

# **BGer 4A\_373/2017 vom 20. Dezember 2017**

Bundesgericht, 2017-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_373\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_373_2017)

FR: TF 4A\_373/2017 du 20 décembre 2017

IT: TF 4A\_373/2017 del 20 dicembre 2017

## **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**

Soweit die Beschwerdeführerin Beweisanträge stellt, übersieht sie, dass das Bundesgericht nicht selbst Beweise abnimmt, um den Sachverhalt festzustellen oder den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt zu ergänzen ( BGE 133 IV 293 E. 3.4.2 S. 295 f.).

### **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, bei rechtzeitiger Einreichung hätte die Baurekurskommission den Rekurs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit abgewiesen; die Baurekurskommission hätte mit anderen Worten den Entscheid der Bausektion vom 8. November 2005, wonach für das Erdgeschoss und das erste Obergeschoss eine ununterbrochene "sexgewerbliche Nutzung" nicht nachgewiesen sei, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestätigt. Die Vorinstanz verneinte somit den hypothetischen Kausalzusammenhang zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung und dem behaupteten Schaden.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe willkürlich Beweismittel übersehen und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 3.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV ) verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt ( BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Dies gilt für alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen ( BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188 mit Hinweisen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann ( BGE 136 I 265

E. 3.2 S. 272 mit Hinweisen). Er gewährleistet unter anderem den Beweisführungsanspruch, der sich für das Bundesprivatrecht besonders aus Art. 8 ZGB ergibt, sowie seit Inkrafttreten der ZPO auch in Art. 152 ZPO verankert ist. Dieser Beweisführungsanspruch verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind ( BGE 133 III 295 E. 7.1; Urteile 4A\_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.2; 4A\_452/2013 vom 31. März 2014 E. 3.1).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat sowohl in Bezug auf das Erdgeschoss als auch in Bezug auf das erste Obergeschoss festgestellt, zentrale Beweismittel, auf welche die Bausektion in ihrem Entscheid vom 8. November 2005 verwiesen habe, befänden sich nicht bei den Akten. Sie führte aus, die von der Bausektion vorgenommene Beweiswürdigung betreffend das erste Obergeschoss könne schon deshalb nicht überprüft werden, weil die Belege Nr. 37, 38 und 39 zum Baugesuch (Urk. 4/9 S. 4), welche für die Baubehörde entscheidend gewesen seien, im vorliegenden Verfahren nicht vorgelegt worden seien. Das wäre aber nach dem Verhandlungsgrundsatz ( Art. 55 Abs. 1 ZPO ) Sache der Parteien gewesen. Auch die Beweiswürdigung betreffend das Erdgeschoss könne im vorliegenden Schadenersatzprozess schon deshalb nicht überprüft werden, weil der Mieterspiegel und die Rapporte der Sittenpolizei, welche der Bausektion vorgelegen hätten, nicht bei den Akten seien. Könne aber die Beweiswürdigung nicht überprüft werden, so könne das Gericht von vornherein nicht zum Schluss kommen, die Beweiswürdigung der städtischen Behörde hätte im Baurekursverfahren korrigiert werden müssen.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz verweist für die angeblich fehlenden Belege Nr. 37, 38 und 39 zum Baugesuch auf "Urk. 4/9 S. 4". Dabei handelt es sich um den Entscheid der Bausektion der Stadt Zürich vom 8. November 2005. Auf dessen Seite 4 unter E. B/b/dd nimmt die Bausektion auf die Belege 37-39 Bezug; gemäss diesen Erwägungen ergibt sich aus den (nicht näher bezeichneten) Belegen Nr. 37 und 38, dass der Mietantritt von C.\_\_\_\_\_ mit 1. Oktober 1985 datiert sei. Bei Beleg Nr. 39 handelt es sich um die Einzugsanzeige von C.\_\_\_\_\_ bei der Einwohner- und Fremdenkontrolle.

Die Beschwerdeführerin bezieht sich in N. 22 ihrer Beschwerde auf ebendiese Stelle im Entscheid der Bausektion und bringt mit Aktenhinweisen vor, sie habe alle in E. B/b/dd erwähnten relevanten Belege eingereicht, nämlich den Mietvertrag D.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/34), die Retentionsurkunde D.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/35), den Mietvertrag C.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/36) und die Einzugsanzeige C.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/37). Die Einzugsanzeige entspricht zweifelsfrei dem von der Vorinstanz als fehlend bezeichneten Beleg Nr. 39. Die Belege Nr. 37 und 38 lassen sich mangels Bezeichnung im Entscheid der Bausektion zwar nicht eindeutig zuordnen; jedenfalls aber ergibt sich aus dem Mietvertrag C.\_\_\_\_\_, der sich bei den Akten befindet, die von der Bausektion aus den Belegen Nr. 37 und 38 entnommene Information, "wonach der Mietantritt erst mit 1. Oktober 1985 datiert" sei. Damit erweist sich die vorinstanzliche Feststellung, die Beweiswürdigung der Bausektion könne nicht überprüft werden, weil die entscheidenden Beweismittel nicht bei den Akten seien, als willkürlich. Gleichzeitig stellt die unterbliebene Berücksichtigung dieser Beweismittel eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin dar. Dasselbe gilt für den

Mieterspiegel, welcher entsprechend den zutreffenden Vorbringen der Beschwerdeführerin dem Entscheid der Bausektion vom 2. September 2003, der sich in den Akten befindet, entnommen werden kann. Diese Beweismittel hat die Vorinstanz zu Unrecht ausser Acht gelassen. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben und die Sache ist zu neuer Beurteilung unter Berücksichtigung dieser Beweismittel und der dazugehörenden Ausführungen der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Mai 2017 ist aufzuheben und die Sache ist zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren Begehren nur teilweise durch. Da zum jetzigen Zeitpunkt zudem noch ungewiss ist, ob und in welchem Umfang sie in der Sache obsiegen wird, erscheint es gerechtfertigt, die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und die Parteikosten wettzuschlagen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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