

BGer 4A_163/2018 vom 21. September 2018

Bundesgericht, 2018-09-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_163_2018

FR: TF 4A_163/2018 du 21 septembre 2018

IT: TF 4A_163/2018 del 21 settembre 2018

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das in einer Zivilsache (Art. 72 BGG) als Rechtsmittelinstanz entschieden (Art. 75 BGG) und die Anträge der Beschwerdeführerin teilweise abgewiesen hat (Art. 76 Abs. 1 BGG). Der Streitwert ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und die Beschwerdefrist (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist somit - unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin bezieht sich in ihrer Beschwerde teilweise auf Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich im Urteil vom 31. Mai 2017, welche die Vorinstanz durch einen Verweis auch in diesem Verfahren zu ihren eigenen machte. Da das Bundesgericht das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2017 bereits aufgrund der ausser Acht gelassenen Akten als willkürlich betrachtete und integral aufhob, befasste es sich im Rückweisungsentscheid vom 20. Dezember 2017 nicht mit den übrigen Erwägungen der Vorinstanz, womit diese - soweit bereits geltend gemachte Rügen erneut und in rechtsgenügender Weise erhoben werden - an dieser Stelle vom Bundesgericht zu überprüfen sind. Indessen ist sowohl die Vorinstanz als auch das Bundesgericht an die im Rückweisungsentscheid vom 20. Dezember 2017 bereits entschiedenen Fragen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gebunden (vgl. BGE 140 III 466 E. 4.2.1; 135 III 334 E. 2.1; 131 III 91 E. 5.2).

E. 2

Zwischen den Parteien bestand ein Auftragsverhältnis (Art. 394 ff. OR). Die Vorinstanz hat die verspätete Einreichung der Rekurschrift als Sorgfaltspflichtverletzung des Beschwerdegegners qualifiziert. Sie kam jedoch zum Schluss, dass der Rekurs auch bei rechtzeitiger Einreichung mangels bewiesener ununterbrochener rechtswidriger Nutzung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfolglos geblieben wäre. Damit fehle es am hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem behaupteten Schaden.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt, die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die rechtswidrige "sexgewerbliche" Nutzung in ihrer Liegenschaft durch eine rechtmässige Wohnnutzung respektive einen Leerstand unterbrochen wurde, beruhe auf willkürlicher Sachverhaltsfeststellung und auf falscher Anwendung von Art. 310 und 317 ZPO . Des Weiteren sei ihr rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV ; Art. 53 Abs. 1 ZPO) wiederholt verletzt worden.

E. 3.1

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

"Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

E. 3.2

Nach den Erwägungen der Vorinstanz zur "sexgewerblichen" Nutzung des ersten Obergeschosses bestimmt der Vertrag mit C._____ (Urk. 4/36) einen Mietbeginn auf den 1. Oktober 1985. Hingegen bescheinige die Einzugsanzeige (Urk. 4/37) einen tatsächlichen Einzug erst per 1. Januar 1986, womit begründete Zweifel an einem Einzug per 1. Oktober 1985 bestünden respektive der diesbezügliche Beweis als gescheitert zu betrachten sei. Die Vorinstanz fügt an, das Argument der Beschwerdeführerin, Frau C._____ habe den 1. Januar 1986 als Einzugsdatum angegeben, um einer Busse wegen verspäteter Meldung zu entgehen, sei nicht stichhaltig; zumal es durch keine Beweisanträge untermauert sei und ohnehin der Vermieter und nicht C._____ selbst den Einzug per 1. Januar 1986 angemeldet hätte.

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin wendet ein, es sei nicht auf die Einzugsanzeige, sondern auf den Mietvertrag abzustellen und die Annahme der Vorinstanz, ein sexgewerblich nutzbares Mietobjekt sei trotz Zahlung der Mietzinse während dreier Monate nicht genutzt worden, sei "absolut lebensfremd". Hiermit verfällt sie in appellatorische Kritik. Sie gesteht sodann selbst ein, dass C._____ nicht mehr genau wusste, ab wann sie im ersten Stock tätig war. Aus diesem Grunde kann der Bausektion denn auch entgegen entsprechenden Einwänden der Beschwerdeführerin weder Voreingenommenheit noch eine willkürliche Durchführung der Befragung vorgeworfen werden, wenn sie es unterliess, C._____ auf die Diskrepanz zwischen der Einzugsanzeige und des Mietbeginns anzusprechen respektive sich zu erkundigen, ob sie - wie die Beschwerdeführerin unsubstantiiert behauptet - während dieser Zeit eine "schöpferische" Pause von drei Monaten eingelegt habe.

E. 3.2.2

An der Willkürfreiheit des vorinstanzlichen Beweisergebnisses ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin nichts, dass im vorliegenden Zivilverfahren auf den Stand des öffentlich-rechtlichen Verfahrens abzustellen sei, das bei rechtzeitiger Einreichung der Berufungsschrift durchgeführt worden wäre und in welchem gemäss anwendbarem Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich neue Beweismittel ohne Einschränkung hätten zugelassen werden müssen.

Denn entgegen entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin würdigte die Vorinstanz die Befragungen von D._____, E._____ und F._____ in rechtsgenügender Art und Weise. Da die Beschwerdeführerin selbst nicht behauptet, dass die genannten Personen konkrete Angaben über genau definierte Zeiträume betreffend die Nutzung der streitgegenständlichen Liegenschaft hätten machen können, konnte die Vorinstanz die Aussagen ohne in Willkür zu verfallen, als vage und unbestimmt qualifizieren. Ohnehin beschränkt sich die Beschwerdeführerin darauf, dem vorinstanzlichen Beweisergebnis ihre eigene Würdigung der Beweise gegenüberzustellen. Doch ist das Ergebnis der vorinstanzlichen Beweiswürdigung Sachverhaltsfeststellung und erweist sich nur als willkürlich (Art. 9 BV), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung übereinstimmen, belegt indessen keine Willkür (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2).

Insoweit die Beschwerdeführerin überdies eine unzulässige fehlende Berücksichtigung weiterer Beweismittel (Zeugenbefragung von G._____ sowie der Aussagen von H._____) rügt, vermag sie nicht darzutun, inwiefern deren Berücksichtigung für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen wären (Art. 97 BGG). Die allgemein gehaltene und sich nicht auf allfällige kürzere Leerstände beziehende schriftliche Aussage von H._____, zwischen 1985 und 1990 sei jedes Stockwerk ausschliesslich "sexgewerblich" genutzt worden, reicht - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - jedenfalls nicht aus, um Willkür am Beweisergebnis der Vorinstanz zu begründen. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Aussage des damaligen Eigentümers I._____, gemäss welchem nach der Darstellung der Beschwerdeführerin - soweit er sich erinnere - ausschliesslich an "Betreiberinnen von Massagestudios" vermietet worden sei. Entgegen dem, was die Beschwerdeführerin zu unterstellen versucht, ist auch nicht davon auszugehen, dass diese Personen nach so langer Zeit anlässlich Einvernahmen genauere Angaben hätten machen können. Es ist vom willkürfrei festgestellten Sachverhalt der Vorinstanz auszugehen, dass das erste Obergeschoss seit dem Auszug J._____s per 31. März 1985 vom 1. April 1985 bis zum 1. Januar 1986 über neun Monate bzw. bei Abzug des Monats zur Renovierung über acht Monate hinweg nicht sexgewerblich genutzt wurde.

E. 3.2.3

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang sodann eine Verletzung von Art. 310 sowie 317 Abs. 1 ZPO betreffend Berufungsgründe bzw. Noven im Berufungsverfahren. Ihre Argumentation führt ins Leere, da mangels Entscheidungsrelevanz der angerufenen angeblich nicht oder nicht in genügendem Masse berücksichtigten Beweismittel der Vorinstanz von vornherein keine Bundesrechtsverletzung vorgeworfen werden kann.

Die Vorinstanz hat entgegen wiederholten Rügen der Beschwerdeführerin auch das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV ; Art. 53 Abs. 1 ZPO) nicht verletzt; selbst wenn sie sich mit einzelnen Einwänden nicht befasst haben sollte. So wird nicht gefordert, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die wesentlichen Überlegungen beschränken (BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 141 V 557 E. 3.2.1 ; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; je mit Hinweisen). Dass die vorinstanzliche Begründung rechtsgenügend ist, kann im Übrigen aus den von der Beschwerdeführerin zur Sache erhobenen Rügen geschlossen werden. Mithin ergeht aus der Beschwerdeschrift, dass sie sich über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an das Bundesgericht weiterziehen konnte.

E. 3.3

In Bezug auf das Erdgeschoss der fraglichen Liegenschaft ist sodann einzig strittig, ob die Vorinstanz zu Recht von einer Wohnnutzung über eine Zeitspanne von zwei bis drei Monaten im Frühling 1988 ausging.

E. 3.3.1

Nach den Erwägungen der Vorinstanz nennen der Mieterspiegel und die Nutzungsbelegung D._____ als Mieterin des Erdgeschosses von 1977 bis 2003. Dies stehe jedoch im Widerspruch zu den Rapporten der Sittenpolizei, gemäss welchen die seit 1984 als Prostituierte tätige D._____ erst seit dem Jahre 1993 an der Strasse X._____ gemeldet sei. Während D._____ nicht mehr aussagen können, seit wann sie an der Strasse X._____ "sexgewerblich" tätig gewesen sei, habe C._____ diesbezüglich ausgeführt, es habe zwischen 1986 bis 1992 auch einmal ein "junger, kräftiger Bursche im Laden im Parterre" während zwei bis drei Monaten gewohnt. Dieser habe an der Wohnung einen Aushang "kein Salon" angebracht. Die Vorinstanz erachtete diese Aussage von C._____ als plausibel und schloss, D._____ könne oder wolle sich wohl schlicht nicht mehr an die Untervermietung erinnern; zumal auch die Beschwerdeführerin in ihrer Rekurschrift nicht ausgeschlossen habe, dass D._____ ihr Etablissement eine gewisse Zeit zu Wohnzwecken einem Dritten überlassen habe.

E. 3.3.2

Die von der Beschwerdeführerin gegen diese Feststellung im angefochtenen Urteil vorgebrachten Einwände sind nicht stichhaltig. So wäre es an der Beschwerdeführerin als Eigentümerin gelegen, Unterlagen bezüglich der "sexgewerblichen" Nutzung der streitgegenständlichen Liegenschaft ins Recht zu legen respektive gegebenenfalls bei ihren Rechtsvorgängern erhältlich zu machen, wobei entgegen dem, was sie zu unterstellen scheint, das Nichtvorhandensein solcher Dokumente zu keiner Herabsetzung des Beweismasses führen kann. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, C._____ müsse K._____, welche einen Umbau durchgeführt habe, für einen Mann gehalten haben, da diese maskuline Züge aufweise, findet sodann keine Stütze in den Feststellungen der Vorinstanz und überzeugt ohnehin nicht. Für die Darstellung C._____s spricht hingegen, dass die Beschwerdeführerin, dazumals vertreten durch den Beschwerdegegner, in der verspätet eingereichten Rekurschrift nach den Erwägungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt eine Untervermietung an einen Dritten zu Wohnzwecken ebenfalls nicht ausgeschlossen hatte. Demnach kann der Vorinstanz keine Willkür vorgeworfen werden, wenn sie der Aussage C._____s Glauben schenkte und eine Wohnnutzung über eine

Zeitspanne von zwei bis drei Monaten im Frühling 1988 feststellte.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Bundes- und Verfassungsrecht durch die Vorinstanz. Indem die Vorinstanz den Anspruch auf Weiterführung der unbewilligten "sexgewerblichen" Nutzung verneinte, habe sie namentlich die Grundsätze der Eigentums- und Bestandesgarantie (Art. 26 BV) sowie des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verkannt respektive das Willkürverbot (Art. 9 BV) verletzt sowie die Norm betreffend die ausserordentliche Ersitzung (Art. 662 ZGB) falsch angewandt.

E. 4.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren (BGE 136 II 359 E. 8; 132 II 21 E. 6.3 S. 39; 107 Ia 121 E. 1a). Den Kantonen steht es frei, kürzere Verwirkungsfristen vorzusehen (vgl. Urteil 1P.768/2000 vom 19. September 2001 E. 5b, in: ZBl 103/2002 S. 188), welche sich zudem aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben können (BGE 136 II 359 E. 7; 132 II 21 E. 6.3). Dies kann namentlich der Fall sein, wenn die Behörden den baurechtswidrigen Zustand über Jahre hinaus duldeten, obwohl ihnen die Gesetzeswidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen (BGE 136 II 359 E. 7.1 S. 365; 132 II 21 E. 6; Urteil 1C_412/2016 vom 1. Dezember 2016 E. 2.5). Insoweit das Bundesgericht kantonales Recht zu überprüfen hat, kann es aufgrund der eingeschränkten Beschwerdegründe in Art. 95 BGG erst bei Willkür (Art. 9 BV) korrigierend einschreiten.

E. 4.2

Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des jeweiligen Unterbruchs der "sexgewerblichen" Nutzung des ersten Obergeschosses und des Erdgeschosses kein Anspruch auf Verzicht der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zustehe.

Insoweit die Beschwerdeführerin diese Rechtsanwendung beanstandet, beruft sie sich einzig auf tatsächliche Behauptungen, die in den willkürfreien Feststellungen im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und deshalb unberücksichtigt zu bleiben haben. So bringt sie in Bezug auf das Erdgeschoss vor, der verhältnismässig kurze Unterbruch des "sexgewerblichen" Betriebs für die Dauer des Umbaus stelle keine Aufgabe der rechtswidrigen Nutzung dar. Die Vorinstanz hielt indessen nicht nur eine unterbruchslose "sexgewerbliche" Nutzung aufgrund eines Umbaus für unbewiesen, sondern ging vielmehr davon aus, dass das Erdgeschoss für zwei bis drei Monate vorübergehend zonenkonform zu Wohnzwecken genutzt wurde. Inwiefern die Vorinstanz die angerufenen Bestimmungen des Bundes- bzw. Verfassungsrechts (Art. 662 ZGB , Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 und 26 BV) verletzt haben soll, wenn diese willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz dem Urteil des Bundesgerichts zugrunde gelegt werden (Art. 105 Abs. 1 BGG), legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Dass sodann die festgestellte Lücke in der sexgewerblichen Nutzung betreffend das erste Obergeschoss von neun respektive acht Monaten auch unbedeutend sein sollte, behauptet die Beschwerdeführerin selbst nicht.

E. 5

Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass der Rekurs bei rechtzeitiger Einreichung und materieller Beurteilung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht als begründet beurteilt worden wäre. Es deutet auch nichts darauf

hin, dass ein gegenteiliges Ergebnis bei einem Weiterzug an das kantonale Verwaltungsgericht sowie an das Bundesgericht zu erwarten gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es mangle am hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der nicht rechtzeitigen Einreichung der Rekursbeschwerde und dem angeblich dadurch erwachsenen Schaden durch die reduzierte Nutzung der Liegenschaft an der Strasse X. _____ als Bordellbetrieb zutreffend. Da die Beschwerde bereits aus diesem Grund abzuweisen ist, erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zur Schadensberechnung einzugehen, welche im Falle einer Gutheissung vorzunehmen gewesen wäre.

E. 6

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sie hat den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.