

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

28.05.2013

**Geschäftszahl**

2011/05/0139

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und den Senatspräsidenten Dr. Waldstätten sowie die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz und die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kalanj, über die Beschwerde der G GmbH in Wien, vertreten durch Dr. Adrian Hollaender, Rechtsanwalt in 1190 Wien, Aslangasse 8/2/4, und durch Schuppich Sporn & Winischhofer, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Falkestraße 6, gegen den Bescheid der Wiener Landesregierung vom 21. Juli 2011, Zl. MA 64-2652/2011, betreffend Anordnung einer Ersatzvornahme, zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführerin hat der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Verfahrensanordnung des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, vom 8. September 2005 wurde der Beschwerdeführerin die Ersatzvornahme hinsichtlich der Leistung angedroht, zu der sie mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, vom 29. November 2002, Zl. MA 37/18-L Gst. 603/44/1972/2002, verpflichtet worden war, nämlich das auf der Liegenschaft EZ 1354 KG P ohne Bewilligung errichtete Gebäude mit Außenabmessungen von ca. 8,40 x 6,00 m in den beiden oberen Geschoßen, ca. 12,90 x 6,00 m + 2,10 x 7,00 m im darunter liegenden Geschoß, mit der darunter liegenden Teilunterkellerung und dem eingeschoßigen Anbau mit ca. 4,90 x 1,80 m zu entfernen (zum Bauauftragsverfahren vgl. das hg. Erkenntnis vom 27. April 2004, Zl. 2003/05/0104; mit diesem Erkenntnis wurde die Beschwerde gegen den Bescheid der Bauoberbehörde für Wien vom 26. Februar 2003, Zl. BOB - 25 und 26/03, mit dem die Berufung gegen den oben genannten Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 37, vom 29. November 2002 abgewiesen worden war, abgewiesen).

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 25, vom 8. Juni 2011 wurde gemäß § 4 Abs. 1 VVG die zwangsweise Durchführung des behördlichen Auftrages durch Ersatzvornahme angeordnet.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2011 teilte die Magistratsabteilung 37 der Berufungsbehörde mit, die von den verfahrensgegenständlichen Abtragungsaufträgen umfassten Objekte auf den Liegenschaften Grundstück Nr. 603/32 in EZ 1348 und Nr. 603/44 in EZ 1354, beide KG P (zum erstgenannten Grundstück vgl. das hg. Erkenntnis vom heutigen Tag, Zl. 2011/05/0140), stellten in Wirklichkeit ein Gebäude dar, das sich über die beiden Liegenschaften erstreckte. Es werde auch als solches benützt, da keine bauliche Trennung an der gemeinsamen Grundstücksgrenze vorhanden sei. Es beinhalte zwei oberirdische Geschoße mit einer verbauten Fläche von insgesamt ca. 100 m<sup>2</sup> sowie ein Kellergeschoß im Ausmaß von insgesamt 155 m<sup>2</sup>, das im Bereich hangabwärts (südseitig) durch Geländeanschlüpfungen von bis zu ca. 2 m nur seitlich eingeschüttet und mit einer Terrasse versehen sei. An der Vorderseite des Kellergeschoßes (südseitig) bestehe eine vollflächige Verglasung. Seitens der Beschwerdeführerin sei am 27. Juni 2011 für die beiden Liegenschaften je ein Bauansuchen um nachträgliche Bewilligung eines Kleingartenwohnhauses gemäß § 8 des Wiener Kleingartengesetzes 1996 (KGG) eingebracht worden. Diese beiden eingereichten Projekte umfassten je ein Kleingartenwohnhaus, das aus zwei Obergeschoßen mit je ca. 50 m<sup>2</sup> verbauter Fläche bestehe. Die Kleingartenwohnhäuser seien weiters nicht unterkellert, und es werde die Gebäudehöhe von einem Geländeniveau aus dargestellt, das bis zu ca. 2 m über dem gewachsenen Gelände liege. Die derzeit anhängigen beiden Einreichprojekte beinhalteten daher nicht das in

der Natur vorhandene Objekt bzw. die in den verfahrensgegenständlichen Abtragungsaufträgen umfassten Objekte.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde die Berufung der Beschwerdeführerin gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 10 Abs. 2 VVG als unbegründet abgewiesen. (Unter einem wurden die Berufung des L. mangels Parteistellung als unzulässig zurückgewiesen sowie der Antrag, die Berufungsbehörde möge amtswegig die der Vollstreckungsverfügung zugrunde liegenden Bescheide der unteren Instanzen aufheben bzw. den Unterinstanzen auftragen, die der Vollstreckungsverfügung zugrunde gelegenen Bescheide aufzuheben, als unzulässig zurückgewiesen. Ferner wurde der Antrag, der Berufung aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, als unzulässig zurückgewiesen).

Begründend wurde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und von Rechtsvorschriften im Wesentlichen ausgeführt, dem Vollstreckungsverfahren liege ein auf die gänzliche Beseitigung des verfahrensgegenständlichen Bauwerkes gerichteter Entfernungsauftrag zugrunde. Argumente gegen den rechtskräftigen Bauauftrag könnten im Vollstreckungsverfahren nicht mehr erfolgreich vorgebracht werden. Bei dem am 27. Juni 2011 anhängig gemachten Bauansuchen handle es sich um kein die Vollstreckung hemmendes Ansuchen um nachträgliche Genehmigung des vorschriftswidrig errichteten Bauwerkes, sondern um ein Bauansuchen für ein anderes Gebäude, ein sogenanntes "aliud" (Wiedergabe der oben genannten Darlegungen der Magistratsabteilung 37). Dieses Bauansuchen sei auch dann als Ansuchen für ein vom vorschriftswidrig errichteten Bauwerk verschiedenes Bauwerk anzusehen, wenn mit diesem Ansuchen Baumaßnahmen durchgeführt werden sollten, die dazu führten, dass das vorschriftswidrige Bauwerk in einen bauordnungskonformen Zustand versetzt würde, der den Abbruch letztendlich obsolet machte. Da das rechtliche Schicksal des vom gegenständlichen Entfernungsauftrag umfassten Bauwerkes vom Ausgang des laufenden Verfahrens über ein Bauansuchen nicht abhängt, komme diesem keine die Vollstreckung des Titelbescheides aufschiebende Wirkung zu.

Die Beschwerdeführerin habe vorgebracht, vor dem Verfassungsgerichtshof sei ein Verfahren wegen Verfassungswidrigkeit des Flächenwidmungsplanes anhängig. Allfällige zukünftige Änderungen des Flächenwidmungsplanes könnten im Verfahren zur Erlassung und Vollstreckung eines Entfernungsauftrages aber keine Relevanz haben.

Ebenso wenig wie im Vollstreckungsverfahren die Frage der Rechtmäßigkeit des Titelbescheides aufgerollt werden könne, könne die Vollstreckung mit der Behauptung bekämpft werden, die zu vollstreckende Verpflichtung widerspreche dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht zum Schutz des Eigentums und der EMRK. Das anhängige Vollstreckungsverfahren zielt auf die Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung des Hauseigentümers ab. Mit der Abwicklung dieses Verfahrens werde weder in das Eigentum noch in andere Grundrechte in unzulässiger Weise durch die Behörde eingegriffen, zumal es der Verpflichtete in der Hand habe, es nicht auf eine Ersatzvornahme ankommen zu lassen.

Auf das Ersatzvornahmeverfahren habe weder das beim Verfassungsgerichtshof wegen Gesetzwidrigkeit des Flächenwidmungsplanes anhängige Verfahren noch jenes beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen behaupteter menschenrechtswidriger Eingriffe in das Eigentum oder andere Grundrechte anhängige Verfahren Einfluss. Aus beiden Verfahren lasse sich keine Unzulässigkeit der Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme ableiten.

Die Rechtslage, die zum Zeitpunkt der Erlassung des Titelbescheides maßgebend gewesen sei, habe sich nicht geändert. Mit der Novelle LGBL. Nr. 13/2006 seien zwar einige Bestimmungen des KGG geändert worden, die im vorliegenden Fall konsenslos vorgenommene Bauführung sei durch diese Gesetzesänderung aber nicht in einen gesetzeskonformen Zustand übergeführt worden. Das gegenständliche, vor dieser Novellierung des KGG errichtete Bauwerk, das in vom bewilligten Plan abweichender Lage gebaut und somit zur Gänze konsenslos errichtet worden sei, sei auch nach dieser Novellierung als konsenslos zu qualifizieren.

Das Schonungsprinzip des § 2 Abs. 1 VVG könne nicht dazu führen, dass von der Vollstreckung des Titelbescheides überhaupt abgesehen werde. Die Ersatzvornahme stelle das im VVG zur Erbringung vertretbarer Leistungen ausdrücklich vorgesehene Zwangsmittel dar. Eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 2 VVG komme schon aus diesem Grunde nicht in Betracht. Auch der Verlust von Wohn- oder Geschäftsräumen bewirke nicht die Unzulässigkeit der Vollstreckung, da die Frage der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit für die Zulässigkeit der Ersatzvornahme irrelevant sei.

Dass das vorschriftswidrig errichtete Bauwerk, wie aufgetragen, beseitigt worden sei, werde nicht einmal behauptet. Aus dem Berufungsvorbringen gehe vielmehr unmissverständlich hervor, dass das Gebäude nicht beseitigt worden sei.

Die Begründung der erstinstanzlichen Vollstreckungsverfügung sei ausreichend, um nachvollziehen zu können, weshalb diese Verfügung erlassen worden sei.

Das Vorbringen, die Vollstreckungsverfügung und der zu vollstreckende Entfernungsauftrag stimmten nicht überein, sei vollkommen haltlos. Seit der Erlassung des Beseitigungsauftrages sei weder eine die Hinfälligkeit des Titelbescheides bewirkende Änderung der maßgebenden Rechtslage noch eine Änderung des maßgebenden Sachverhaltes, die einen im Spruch anderslautenden Titelbescheid nach sich ziehen und somit die Unzulässigkeit der Vollstreckung bewirken könnte, eingetreten.

Die Baulichkeit sei weder beseitigt worden noch sei für sie eine nachträgliche Baubewilligung erwirkt worden noch sei für sie ein Ansuchen um Erteilung einer nachträglichen Baugenehmigung anhängig. Die Vollstreckungsbehörde sei nicht zuständig zur Aufhebung von Bescheiden der Baubehörde. Da dem Berufungsvorbringen insgesamt nicht zu folgen gewesen sei, sei auch den damit im Zusammenhang gestellten Anträgen nicht stattzugeben gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2011 hat die Beschwerdeführerin ein Rechtsgutachten des Univ. Prof. Dr. SM vom 16. September 2011 betreffend fehlerhafte Kundmachung des Wiener Kleingartengesetzes 1996, LGBl. Nr. 57, vorgelegt und die Unterbrechung des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof sowie einen Antrag an den Verfassungsgerichtshof auf Gesetzesprüfung hinsichtlich des KGG angeregt.

Mit Schreiben vom 19. November 2011 hat die Beschwerdeführerin eine Äußerung zur Gegenschrift der belangten Behörde erstattet und ein Rechtsgutachten des Univ. Prof. Dr. BF vom 7. November 2011 betreffend Bauführungen nach dem Wiener Kleingartengesetz 1966 (gemeint offenbar: 1996) vorgelegt.

Mit Schreiben vom 19. Juli 2012 hat die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass für die Gebäude, die Gegenstand dieses Verfahrens (und des Verfahrens zur Zl. 2011/05/0140) sind, rechtskräftige Baubewilligungen vorlägen. Daher seien die angefochtenen Bescheide unzulässig.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, das Verfahren bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zu den Zlen. B 732/11 und B 1304/12, zu unterbrechen. Diese Verfahren beträfen jeweils die Gesetzwidrigkeit bzw. Nichtigkeit von Teilen des KGG.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Soweit die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift darauf hinweist, dass die Beschwerde, um rechtzeitig zu sein, spätestens am 9. September 2011 zu erheben gewesen wäre, ist festzuhalten, dass die Beschwerde am 9. September 2011 mit Telefax eingebracht wurde.

In der Beschwerde wird im Wesentlichen vorgebracht, der angefochtene Bescheid fuße auf einem Titelbescheid, der in Anwendung des KGG ergangen sei. Somit sei dieses Gesetz auch die rechtliche Grundlage des in Beschwerde gezogenen Bescheides. Fiele diese rechtliche Grundlage weg, wäre in logischer Folge auch dem angefochtenen Bescheid die rechtliche Grundlage entzogen. Ohne KGG könne es keinen Verstoß gegen dasselbe geben. Ohne Verstoß gegen das KGG könne die Kleingartenbaulichkeit mangels Existenz der gesetzlichen Bestimmungen, gegen die sie angeblich verstoße, nicht rechtswidrig sein. Bei Wegfall der Rechtswidrigkeit der Kleingartenbaulichkeit müsse auch die auf diese bezogene Vollstreckungsverfügung wegfallen und würde sich folglich auch der angefochtene Bescheid als rechtswidrig erweisen. Recherchen der Beschwerdeführerin hätten zutage gefördert, dass das KGG überhaupt nicht als Gesetz beschlossen worden sei. Wie die Verfassungsexperten Univ. Prof. Dr. B und Univ. Prof. Dr. K auf Anfrage bestätigt hätten, sei es damit absolut nichtig. Dies sei spruchrelevant, da zumindest die Möglichkeit bestehe, dass die Behörde bei richtiger rechtlicher Beurteilung eine andere Entscheidung gefällt hätte. Nach dem Grundsatz "iura novit curia" sei dies auch ohne Verstoß gegen das Neuerungsverbot im verwaltungsgerichtlichen Verfahren relevierbar.

Das Verfahren auf Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung sei zum Entscheidungszeitpunkt der Berufungsbehörde anhängig gewesen und sei es nach wie vor. Dessen Erledigung wäre daher abzuwarten gewesen.

Entgegen der Auffassung der belangten Behörde sei im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes des § 2 VVG die Vollstreckung wegen Widerspruchs zu grundrechtlichen Vorschriften bekämpfbar. Das gewählte Vollstreckungsmittel (der Abbruch der gesamten Baulichkeit) sei gerade nicht das gelindeste Mittel, sodass der angefochtene Bescheid solcherart auch grundrechtlichen Vorschriften zuwiderliefe. Ein derart weitgehender Eingriff stelle nämlich keine Maßnahme dar, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sei, zumal hinsichtlich der Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft in der Rechtsprechung des EGMR gefordert werde, dass der Eingriff einem geradezu zwingenden sozialen Bedürfnis entsprechen und verhältnismäßig sein müsse, was hier nicht der Fall sei. Die Vollstreckung sei somit unzulässig. Die Vollstreckungsverfügung lasse auch die gebotene Abwägung unter grundrechtlicher Perspektive vermissen. Dass außerdem, auch aus einfachgesetzlicher Perspektive des § 2 VVG, ein Auftrag zum Totalabbruch nicht das gelindeste Mittel darstelle, sondern sehr wohl alternativ etwa ein Auftrag zu Umbaumaßnahmen als gelinderes Mittel möglich gewesen wäre, liege auf der Hand. Die Anordnung der Vornahme korrigierender Baumaßnahmen wäre hinreichend gewesen. Es sei keineswegs die gesamte Baulichkeit gesetzwidrig, sondern allenfalls nur das Maß, das das gesetzeskonform genehmigungsfähige Maß

übersteige. Über den Antrag, das Vollstreckungsverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens auf Erteilung der nachträglichen Baubewilligung auszusetzen, da letzteres präjudiziell sei, habe die belangte Behörde überhaupt nicht begründet entschieden, was ebenfalls eine Rechtswidrigkeit darstelle.

Die belangte Behörde hätte auch dem Antrag auf Beischaffung des zur Zahl B 732/11 geführten Aktes des Verfassungsgerichtshofes entsprechen müssen, weil diesbezüglich ein Verfahren betreffend die Verfassungswidrigkeit des zugrundeliegenden Flächenwidmungsplanes anhängig sei. Da nämlich bei Aufhebung des Flächenwidmungsplanes wegen Verfassungswidrigkeit und bei nachfolgender verfassungskonformer Umwidmung der die Baulichkeit tragenden Liegenschaft im Bauland jeder allfällige Rechtswidrigkeitsgrund wegfiel und die Baulichkeit vielmehr bei Herstellung der verfassungskonformen Widmungslage rechtskonform wäre, sei eine Vollstreckung unzulässig. Die Vollstreckung sei somit zumindest für die Dauer der Anhängigkeit des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof unzulässig. Zumindest hätte die belangte Behörde wegen Präjudizialität des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof ihr Verfahren aussetzen müssen.

Die belangte Behörde hätte auch das Vorbringen würdigen müssen, dass betreffend die gegenständliche Baulichkeit ein Beschwerdeverfahren vor dem EGMR wegen Eigentumseingriffen und anderer Grundrechtseingriffe anhängig sei, und hätte auch unter diesem Aspekt eine Vollstreckung als unzulässig beurteilen müssen. Zumindest hätte die belangte Behörde das Verfahren bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem EGMR aussetzen müssen, da dessen Ergebnis für das Vollstreckungsverfahren sowie für das Fortbestehen oder den Wegfall des Vollstreckungstitels präjudiziell sei.

Beseitigungsaufträge seien nur dann zulässig, wenn der Bau sowohl zur Zeit seiner Errichtung bewilligungs- oder anzeigepflichtig gewesen sei als auch zur Zeit des Auftrages. Die Vollstreckungsverfügung stütze sich aber als jüngste Entscheidung auf einen Bescheid der Bauoberbehörde für Wien aus dem Jahr 2003. Die belangte Behörde hätte zu prüfen gehabt, ob die aus dem Exekutionstitel ableitbare Verpflichtung erfüllt worden sei oder nicht. Daher habe die Antragstellung auf Erteilung der nachträglichen Baubewilligung sowie die damit verbundene und bereits geschehene Bauführung auf Grundlage der derzeit geltenden Rechtslage zur Folge, dass eine Beseitigungspflicht, wie sie in der Vollstreckungsverfügung basierend auf der Sach- und Rechtslage aus dem Jahr 2003 angenommen worden sei, nicht mehr in Frage komme. Dazu komme, dass eine allfällige unzulässige Bauführung im Jahre 1999, also vor der Novelle LGBl. Nr. 13/2006, durch die nunmehr nach der Novelle erfolgte bauliche Änderung nicht mehr gegenständlich sei. Das Gesetz habe sich nämlich, wie die belangte Behörde selbst einräume, inzwischen geändert. Die belangte Behörde wäre daher verpflichtet gewesen, sich vor Erlassung der Vollstreckungsverfügung im Hinblick auf die lang verstrichene Zeit seit dem Jahr 2003 und im Hinblick auf das Verfahren auf Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung sowie im Hinblick auf die neue Rechtslage davon zu überzeugen, ob die dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden Sachverhaltsannahmen überhaupt noch vorlägen. Jegliches Ermittlungsverfahren hinsichtlich der dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden Sachverhaltsannahmen sei unterblieben. Ob die Gesetzesänderungen maßgeblich gewesen seien oder nicht und ob die dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden Sachverhaltsannahmen überhaupt noch vorlägen, lasse sich daher nicht beurteilen. Die diesbezüglichen Annahmen der belangten Behörde seien ohne Grundlage. Bei entsprechenden Ermittlungen wäre die belangte Behörde zum Ergebnis gelangt, dass das Berufungsvorbringen zutreffend und der Berufung somit stattzugeben gewesen wäre. Dass das Gebäude auch nach der Novellierung des KGG als konsenslos zu qualifizieren sei, sei durch keinerlei Ermittlungsergebnis gedeckt.

Die belangte Behörde hätte außerdem auch wahrnehmen müssen, dass die Vollstreckung unzulässig sei, weil gemäß § 79 Abs. 6 der Bauordnung für Wien in Vorgärten, Abstandsflächen und auf sonstigen gärtnerisch auszugestaltenden Flächen befestigte Wege und Zufahrten, Stützmauern, Stufenanlagen, Rampen uä im unbedingt erforderlichen Ausmaß zulässig seien, wobei es hier nicht um eine Unmöglichkeit im Sinne von technischer Undurchführbarkeit, sondern um eine vernünftige wirtschaftliche Wertung, auch durch das Einbeziehen der Interessen der Nachbarn, gehe. Die unbedingte Möglichkeit müsse dabei für die Möglichkeit einer widmungskonformen Nutzung der Liegenschaft oder zulässigen Baulichkeit auf dieser Liegenschaft gegeben sein. Mit diesem Aspekt habe sich die belangte Behörde nicht in hinreichender Weise auseinandergesetzt.

Auf das Berufungsvorbringen, dass die Vollstreckungsverfügung unzureichend begründet sei und dies die Vollstreckung unzulässig mache, sei die belangte Behörde nur marginal eingegangen, indem sie gemeint habe, die Vollstreckungsverfügung sei hinreichend begründet, ohne dies jedoch ihrerseits hinreichend zu begründen.

Letztlich habe die belangte Behörde ein Eingehen auf das Berufungsvorbringen, dass im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. März 2011, Zl. 2008/05/0024, ausgesprochen worden sei, dass Bauführungen im Kleingartengebiet unzulässig seien, wenn sie nicht in § 7 KGG aufgezählt seien, und dass daher ein Abbruch der Baulichkeit auch unzulässig wäre, weil ein Abbruch nicht eine in § 7 KGG aufgezählte Baumaßnahme sei, einzugehen gehabt. Wegen Verfügung der Anwendung eines unzulässigen Mittels wäre die Vollstreckungsverfügung nämlich unzulässig gewesen. Es sei nicht auszuschließen, dass die belangte Behörde bei Auseinandersetzung mit diesem Aspekt zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

Gemäß § 2 Abs. 1 VVG haben die Vollstreckungsbehörden bei der Handhabung der in diesem Bundesgesetz geregelten Zwangsbefugnisse an dem Grundsatz festzuhalten, dass jeweils das gelindeste, noch zum Ziel führende Zwangsmittel anzuwenden ist.

Wenn der zu einer Arbeits- oder Naturalleistung Verpflichtete dieser Pflicht gar nicht oder nicht vollständig oder nicht zur gehörigen Zeit nachgekommen ist, so kann die mangelnde Leistung gemäß § 4 Abs. 1 VVG nach vorheriger Androhung auf Gefahr und Kosten des Verpflichteten bewerkstelligt werden.

Die Berufung gegen eine nach diesem Bundesgesetz erlassene Vollstreckungsverfügung kann gemäß § 10 Abs. 2 VVG nur ergriffen werden, wenn

1. die Vollstreckung unzulässig ist oder
2. die Vollstreckungsverfügung mit dem zu vollstreckenden Bescheid nicht übereinstimmt oder
3. die angeordneten oder angewendeten Zwangsmittel im Gesetz nicht zugelassen sind oder mit § 2 VVG in Widerspruch stehen.

In der Beschwerde wird nicht bestritten, dass ein rechtskräftiger Titelbescheid vorliegt. Es ist aber ausgeschlossen, im Zuge des Vollstreckungsverfahrens Einwendungen vorzubringen, die sich gegen den Titelbescheid richten (vgl. die bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahren II*, 2. Auflage, S. 1391 ff wiedergegebene hg. Rechtsprechung).

Auch das Vorbringen in der Beschwerde, dass sich dieser Titelbescheid auf rechtswidrige oder nichtige Rechtsvorschriften gestützt habe, führt die Beschwerde im Hinblick darauf nicht zum Erfolg, und zwar schon deshalb, weil die von der Beschwerdeführerin behaupteten Mängel der den Titelbescheid tragenden generellen Rechtsvorschriften gegebenenfalls bereits bei dessen Erlassung vorgelegen wären. Es wäre also auch beim Zutreffen des Beschwerdevorbringens nicht so, dass erst nach der Erlassung des Titelbescheides durch diese Mängel eine Rechtslage eingetreten wäre (z.B. Fehlen des KGG bzw. des Flächenwidmungsplanes), die die Baulichkeit rechtmäßig (etwa auch bewilligungsfrei) und dadurch eine Vollstreckung unzulässig gemacht hätte. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof den angefochtenen Bescheid anhand der bei seiner Erlassung für ihn maßgebenden Rechtslage zu prüfen hat (vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht*, 10. Auflage, S. 487, RZ 1020). Es erübrigt sich daher, auf das diesbezügliche Beschwerdevorbringen weiter einzugehen, und aus den genannten Überlegungen scheidet auch eine Unterbrechung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, um Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes in diesen Fragen abzuwarten, aus.

Es ist zutreffend, dass während der Anhängigkeit eines Verfahrens betreffend eine nachträgliche Baubewilligung ein Beseitigungsauftrag wegen Konsenswidrigkeit nicht vollstreckt werden darf (vgl. die bei *Moritz*, *Bauordnung für Wien*, 4. Auflage, S. 322 f zitierte hg. Rechtsprechung). Dies setzt aber voraus, dass sich das nachträgliche Bauansuchen auf das vom Vollstreckungsverfahren betroffene Bauobjekt bezieht. Die belangte Behörde hat in sachverhaltsmäßiger Hinsicht in der Begründung ihres Bescheides nachvollziehbar dargelegt, weshalb dies im vorliegenden Fall nicht gegeben ist. In der Beschwerde werden diese sachverhaltsmäßigen Ausführungen nicht bestritten. Der belangten Behörde kann somit aber nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie zu dem Schluss gelangt ist, dass das nachträgliche Bauansuchen der gegenständlichen Vollstreckung nicht entgegensteht. Aus der Bescheidbegründung geht damit auch hinreichend deutlich hervor, warum die belangte Behörde das Verfahren für die Dauer des Baubewilligungsverfahrens nicht ausgesetzt hat.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, dass ein unrechtmäßiger Grundrechtseingriff stattfinde und ein Verfahren vor dem EGMR abzuwarten gewesen wäre, ist dem entgegenzuhalten, dass es im gegenständlichen Vollstreckungsverfahren nicht um Grundrechtseingriffe durch die Beseitigung des Bauwerkes geht. Diese Frage ist bereits im Titelbescheid rechtskräftig entschieden worden. Soweit sich die Vollstreckung daher in dessen Rahmen bewegt und nur der Umsetzung des Titelbescheides in die Wirklichkeit dient, kann durch sie kein relevanter Grundrechtseingriff mehr erfolgen (vgl. EGMR 9. Februar 2006, Nr. 4533/02, *Freilinger gegen Österreich*). Außerdem hat ein Urteil des EGMR über eine Konventionsverletzung nur feststellenden Charakter und bewirkt nicht die Aufhebung eines innerstaatlichen Rechtsaktes, würde hier somit auch nicht den Wegfall des Titelbescheides bewirken (vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, aaO, S. 808, RZ 1571).

Die belangte Behörde hat zurecht dargelegt, dass die Ersatzvornahme das im VVG zur Erbringung vertretbarer Leistungen ausdrücklich vorgesehene Zwangsmittel darstellt und eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 2 VVG schon aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt (vgl. die bei *Walter/Thienel*, aaO, S. 1282 unter E 6 wiedergegebene hg. Rechtsprechung). Im Verwaltungsvollstreckungsverfahren kann auch unter Berücksichtigung des Schonungsprinzips nicht bloß die Verkleinerung der Baulichkeit erzwungen werden, wenn der Titel auf Abtragung lautet (vgl. die bei *Walter/Thienel*, aaO, S. 1285 unter E 25 zitierte hg. Rechtsprechung). Im Übrigen zeigt die Beschwerdeführerin auch nicht auf, dass die genehmigungsfähigen Teile der Baulichkeit von den anderen Teilen trennbar wären und dass sich die nachträglich anhängigen Baubewilligungen auf von den übrigen trennbare Elemente bezogen hätten, sodass allenfalls unter derartigen Umständen eine Unzulässigkeit der Vollstreckung hinsichtlich des gesamten Bauwerkes in Frage kommen könnte. Zwar ist es der Beschwerdeführerin unbenommen, ein Bauwerk - unter Beachtung der Rechtsvorschriften - in ein anderes umzugestalten und damit einen anderen Sachverhalt zu schaffen, der gegebenenfalls einer Vollstreckung entgegenstehen könnte. Im Vollstreckungsverfahren kommt dies aber angesichts des rechtskräftigen Titelbescheides nicht in Frage. Soweit die Beschwerdeführerin daher Umbaumaßnahmen als gelinderes Mittel ins Treffen führt, zeigt sie damit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Zutreffend weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ein Beseitigungsauftrag nur dann zulässig ist, wenn der Bau sowohl zur Zeit seiner Errichtung bewilligungs- oder anzeigepflichtig war als auch zur Zeit des Auftrages. Dass seit dem Titelbescheid eine längere Zeitspanne verstrichen ist, führt aber nicht dazu, dass im Vollstreckungsverfahren umfassende Sachverhaltsermittlungen zur Frage, ob sich eine relevante Änderung des Sachverhaltes ergeben hat, notwendig wären. Dass sich in sachverhaltsmäßiger Hinsicht eine relevante Änderung ergeben hätte, dass nämlich in der Zeit seit dem Bauauftrag diesem nachgekommen worden wäre, behauptet im Übrigen auch die Beschwerdeführerin nicht.

Eine Vollstreckung könnte sich dann im Sinne des § 10 VVG als unzulässig erweisen, wenn die nunmehrige Rechtslage für den Bau eine Bewilligungs- oder Anzeigepflicht nicht mehr vorsähe. Wie die belangte Behörde zutreffend dargelegt hat, ist eine derartige Änderung der Rechtslage seit der Erlassung des Bauauftrages aber nicht eingetreten, und zwar auch nicht durch die Novelle des KGG LGBI. Nr. 13/2006.

Soweit die Beschwerdeführerin rügt, dass die erstinstanzliche Vollstreckungsverfügung unzureichend begründet gewesen sei, ist darauf hinzuweisen, dass dieser allfällige Verfahrensmangel jedenfalls dadurch saniert ist, dass die Entscheidung der Berufungsbehörde selbst in der Sache ausreichend begründet wurde (vgl. die bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahren I*, S. 1067, unter E 154 zitierte hg. Judikatur). Dabei war die Berufungsbehörde nicht verhalten, näher darzulegen, ob die erstinstanzliche Bescheidung in der Sache ausreichend begründet war oder nicht.

Nicht nachvollziehbar ist das Beschwerdevorbringen, weshalb auf Grund des § 79 Abs. 6 der Bauordnung für Wien eine Unzulässigkeit der Vollstreckung gegeben sein sollte.

Soweit die Beschwerdeführerin schließlich vermeint, dass deshalb, weil Abbrüche nicht als im Kleingartengebiet zulässige Baumaßnahmen im Gesetz aufgezählt seien, ein Abbruch im Wege der Ersatzvornahme unzulässig wäre, ist ihr entgegenzuhalten, dass das Bauauftragsverfahren gegen rechtswidrige Bauten und die Vollstreckung der Bauaufträge gerade dazu dient, den Zustand herzustellen, den das Gesetz vor Augen hat, nämlich dass keine rechtswidrigen Bauten vorhanden sind. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin führt die Rechtslage nicht dazu, dass beliebig vorschriftswidrige Bauten errichtet werden könnten und gegen diese nicht vorgegangen werden könnte, weil eine Beseitigung unzulässig wäre.

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof kann gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG ungeachtet eines Parteienantrages von einer mündlichen Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK dem nicht entgegensteht.

Annexverfahren, die keine Entscheidung in der Hauptsache enthalten, fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsrahmen des Art. 6 EMRK, was auch für ein Vollstreckungsverfahren gilt, das allein der Durchsetzung einer bereits im Titelverfahren getroffenen Entscheidung dient (vgl. die bereits zitierte Entscheidung des EGMR vom 9. Februar 2006, Nr. 4533/02, *Freilinger gegen Österreich*, sowie die hg. Erkenntnisse vom 16. März 2012, Zl. 2010/05/0090, und vom 24. Jänner 2013, Zl. 2011/06/0184). Art. 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. Die Entscheidung konnte daher im Sinne des § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 28. Mai 2013