

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120027-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 7. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung, vom
25. November 2011 (CG090034)**

Erwägungen:

I.

1. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 7. Januar 2004 erwarb die Klägerin vom Beklagten ein (in der Bauzone gelegenes) Grundstück von 1'018 m² zu einem Preis von Fr. 850'000.– (Urk. 4/3). Das Grundstück (Kataster Nr. 1) befindet sich an einer Hanglage im Quartier "C._____" in der Gemeinde D._____ (vgl. Urk. 17/12). Die Parteien hoben jegliche Gewährspflicht des Verkäufers für Rechts- und Sachmängel am Kaufsobjekt – ausgenommen für absichtlich bzw. arglistig verschwiegene Gewährsmängel (Art. 192 Abs. 3 und Art. 199 OR) – auf (Urk. 11/1).

2. Mit Werkvertrag vom 28. Juni 2005 betraute die Klägerin die E._____ AG als Unternehmerin zu einem Globalpreis von Fr. 1'700'000.– mit der Erstellung eines Einfamilienhauses auf dem gekauften Grundstück (Urk. 1 S. 4, Urk. 4/6). Während der Ausführung der Bauarbeiten kam es nach Darstellung der Klägerin am 19. Januar 2006 zu einem Geländebruch, der umfangreiche Stabilitätssicherungsmaßnahmen nötig machte, die gemäss Klägerin Kosten von Fr. 398'275.80 verursachten (Urk. 1 S. 4, Urk. 15 S. 8 f.).

3. a) Mit Schreiben vom 29. Dezember 2008 teilte die Klägerin – nunmehr anwaltlich vertreten – dem Beklagten mit, sie habe inzwischen in Erfahrung bringen können, dass für den Vorfall die heiklen geologischen Verhältnisse des Grundbodens des gekauften Grundstückes ursächlich gewesen seien. Nachforschungen hätten darüber hinaus ergeben, dass sich im Jahr 2001 auf den nachbarlichen Grundstücken ein ähnlicher Vorfall ereignet habe. Es sei davon auszugehen, dass sich das ganze Gebiet "C._____" für eine Überbauung nicht eigne bzw. nur mit besonderen aufwendigen geologischen Massnahmen überbauen lasse. Sie sei über diesen Umstand bei Vertragsabschluss weder informiert noch sonst wie aufgeklärt worden. Es gebe verschiedene Anhaltspunkte darüber, dass der Beklagte um die geologischen, heiklen Verhältnisse der Kaufsache gewusst habe, weshalb sie um Stellungnahme zu seinem damaligen Kenntnisstand ersu-

che. Vorsorglich werde der Beklagte für die mangelhafte Bodenbeschaffung der Kaufsache, insbesondere für die unterlassene Aufklärung, haftbar gemacht. Die Klägerin fordere die Minderung des Kaufpreises und die Vergütung des durch den Hangrutsch erlittenen Schadens (Urk. 4/8).

b) Mit Schreiben vom 10. Januar 2009 wies der Beklagte die Vorwürfe zurück und stellte jegliche Haftung in Abrede (Urk. 4/9).

4. Am 12. November 2009 reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung bei der Vorinstanz ein (Urk. 1, Urk. 3). Sie beantragte, es sei der Kaufpreis um Fr. 256'000.– auf Fr. 594'000.– zu mindern und der Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 256'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen (Urk.1 S. 2). Die nach Erstattung der Klageantwort durchgeführte Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung blieb erfolglos (Prot. I S. 5). An der Hauptverhandlung vom 7. Oktober 2010 stellte die Klägerin das folgende, ergänzte Rechtsbegehren (Urk. 15 S. 1 f. sinngemäss; Urk. 25 S. 2):

1. a) Es sei der im Kaufvertrag vom 7. Januar 2004 für das Grundstück Kat.-Nr. 1 (Grundregister Blatt ..., 10,18 a Kulturland F.____-Strasse) in D.____ vereinbarte Preis von Fr. 850'000.— auf Fr. 594'000.— zu mindern;
b) eventualiter sei der zwischen den Streitparteien über das Grundstück Kat.-Nr. 1 abgeschlossene Kaufvertrag vom 7. Januar 2004 mit einem Preis von (anstatt) Fr. 850'000.— (im Sinne einer Teilnichtigkeit) auf einen <gemeint: Kaufvertrag> mit einem Preis von Fr. 594'000.— zu modifizieren;
2. demgemäss sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 256'000.— plus 5% Zins ab dem 7. Januar 2004 zu bezahlen;
unter Vorbehalt der Klageänderung bzw. -erweiterung;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten.

Nach mündlicher Replik und Duplik (Prot. I S. 6) äusserte sich die Klägerin mit Eingabe vom 7. Februar 2011 zu den in der Duplik neu vorgetragenen Behauptungen (Urk. 21). Mit Urteil vom 25. November 2011 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 25).

5. Mit Eingabe vom 19. März 2012 erhob die Klägerin Berufung gegen das ihr am 17. Februar 2012 zugestellte Urteil (Urk. 23 [angehefteter Empfangschein]; Urk. 24). Darin beantragt sie der Berufungsinstanz, es sei die Klage mit dem obgenannten Rechtsbegehren gutzuheissen, eventualiter sei die Streitsache zur Vervollständigung des Verfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer für beide Instanzen zulasten des Beklagten (Urk. 24 S. 2 f.). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss leistete die Klägerin rechtzeitig (Urk. 27). Die Berufungsantwort ging am 14. August 2012 ein; mit der gleichzeitig erhobenen Anschlussberufung beantragt der Beklagte die Zusprechung einer erhöhten Prozessentschädigung von Fr. 24'000.– (Urk. 29). Auch der Beklagte leistete fristgerecht den ihm auferlegten Kostenvorschuss (Urk. 33). Die Anschlussberufungsantwort datiert vom 28. September 2012 und wurde dem Beklagten am 5. Oktober 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 35, Urk. 36). Seither sind keine weiteren Eingaben der Parteien mehr erfolgt.

II.

1. Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Beklagte habe ihr verheimlicht, dass das gekaufte Grundstück an einem geologisch besonders gefährdeten, unstabilen Hang liege, der ohne entsprechende Vorkehrungen bei der Überbauung ins Rutschen geraten könne. Das Kaufobjekt sei Teil des Gebietes "C.____", das unter schwerwiegenden Stabilitätsproblemen (Rutschgebiet) leide. Bereits im Jahr 2001 habe sich aufgrund der heiklen geologischen Verhältnisse am gleichen Hang in nur 50 Meter Entfernung vom klägerischen Grundstück auf der Parzelle Nr. 2 ein folgenschwerer Hangrutsch ereignet, der drei Grundstücke verwüstet habe. Daraufhin habe die Gemeinde D.____ weitgehende geologische Abklärungen für das ganze Gebiet in Auftrag gegeben, die im geologischen Bericht der G.____ AG vom 30. November 2001 ihren Niederschlag gefunden hätten. Demnach sei der ganze Hang als altes Rutschgebiet bekannt, das in jüngster Zeit lokal so stark geschwächt worden sei, dass diverse beträchtliche Hangverschiebungen vorgekommen seien. Besonders der unmittelbar neben dem Grund-

stück Kat.-Nr. 1 liegende Hang bis zur Einmündung in die H.____-Strasse sei stabilitätsmässig als heikel qualifiziert worden (Urk. 1 S. 3 f., S. 6 f., S. 8). Der Baugrund bzw. die Bodenbeschaffenheit des gekauften Grundstücks sei instabil, von unterdurchschnittlicher Qualität, für eine Überbauung ungeeignet und damit mangelhaft. Es seien erhebliche Mehrkosten nötig gewesen, um das Grundstück überbaubar zu machen (Urk. 1 S. 6, Urk. 15 S. 8, S. 10, S. 17, S. 21). Die Klägerin habe von diesem Mangel nichts gewusst; auch habe sie über keine Kenntnisse der örtlichen Gegebenheiten verfügt (Urk. 1 S. 9). Sie habe nach dem Geländebruch vom 19. Januar 2006 vernommen, dass ihre Liegenschaft im erwähnten Risikogebiet liege (Urk. 1 S. 5). Am 13. August 2008 habe sie anlässlich der Abnahme der Liegenschaft von einem Exponenten der Gemeinde D.____ erfahren, dass im Rahmen einer geologischen Untersuchung des Hanges auf ihrer Liegenschaft vor dem Kauf Kernbohrungen stattgefunden hätten. In die Unterlagen des Quartierplanverfahrens und in den Bericht der G.____ AG habe die Klägerin erst am 12. Oktober 2009 Einsicht genommen (Urk. 15 S. 19 f.). Demgegenüber seien dem Beklagten bereits bei Vertragsabschluss die schlechten Baugrundverhältnisse bekannt gewesen. Er habe bereits damals gewusst, dass eine Überbauung nur mit ausserordentlich aufwendigen Stabilisierungsmassnahmen möglich sei. Auch mit dem Inhalt des geologischen Berichts sei er vertraut gewesen, zumal dieser an der Grundeigentümersversammlung vom 6. Februar 2002 vorgestellt und ihm übergeben worden sei. Der Beklagte wohne in einer Distanz von 50 Metern zum klägerischen Grundstück, so dass ihm die Kernbohrungen nicht entgangen sein könnten (Urk. 15 S. 13 ff., S. 22 f.). Da der Beklagte der Klägerin den Inhalt der geologischen Baugrunduntersuchung bzw. die mangelhaften Bodenverhältnisse arglistig verschwiegen habe, sei die vertragliche Wegbedingung der Haftung ungültig (Urk. 1 S. 8, Urk. 15 S. 20 f.). Der Minderwert des Grundstücks belaufe sich auf Fr. 256'000.– oder 30%, was einem herabgesetzten m²-Preis von Fr. 584.– entspreche (Urk. 1 S. 10). Falls eine Mängelhaftung verneint werde, berufe sich die Klägerin auf absichtliche Täuschung bzw. Grundlagenirrtum im Sinne der modifizierten Teilnichtigkeit, was zum gleichen Ergebnis führen müsse (Urk. 15 S. 11 f.).

2. Der Beklagte hielt auf Abweisung der Klage. Er nahm im Wesentlichen den Standpunkt ein, die Hanglage bzw. der Baugrund stelle keinen Mangel des von der Klägerin gekauften Grundstücks dar (Urk. 9 S. 7, Prot. I S. 11). Er bestreite, dass die Liegenschaft in einem besonderen Risikogebiet liege (Urk. 9 S. 6). Das Gebiet der Parzelle Nr. 1 dürfe nicht als "stabilitätsmässig besonders heikel" bezeichnet werden (Prot. I S. 9). Die Liegenschaft der Klägerin könne durchaus ohne unverhältnismässig hohe Hangsicherungskosten mit einem durchschnittlichen Einfamilienhaus überbaut werden (Prot. I S. 16 f., S. 20). Von einer minderen Qualität könne im Vergleich zu anderen Hanglagen nicht die Rede sein. Es lägen keineswegs besonders schlechte, sondern durchaus typische Verhältnisse vor (Urk. 9 S. 6). Allfällige Mängel wären durch die Umsetzung der im geologischen Bericht enthaltenen Empfehlungen durch die Gemeinde beseitigt worden (Prot. S. 19). Es habe auch der Klägerin nicht verborgen bleiben können, dass es sich beim Gebiet "C._____" um eine sehr beträchtliche Hanglage handle (Urk. 9 S. 9). Hangverschiebungen bzw. Rutschungen im Zusammenhang mit Erdbewegungen seien nichts Aussergewöhnliches, erst recht nicht an Hanglagen. Es sei Sache des Erwerbers abzuklären, welche Hangsicherungsmassnahmen bei der Bauausführung getroffen werden müssten. Diese Abklärungen seien von der Klägerin bzw. von der beauftragten Bauunternehmung offensichtlich vernachlässigt worden (Urk. 9 S. 4 f.). Die Parzelle Nr. 2, auf der sich im Jahre 2001 ein Unfall ereignet habe, liege unterhalb der F._____-Strasse in steilerem Gebiet und in der Nähe eines Weihers. Sie könne nicht mit der Parzelle der Klägerin verglichen werden, zumal darauf ein Bauvorhaben von ganz anderen Dimensionen realisiert worden sei. Die Hangwasserproblematik bestehe auf dem Grundstück der Klägerin gerade nicht (Urk. 9 S. 4; Prot. I S. 12, S. 14). Der Beklagte habe zwar Kenntnis vom Quartierplanverfahren und vom Vorfall auf der Parzelle Nr. 2 gehabt. Indes habe er nicht gewusst, dass es Schwierigkeiten mit dem verkauften Grundstück geben könnte, ansonsten er sich dieses im Rahmen einer Erbteilung nicht hätte zuweisen lassen. Insbesondere habe er keine Kenntnis über die von der Gemeinde D._____ in Auftrag gegebene geologische Baugrundanalyse vom 30. November 2001 gehabt. Er habe die Erbgemeinschaft im Quartierplanverfahren nicht vertreten und an keiner Grundeigentümerversammlung teilgenom-

men. Er hätte indes auch in Kenntnis des geologischen Berichts die Klägerin nicht aufklären müssen, da darin nicht die Liegenschaft der Klägerin, sondern das östlich daran anschliessende Gebiet (von der Parzelle Nr. 3 bis zur H._____-Strasse) als kritisch bezeichnet werde und die empfohlenen Hangsicherungsmassnahmen von der Gemeinde ausgeführt worden seien (Urk. 9 S. 4, Prot. I S. 12, S. 15 ff.). Weder sei die Klägerin getäuscht worden, noch weise das Grundstück einen Mangel auf (Urk. 9 S. 10). Indem die Klägerin auf Minderung geklagt habe, sei ihr die Berufung auf einen Willensmangel verwehrt. Einer Teilnichtigkeit des Vertrags stehe auch der Umstand entgegen, dass die Jahresfrist für die Vertragsanfechtung unbenutzt verstrichen sei (Prot. I S. 17).

3. Die Vorinstanz taxierte den im Kaufvertrag vom 7. Januar 2004 enthaltenen Ausschluss der Gewährspflicht als rechtsgültig (Urk. 25 S. 10 f.). Sie erwog, dass Baugrund von minderer Qualität einen Mangel darstellen könne, aufgrund der geologischen Baugrunduntersuchung indes nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob ein Qualitätsmangel vorliege. Weiter hielt sie dafür, dass auf die Einholung einer Expertise zu dieser Frage verzichtet werden könne, da eine Haftung des Beklagten mangels arglistigen Verschweigens des (behaupteten) Gewährsmangels zu verneinen sei (Urk. 25 S. 8). Die Vorinstanz prüfte sodann, ob der Beklagte eine Aufklärungspflicht verletzte. Sie führte aus, der Beklagte müsse als Ortsansässiger Kenntnis von den im Jahre 2001 auf dem Grundstück durchgeführten Kernbohrungen gehabt haben; diese Kenntnis sei aber nicht gleichzusetzen mit der Kenntnis eines Mangels, über den eine Aufklärungspflicht bestanden habe (Urk. 25 S. 11). Auch der Vorfall auf der Parzelle Nr. 2 (I._____) sei nicht geeignet gewesen, eine Aufklärungspflicht zu begründen, sei es dabei doch um ein erheblich grösseres Bauprojekt gegangen. Für die Vorinstanz liess sich aus den von der Klägerin eingereichten Urkunden nicht schlüssig eruieren, ob bzw. wie stark der Beklagte in das Quartierplanverfahren involviert gewesen war, zumal aufgrund der Akten ein gewisser J.____ während der Zeit von 1999 bis 2008 als Vertreter der Erbengemeinschaft fungiert habe. Die Behauptung, der Beklagte sei an der Orientierungsversammlung vom 6. Februar 2002 zugegen gewesen, hielt sie aufgrund der Anwesenheitsliste (Urk. 17/18) gar als widerlegt. Dementsprechend könne die Klägerin – so die Vorinstanz weiter – auch den Be-

weis nicht erbringen, dass der Beklagte den geologischen Bericht selbst direkt erhalten oder an der Orientierungsversammlung direkt Einsicht genommen habe. Inwieweit der Beklagte vom tatsächlich anwesenden J._____ über die Ergebnisse der Orientierungsversammlung vom 6. Februar 2002 informiert worden sei, könne – zehn Jahre danach – auch mittels Zeugeneinvernahmen nicht mehr eruiert werden (Urk. 25 S. 12 f.). Es sei indes davon auszugehen, dass die im geologischen Bericht enthaltene Aussage, wonach die Parzelle Nr. 1 eben gerade nicht im stabilitätsmässig heikel bezeichneten Gebiet liege, für die Erbegemeinschaft am interessantesten gewesen sein dürfte und von ihrem Vertreter sicherlich weitergeleitet worden sei. Daraus ergebe sich aber kein Hinweis auf die Mangelhaftigkeit des Grundstücks. Eine allfällige Mangelhaftigkeit lasse sich auch nicht ohne weiteres aus einer einmaligen Lektüre des geologischen Berichts herauslesen, da dafür vertiefte geologische Kenntnisse erforderlich seien bzw. eine Auswertung der in Tabellenform enthaltenen Informationen Platz greifen müsse, um eine parzellenscharfe Bewertung des Baugrundes vorzunehmen. Aus diesem Grund habe die Klägerin denn auch eine Expertise beantragt. Gerade daraus ergebe sich aber, dass die bisherigen Akten allein für die Feststellung eines Mangels kaum zu genügen vermöchten. Im geologischen Bericht werde zudem festgehalten, dass die Böschungen jeweils mit einer gleichzeitigen Entwässerung des Untergrundes hätten stabilisiert werden können. Auch die Präsidialverfügung des Gemeinderates D._____ vom 20. Februar 2002 lasse darauf schliessen, dass die Erschliessung des Quartiers trotz möglicher Baugrundschwierigkeiten ohne weiteres als durchführbar beurteilt worden sei, nachdem die entsprechenden Abklärungen vorgenommen worden seien. In diesem Dokument würden Hinweise auf mögliche Schwierigkeiten wegen der Bodenbeschaffenheit vollends fehlen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Gemeinde D._____ bereits vor dem Vorfall auf der Parzelle Nr. 2 erste Abklärungen des Baugrundes vorgenommen und diese nach dem Hangrutsch noch ausgeweitet habe. Von längeren Vertragsverhandlungen, die ein besonderes Vertrauensverhältnis bzw. eine erhöhte Aufklärungspflicht des Beklagten hätten entstehen lassen können, sei nicht auszugehen. Der von der Klägerin mit der E._____ AG abgeschlossene Werkvertrag enthalte keine Hinweise zur Frage des relevanten Baugrundes. Der Umstand, dass sich der Beklagte

das verkaufte Grundstück in einer Erbteilung habe zuweisen lassen, bilde einen klaren Hinweis dafür, dass er keine Kenntnis vom behaupteten Mangel gehabt habe (Urk. 25 S. 13 f.). Zusammenfassend könne dem Beklagten keine Verletzung einer Aufklärungspflicht und kein arglistiges Verschweigen vorgeworfen werden, selbst wenn mit einem zu erstellenden Gutachten die Mangelhaftigkeit des Baugrundes nachgewiesen werden könnte (Urk. 25 S. 14 f.).

Die Vorinstanz prüfte in der Folge, ob die Voraussetzungen für eine Vertragsanfechtung wegen Täuschung oder Irrtums erfüllt sind. Sie stellte fest, dass die Klägerin sich erstmals am 7. Oktober 2010 auf Willensmängel berufen habe. Zu jenem Zeitpunkt sei die Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 1 OR zur Geltendmachung eines Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR) bereits abgelaufen gewesen, da diese bereits im Jahre 2006 zu laufen begonnen habe. Hingegen sei die Anfechtung wegen Täuschung (Art. 28 OR) möglicherweise innert Jahresfrist erfolgt, habe die Klägerin doch erst am 12. Oktober 2009 Einsicht in den geologischen Bericht genommen. Da dem Beklagten die genaue Kenntnis des Baugrundes gemäss den geologischen Baugrunduntersuchungen nicht nachgewiesen werden könne, könne ihm auch keine absichtliche Täuschung vorgeworfen werden, da er die Unrichtigkeit des Sachverhaltes – die ungenügende Qualität des Baugrundes – nicht gekannt habe. Fahrlässige Falschangaben könnten nicht zur Anwendung von Art. 28 OR führen. Die Streitfrage, ob die Klägerin noch eine Vertragsanfechtung zufolge Täuschung geltend machen könne, nachdem sie bereits Gewährleistungsansprüche angemeldet habe, sei eher zu verneinen, müsse aber nicht beantwortet werden (Urk. 25 S. 15 ff.).

III.

1.1 Das Berufungsverfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber stand das erstinstanzliche Verfahren noch unter der Herrschaft des zürcherischen Prozessrechts.

1.2 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung einzutreten (Art. 308 und 311 ZPO).

2.1 Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung in mehrerer Hinsicht eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (Art. 310 ZPO). Sie ist der Auffassung, dass die Vorinstanz zur Frage, ob der Beklagte Kenntnis des von ihr behaupteten Mangels erlangt habe, ein Beweisverfahren hätte durchführen müssen. Die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass eine Kenntnisnahme des Mangels auch auf andere Weise als durch die Aushändigung und Lektüre des geologischen Berichts möglich gewesen sei. Zu dieser Frage hätte sie unzählige Zeugen befragen wollen (Urk. 24 S. 10 f., S. 18). Auch setze die Vorinstanz für die Annahme der Arglist eine viel zu hohe Hürde. Die Kenntnis eines Gewährsmangels sei bereits zu bejahen, wenn der Verkäufer ein rudimentäres Wissen über das Vorhandensein eines Mangels besitze. Eine detaillierte, in alle Einzelheiten gehende Kenntnis sei nicht erforderlich. Müsse aufgrund der Umstände auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache geschlossen werden, bestehe eine Aufklärungspflicht (Urk. 24 S. 15). Dem geologischen Bericht könne einwandfrei entnommen werden, dass das gekaufte Grundstück Mängel aufweise (Urk. 24 S. 9), werde doch der ganze Hang als Rutschgebiet bezeichnet (Urk. 24 S. 13). Der Beklagte selber habe nie behauptet, er habe den Bericht nicht verstanden und daraus keine Schlüsse ziehen können; er habe lediglich bestritten, diesen erhalten bzw. gekannt zu haben (Urk. 24 S. 15). Die vorinstanzliche Würdigung der Akten, insbesondere des geologischen Berichts, sei überdies falsch und tendenziös (Urk. 24 S. 12 ff.). Selbst wenn der Beklagte das Gutachten nicht im Detail verstanden hätte, wäre es seine Pflicht gewesen, die Klägerin auf dessen Existenz und die Hangprobleme hinzuweisen; dem Beklagten habe nicht entgehen können, dass der Grundeigentümer I. _____ (gemeint wohl: K. _____; Urk. 1 S. 3 f., Urk. 15 S. 5) beim Wiederaufbau seines zerstörten Gebäudes auf das Mittel der Pfählung habe zurückgreifen müssen, um eine gewisse Stabilität zu erhalten (Urk. 24 S. 15 f.). Darüberhinaus habe die Vorinstanz der Klägerin eine Beweisführung zur Mangelhaftigkeit der Kaufsache, die sich freilich aus dem geologischen Bericht einwandfrei ergebe, verwehrt (Urk. 24 S. 9, S. 18). Im Eventual-

standpunkt hielt die Klägerin an der Anfechtbarkeit des Kaufvertrages zufolge Täuschung bzw. Irrtums fest. Auch in diesem Punkt sei der Klägerin ein Beweisverfahren zur Täuschungsabsicht des Beklagten verwehrt worden. Die vorinstanzliche Annahme, wonach die Jahresfrist für die Geltendmachung eines Irrtums unbenutzt verstrichen sei, sei unzutreffend, habe die Klägerin doch erst am 12. Oktober 2009 nach Einsicht in die Unterlagen des Quartierplanverfahrens herausgefunden, wie es um die Bodenbeschaffenheit des gekauften Grundstückes gestanden habe (Urk. 24 S. 17 f.).

2.2 Der Beklagte hält in der Berufungsantwort daran fest, dass das fragliche Grundstück keinen Mangel aufweist und er von der angeblich minderen Qualität des Baulandes keine Kenntnis hatte (Urk. 29 S. 6). Aber selbst wenn feststünde, so der Beklagte, dass das Grundstück mangelhaft wäre und er von den umliegenden Rutschungen und dem geologischen Bericht erfahren hätte, liesse sich nicht erstellen, dass er der Klägerin im Zeitpunkt des Verkaufs Mängel des Grundstücks verschwiegen habe. Dem geologischen Bericht sei nämlich nicht zu entnehmen, dass gerade die Parzelle Nr. 1 mit einem Mangel behaftet sei. Die Klägerin habe vor Vorinstanz nicht dargetan, auf welche andere Weise er den behaupteten Mangel in Erfahrung gebracht habe. Ein Beweisverfahren habe unterbleiben können (Urk. 29 S. 8 ff., S. 20). Die Kenntnis eines Mangels hätte substantiiert behauptet werden müssen. Die Klägerin habe es unterlassen, rechtsgenügend darzulegen, ab wann und weshalb beim Beklagten die tatsächliche Kenntnis eines spezifischen Mangels der Parzelle Nr. 1 vorhanden gewesen sei (Urk. 29 S. 15). Da den Beklagten keine Aufklärungspflicht getroffen habe (Urk. 29 S. 16), liege kein arglistiges Verschweigen im Sinne von Art. 199 OR vor (Urk. 29 S. 18). Die Jahresfrist sei unbenutzt verstrichen. Im übrigen habe die Klägerin den Kaufvertrag genehmigt, indem sie sich für die Sachgewährleistung entschieden habe (Urk. 29 S. 7, S. 19). Indem die Vorinstanz bei der Bemessung der Prozessentschädigung auf die einfache Grundgebühr keinen Zuschlag erhoben habe, sei § 6 Abs. 1 lit. a aAnwGebV verletzt worden. Die Prozessentschädigung sei daher von Fr. 19'200.– auf Fr. 24'000.– zu erhöhen (Urk. 29 S. 22).

3.1 Die Sachmängelhaftung für ein Grundstück beurteilt sich – von Quantitätsmängeln abgesehen (Art. 219 OR) – nach Art. 197 ff. OR (Art. 221 OR). Zwischen den Parteien ist nicht umstritten, dass der schlechte Baugrund eines Baugrundstücks einen rechtlich relevanten bzw. einen erheblichen Sachmangel darstellen kann. Diese Auffassung wird von der Lehre geteilt (BK-Giger, N 76 zu Art. 221 OR; BSK OR I-Honsell, N 3 zu Art. 197 OR; Schumacher/Rüegg, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, N 210; Staudinger/Matusche-Beckmann, N 140 zu § 434 BGB). Die Klägerin hat bereits in der Klageschrift auf BGE 87 II 137 verwiesen (Urk. 1 S. 6). In dieser Entscheidung hatte die schlechte Baugrundqualität indes nicht die "Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache" zur Folge, sondern führte zur Unverbindlichkeit des Kaufvertrags wegen Willensmängel. Das Bundesgericht führte aber aus, in der fraglichen Gegend dürfe der Käufer einer Baulandparzelle normalerweise voraussetzen, dass er Land erwerbe, das eine Pfählung mindestens für Einfamilienhäuser und kleinere Mehrfamilienhäuser nicht erfordere, weshalb ein Irrtum bezüglich dieser Voraussetzung eine in der fraglichen Gegend allgemein als unerlässliches Element eines Kaufvertrages über Bauland betrachtete Vorbedingung betreffe und er daher auch objektiv als wesentlich erscheine. Dieses Präjudiz wird denn auch von verschiedenen Autoren bei der Kommentierung der Sachgewährleistung erwähnt.

Der (behauptete) Mangel wäre vorliegend darin zu sehen, dass das vom Beklagten verkaufte Grundstück ohne zusätzliche, über das übliche Mass hinausgehende Hangsicherungsmassnahmen nicht überbaubar und damit für den vorgesehenen Zweck nicht ohne weiteres zu gebrauchen war. Zur Beurteilung der Frage, ob sich der zur Behebung des Mangels erforderliche Aufwand auf die Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens auswirkt, ist auch relevant, was von vornherein als Unsicherheitsfaktor einkalkuliert werden muss (Staudinger/Matusche-Beckmann, N 140 zu § 434 BGB). Die Klägerin geht hier von Fr. 30'000.– bis Fr. 40'000.– (Urk. 15 S. 21, Urk. 21 S. 7 f.), der Beklagte von Fr. 50'000.– bis Fr. 80'000.– aus (Prot. I S. 22). Hätte die Klägerin zufolge der geologischen Verhältnisse für solche Hangsicherungsmassnahmen tatsächlich Fr. 398'275.80 aufwenden müssen, was vom Beklagten freilich bestritten wird (Prot. I S. 15), könnte

die Erheblichkeit des Mangels nicht ernsthaft in Frage gestellt werden (vgl. dazu auch OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, 1231: fünfmal höhere Gründungskosten statt üblich).

3.2 Voraussetzung einer Mängelhaftung bildet der Gewährsmangel und – angesichts der Wegbedingung der Gewährspflicht – das arglistige Verschweigen des Mangels durch den Beklagten (Art. 199 OR). Die Vorinstanz hat die Frage, ob ein Mangel des verkauften Grundstücks vorliegt, letztlich offen gelassen mit der Begründung, der Beklagte habe keine Aufklärungspflicht verletzt, weshalb ihm nicht vorgeworfen werden könne, er habe die Klägerin über die mangelhafte Bodenbeschaffenheit im Unklaren gelassen.

3.3 Wie die Vorinstanz korrekt ausführte (Urk. 25 S. 11), liegt ein arglistiges Verschweigen bereits vor, wenn eine Aufklärungspflicht besteht und die Aufklärung im Bewusstsein, dass es sich um einen für den Käufer wesentlichen Umstand handelt, unterlassen wird (BGE 131 III 145, 151 E. 8.1; BGer 4A_70/2011 E. 4.1). Ob eine Aufklärungspflicht besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Natur des Vertrages, der Art wie sich die Verhandlungen abwickeln sowie den Absichten und Kenntnissen der Beteiligten (BGE 116 II 431, 434 E. 3a; 105 II 75, 80 E. 2a). Eine Aufklärungspflicht kann schon bestehen, wenn der Verkäufer mit der Möglichkeit des Vorhandenseins eines Mangels lediglich ernsthaft gerechnet hat. Eine vollständige, in alle Einzelheiten gehende Kenntnis des Fehlers ist nicht erforderlich (BGE 66 II 132, 139 E. 6; BK-Giger, N 34 zu Art. 199 OR; Pedrazzini, La dissimulation des défauts dans les contrats de vente et d'entreprise, Fribourg 1992, N 524). Fahrlässig kann die Aufklärungspflicht indes nicht verletzt werden, da der Verkäufer effektive Kenntnis vom Mangel haben muss (BGer 4A_70/2011 E. 4.1; 4A_226/2009 E. 3.2.3; ZK-Schönle/Higi, N 70 zu Art. 199 OR; a.M. Schumacher/Rüegg, a.a.O., N 337, mit Verweis auf BGE 105 II 75, 80 [eine Haftung aus culpa in contrahendo betreffend]). Demgegenüber kann das Verschweigen von blossen Zweifeln über die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Bejahung der Arglist führen, z.B. wenn der Verkäufer gewichtige Umstände verschweigt, die auf das Bestehen eines Mangels hinweisen (Staudinger/Matusche-Beckmann, N 93 f. und N 101 zu § 438 BGB, N 42 zu § 444

BGB; Pedrazzini, a.a.O., N 526). Vage Zweifel an der einwandfreien Beschaffenheit der Kaufsache sollen dabei noch nicht zur Ungültigkeit der Wegbedingung der Haftung führen; vielmehr bedarf es hierfür eines tatsächlichen Verdachts der Mangelhaftigkeit (BK-Giger, a.a.O., mit Verweis auf ZR 28 [1929] Nr. 153). Nicht bloss fahrlässig soll auch derjenige handeln, der sich bewusst (gewollt) der besseren Erkenntnis verschliesst (Gauch, Der Werkvertrag, Zürich 2011, N 2092; Staudinger/Matusche-Beckmann, N 94 zu § 438 BGB). Muss der Verkäufer annehmen, ein ihm bekannter Mangel könne den vom Käufer vorausgesetzten Verwendungszweck vereiteln oder erheblich erschweren, ist eine Pflicht zur Aufklärung zu bejahen (BGer 4A_70/2011 E. 4.1; 4A_226/2009 E. 3.2.3; 4C.26/2000 E. 2a/bb).

3.4 Die Klägerin hat vor Vorinstanz behauptet, dem Beklagten sei die geologisch heikle (unstable) Hanglage bekannt gewesen (Urk. 1 S. 6, S. 8). Der Beklagte habe gewusst, dass der Baugrund von schlechter Qualität sei und von der Klägerin nicht so überbaut werden könne, wie sie es habe voraussetzen dürfen. Auch habe er beim Verkauf gewusst, dass die Überbauung des Grundstückes nur mit ausserordentlich aufwendigen Stabilisierungsmassnahmen möglich sei und weitere Fr. 400'000.– investiert werden müssten, um überhaupt bauen zu können. Er habe schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Umstände rund um den Baugrund und die prekären Details gekannt (Urk. 15 S. 11, S. 13, S. 25; Prot. I S. 7 Ziff. 9 und 11). Das, was dem Beklagten bekannt war, führt die Klägerin zwar in erster Linie auf die Baugrunduntersuchung und auf den geologischen Bericht zurück, die ihr verschwiegen bzw. vorenthalten worden seien (Urk. 15 S. 13 ff., S. 22). Die Klägerin hat sich aber – wie sich aus den oben angeführten Stellen ergibt – nicht darauf versteift, einzig den geologischen Bericht als Wissensquelle des Beklagten zu behaupten. Entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 29 S. 15) muss die Kenntnis des Mangels nicht näher substantiiert werden. Insbesondere braucht die Klägerin nicht dazutun, wann oder auf welche Weise der Beklagte bestimmte Tatsachen rund um die Bodenverhältnisse erfahren hat. Es genügt die Behauptung, der Beklagte habe den geltend gemachten Mangel bzw. die erschwerte Überbaubarkeit gekannt. Das Verschweigen eines Mangels ist an sich schon schwierig zu beweisen. Es geht um den Nachweis von negativen und inne-

ren Tatsachen (Pedrazzini, a.a.O., N 559 ff.; BK-Kummer, N 92 zu Art. 8 ZGB; BK-Walter, N 95 f. und N 323 ff. zu Art. 8 ZGB). Diese Hürde soll nicht noch mit rigorosen Substantiierungsanforderungen erhöht werden. Ob die Bewusstseinslage des Verkäufers den Schluss zulässt, Mangeltatsachen seien wissentlich unterdrückt worden, kann im Normalfall erst entschieden werden, wenn das Beweisergebnis vorliegt.

3.5 Indem die Vorinstanz in diesem Zusammenhang einzig geprüft hat, ob der Beklagte den geologischen Bericht erhalten hat (Urk. 25 S. 12), hat sie den strittigen Sachverhalt zu eng abgesteckt. Vielmehr wäre ganz allgemein zu untersuchen gewesen, ob der Beklagte bei Vertragsabschluss erkannte, dass auch die von ihm verkaufte Parzelle Nr. 1 einen schlechten bzw. rutschigen Baugrund aufweist und mit einiger Wahrscheinlichkeit aussergewöhnliche Hangsicherungsmassnahmen erforderlich sind. Indem die Vorinstanz dafürhielt, der Nachweis für den Erhalt oder die Kenntnisnahme des geologischen Berichts durch den Beklagten sei nicht erbracht und durch Zeugeneinvernahmen nicht (mehr) zu erbringen, verfiel sie überdies in eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung. Aufgrund der heutigen Aktenlage kann nicht gesagt werden, dieser Beweis könne auch durch weitere Beweiserhebungen nicht geleistet werden. Der Schluss der Vorinstanz, (nicht näher bekannte) Zeugen könnten sich nicht mehr an die Ergebnisse der Quartiersversammlung vom 6. Februar 2002 erinnern, ist nicht zwingend. Gemäss § 133 ZPO/ZH sind erheblich strittige Tatsachen in einem Beweisverfahren zu klären, das mit dem Beweisaufgabebeschluss eröffnet wird. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren beispielhaft Personen erwähnt, die sie als Zeugen anzurufen gedenkt (Urk. 24 S. 11). Ihr wird daher Gelegenheit zu geben sein, ihre Behauptung, schlechter Baugrund und erschwerte Überbaubarkeit seien dem Beklagten bekannt gewesen, zu erhärten.

3.6 Dem Beklagten, der in unmittelbarer Nähe zur klägerischen Parzelle wohnt (Urk. 15 S. 23), war bekannt, dass es im Jahre 2001 auf der Parzelle Nr. 2 zu einer "grossflächigen Hangrutschung" (Urk. 4/5 S. 13) gekommen und ein Quartierplanverfahren im Gange war (Urk. 9 S. 4, Prot. I S. 12). Ein Beweisverfahren drängte sich auch dann auf, wenn nicht strittig wäre, dass das (weitere) Wis-

sen des Beklagten einzig auf dem geologischen Bericht fussen würde. Die Vorinstanz erwog, dem Bericht lasse sich kein Hinweis auf einen Mangel des Grundstücks entnehmen (Urk. 25 S. 13). Diese Erwägung erscheint indes weder zielführend noch zutreffend. Entscheidend ist nämlich nicht einzig, ob das Gericht dem geologischen Bericht Hinweise auf eine Mangelhaftigkeit entnehmen kann oder nicht. Vielmehr gilt es abzuklären, wie der ortsansässige Beklagte diesen Bericht verstanden und interpretiert hat, was nicht feststeht. Auch kann dem Schluss der Vorinstanz in dieser allgemeinen Form nicht beigezogen werden. Der Bericht hält unmissverständlich fest, dass das Projektgebiet ("C.____") in einem alten Rutschgebiet liegt, das mit den in jüngster Zeit erfolgten Geländeanschnitten lokal so stark geschwächt wurde, dass zum Teil beträchtliche Hangverschiebungen ausgelöst wurden (Urk. 4/5 S. 12, S. 18: "bekannte Stabilitätsprobleme im Projektgebiet"). Weiter empfiehlt der Bericht ausdrücklich, die Aspekte der kleinen Scherfestigkeit, des gespannten Grundwassers und des Hangwassers seien bei der Beurteilung *aller künftigen* Geländeanschnitte gebührend zu beachten (Urk. 4/5 S. 13; Hervorhebung durch das Gericht).

Zwar trifft es zu, dass das Teilstück von Parzelle Nr. 3 bis zur Einmündung in die H.____-Strasse als stabilitätsmässig heikel bezeichnet wird. Dies wird indes mit einem bis 4m tiefen Geländeeinschnitt begründet, während der Geländeanschnitt bis zur Parzelle Nr. 4 (gemeint wohl: bis zur Parzelle Nr. 1 [Urk. 24 S. 12 Ziff. 4.13; Urk. 29 S. 12 Ziff. 13]) durch die Erschliessungsbauten des Quartierplanverfahrens (Ausbau der F.____-Strasse, Werkleitungen) nur einen kleinen Hanganschnitt von bis max. 2m zu verkräften hatte (Urk. 4/5 S. 15). Deshalb kann aus dieser Passage kaum der Schluss gezogen werden, bei der Parzelle Nr. 1 stehe alles zum Besten (so der Beklagte; Prot. I S. 18). Es kann entgegen der Auffassung des Beklagten auch nicht gesagt werden, er hätte die Klägerin selbst in Kenntnis des geologischen Berichts nicht weiter aufklären müssen, weil die im Gutachten empfohlenen Hangsicherungsmassnahmen von der Gemeinde im Zusammenhang mit der Erstellung der Strasse ausgeführt wurden (Prot. I S. 16, vgl. auch Prot. I S. 9, S. 19, S. 21). Im hier interessierenden Abschnitt wird im geologischen Bericht zwar tatsächlich ausgeführt, die Hangstabilität sei dank den geplanten Massnahmen (flache Böschungen, Entwässerungsmassnahmen) gewähr-

leistet (Urk. 4/5 S. 16). Wie sich aus Ziffer 5.4.3 des Berichts ergibt, muss diese Aussage aber auf das konkrete Projekt bezogen werden (Urk. 4/5 S. 15). Die durchgeführten Hangsicherungsmassnahmen dienten primär der Sicherung der Erschliessungsanlagen bzw. den für den Strassen- und Leitungsbau konkret geplanten Hanganschnitten. Die Strasse geriet denn auch nicht ins Rutschen (vgl. Prot. I S. 13).

Aus dem geologischen Bericht ergeben sich genügend Anhaltspunkte, dass auch beim verkauften Grundstück, das sich "sozusagen zuoberst befindet" (Prot. I S. 13), mit einem Mangel ernsthaft *gerechnet* werden musste, auch wenn – wie der Beklagte ausführte (Prot. I S. 9) – die Verhältnisse "von Parzelle zu Parzelle zu beurteilen sind". Denn wenn die streitgegenständliche Parzelle in einem "alten Rutschgebiet" liegt und es im Jahre 2001 in unmittelbarer Nähe zu einer grossflächigen, massiven Rutschung kam, sind – Weiher hin oder her (Prot. I S. 12) – nicht nur vage Zweifel hinsichtlich der Rutschfestigkeit angezeigt. Es kann denn auch nicht davon ausgegangen werden, ein Käufer hätte sich für den geologischen Bericht nicht interessiert, wenn er erfahren hätte, dass das Kaufsobjekt in einem alten Rutschgebiet liegt, im Jahre 2001 darauf Kernbohrungen vorgenommen wurden und es im Jahre 2001 in einer Entfernung von lediglich 50 bis 100m zu einer grossflächigen Hangrutschung zufolge schwerwiegender Stabilitätsprobleme kam. Hätte der Beklagte den geologischen Bericht erhalten bzw. im Einzelnen zur Kenntnis genommen, wäre er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, der Klägerin davon Mitteilung zu machen. Der Beklagte war zwar nicht der Immobilienberater der Klägerin. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind aber "die Parteien bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen verpflichtet, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können" (BGE 125 III 86, 89 E. 3c; zum Kenntnisstand der Klägerin: vgl. unten Erw. 4). Das Bundesgericht hat denn auch bereits in einem Urteil vom 15. September 1983 entschieden, dass über schwierige geologische Verhältnisse eines Baugrundstücks, die zu einer empfindlichen Erhöhung der Kosten führen, aufgeklärt werden muss (SemJud 106 [1984] 319 f.). Den im geologischen Bericht

enthaltenen Aussagen kann daher die Erheblichkeit nicht abgesprochen werden. Sie können sowohl dem Grundsatz nach als auch bezüglich des Preises für den Vertragsschluss von ausschlaggebender Bedeutung sein, wie auch die Klägerin unwidersprochen geltend machte (Urk. 1 S. 7, Urk. 15 S. 17; Urk. 9 S. 7 f., Prot. I S. 12). Der Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe das Grundstück "um jeden Preis kaufen wollen" (Prot. I S. 12), kann jedenfalls nicht die Bedeutung beigemessen werden, die Klägerin hätte jeden oder auch nur den gleichen Preis bezahlt, wenn ihr die Mängel bzw. der geologische Bericht bekannt gewesen wäre. Mangelhafte Bodenverhältnisse können ein Bauvorhaben erheblich verteuern und sich daher auf den zu bezahlenden Preis auswirken.

3.7 Auch der von der Vorinstanz zitierte Abschnitt aus der Präsidialverfügung des Gemeinderates D._____ vom 20. Februar 2002 (Urk. 17/17) vermag ein arglistiges Verschweigen nicht von vornherein auszuschliessen. Es mag zutreffen, dass die Projektierung und Erschliessung des Quartiers darin als durchführbar bezeichnet wurde (Urk. 25 S. 13 f.). Auch das Bauvorhaben der Klägerin wurde schliesslich fertiggestellt. Die Frage ist aber, zu welchem Preis eine solche Realisierung erkaufte werden musste. Die diesbezügliche Kritik der Klägerin (Urk. 24 S. 16) ist daher berechtigt. Zudem müssen die Ausführungen des Beklagten dahingehend verstanden werden, dass er von behördlichen Mitteilungen keine Kenntnis erhalten haben will (Prot. I S. 12, S. 15). Demzufolge kann er daraus auch nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schliesslich schliesst auch die Zuweisung des Grundstücks an den Beklagten in der Erbteilung ein absichtliches Verschweigen nicht a priori aus, zumal über den Anrechnungswert und die Erbteilung nichts weiter bekannt ist. Bei dieser Sachlage muss in einem Beweisverfahren abgeklärt werden, ob der Beklagte im allgemeinen oder aufgrund des geologischen Berichts zumindest ernsthaft mit der Möglichkeit eines Mangels gerechnet hat.

4.1 Der Tatbestand des Verschweigens setzt nebst der Kenntnis des Verkäufers die Unkenntnis des Käufers vom Gewährsmangel voraus. Die Aufklärungspflicht entfällt, wenn der Verkäufer weiss oder nach Treu und Glauben annehmen darf, dass der Käufer vom Gewährsmangel anderweitig Kenntnis erlangt

hat. Es stellt sich also die Frage, welches Wissen der Verkäufer beim Käufer bezüglich Eigenschaften der Kaufsache nach dem Vertrauensprinzip voraussetzen durfte (BGE 116 II 431, 434 E. 3a; ZK-Schönle/Higi, N 60 ff. zu Art. 199 OR; BK-Giger, N 44 zu Art. 199 OR; vgl. auch Art. 200 Abs. 2 OR). Dem angefochtenen Urteil lassen sich diesbezüglich keine Erwägungen entnehmen, da die Vorinstanz eine Mängelhaftung aus anderen Gründen (nämlich aufgrund des Kenntnisstands des Beklagten hinsichtlich des Mangels) verneinte.

4.2 Die Klägerin wohnte zuvor in L._____ (Urk. 4/3). Es kann nicht vorausgesetzt werden, dass ihr die lokalen Verhältnisse im fraglichen Baugebiet "C._____" in D._____ von vornherein bekannt gewesen sind. Es geht hier nicht darum, ob die Hanglage bzw. die Neigung für jedermann ersichtlich war (Prot. I S. 9 f., S. 14) oder das Bauen an einer Hanglage notorischerweise teurer zu stehen kommt als in der Ebene (Urk. 9 S. 6). Die Klägerin behauptet nämlich, dass das Kaufobjekt *für ein Hanggrundstück* eine unterdurchschnittliche Bebaubarkeit besass (Urk. 15 S. 5: "Solche Umstände trifft man praktisch nie an, auch nicht an einem Hang", S. 16: "ausserordentlich seltene Verhältnisse").

4.3 Der Beklagte ist der Ansicht, aufgrund der vorbestehenden Nachbargrundstücke und der Hanglage (Neigung) hätten sich vor einem allfälligen Kaufentscheid jedenfalls Abklärungen aufgedrängt, in welchem Umfang bei welchem Projekt Hangsicherungsmassnahmen zu treffen gewesen seien. Dies habe die Klägerin offensichtlich vernachlässigt (Urk. 9 S. 5). Immerhin habe die Klägerin gegen Ende 2003 und somit noch vor Abschluss des Kaufvertrags den Architekten M._____ aus D._____ konsultiert, der Projektskizzen und Kostenschätzungen erstellt habe. Dieser habe darauf hingewiesen, dass aufgrund des Niveauunterschieds zu den oben gelegenen Liegenschaften Hangsicherungsmassnahmen getroffen und je nach Position und Grösse der Baugrube für das geplante Objekt grössere und kleinere Spundwände zur Absicherung gemacht werden müssten. Die Klägerin habe diesen Kontakt abgebrochen, da sie nicht "mit einem sie auf die Möglichkeiten aufmerksam machenden Architekten" habe zusammenarbeiten wollen. Aus diesem Kontakt gehe hervor, dass vor dem Vertragsabschluss durchaus Fachpersonen konsultiert worden seien. Die Klägerin habe sich von einem

mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Architekten beraten lassen und sei nicht in dem Masse mangelhaft orientiert und uninformiert gewesen, wie sie nun behaupte. Sie könne nicht als gänzlich unerfahren gelten. Sie habe das Grundstück um jeden Preis kaufen wollen, nachdem sie die Meinung eines ortsansässigen Architekten eingeholt habe. Dabei hätte sie sicherlich auch von einem zu hohen Kaufpreis erfahren. Im Übrigen hätten auch ohne Beziehung eines Architekten Berechnungen angestellt werden müssen (Prot. I S. 11 f., S. 13 f., S. 19-21, S. 23).

4.4 Die Klägerin entgegnete, sie habe weder mit M. _____ noch mit einem anderen Architekten vor dem Vertragsabschluss Kontakt gehabt. Sie kenne weder M. _____ noch einen anderen Architekten aus D. _____ (Urk. 21 S. 3).

4.5 Der Beklagte konnte nicht darauf vertrauen, die Klägerin werde ohne äusseren Anlass aus eigener Initiative geologische Abklärungen treffen. Der Käufer ist lediglich zur Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt bei der Wahl und Besichtigung der Kaufsache verpflichtet; Sachverständige muss er dazu nicht beziehen (BSK OR I-Honsell, N 3 zu Art. 200 OR). Der Beklagte behauptet auch nicht, er sei damals in Kenntnis darum, dass die Klägerin sachkundig beraten werde, davon ausgegangen, sie werde über die besondere Problematik des im Projektgebiet gelegenen Grundstücks informiert. Insofern musste der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Unkenntnis der Klägerin ausgehen.

4.6 Mit seinen Ausführungen behauptet der Beklagte aber zumindest sinngemäss, die Klägerin habe den von ihr nunmehr gerügten Mangel erkannt. Da diese Darstellung von der Klägerin zurückgewiesen wird, muss der Beklagte zum Beweis darüber zugelassen werden, dass die Klägerin vor Vertragsabschluss Kontakt zum Architekten M. _____ unterhielt, von diesem beraten und dabei auf die besonderen Stabilitätsprobleme im Projektgebiet "C. _____" oder auf die Notwendigkeit ausserordentlich aufwendiger Sicherungsmassnahmen aufmerksam gemacht wurde.

4.7 Die Frage von Pflichtverletzungen der mit der Erstellung des Einfamilienhauses beauftragten Unternehmung (Urk. 9 S. 6) stellt sich nicht, da vorliegend nicht Ersatz der Kosten der Hangsicherung verlangt wird.

5.1 Kann die Verletzung einer Aufklärungspflicht im heutigen Zeitpunkt nicht verneint werden, kann auch die Frage, ob das gekaufte Grundstück mit einem Mangel behaftet ist, nicht offenbleiben. Es ist daher abzuklären, ob der Baugrund der Parzelle Nr. 1 im Vergleich mit anderen Hanglagen ausserhalb des Projektgebietes "C._____" (Urk. 4/5) von minderer Qualität ist (fehlende Haftfestigkeit [Kohäsion], geringer Reibungswinkel). Die Klägerin beantragte zu diesem Punkt die Einholung eines Gutachtens (Urk. 15 S. 5, Prot. I S. 6; Urk. 24 S. 9). Damit im Zusammenhang steht die Frage, ob bei der Parzelle Nr. 1 die üblicherweise bei der Überbauung eines solchen Grundstücks notwendigen Hangsicherungsmassnahmen nicht ausreichen resp. ob – andersherum gesagt – für das realisierte Einfamilienhaus der Klägerin bei durchschnittlichen Verhältnissen Hangsicherungskosten von nicht mehr als Fr. 30'000.–, höchstens Fr. 40'000.–, einkalkuliert werden mussten. Für die Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist auch relevant, ob ein Geländebruch vom 19. Januar 2006 auf die mangelnde Stabilität des Baugrundes zurückzuführen ist und notwendige Kosten für Stabilitätssicherungsmassnahmen von Fr. 398'275.80 nach sich zog (Urk. 15 S. 8 f.), was der Beklagte bestreitet (Prot. I S. 15 f.). Schliesslich ist – wie bereits erwähnt – über den Wissens- bzw. Kenntnisstand des Beklagten und der Klägerin Beweis zu erheben (Erw. III/3 bzw. III/4).

5.2 Da der Sachverhalt ergänzt werden muss, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens (nach bisherigem kantonalen Recht; BGer 4A_8/2012 E. 1) und zur Prüfung der weiteren Haftungsvoraussetzungen der Sachgewährleistung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Dabei wird die Vorinstanz – Kenntnis des Beklagten vom Mangel vorausgesetzt – gegebenenfalls auch zu untersuchen haben, ob die weiteren Elemente des willentlichen (bewussten) und daher arglistigen Verschweigens vorliegen, insbesondere, ob der Verkäufer gewusst oder damit gerechnet hat, dass sich der Käufer bei Kenntnis des Mangels

nicht auf die Wegbedingungsklausel eingelassen hätte, wobei es genügt, wenn der Verkäufer das Zustandekommen des Vertrags nicht aufs Spiel setzen wollte (vgl. Urk. 1 S. 8 oben: "Er hat ihr das verschwiegen, um den entsprechenden Kaufvertrag nicht zu gefährden", Urk. 15 S. 11: "Diesen [Informationsvorsprung] machte er sich zunutze"; ZK-Schönle/Higi, N 73 zu Art. 199 OR; BK-Giger, N 45 zu Art. 199 OR; BK-Becker, N 6 zu Art. 199 OR; Pedrazzini, a.a.O., N 546 f.; Staudinger/Matusche-Beckmann, N 92, N 94 und N 99 zu § 438 BGB).

6.1 Die Vorinstanz hat mit Bezug auf den geltend gemachten Grundlagenirrtum eine fruchtloses Verstreichen der Jahresfrist angenommen (Urk. 25 S. 17 f.) und die Frage, ob sich die Klägerin auf den Tatbestand der absichtlichen Täuschung berufen könne, letztlich offengelassen (Urk. 25 S. 19). Die Klägerin hält das Recht, sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags infolge Irrtums zu berufen, nicht für verwirkt. Auf Täuschung beruft sie sich nur unter der Bedingung, dass die geltend gemachte Kritik am Streitobjekt keinen Mangel im rechtlichen Sinne darstellt. Sie ist der Auffassung, dass in diesem Fall die Sachgewährleistung gar nicht zum Zuge käme und die Berufung auf Täuschung möglich sei (Urk. 24 S. 19).

6.2 Die anwaltlich vertretene Klägerin hat in der Klageschrift vom 12. November 2010 Minderung geltend gemacht und sich damit für den Rechtsbehelf der Sachgewährleistung entschieden. Sie hat dadurch den Kaufvertrag vom 7. Januar 2004 genehmigt (BGE 127 III 83, 85 f. E. 1b). Die Genehmigung liegt in der *Geltendmachung* der Sachgewährleistung. Ob das Gericht einen Sachmangel bejaht oder nicht, ist daher unerheblich. Die (erstmalig in der Replik) erfolgte Berufung auf Willensmängel erweist sich daher als unzulässig, weshalb ein Irrtum oder eine Täuschung nicht weiter geprüft werden müssen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist lediglich eine Entscheidungsgebühr festzusetzen. Die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Über die

Anschlussberufung des Beklagten, welche die Höhe der Prozessentschädigung des erstinstanzlichen Verfahrens zum Gegenstand hat, muss nicht mehr entschieden werden.

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung, vom 25. November 2011 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt.
3. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
4. Es wird vorgemerkt, dass für das Berufungsverfahren Kostenvorschüsse von Fr. 15'000.– (Klägerin) und von Fr. 1'010.– (Beklagter) geleistet wurden.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist werden die erst- und zweitinstanzlichen Akten der Vorinstanz zugestellt.

6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 260'800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: js