

ZH_OBERGERICHT LB180002 vom 30. Januar 2018

ZH Obergericht, 2018-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB180002

FR: ZH_OBERGERICHT LB180002 du 30 janvier 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LB180002 del 30 gennaio 2018

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt Verwiesen sei auf die E. 1.1. bis 1.6. des Urteils der Kammer vom 31. Mai 2017 (Urk. 101 S. 4-12).

E. 2

Prozessverlauf

E. 2.1

Verwiesen sei zunächst auf die E. 2.1. bis 2.2.3. des Urteils der Kammer vom 31. Mai 2017 (Urk. 101 S. 12 f.).

E. 2.2

Das Urteil der Kammer vom 31. Mai 2017 wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 20. Dezember 2017 aufgehoben und die Sache wurde zu neuer Beurteilung an die Berufungsinstanz zurückgewiesen. Das bundesgerichtliche Urteil ging am 10. Januar 2018 hier ein (Urk. 105). Nicht aufgehoben wurde der am 31. Mai 2017 ebenfalls ergangene Beschluss, mit dem einerseits das Ausstandsgesuch der Klägerin gegen Bezirksgerichtspräsidentin Schurr abgewiesen wurde (Dispositiv-Ziff. 1) und andererseits der Berufungsantrag Ziff. 3 der Klägerin in dem Sinne abgewiesen wurde, dass auf ihr Rechtsbegehren Ziff. 2 nicht eingetreten wurde (vgl. Urk. 101 S. 39).

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Verwiesen sei zunächst auf die E. 4.1. bis 4.4. des Urteils der Kammer vom 31. Mai 2017 (Urk. 101 S. 16-18). Im Sinne der dort gemachten Erwägungen sind grundsätzlich nur die erstinstanzlich vorgetragenen Tatsachenvorbringen von Belang.

E. 3.2

Ergänzend sei Folgendes ausgeführt: Mit seiner Rückweisungsentscheid vom 20. Dezember 2017 beanstandet das Bundesgericht die Feststellung der Berufungsinstanz, dass die Beweismittel der Bausektion der Stadt Zürich nicht überprüft werden könne, weil entscheidende Beweismittel nicht bei den Akten seien, als willkürlich. Das Bundesgericht weist in seiner Rückweisungsentscheid

- 6 - auf die Beweismittel hin, welche die Berufungsinstanz zu Unrecht ausser Acht gelassen hat. Diese Beweismittel betreffen einzig die Beweismittel in den Erwägungen 6.5. ("Zum ersten Obergeschoss insbesondere", Urk. 101 S. 24-28) und 6.6. ("Zum Erdgeschoss insbesondere", S. 28-34). Im Sinne des Rückweisungsentscheides des

Bundesgerichts ist in diesen Punkten neu zu entscheiden, und zwar "unter Berücksichtigung dieser Beweismittel und der dazugehörenden Ausführungen der Beschwerdeführerin" (Urk. 105 E. 3.3 S. 8 unten). Soweit das Bundesgericht das Urteil der Berufungsinstanz aber nicht beanstandet hat, bleibt die Berufungsinstanz an ihr früheres Urteil gebunden. Es verhält sich ähnlich wie bei einer Rückweisungsentscheidung der Berufungsinstanz; auch an einer solchen ist sie im weiteren Prozessverlauf gebunden (BGE 143 III 290 E. 1.5). Das gilt insbesondere auch im Hinblick auf die teilweise Gutheissung der Klage durch das Urteil der Berufungsinstanz. Insoweit wurde das obergerichtliche Urteil vor Bundesgericht nicht angefochten. Dennoch hat das Bundesgericht das Urteil der Berufungsinstanz integral aufgehoben. Dispositiv-Ziff. 1b des Urteils der Berufungsinstanz vom 31. Mai 2017 wird daher ohne weiteres zu wiederholen sein.

E. 3.3

Durch die Aufhebung des Urteils der Berufungsinstanz durch das Bundesgericht steht das Verfahren nun dort, wo es war, bevor das Urteil der Berufungsinstanz vom 31. Mai 2017 erging.

E. 4

Materielles: Die vom Entscheid des Bundesgerichts nicht betroffenen Erwägungen des Urteils vom 31. Mai 2017. Im Sinne des Gesagten gelten die vom Bundesgericht nicht beanstandeten Erwägungen der Berufungsinstanz gemäss ihrem Urteil vom 31. Mai 2017 (Urk. 101) nach wie vor, und es ist in diesem Sinne auf sie zu verweisen. In materieller Hinsicht sind das die folgenden Erwägungen: - Erwägung 5 ("Die Vertragsverletzungen des Beklagten"; Urk. 101 S. 18 - 20). - Erwägungen 6.1., 6.2., 6.3. ("Kausalzusammenhang", "Allgemeines"; Urk. 101 S. 20 - 21). - Erwägung 6.4. ("Allgemeines zur Beweiswürdigung im Zusammenhang mit dem Baurekurs"; Urk. 101 S. 22 - 24). - Erwägung 8 ("Schaden: Verfahrenskosten"; Urk. 101 S. 35 - 38).

- 7 -

E. 5

Zur Beweiswürdigung "Zum ersten Obergeschoss insbesondere"

E. 5.1

Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob die Klägerin bezüglich des ersten Obergeschosses mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit ihrem Anspruch auf Bestandesgarantie durchgedrungen wäre, wenn ihr Baurekurs von der Baurekurskommission hätte beurteilt werden müssen.

E. 5.2

Mit ihrem Entscheid vom 8. November 2005 kam die Bausektion der Stadt Zürich zum Schluss, dass entscheidend sei, ob die für Wohnzwecke bestimmten Räume in den "letzten ca. 24 Jahren" (vgl. Urk. 4/9 S. 2) "kontinuierlich baurechtswidrig" genutzt wurden (Urk. 4/9 S. 7). Bezüglich des ersten Obergeschosses habe es im Jahre 1985 "eine 6- bis 9-monatige Zeitspanne" gegeben, "in der die Räumlichkeiten wahrscheinlich leer standen oder von einer nicht bekannten Mieterschaft benutzt wurden". Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass in dieser Zeit eine "rechtskonforme Wohnnutzung bestanden" habe, "da selbst nicht bewohnte Räume, die zum Wohnen bewilligt worden sind, als baurechtskonforme Nutzung gelten" (Urk. 4/9 S. 8). Diese Räume hätten gemäss dem

massgeblichen öffentlichen Recht nicht für Gewerbezwecke umgenutzt werden dürfen (Urk. 4/9 S. 8 f.); verwiesen wurde auf die Bauvorschriften, die ab dem 12. Januar 1986 in Kraft standen, und auch auf jene, die bis zum 11. Januar 1986 in Kraft standen. Ihre Beweiswürdigung zur Zeitspanne der nicht gewerblichen Nutzung traf die Bausektion auf Grund der folgenden Beweismittel: - Belege Nr. 37, 38 und 39 zum Baugesuch (Urk. 4/9 S. 4); - Befragung von C._____ (Urk. 4/9 S. 4 f.); - Befragung von D._____ (Urk. 4/9 S. 5).

E. 5.3

Mit der verspäteten Rekurschrift der Klägerin vom 29. Dezember 2005 (Urk. 4/10) wurde in diesem Zusammenhang wie folgt argumentiert: Im Sinne ihrer Mitwirkungspflichten habe die Klägerin darzutun, dass die Liegenschaft "während der relevanten Zeitspanne von 25 Jahren ununterbrochen dem Sexgewerbe gedient" habe (S. 5). Dafür, dass es sich so verhalte, liege aber "eine Fülle von Material" vor (S. 6). Auszugehen sei überdies von einer Vermutung einer dauernden rechtswidrigen Nutzung (S. 8 ff.). Bezüglich des ersten Obergeschosses wurde seitens der Klägerin eingeräumt, dass die Bausektion "auf Grund der vorhandenen Belege" davon ausgehe, "dass Frau C._____ ab Herbst 1985 im 1. Obergeschoss gearbeitet habe, allenfalls ab 1. Januar 1986". Frau C._____ könne

- 8 - aber "nicht mehr genau sagen, wann genau sie im 1. Obergeschoss ihre Tätigkeit aufgenommen habe (S. 17). Dennoch habe C._____ ausgesagt, "dass die E._____ -Strasse immer voller Puffs" gewesen sei (S. 18). In diesem Zusammenhang verwies die Klägerin auch auf die Auskunftsperson F._____. Bezüglich des ersten Obergeschosses habe F._____ zu Protokoll gegeben, dass es immer "eine" gegeben habe, "die gemietet hat, und mehrere die arbeiteten". Die "Dunkle", G._____, sei immer dort gewesen (S. 18 f.). Deckungsgleich seien auch die Aussagen der Auskunftsperson H._____ (S. 19). Nach den Aussagen der Auskunftspersonen C._____, H._____, D._____ und F._____ könnten keine Zweifel mehr daran bestehen, dass das erste Obergeschoss auch im Jahre 1985 "durchgehend der sexgewerblichen Nutzung" gedient habe. Daran ändere auch nichts, wenn der Salon tatsächlich für einige wenige Monate leer gestanden hätte (S. 19).

E. 5.4

Damit die Aussichten des verspätet eingereichten Baurekurses beurteilt werden können, müssen die im Entscheid der Bausektion erwähnten sowie die mit dem Rekurs weiter ins Feld geführten Beweismittel vorliegen. Die entscheidenden Beweismittel sind nach dem Gesagten die folgenden: - Belege Nr. 37, 38 und 39 zum Baugesuch; - Befragung von C._____: Urk. 4/27; - Befragung von D._____: Urk. 4/26; - Befragung von F._____: Urk. 4/29; - Befragung von H._____: Urk. 4/30.

E. 5.5

Im vorliegenden Fall geht es darum, ob von einer – wie das auch im verspäteten Baurekurs wiederholt zugestanden wurde (vgl. Urk. 4/10 S. 5, 12, 13, 15, 16, 23) – ununterbrochenen rechtswidrigen Nutzung der Liegenschaft auszugehen ist. Eigentlich müsste darüber detailliert der Eigentümer (d.h. die Klägerin) Auskunft geben können. Unterlagen über die Nutzung liegen in aller Regel beim Eigentümer. Es wäre daher Sache der Klägerin gewesen, solche Unterlagen (namentlich Mietverträge und Zahlungsbelege) vorzulegen und gegebenenfalls bei ihren Rechtsvorgängern erhältlich zu machen. Eine Vermutung zu Gunsten einer rechtswidrigen Nutzung kann entgegen den Thesen der Klägerin in ihrer Rekurschrift vom 29. Dezember 2005 nicht angenommen werden.

E. 5.5.1

Nicht mehr festzuhalten ist an der Auffassung der Berufungsinstanz in ihrem ersten Urteil, dass die von der Bausektion der Stadt Zürich vorgenommene Beweiswürdigung im vorliegenden Schadenersatzprozess schon deshalb nicht überprüft werden könne, weil die Belege Nr. 37, 38 und 39 zum Baugesuch, welche für die Baubehörde entscheidend waren, im vorliegenden Verfahren nicht vorgelegt wurden. Gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts ist die neue Beurteilung nicht nur "unter Berücksichtigung dieser Beweismittel", sondern auch unter Berücksichtigung "der dazugehörigen Ausführungen der Beschwerdeführerin [=Klägerin]" vorzunehmen. Im Lichte der bundesgerichtlichen Erwägungen ist Folgendes festzuhalten (Urk. 105 S. 8):

E. 5.5.2

Die Belege Nr. 37 und 38 lassen sich gemäss dem Rückweisungsentscheid mangels Bezeichnung im Entscheid der Bausektion zwar nicht eindeutig zuordnen. Aus dem Mietvertrag C._____, der sich als Urk. 4/36 bei den Akten befindet, ergibt sich aber die von der Bausektion aus den Belegen Nr. 37 und 38 entnommene Information, "wonach der Mietantritt erst mit 1. Oktober 1985 datiert" war (Urk. 105 S. 8).

E. 5.5.3

Der Beleg Nr. 39 entspricht der als Urk. 4/37 bei den Akten liegenden "Einzugsanzeige C._____" (Urk. 105 S. 8).

E. 5.5.4

Zu den Urk. 4/36 und 4/37 (Mietvertrag C._____ und Einzugsanzeige) führte die Klägerin in ihrer Klageschrift vom 18. Februar 2014 (Urk. 2 Rz 47) Folgendes aus: C._____ habe per 1. Oktober 1985 einen Mietvertrag für das 1. Obergeschoss abgeschlossen und habe ab diesem Zeitpunkt auch den Mietzins bezahlt. Die "Einzugsanzeige für Geschäftslokale" von Frau C._____ an die Einwohner- und Fremdenkontrolle der Stadt Zürich führe "als Mietbeginn jedoch erst per 1. Januar 1986 an". Es bestehe keine Veranlassung daran zu zweifeln, dass C._____ den Salon seit Mietbeginn per 1. Oktober 1985 und mit Bezahlung des Mietzinses auch tatsächlich sexgewerblich genutzt habe. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass sie in der Einzugsanzeige den 1. Januar 1986 als offiziellen Mietbeginn gemeldet habe. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass Frau C._____ während der ersten fünf Monaten der Mietdauer die Anmeldung vergessen habe und deshalb, in der Hoffnung, einer Sanktion entgehen zu können, den 1. Januar 1986 als Mietbeginn angegeben habe. Es komme jedenfalls regelmäs-

- 10 - sig vor, dass Einzugsanzeigen – obwohl eine Pflicht zur sofortigen Anmeldung bestehe – erst verspätet erfolgten. Hingegen erscheine die Annahme lebensfremd, dass ein "sexgewerblich" nutzbares Mietobjekt trotz Zahlung der Mietzinse während dreier Monate nicht genutzt worden sei, wie die Bausektion vermuthungsweise ausgeführt habe. Es sei folglich davon auszugehen, dass der Salon seit Mietbeginn am 1. Oktober 1985 von der damaligen Mieterin, C._____, auch tatsächlich sexgewerblich genutzt worden sei. Mit der Klageantwort vom 20. Oktober 2014 entgegnete der Beklagte dazu Folgendes (Urk. 36 Rz 70): Die Mieterin C._____ habe die Wohnung erst ab dem 1. Oktober 1985 gemietet und sei gemäss Einzugsanzeige vom 23. März 1986 am 1. Januar 1986 eingezogen (Urk. 4/37). Ab wann die Wohnung effektiv wieder "sexgewerblich" genutzt worden sei, könne nicht mehr

erstellt werden. Die Klägerin spekuliere, dass der Betrieb am 1. Oktober 1985 aufgenommen worden sei, Frau C._____ die Anmeldung vergessen habe und mit der verspäteten Anmeldung einer Sanktion habe entgehen wollen. Das sei möglich, aber sehr unwahrscheinlich. Angesichts der rigiden Kontrollen im Milieu durch die Sittenpolizei und der dauernden Abgleiche mit der Einwohnerkontrolle wäre eine verspätete Anmeldung sehr rasch "aufgeflogen". Auch möglich wäre, dass Frau C._____ die Wohnung zuerst habe einrichten und renovieren müssen, bevor sie tatsächlich erst am 1. Januar 1986 den Betrieb aufnehmen können. Dem entgegnete die Klägerin mit ihrer Replik vom 22. März 2015 (Urk. 44 Rz 87), der Beklagte bringe "keinerlei Anhaltspunkt" vor, weshalb der "sexgewerbliche" Betrieb durch Frau C._____ nicht am 1. Oktober 1995 [recte: 1985] hätte aufgenommen werden sollen. Es sei keineswegs unwahrscheinlich, dass eine Anmeldung vergessen gehe und dies von der Sittenpolizei bzw. der Einwohnerkontrolle nicht innert "kürzlicher Frist" bemerkt werde. Der Beklagte hielt dem schliesslich mit seiner Duplik vom 27. April 2015 entgegen (Urk. 57 Rz 116), es sei Sache der Klägerin, den Nachweis dafür zu erbringen, "dass Frau C._____ bereits am 1. Oktober 1995 [recte: 1985] an der E._____ -Strasse sexgewerblich tätig war".

E. 5.5.5

In ihrem Entscheid vom 8. November 2005 führte die Bausektion der Stadt Zürich in diesem Zusammenhang Folgendes aus (Urk. 4/9 S. 4 f.): Vom 1. April

- 11 - 1981 bis 1985 seien im ersten Obergeschoss zwei Salons eingerichtet gewesen. C._____ solle ab 1. April 1985 Mieterin gewesen sein. Dies stimme nicht mit den Belegen Nr. 37 und 38 zum Baugesuch überein, wonach der Mietantritt erst mit 1. Oktober 1985 datiert sei. Gemäss Einzugsanzeige bei der Einwohner- und Fremdenkontrolle (Beleg Nr. 39 [= Urk. 4/37]) sei der Einzug erst am 1. Januar 1986 erfolgt, wobei die Art des Geschäfts als Salon bezeichnet werde. Mit ihrem (verspäteten) Baurekurs hätte die Klägerin (durch den Beklagten) in dem von ihr im vorliegenden Schadenersatzprozess thematisierten Zusammenhang einzig entgegengehalten, dass die Bausektion auf Grund der vorhandenen Belege davon ausgehe, dass Frau C._____ ab Herbst 1985 im ersten Obergeschoss gearbeitet habe, allenfalls ab 1. Januar 1986. Frau C._____ habe allerdings nicht mehr genau sagen können, wann genau sie im 1. Obergeschoss ihre Tätigkeit aufnahm (Urk. 4/10 S. 17 f.). Die Klägerin hatte im Übrigen mit ihrer verspäteten Rekurschrift selber – wenn auch durchaus vage – eingeräumt, es könne sein, dass im Jahre 1985 die Räumlichkeiten im ersten Obergeschoss "einige wenige Monate" leer gestanden sein könnten (Urk. 4/10 S. 19).

E. 5.5.6

In diesem Zusammenhang sind die Urk. 4/36 (Mietvertrag C._____) und Urk. 4/37 (Einzugsanzeige C._____) von Belang. Aus dem Mietvertrag ergibt sich klar, dass der Mietbeginn auf den 1. Oktober 1985 angesetzt wurde. Damit in Widerspruch steht die Einzugsanzeige, die vom Vermieter (und nicht etwa von Frau C._____) erst am 23. März 1986 ausgefüllt wurde und den tatsächlichen Einzug der Mieterin C._____ nicht per 1. Oktober 1985, sondern per 1. Januar 1986 bescheinigte. Hingewiesen wurde in der Einzugsanzeige sodann darauf, dass die Art des Geschäftes ein "Salon" sei und dass eine "Neugründung" vorgenommen worden sei. Es liegt auf der Hand, dass Mietbeginn und tatsächlicher Einzug auseinanderfallen können. Das scheint denn auch – aus welchen Gründen auch immer – im vorliegenden Fall so gewesen zu sein. Weshalb der Vermieter

ein falsches Datum angegeben haben soll, erklärt die Klägerin im Prozess nicht. Die Klägerin übersah sodann ohnehin, dass die Meldung nicht von Frau C._____, sondern vom Vermieter stammte. Die Meldung erfolgte denn auch so oder anders zu spät. Die Meinung der Klägerin, Frau C._____ habe den 1. Januar 1986 als Einzugsdatum angegeben, um einer Sanktion zu entgehen, ist blosser Spekulation, die überdies von keinen Beweisanträgen untermauert ist. Im Baurekurs, den

- 12 - sie der Baurekurskommission hätte vorlegen wollen, gestand die Klägerin jedenfalls noch zu, dass die Wohnung einige Monate leer gestanden haben könnte und dass Frau C._____ nicht mehr sagen könne, wann sie im ersten Obergeschoss ihre Tätigkeit aufgenommen habe. Auf Grund der Einzugsanzeige Urk. 4/37 ist jedenfalls davon auszugehen, dass das nicht vor dem 1. Januar 1986 der Fall war.

E. 5.6

Im Übrigen hätten auch die Aussagen der befragten Auskunftspersonen dem Rekurs der Klägerin nicht die von ihr damals gewünschte Wendung geben können, wenn er denn hätte beurteilt werden müssen. Die Befragungen fanden alle im Sommer 2004 statt, so dass gestützt auf diese Befragungen wegen des Zeitablaufs von vornherein kaum präzise Angaben zur genauen Belegung der Räumlichkeiten im Jahre 1985 erwartet werden konnte.

E. 5.6.1

Die Auskunftsperson D._____ konnte nicht mehr genau sagen, seit wann sie in der Liegenschaft E._____ -Strasse ... als Prostituierte tätig war. Nach D._____ sei dies seit 1985 oder 1986 der Fall gewesen (Urk. 4/26). Solche vagen Angaben helfen nicht weiter.

E. 5.6.2

Auch die Aussagen der Auskunftsperson C._____ konnten nicht anders gewürdigt werden, als die Bausektion das getan hat. Selbst die Klägerin räumte mit der verspäteten Rekurschrift ein, dass der Auskunftsperson die genauen Daten nicht mehr präsent waren. Ganz zu Beginn der Befragung wurde die folgende spontane Äusserung protokolliert (Urk. 4/27 S. 1): "Um was geht es hier? Ich kann Ihnen sagen, dass die E._____ -Strasse 2 immer voller Puffs war." Daraus kann nichts zu Gunsten der Klägerin abgeleitet werden; vielmehr geht aus dieser Aussage hervor, dass die Auskunftsperson genau wusste, welche Aussagen von ihr erwartet wurden. Dennoch lieferte sie in den entscheidenden Punkten keine genauen Angaben, sondern führte lediglich aus, dass sie "ca. 1985" ihre Tätigkeit im zweiten Obergeschoss aufgenommen habe, und zwar im Angestelltenverhältnis (Urk. 4/27 S. 1).

E. 5.6.3

Die Auskunftsperson F._____ beschrieb den Zeitraum ihrer Tätigkeit in der Liegenschaft E._____ -Strasse ... so (Urk. 4/29 S. 1): "Ich war relativ lange dort, da waren immer Salons drin. Es könnte sein so zwischen 1985 und 1995. Kann das sein? Was meinen Sie?"

- 13 - Ihre Angaben waren im Übrigen wenig konkret. Sie habe einmal auf Ersuchen eines I._____ eine Bestätigung unterzeichnet, aus der hervorging, dass dort immer Salons waren. Sie habe aber weder Verträge gehabt noch in Unterlagen nachgesehen (S. 1 und 4).

E. 5.6.4

Die Auskunftsperson H._____ sodann mietete erst vom Jahre 1994 an in der Liegenschaft E._____ -Strasse ... einen Salon. Im Jahre 1986 arbeitete sie "regelmässiger" im Hause,

während sie im Jahre 1985 dort nur "aushalf", und zwar etwa zweimal pro Monat (Urk. 4/30 S. 1 f.). Auch ihre Aussagen können nicht weiterführen.

E. 5.6.5

Die Aussagen aller drei Auskunftspersonen sind ausgesprochen vage und unbestimmt. Dass es im Hause E.____-Strasse ... immer wieder Bordellbetriebe hatte, liegt auf der Hand. Konkrete Angaben darüber, in welchen Zeiträumen das erste Obergeschoss baurechtswidrig genutzt wurde und wann nicht, vermögen die drei Auskunftspersonen aber nicht zu machen. Aus ihren Aussagen geht aber hervor, dass das Haus stets zumindest teilweise für Bordellbetriebe genutzt wurde.

E. 5.7

Zusammenfassend ergibt sich auf Grund der massgeblichen Beweismittel, dass der Baurekurs der Klägerin vom 29. Dezember 2005, wenn er hätte beurteilt werden können, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zur Korrektur des Entscheides der Bausektion der Stadt Zürich vom 8. November 2005 hätte führen können. Die Klägerin bezeichnete im erwähnten (verspäteten) Baurekurs die Sache denn auch selber als spruchreif und gab überdies ihrer Meinung Ausdruck, dass ein weiteres Beweisverfahren zu keinen weiteren Erkenntnissen führen würde (vgl. Urk. 4/10 S. 25 f.). Aus diesem Grunde kann es als sehr unwahrscheinlich angesehen werden, dass die Baurekurskommission Zeugenbefragungen durchgeführt hätte, wenn der Rekurs rechtzeitig gewesen wäre.

E. 5.8

Was mit der Berufung in diesem Zusammenhang vorgetragen wird (Urk. 87 Rz 26 - 37), vermag am Gesagten nichts zu ändern: Die Klägerin versucht zwar, eine abweichende Beweiswürdigung zu erlangen, indessen durchwegs unter Hinweis auf Beweismittel, die im baurechtlichen Verfahren gar nicht zur Verfügung standen bzw. nicht genannt wurden. Zu erinnern ist nochmals daran, dass die Klägerin selber im erwähnten – allerdings verspäteten – Baurekurs die Sache

- 14 - als spruchreif bezeichnet hat, und zwar nach dem oben Ausgeführten mit guten Gründen. Für den vorliegenden Schadenersatzprozess ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Baurekurs der Klägerin bezüglich des ersten Obergeschosses abgewiesen worden wäre, wenn er hätte beurteilt werden müssen.

E. 6

Zur Beweiswürdigung "Zum Erdgeschoss insbesondere"

E. 6.1

Die Vorinstanz kam mit dem angefochtenen Urteil zum Schluss, dass die Wohnung im Erdgeschoss lediglich einmal zwischen 1988 und 1992 während zwei bis drei Monaten nicht "sexgewerblich" genutzt worden sei. Es sei daher überwiegend wahrscheinlich, dass die Rekursinstanz bzw. allfällige weitere Rechtsmittelinstanzen den Rekurs betreffend das Erdgeschoss gutgeheissen und auf die Wiederherstellung der rechtmässigen Nutzung verzichtet hätten (Urk. 88 S. 16-18). Die Klägerin bezeichnete diese Ausführungen mit ihrer Berufung als "korrekt" (Urk. 87 Rz 6), wogegen sie vom Beklagten mit der Berufungsantwort als "sachverhaltswidrig und willkürlich" beanstandet werden (Urk. 97 Rz 20-27). Bezüglich des Erdgeschosses ist daher die gleiche Prüfung vorzunehmen, wie sie bereits hinsichtlich des ersten Obergeschosses vorgenommen worden ist.

E. 6.2

Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Bausektion der Stadt Zürich gemäss Entscheid vom 8. November 2005 zu dem – mit dem verspäteten Baurekurs der Klägerin nicht grundsätzlich in Frage gestellten – Schlusse kam, dass entscheidend sei, ob die für Wohnzwecke bestimmten Räume in den "letzten ca. 24 Jahren" (vgl. Urk. 4/9 S. 2) "kontinuierlich baurechtswidrig" genutzt wurden (Urk. 4/9 S. 7). Weiter wird bezüglich des Erdgeschosses ausgeführt, dass gemäss der Beilage 11 zum Baugesuch (Mieterspiegel und Nutzungsbelegung von 1977 bis 2003) D._____ Mieterin gewesen sei. Allerdings sei gemäss den Rapporten der Sittenpolizei zwar bekannt, dass D._____ seit dem Jahre 1984 als Prostituierte tätig gewesen sei. Dennoch sei ihre Adresse E._____ -Strasse ... der Sittenpolizei erst seit dem Jahre 1993 bekannt. In der Befragung habe sie denn auch nicht mehr gewusst, seit wann sie an der E._____ - Strasse ... "sexgewerblich" tätig gewesen sei. Die Auskunftsperson C._____ habe in dieser Hinsicht ausgeführt, dass in der Phase von 1986 bis 1992 auch einmal ein "junger, kräftiger Bursche im Laden im Parterre" während zwei bis drei Monaten gewohnt habe, der an der Wohnung einen Aushang "kein Salon" angebracht

- 15 - habe. Daraus schloss die Bausektion, dass sich D._____ "nicht mehr an den Zwischennutzer im Erdgeschoss erinnern kann oder will". Auszugehen sei daher davon, dass D._____ nicht ununterbrochen im Erdgeschoss "sexgewerblich" tätig gewesen sei, sondern die Wohnung einem Herrn als Wohnung überlassen habe. Für das Erdgeschoss könne deshalb nicht von einer ununterbrochenen, sexgewerblichen Nutzung ausgegangen werden (Urk. 4/9 S. 4). In rechtlicher Hinsicht kam die Bausektion zum Schluss, dass die vorübergehende Nutzung des Etablissements als Wohnung dazu geführt hätte, dass für eine erneute gewerbliche Nutzung eine Bewilligung erforderlich gewesen wäre, weshalb für das Erdgeschoss die Bestandegarantie nicht greife (S. 8). Ihre Beweiswürdigung zur Zeitspanne der nicht gewerblichen Nutzung traf die Bausektion auf Grund der folgenden Beweismittel: - Mieterspiegel / Nutzungsbelegung von 1977 bis 2003 = Beilage 11 zum Baugesuch (Urk. 4/9 S. 4); - diverse Rapporte der Sittenpolizei (Urk. 4/9 S. 4); - Befragung von C._____ (Urk. 4/9 S. 4); - Befragung von D._____ (Urk. 4/9 S. 4).

E. 6.3

Mit der verspäteten Rekurschrift der Klägerin vom 29. Dezember 2005 (Urk. 4/10) wurde auch in diesem Zusammenhang argumentiert, dass es "an sich" Aufgabe der Bausektion sei, den Sachverhalt von Amtes wegen zu klären. In diesem Rahmen habe die Klägerin "Mitwirkungsmöglichkeiten und Pflichten darzutun", dass die Liegenschaft "während der relevanten Zeitspanne von 25 Jahren ununterbrochen dem Sexgewerbe gedient" habe (S. 5). Dafür, dass es sich so verhalte, liege "eine Fülle von Material" vor (S. 6). Auszugehen sei überdies von einer Vermutung einer dauernden rechtswidrigen Nutzung (S. 8 ff.). Bezüglich des Erdgeschosses gehe es um den Zeitraum zwischen 1988 und 1992. In dieser Zeit sei stets D._____ im Erdgeschoss als Prostituierte tätig gewesen. Deren Aussagen seien kohärent und klar, und zwar in dem Sinne, dass "Frau D._____ in der kritischen Zeit ununterbrochen im Erdgeschoss tätig war". In der Befragung gemäss § 7 Abs. 1 VRG antwortete D._____ auf den Vorhalt, sie sei bei der "Sitte" erst seit 1993 an der E._____ -Strasse registriert, etwas könne nicht stimmen, denn sie sei im Jahr 1986 oder 1987 von einem Freier an der E._____ -Strasse einmal fast umgebracht worden. Zu der von der Auskunftsperson C._____ beschriebenen Phase, in der ein junger Mann in der Wohnung gewohnt habe, führte

- 16 - die Klägerin mit dem verspäteten Baurekurs aus, es sei durchaus denkbar, dass D._____ bei einer Ferienabwesenheit oder einer Erkrankung den Salon einem jungen kräftigen Burschen überlassen habe, der auf die Wohnung aufzupassen gehabt und dort gelegentlich genächtigt habe (Urk. 4/10 S. 16). Die Beweiswürdi- gung der Bausektion sei willkürlich und unhaltbar (S. 17).

E. 6.4

Für die Beurteilung der Aussichten des vom 29. Dezember 2005 datierten (verspäteten) Baurekurses kommt es auf die im Entscheid der Bausektion er- wählten sowie die mit dem verspäteten Baurekurs weiter ins Feld geführten Be- weismittel an. Die entscheidenden Beweismittel sind nach dem Gesagten die fol- genden: - Mieterspiegel / Nutzungsbelegung von 1977 bis 2003; - diverse Rapporte der Sittenpolizei: nicht bei den Akten; - Befragung von C._____: Urk. 4/27; - Befragung von D._____: Urk. 4/26.

E. 6.5

Auch in diesem Zusammenhang geht es darum, ob von einer ununterbro- chenen rechtswidrigen Nutzung der Liegenschaft auszugehen ist. Auch hier ist zu sagen, dass diese Unterlagen dem Eigentümer der Liegenschaft, d.h. der Kläge- rin, vorliegen müssten. Es wäre daher auch in diesem Zusammenhange Sache der Klägerin gewesen, solche Unterlagen (namentlich Mietverträge und Zah- lungsbelege) gegebenenfalls bei ihren Rechtsvorgängern erhältlich zu machen. Eine Vermutung zu Gunsten einer rechtswidrigen Nutzung kann entgegen den Thesen der Klägerin in ihrer Rekurschrift vom 29. Dezember 2005 nicht ange- nommen werden.

E. 6.6

In dem vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil vom 31. Mai 2017 hatte die Berufungsinstanz ausgeführt, dass die von der Bausektion der Stadt Zürich vorgenommene Beweiswürdigung im vorliegenden Schadenersatzprozess bezüg- lich des Erdgeschosses schon deshalb nicht überprüft werden könne, weil der der Bausektion vorgelegene Mieterspiegel im vorliegenden Verfahren nicht vorgelegt worden sei. Daran kann auf Grund des Bundesgerichtsurteils vom 20. Dezember 2017 nicht mehr festgehalten werden. Aus dem Bundesgerichtsurteil ergibt sich nämlich, dass der von der Berufungsinstanz vermisste Mieterspiegel dem (ersten) Entscheid der Bausektion vom 2. September 2003 (Urk. 4/7) entnommen werden

- 17 - könne. Davon ist im Folgenden auszugehen. Der Mieterspiegel ist im erwähnten Entscheid abgedruckt (Urk. 4/7 S. 2 f.).

E. 6.7

In dem vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil vom 31. Mai 2017 hatte die Berufungsinstanz ausgeführt, dass die von der Bausektion der Stadt Zürich vorgenommene Beweiswürdigung im vorliegenden Schadenersatzprozess auch bezüglich des Erdgeschosses schon deshalb nicht überprüft werden könne, weil die der Bausektion vorgelegenen Rapporte der Sittenpolizei im vorliegenden Ver- fahren nicht vorgelegt worden seien. Namentlich wären die Rapporte der Sitten- polizei mit dem Hinweis auf die Adressen D.____s entscheidend gewesen. Die Vorlage dieser Urkunden wäre aber gemäss dem nach Art. 55 Abs. 1 ZPO dieses Verfahren beherrschenden Verhandlungsgrundsatz Sache der Parteien gewesen. Könnte aber die Beweiswürdigung nicht überprüft werden, so könne das Gericht von vornherein nicht zum Schlusse kommen, dass die Beweiswürdigung

der städtischen Behörde im Baurekursverfahren hätte korrigiert werden müssen. Dieser Passus wurde vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 20. Dezember 2017 zwar erwähnt (E. 3.2), aber nicht beanstandet (E. 3.3), weshalb daran festzuhalten ist.

E. 6.8

Im Sinne einer Eventualerwägung sei festgehalten, dass die Beweiswürdigung der Bausektion der Stadt Zürich gemäss ihrem (zweiten) Entscheid vom

E. 6.8.1

Die Bausektion der Stadt Zürich führte in ihrem Entscheid vom 8. November 2005 zum Erdgeschoss aus, dass dort zwischen 1977 und 1988 der Salon "J._____" betrieben worden sei, was gemäss Beilagendossier der Bauherrschaft belegt und von der Sittenpolizei bestätigt werden könne. Und von 1988 bis 30. April 1995 soll D._____ Mieterin gewesen sein, was sich unter anderem aus dem Mieterspiegel ergebe. Sodann sei im Adressbuch von 1991 und 1992 kein Eintrag zu finden. Bei der Sittenpolizei sei D._____ zwar seit 1984 als Prostituierte bekannt, aber erst seit dem Jahre 1993 an der E._____-Strasse In der Befragung habe D._____ angegeben, sie wisse nicht mehr genau, seit wann sie "an der betroffenen Adresse sexgewerblich tätig gewesen sei". Gemäss der Auskunftsperson C._____ hat zwischen 1986 und 1992 während zwei bis drei Monaten ein junger kräftiger Bursche im Erdgeschoss gewohnt und den Aushang "kein Salon" angebracht. An diesen Zwischennutzer könne oder wolle D._____ sich

- 18 - nicht mehr erinnern. Für das Erdgeschoss könne daher "nicht von einer ununterbrochenen sexgewerblichen Nutzung seit 1977 ausgegangen werden" (Urk. 4/9 S. 3 f.).

E. 6.8.2

Mit ihrem verspäteten Baurekurs warf die Klägerin der Bausektion vor, sie verneine die dauernde sexgewerbliche Nutzung des Erdgeschosses auf ausgesprochen spekulative Art. Es sei durchaus denkbar, dass Frau D._____ bei einer Ferienabwesenheit oder einer Erkrankung den Salon einem jungen kräftigen Burschen überlassen habe, der auf die Wohnung aufgepasst und gelegentlich dort genächtigt habe. In dieser Umgebung sei es durchaus angezeigt gewesen, Präsenz markieren zu lassen. Das könne auch eine Erklärung dafür sein, weshalb dieser Vorfall Frau D._____ nicht im Gedächtnis verblieben sei. Sie habe den Salon denn auch offensichtlich weiter geführt (Urk. 4/10 S. 16 f.). Was den von der Bausektion aus den Rapporten der Sittenpolizei entnommenen Hinweis betrifft, dass D._____ der Polizei zwar seit dem Jahre 1984 als Prostituierte bekannt sei, aber erst seit dem Jahre 1993 an der Adresse E._____-Strasse ..., wiederholte die Klägerin die Ausführungen von D._____ als Auskunftsperson, wonach sie im Jahre 1986 oder 1987 an der E._____-Strasse von einem Freier einmal fast umgebracht worden sei (Urk. 4/10 S. 15 f.).

E. 6.8.3

Bei den Akten liegt das Protokoll der Befragung von D._____ als Auskunftsperson. D._____ führte aus, dass sie seit ca. 1985/86 in der Liegenschaft E._____-Strasse ... tätig gewesen sei. Auf den Vorhalt, dass sie zwar seit 1984 bei der Sittenpolizei als Prostituierte registriert sei, an der E._____-Strasse ... aber erst seit 1993, antwortete sie ausweichend, das könne nicht stimmen, denn im Jahre 1987 sei sie von einem Freier beinahe umgebracht worden. Und in diesem Zusammenhang habe sie Strafanzeige gemacht, was die Sittenpolizei wissen müsste (Urk. 4/26 S. 1 f.). Demgegenüber antwortete C._____ in der

Befragung gemäss § 7 Abs. 1 VRG auf die Frage, ob denn auch andere Leute an der E.____-Strasse ... gewohnt hätten (Urk. 4/27 S. 2): "Nein, nur einmal ca. 2 - 3 Monate ein junger kräftiger Bursche im Laden im Par- terre. Der schrieb extra hin 'kein Salon'. Er hielt es aber nicht aus." Selbst die Klägerin schloss mit ihrem Rekurs nicht aus, dass D.____ ihr Etablissement eine gewisse Zeit zu Wohnzwecken einem Dritten überlassen hat. Nicht in Frage gestellt wird jedenfalls die Feststellung der Bausektion, dass nach

- 19 - den Unterlagen der Sittenpolizei D.____ seit dem Jahre 1984 als Prostituierte gemeldet war, aber erst sei dem Jahre 1993 an der Adresse E.____-Strasse Die entsprechenden Rapporte liegen jedenfalls nicht vor. Dort dürften die mass- geblichen Adressen D.____s zu finden sein. Der Hinweis in den Polizeirappor- ten, dass die der Sittenpolizei einschlägig bekannte D.____ erst seit 1993 an der E.____-Strasse gemeldet war, muss jedenfalls irritieren. Demgegenüber deutet der Hinweis der Auskunftsperson C.____, wonach der junge Bursche es im Hause nicht mehr länger ausgehalten habe, darauf hin, dass er während einiger Zeit den Versuch unternommen hat, dort zu wohnen. Das schliesst jedenfalls nicht aus, dass D.____ vor und nach dieser Zeit ihr Gewerbe in der fraglichen Wohnung ausübte. Jedenfalls war auf Grund der Aktenlage, wie sie der Baurekurskommission vorlag, davon auszugehen, dass D.____ ihre Tätigkeit nicht nur an der E.____-Strasse ... ausübte, so dass dieses Etablissement durchaus für eine gewisse Zeit einem Dritten zu Wohnzwecken zur Verfügung gestellt werden konnte.

E. 6.9

Die Vorinstanz weist auf ein obiter dictum der Baurekurskommission im Rückweisungsentscheid vom 16. April 2004 hin (Urk. 88 S. 17 mit Hinweis auf Urk. 4/8 S. 10). Nach diesem obiter dictum soll dann, wenn die rechtswidrige Nut- zung nur wenige Monate nicht stattgefunden hat, nicht ohne weiteres von einer rechtswirksamen Nutzung bzw. "gar von einer zwischenzeitlich zonenkonformen" Nutzung ausgegangen werden. In ihrem Entscheid vom 8. November 2005 ging aber die Bausektion auf Grund der Aussagen C.____s von einer vorübergehen- den zonenkonformen Umnutzung zu Wohnzwecken aus, so dass selbst nach dem erwähnten obiter dictum "die Frist für die Verwirkung des Beseitigungsanspruches mit Wiederaufnahme der rechtswidrigen Nutzung neu zu laufen beginnt" (Urk. 4/8 S. 10). Das war hier denn auch nach der Annahme der Bausektion der Fall. Mit dem Baurekurs vom 29. Dezember 2005 beanstandete die Klägerin bezüglich des Erdgeschosses denn auch nicht etwa die Rechtsanwendung durch die Bausekti- on, sondern deren Beweiswürdigung. Hätte die Baurekurskommission die Be- weiswürdigung der Bausektion bestätigt, hätte sie wohl deren Rechtsanwendung nicht in Frage gestellt. Angesichts der in diesem Prozess gegebenen Aktenlage ist aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bei einer Beurteilung des Baurekurses die Beweiswürdigung seitens der Baurekurskom-

- 20 - mission, die rechtliche und tatsächliche Beurteilung durch die Baurekurskommis- sion und die weiteren Rechtsmittelinstanzen nicht anders ausgefallen wäre als je- ne der Bausektion der Stadt Zürich.

E. 6.10

Vor Vorinstanz argumentierte die Klägerin in diesem Zusammenhang wie folgt (Urk. 2 Rz 43): Unter Hinweis auf die schriftliche "Zeugenaussage" K.____ führte sie aus, es gehe um das Frühjahr 1988 [sic!]. Damals habe – entgegen der Annahme der Bausektion – nie ein junger Mann im Erdgeschoss der Liegenschaft E.____-Strasse ... gewohnt. Zu erklären sei

die Aussage der Auskunftsperson C._____ wie folgt: Im Jahre 1987 sei der damaligen Mieterin L._____, welche im Erdgeschoss den Saunaclub "J._____" betrieben habe, gekündigt worden. Der Grund für die Kündigung sei gewesen, dass mit K._____'s heutiger Ehefrau, L._____, ein Mietvertrag für dieses Studio abgeschlossen worden sei. Bevor L._____ ihre Arbeit im Salon im Erdgeschoss habe aufnehmen können, sei die Sauna der Vorgängerin entfernt und der Salon erneuert worden. Wegen dieses Umbaus sei der Salon während drei bis vier Wochen geschlossen geblieben. Die Umbauarbeiten seien durch M._____ – damals bekannt unter dem Namen "M'._____" – ausgeführt worden. M._____ weise maskuline Züge auf, weshalb sie von C._____ offenbar für einen Mann gehalten worden sei. Vor Obergericht hält die Klägerin an der Zeugenbefragung K._____'s in diesem Zusammenhang fest (Urk. 87 Rz 5, 14, 17, 18). Diese Geschichte unterbreitete die Klägerin der Bausektion bzw. den Rechtsmittelinstanzen mit ihrem Revisionsgesuch vom 27. Mai 2007, das allerdings abschlägig beschieden wurde (vgl. dazu: Revisionsgesuch Urk. 4/17 S. 6 ff.). Erinnerung sei an dieser Stelle nochmals an die Antwort des Bundesgerichts, das mit seinem Urteil vom 7. April 2009 (Urk. 4/20; Proz.-Nr. 1C.465/2008) der Klägerin darlegte, dass die Frage, ob die "sexgewerbliche" Nutzung des Erdgeschosses während eines bestimmten Zeitraums unterbrochen war oder nicht, im interessierenden Verfahren durchaus "fallentscheidend" sei. Die im Zusammenhang mit M._____ als neu entdeckt vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel hätten nach Auffassung des Bundesgerichts (und auch seiner Vorinstanzen) von der Klägerin wegen der durch ihre Mitwirkungspflicht gebotenen Intensivierung der Beweisbemühungen bereits in einem Rekursverfahren gegen den Bauteilscheid vom 8. November 2005 eingebracht werden müssen. Aus diesem Grunde

- 21 - wurde das Vorliegen eines Revisionsgrundes verneint (Urk. 4/20 S. 4 f.). Das hätte die Klägerin aber selbst dann nicht getan, wenn ihr Baurekurs rechtzeitig gewesen wäre. Konnte diese Geschichte der Klägerin im Revisionsverfahren aber nicht weiterhelfen, dann ist das erst recht nicht im vorliegenden Schadenersatzprozess der Fall, in dem nicht interessieren kann, was wirklich vorgefallen ist, sondern nur, wie die Baurekurskommission und deren Rechtsmittelinstanzen mutmasslich entschieden hätten, wenn der vom 29. Dezember 2005 datierte Baurekurs hätte beurteilt werden müssen.

E. 6.11

Nach dem Gesagten steht jedenfalls fest, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch bezüglich des Erdgeschosses nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Baurekurskommission oder eine andere Rechtsmittelinstanz den Entscheid der Bausektion vom 8. November 2005 korrigiert hätte, wenn der Rekurs rechtzeitig erhoben worden wäre.

7. Schaden: Nutzung der Liegenschaft Die Klägerin macht den Beklagten dafür verantwortlich, dass es ihr nicht möglich sei, wie geplant, an der E._____-Strasse ... ein N._____-Center einzurichten, weil nicht das ganze Haus als Bordellbetrieb genutzt werden kann. Das soll zu Mindereinnahmen bzw. zu einem Minderwert der Liegenschaft führen. Nach dem Gesagten ist aber nicht davon auszugehen, dass bei rechtzeitiger Einreichung des Baurekurses der Entscheid der Bausektion der Stadt Zürich vom

E. 8

Schaden: Verfahrenskosten In diesem Punkt kann die Berufungsinstanz vom Urteil vom 31. Mai 2017 nicht abweichen (oben E. 3.2). Verwiesen sei auf die Erwägungen des Urteils vom 31. Mai 2017 (Urk. 101 S. 32 - 38).

E. 9

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 24 - Zürich, 30. Januar 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Hochuli versandt am: bz

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