell und materiell legalisiert werde.

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 21.5.2015 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 25.5.2016 wiederherzustellen, hilfsweise, die sofortige Vollziehung aufzuheben, hilfsweise, dem Antragsgegner durch Zwischenverfügung aufzugeben, vorläufig von einer sofortigen Vollziehung der Regelung in Ziffer 1 des Bescheids abzusehen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Anträge abzulehnen.

Die Aussage einer Existenzgefährdung der Antragstellerin sei weder durch Zahlen noch durch sonstige Angaben belegt. Dass sich die Antragstellerin vor dem Erwerb der ehemaligen Kiesgrube nicht über die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der dortigen Nutzung informiert habe, könne nicht dem Antragsgegner angelastet werden. Gerade aufgrund der wirtschaftlichen Belastung der Antragstellerin seien großzügige und gestaffelte Fristen für die Nutzungsuntersagung gewählt worden. Unzutreffend sei die Aussage, der illegale rechtswidrige Gewerbebetrieb sei jahrelang geduldet worden. Die neu angedachte Bauleitplanung habe zum Zeitpunkt des Erlasses der Nutzungsuntersagung am 21.5.2015 keine Berücksichtigung finden können, weil es sie zum damaligen Zeitpunkt nicht gegeben habe. Auch zum Zeitpunkt des Erlasses des Änderungsbescheids am 25.5.2016 habe es noch keinerlei Änderungs- bzw. Aufstellungsbeschlüsse der Gemeinde für ein neu ins Auge gefasstes Gewerbegebiet auf der anderen Seite der Gemeindestraße gegeben. Die formelle Illegalität der gegenständlichen Anlage stehe außer Zweifel. Der Antragstellerin sei es nicht gelungen, eine entsprechende Genehmigung vorzulegen. Auch das Landratsamt und die Gemeinde hätten eine solche Genehmigung nicht ermitteln können, obwohl die Beweispflicht auf Seiten der Antragstellerin liege. Eine materielle Genehmigungsfähigkeit nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB sei nicht gegeben. Das Vorhaben könne in jedem Gewerbe- und Industriegebiet untergebracht werden. Dass das Vorhaben als sonstiges Vorhaben die Regelbelange des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtige, bedürfe keiner eingehenderen Würdigung. Auch die mögliche Genehmigung eines Quarzkiesabbaus nach Bergrecht besitze keine Relevanz. Die beabsichtigte Abbaufäche sei über 250 m vom gegenständlichen Standort entfernt, auch ein

bergrechtlicher Sachzusammenhang mit dem Lager- und Verkaufsplatz sei nicht zu konstruieren.

Für den Sachverhalt und das Vorbringen der Beteiligten im Übrigen wird Bezug genommen auf die Behördenakten, die wechselseitigen Schriftsätze in diesem sowie im Hauptsacheverfahren unter dem Aktenzeichen RN 6 K 15.904 und die Niederschriften über die Beweisaufnahme am 22.9.2015 und den Erörterungstermin am 16.6.2016.

## II.

### I. Der zulässige Antrag bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Gemäß § 80 Abs. 1 VwGO haben Widerspruch und Anfechtungsklage grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO entfällt die aufschiebende Wirkung unter anderem in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, besonders angeordnet wird. Ein solcher Fall liegt hier hinsichtlich der Nutzungsuntersagung vor, weil das Landratsamt 1\*\*\*\*\* in Nr. 3 des angefochtenen Bescheids die sofortige Vollziehung der Nutzungsuntersagung angeordnet hat. Nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO entfällt die aufschiebende Wirkung außerdem in den durch Landesgesetz vorgesehenen Fällen. Ein solcher Fall liegt hier gemäß Art. 21 a Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) vor, wonach Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben, soweit sie sich gegen Maßnahmen richten, die in der Verwaltungsvollstreckung getroffen werden. Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO im Fall des Absatzes 2 Nr. 4 die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen bzw. gemäß Art. 21 a Abs. 2 VwZVG i.V.m. § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO im Fall des Absatzes 2 Nr. 3 die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Das Gericht trifft dabei eine eigene Ermessensentscheidung, bei der es zwischen dem von der Behörde geltend gemachten Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheids und dem Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs abzuwägen hat. Bei dieser Abwägung sind auch die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein mögliche summarische Überprüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse der Antragstellerin regelmäßig zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid schon bei summarischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, besteht kein öffentliches Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht absehbar, verbleibt es bei einer Interessenabwägung.



Nach diesen Grundsätzen war vorliegend der Antrag abzulehnen, da bei summarischer Prüfung die Klage der Antragstellerin erfolglos bleiben wird.

Im Rahmen der im Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Überprüfung ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen von Art. 76 Satz 2 BayBO vorliegen. Danach kann die Nutzung untersagt werden, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften genutzt werden.

Die Nutzung der Grundstücke der Antragstellerin zum Zwecke einer Anlage zum Lagern, Umschlagen und Verkauf verschiedener Waren und Baustoffe ist formell illegal, weil sie genehmigungspflichtig aber nicht genehmigt ist (vgl. unten 1.). Weder die Nutzungsuntersagung (vgl. unten 2.) noch die Anordnung der sofortigen Vollziehung (vgl. unten 3.) sind ermessensfehlerhaft.

1. Die untersagte Nutzung der ehemaligen Kiesgrube durch die Antragstellerin ist formell illegal.

a) Die Nutzungsänderung einer ehemaligen Kiesgrube in einen Lager-, Umschlag- und Verkaufsort von Kies, Sand, Schotter, Humus, Rindenmulch und sonstigen schüttbaren Gütern und Baustoffen ist gemäß Art. 55 Abs. 1 BayBO genehmigungspflichtig. Ein Ausnahmetatbestand i.S. d. Art. 57 BayBO ist nicht ersichtlich. Insbesondere dient die Anlage nicht einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb (Art. 57 Abs. 1 Nr. 15a BayBO). Da sie im Außenbereich liegt, kommt auch Art. 57 Abs. 1 Nr. 15b BayBO nicht zur Anwendung.

b) Eine Baugenehmigung für die genannte Nutzung konnte durch die Antragstellerin, die hierfür die Beweislast trägt, nicht vorgelegt werden. Die Nutzung ist auch nicht Teil der mit Bescheid vom 20.8.1980 erteilten und später verlängerten wasserrechtlichen Erlaubnis für die Kiesentnahme und anschließende Wiederverfüllung auf FINr. 2324. Zwar kann eine Genehmigung zum Kiesabbau in Einzelfällen sozusagen als Annex einen Handel mit dem abgebauten Kies auf dem streitgegenständlichen Grundstück mitumfassen. Soweit es sich aber um einen Handel mit fremdem Kies handelt, ist fraglich, ob auch dieser noch auf eine Genehmigung zum Kiesabbau gestützt werden kann. Erst Recht scheidet ein Handel mit fremden Schüttgütern aus, wenn der eigentliche Kiesabbau eingestellt ist und der Lager- und Umschlagplatz die eigentliche Nutzung darstellt.

2. Die Anordnung der Nutzungsuntersagung ist nicht ermessensfehlerhaft.

Beim Ermessen im Rahmen von Art. 76 Satz 2 BayBO handelt es sich um ein sogenann-

tes intendiertes Ermessen, dem die Tendenz zu eigen ist, die der Natur der Sache nach gebotene Pflicht zum Einschreiten zu verwirklichen. Das behördliche Ermessen wird deshalb nur eröffnet, um in Ausnahmefällen zu ermöglichen, von dem an sich gebotenen Einschreiten abzusehen, wenn dies nach den konkreten Umständen angezeigt ist (Simon/Busse/Decker, BayBO Art. 76 Rn. 301). Im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung scheidet eine Nutzungsuntersagung nicht bereits bei der Möglichkeit einer Genehmigungsfähigkeit aus, sondern nur, wenn die betroffene Nutzung offensichtlich materiell rechtmäßig und damit genehmigungsfähig ist. Eine solche offensichtliche Genehmigungsfähigkeit für die von der Antragstellerin ausgeübte Nutzung besteht im vorliegenden Fall nicht. Vielmehr spricht vieles dafür, dass die streitgegenständliche Nutzung nicht genehmigungsfähig ist.

a) Zunächst ist nicht davon auszugehen, dass das Vorhaben der Klägerin im Außenbereich privilegiert zulässig wäre. Eine Privilegierung folgt insbesondere nicht aus § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB. Diese Norm setzt nämlich voraus, dass sich die konkrete Nutzung nicht in einem der in der Baunutzungsverordnung typisierten Baugebiete unterbringen lässt. Wie sich aus § 8 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO sowie aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO ergibt, sind Lagerplätze aber sowohl in Gewerbegebieten als auch in Industriegebieten allgemein zulässig. Auch wenn im vorliegenden Fall mit Staubimmissionen zu rechnen ist, ist der von der Klägerin betriebene Lager- und Umschlagplatz für schüttbare Güter grundsätzlich in Gewerbe- oder Industriegebieten zulässig. Für eine Anwendung von § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB besteht daher kein Raum.

b) Die von der Antragstellerin ausgeübte Nutzung beeinträchtigt als sonstiges Vorhaben öffentliche Belange i.S.v. § 35 Abs. 3 BauGB. Das Vorhaben widerspricht den Darstellungen des Flächennutzungsplans (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB), weil dieser das Gebiet als Fläche für den Kiesabbau ausweist. Ein Lager- und Umschlagplatz lässt sich nicht unter diesen Begriff subsumieren. Die Nutzung als Lager- und Umschlagplatz lässt zudem die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten (§ 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB). Dabei kommt es für die Entstehung einer Splittersiedlung nicht darauf an, ob die jeweilige bauliche Anlage zum Aufenthalt von Menschen bestimmt ist (BVerwG, U. v. 19.4.2012 – 4 C 10/11 – juris Rn. 25). Vielmehr ist Splittersiedlung jeder Siedlungsansatz, dem es an dem für einen Ortsteil erforderlichen Gewicht fehlt (Jäde in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, § 35 Rn. 224). Eine solche Splittersiedlung ist jedenfalls dann städtebaulich bedenklich, wenn von ihr eine Bezugsfallwirkung ausgeht. Dies ist vorliegend der Fall, weil die Ansiedlung weiterer Gewerbebetriebe bei Zulassung eines nicht privilegierten Betriebes nicht verhindert werden könnte. Die Nutzung führt schließlich auch zu einer Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft und ihres Erholungswerts. Eine sol-

che Beeinträchtigung liegt bereits dann vor, wenn ein Vorhaben der naturgemäßen Nutzungsweise der Landschaft widerspricht und deshalb an einem Standort wesensfremd ist (BVerwG, B. v. 29.4.1968 – IV B 77.67 – juris).

c) Ein Ermessensfehler ergibt sich auch nicht daraus, dass der Antragsgegner – wie die Antragstellerin meint - im Rahmen der Ermessensausübung neuere Entwicklungen nicht berücksichtigt hätte.

Selbst wenn die von der Gemeinde 3\*\*\*\*\* beabsichtigte Bauleitplanung zu Festsetzungen eines Bebauungsplans führen würde, nach denen die gegenwärtige Nutzung durch die Antragstellerin legal wäre, steht das Inkrafttreten eines derartigen Bebauungsplans jedenfalls nicht unmittelbar bevor. Vielmehr bedarf es hierzu im Rahmen des Aufstellungsverfahrens noch mehrerer Zwischenschritte. Insoweit kann dahin gestellt bleiben, ob die von der Gemeinde 3\*\*\*\*\* beabsichtigte Bauleitplanung Realisierungschancen besitzt. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, kann jedenfalls von einer in unmittelbarer Zukunft zu erwartenden offensichtlichen Genehmigungsfähigkeit keine Rede sein.

Ähnlich verhält es sich mit den von der Antragstellerin geplanten weiteren Abbautätigkeiten, die eine Zuständigkeit des Bergamts Südbayern begründen könnten. Insoweit ist bislang lediglich eine Probe für den Abbau von Quarzkies entnommen worden, ohne dass derzeit hinreichend konkretisiert ist, ob und wann für einen solchen Abbau eine Genehmigung erteilt werden wird. Erst recht ist nicht erkennbar, dass eine solche Genehmigung Auswirkungen auf die Zulässigkeit der gegenwärtigen und vom Antragsgegner untersagten Nutzung auf den streitgegenständlichen Grundstücken haben könnte.

d) Ein Ermessensfehler ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die der Antragstellerin für die Einstellung der Nutzung gesetzte Frist zu kurz bemessen gewesen wäre. Vielmehr hat der Antragsgegner im Bescheid vom 21.5.2015 durch eine gestaffelte Fristsetzung die Interessen der Antragstellerin hinreichend berücksichtigt. Eine Fristsetzung von 6 Monaten, 12 Monaten bzw. 18 Monaten je nach Art der Materialien erscheint insoweit auch angemessen, weil der Antragstellerin hierdurch Gelegenheit eingeräumt wurde, die zum Zeitpunkt des Bescheidserlasses auf dem Grundstück befindlichen Materialien noch weitgehend zu verwerten.

3. Ein Ermessensfehler ergibt sich auch nicht, soweit der Antragsgegner die sofortige Vollziehbarkeit der Nr. 1 des Bescheides vom 21.5.2015 angeordnet hat. Vielmehr hat er zutreffend darauf verwiesen, dass ein weiteres Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache der Antragstellerin ermöglichen würde, weiterhin einen ungerechtfertigten

Vorteil aus einer rechtswidrigen Nutzung zu ziehen. Weiterer Ermessenserwägungen bedurfte es insoweit nicht.

4. Die Anordnung ist auch nicht in Ziff. 4 gegenstandslos geworden, weil mittlerweile auch die mit Ergänzungsbescheid vom 25.5.2016 gesetzte Frist in Ziff. 1b) hinsichtlich der Einstellung des Handels mit nicht abgepackten Waren und Baustoffen wie losen Steinen, Findlingen, Humus, Rindenmulch und sonstigen - mit Ausnahme der unter 1c) genannten – schüttbaren Gütern und die Beseitigung dieser Materialien bis spätestens 30.6.2016 abgelaufen ist. Zwar gebieten es Gründe des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), dass der Adressat einer sofort vollziehbaren Anordnung in der Regel beanspruchen kann, dass ein zur Durchsetzung der Anordnung gesetztes Zwangsmittel zumindest bis zur erstinstanzlichen Entscheidung über seinen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht angewendet wird. Dieses berechtigte Interesse könnte die Behörde bei der Bestimmung der Erfüllungsfrist (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 VwZVG) dadurch berücksichtigen, dass das Ende der Frist für den Fall, dass ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt wird, auf einen Zeitpunkt nach der abschließenden Entscheidung über den Antrag festgelegt wird (VG Regensburg, U.v. 22.4.2010 – 5 K 09.1472 – BeckRS 2010, 49274). Der im Einzelfall gebotene Aufschub kann aber auch dadurch erreicht werden, dass entweder das Gericht eine Zwischenentscheidung trifft oder dass sich die Behörde – wie hier auf Anregung des Gerichts geschehen – verpflichtet, nicht vor der Entscheidung über den Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zu vollstrecken (BayVGH, B.v. 20.12.2001 – 1 ZE 01.2820 – juris Rn. 14). Demgegenüber gebietet es Art. 19 Abs. 4 GG aber nicht, die Fristbestimmung in einer Zwangsgeldandrohung als gegenstandslos zu behandeln, wenn das Verwaltungsgericht bei Ablauf der Erfüllungsfrist (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 VwZVG) noch nicht über den Antrag des Betroffenen, die aufschiebende Wirkung herzustellen bzw. anzuordnen, entschieden hat; insoweit können nämlich die Rechte des Betroffenen bei der Anwendung des durch Art. 37 Abs. 1 Satz 1 VwZVG eingeräumten „Anwendungsermessens“ berücksichtigt werden (BayVGH, B.v. 20.12.2001, a.a.O., Rn. 15). Dieses ist dann in der Regel so auszuüben, dass das Zwangsmittel erst angewandt wird, wenn dem Betroffenen nach der (erstinstanziellen) Entscheidung ausreichend Zeit geblieben ist, die Anordnung zu befolgen (Vgl. BayVGH, B.v. 20.12.2001, a.a.O., Rn. 15). In Anbetracht der Tatsachen, dass einerseits ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz durch die Antragstellerin erst kurz vor Ablauf der Frist gestellt wurde, andererseits aber zwischen den Beteiligten lange verhandelt wurde, wird man es hier als zumutbar ansehen können, wenn die Antragstellerin die in Ziff. 1b) genannten Nutzungen bis spätestens 15.10.2016 einstellt.

II. Der Antrag war daher mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen.

III. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG unter Berücksichtigung des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

### **Rechtsmittelbelehrung**

(1) Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu. Die **Beschwerde** ist innerhalb von **zwei Wochen** nach Bekanntgabe der Entscheidung **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** einzulegen (Hausanschrift: Haidplatz 1, 93047 Regensburg; Postfachanschrift: Postfach 110165, 93014 Regensburg). Die Frist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeht (Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 340148, 80098 München).

Die Beschwerde ist **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe der Entscheidung **zu begründen**. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, **beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Allen Schriftsätzen sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

**Hinweis auf Vertretungszwang:** Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich alle Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt bereits für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird, die aber noch beim Verwaltungsgericht vorgenommen werden. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder die anderen in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich auch durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; Einzelheiten ergeben sich aus § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO.

(2) **Streitwertbeschwerde:** Gegen die Festsetzung des Streitwerts steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,- EUR übersteigt, oder wenn die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, **beim Bayerischen Verwaltungsgericht Regensburg** (Hausanschrift: Haidplatz 1, 93047 Regensburg; Postfachanschrift: Postfach 110165, 93014 Regensburg) einzulegen. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Allen Schriftsätzen sollen jeweils 4 Abschriften beigelegt werden.

Dr. Fischer  
Richter am VG

Beck  
Richterin am VG

Dr. Käsbauer  
Richterin