

WENGERPLATTNER

Rechtsanwälte
Steuerberater
Notare

Wenger Plattner
Jungfraustrasse 1
CH-3000 Bern 6

T +41 31 357 00 00
F +41 31 357 00 01

www.wenger-plattner.ch

Prof. Dr. Beat Stalder
Rechtsanwalt | Attorney at Law
Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht
beat.stalder@wenger-plattner.ch
Eingetragen im Anwaltsregister

Tina Marina Heim, MLaw
Rechtsanwältin | Attorney at Law
tina.heim@wenger-plattner.ch
Eingetragen im Anwaltsregister

Stadt Zug
Abteilung Immobilien
Frau Laura Guthke
Zeughausgasse 9
6301 Zug

Bern, 23. September 2016

B5273366.docx/StB/HeT

RECHTSGUTACHTEN

BETREFFEND DIE KOSTENTRAGUNG DER SANIERUNG DER NAPHTHALIN-BELASTUNG IM SCHULZENTRUM MARIA OPFERUNG (BAURECHTSPARZELLE ZUG GBBL. NR. 91392)

PROF. DR. BEAT STALDER

RECHTSANWALT

TINA M. HEIM

RECHTSANWÄLTIN

I. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

1. Ausgangslage

- 1 Am 23. Dezember 2004 haben der Convent Maria-Opferung als Grundeigentümerin und die Einwohnergemeinde Zug als Baurechtsnehmerin einen Vertrag über die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts an der Liegenschaft Zug Gbbl. Nr. 1707 abgeschlossen. Das Baurecht wurde unter der Grundstücksnummer Zug Gbbl. Nr. 91392 in das Grundbuch aufgenommen. Das Baurecht dauert grundsätzlich bis zum 31. Dezember 2054, kann aber von der Bauberechtigten vorzeitig beendet werden.
- 2 Die Baurechtsfläche umfasst 5'921 m². Auf der Baurechtsfläche befindet sich das Institutsgebäude, in welchem die Stadt Zug bereits zuvor im Rahmen eines Mietverhältnisses die Heilpädagogische Sonderschule sowie die Psychomotorische Therapiestelle betrieben hat und als Baurechtsnehmerin weiterhin betreibt. Im Hinblick auf den Abschluss des Baurechtsvertrags beschlossen am 28. November 2004 die Stimmberechtigten der Einwohnergemeinde Zug für bauliche Anpassungen, insbesondere die Ergänzung von Toilettenanlagen sowie der Einrichtung einer Küche, einen Baukredit von CHF 4'750'000.00. Die Arbeiten wurden ausgeführt.
- 3 Nachdem sich Lehrpersonen über Geruchsimmissionen, brennende Augen und Kopfschmerzen beklagt hatten, wurden am 25. Februar 2011 im Musikraum (Raum Nr. 203) der Heilpädagogischen Sonderschule Schadstoffuntersuchungen durchgeführt. Dabei wurde ein Naphthalin-Wert von 31 µg/m³ gemessen (vgl. Untersuchungsbericht der Analytik Aurachtal vom 17. März 2011). Sodann wiesen bei der Messung vom 3. Juni 2011 weitere Räume erhöhte Naphthalin-Werte auf; 40 µg/m³ (Raum 209), 10 µg/m³ (Raum 210), 37 µg/m³ (Raum 211), 61 µg/m³ (Raum 212), 33 µg/m³ (Raum 213), 9,9 µg/m³ (Raum 214) sowie 13 µg/m³ (Raum 215; vgl. Untersuchungsbericht der Analytik Aurachtal vom 24. Juni 2011).
- 4 Da die genaue Herkunft der Naphthalinbelastung nicht feststand, wurde im Rahmen eines Pilotprojekts der Musiktherapieraum anfangs 2013 saniert. Das gewünschte Ergebnis blieb jedoch aus; 15 Monate nach Einbau des neuen Estrichbodens beträgt der Messwert >100 µg/m³.

- 5 Die Baurechtnnehmerin fasst aufgrund der Naphthalin-Belastung eine Total- oder Teilsanierung der Baurechtsliegenschaft, einen Abriss mit anschliessendem Neubau oder einen gänzlichen Wegzug vom Standort in Betracht.

2. Auftrag

- 6 Die Einwohnergemeinde Zug hat uns ersucht, gutachterlich zu beurteilen, ob die Kosten einer Sanierung der Naphthalinursache ganz oder zumindest teilweise auf die Baurechtgeberin abgewälzt werden können.

II. BEURTEILUNG

A) Umweltrechtliche Grundlagen

1. Eigenschaften von Naphthalin

- 7 Naphthalin ist ein farbloser aromatischer Kohlenwasserstoff, der zur Herstellung von Kunststoffen, Lösungsmitteln sowie Motten-Schutz verwendet wird. Es ist sodann in teerhaltigen Bauprodukten enthalten (vgl. Ecosens AG, Zwischenbericht Schadstoffabklärungen Heilpädagogische Schule, SH Maria Opferung vom 19. Januar 2016, S. 3).
- 8 Zuverlässige Hinweise bzw. belastbare Daten zur gesundheitlichen Wirkung eingeatmeten Naphthalins sowie einer möglichen krebserzeugenden Wirkung beim Menschen liegen sowohl in der Schweiz wie auch im Ausland (noch) keine vor. In Tierversuchen zeigte sich jedoch eine krebserzeugende Wirkung, weshalb Naphthalin in der Europäischen Union als krebverdächtig eingestuft ist (vgl. Ad-hoc-Arbeitsgruppe Innenraumrichtwerte der Kommission Innenraumluftthygiene und der Obersten Landesgesundheitsbehörden, Richtwerte für Naphthalin und Naphthalin-ähnliche Verbindungen in der Innenraumluft, Bundesgesundheitsblatt - Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz 10, 2013, S. 1451).

2. Naphthalin-Grenzwerte in der Schweiz

a) *Luftreinhalte-Verordnung*

- 9 In der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV, SR 814.318.142.1) wird Naphthalin der Klasse 1 organischer gas-, dampf-, oder partikelförmiger Stoffe zugeordnet (Anhang 1, Ziff. 72). Ein Stoff der Klasse 1 darf bei einem Massenstrom (d.h. Masse der emittierten Stoffe pro Zeiteinheit gem. Anhang 1 Ziff. 22 LRV) den Wert von 0,1 kg/h oder mehr 20 mg/m³ (was 20'000 µg/m³ entspricht) nicht übersteigen (Anhang 1 Ziff. 71 Abs. 1 Bst. a LRV). Diese Grenzwerte gelten für die vorsorgliche Begrenzung von stationären Anlagen (Anhang 1 Ziff. 1 LRV). Als stationäre Anlagen gelten Bauten und andere ortsfeste Einrichtungen (Art. 7 Abs. 7 Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz, USG; SR 814.01 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 LRV).
- 10 Die vorliegenden Messwerte liegen weder im Musikraum noch in den anderen Räumen über dem Grenzwert von 20'000 µg/m³. Damit ist eine übermässige Immission im Sinne der Luftreinhalte-Verordnung nicht gegeben.

b) *Verordnungen über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) und über die Unfallversicherung (UVV)*

- 11 Die SUVA beaufsichtigt die Anwendung der Vorschriften über die Verhütung von Berufskrankheiten in allen Betrieben (Art. 50 Abs. 1 der Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, VUV, SR. 832.30). Die Aufsicht der SUVA bezieht sich insbesondere auf Berufskrankheiten gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG, SR 832.20) sowie Anhang 1 zur Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV, SR 832.202; mit einer Liste der schädigenden Stoffe). Der Schadstoff Naphthalin ist im Anhang 1 zur UVV explizit erwähnt.
- 12 Gestützt auf Art. 50 Abs. 3 VUV veröffentlicht die Abteilung Arbeitsmedizin der SUVA die Publikation "Grenzwerte am Arbeitsplatz", in der die Maximalen Arbeitsplatz-Konzentrationswerte (MAK-Werte) periodisch publiziert werden. Darin sieht die SUVA für Naphthalin einen MAK-Wert von 10 ml/m³ bzw. von 50 mg/m³ (d.h. 50'000 µg/m³) vor.

- 13 Die SUVA erfasst in erster Linie Industriebetriebe, was den hohen Wert erklärt. Vorliegend werden auch diese Werte nicht erreicht, weshalb offen bleiben kann, ob die Richtlinien der SUVA auf Schulen überhaupt Anwendung finden.

3. Naphthalin-Grenzwerte im Ausland

- 14 Im Gegensatz zur Schweiz bestehen im internationalen Vergleich explizit Naphthalin-Grenzwerte für Wohn- und Innenräume.
- 15 Das Deutsche Bundesumweltamt hat bspw. für Naphthalin einen Vorsorgewert von $0,01 \text{ mg/m}^3 = 10 \text{ } \mu\text{g/m}^3$ sowie einen Gefahrenwert von $0,03 \text{ mg/m}^3 = 30 \text{ } \mu\text{g/m}^3$ herausgegeben (Ad-hoc-Arbeitsgruppe Innenraumrichtwerte der Kommission Innenraumlufthygiene und der Obersten Landesgesundheitsbehörden, a.a.O., S. 1451).
- 16 Auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) legt den Naphthalin-Richtwert für Innenräume bei $0,01 \text{ mg/m}^3$ bzw. $10 \text{ } \mu\text{g/m}^3$ fest (Weltgesundheitsorganisation, Regionalbüro für Europa, WHO Leitlinien für Innenraumlufthqualität: ausgewählte Schadstoffe, Zusammenfassung, S. 3f.).
- 17 Diese für die Schweiz nicht unmittelbar geltenden Grenzwerte werden gemäss den Messungsergebnissen überschritten. Nun sind die in der Schweiz geltenden Grenzwerte allerdings zugeschnitten auf Industriebetriebe und werden dem vorliegenden Sachverhalt deshalb nicht gerecht. Betroffen ist eine Schulanlage, in der täglich Kinder und Jugendliche mit einer besonderen Schutzbedürftigkeit verkehren und der potentiellen Gesundheitsgefahr ungeschützt ausgesetzt sind. Dass der Gesetzgeber für Wohnräume keine entsprechenden Richtwerte aufgestellt hat ist damit zu erklären, dass er nicht unnötig in den Privatbereich jedes Einzelnen eingreift und es jedem selber überlassen ist, welcher Gesundheitsgefahr er sich privat aussetzen will. Weil gesetzliche Vorschriften für Wohn- und Aufenthaltsräume fehlen, wird deshalb praxisgemäss auf den Richtwert des Deutschen Umweltbundesamts abgestellt (vgl. Ecosens AG, Zwischenbericht Schadstoffabklärungen Heilpädagogische Schule, SH Maria Opferung vom 19. Januar 2016, S. 3).
- 18 Diese Überlegungen legen nahe, auch in der Schweiz, namentlich im vorliegenden Fall eines erhöhten Schutzbedürfnisses, die ausländischen Vorsorgewerte beizuziehen und damit auf einen Vorsorgerichtwert von $10 \text{ } \mu\text{g/m}^3$ und einen Interventionswert von $30 \text{ } \mu\text{g/m}^3$ abzustellen. Diese Werte sind vorliegend überschritten, weshalb u.E. faktisch ein Sanierungsbedarf besteht. Die Stadt

Zug als Betreiberin der Schule hat u.E. dafür besorgt zu sein, dass die Kinder keiner die international anerkannten Werte übersteigenden Schadstoffbelastung ausgesetzt sind.

4. Nichtvorliegen einer Altlast im umweltrechtlichen Sinn

- 19 Altlasten sind sanierungsbedürftige belastete Standorte (Art. 2 Abs. 3 der Verordnung vom 26. August 1998 über die Sanierung von belasteten Standorten, Altlasten-Verordnung, AltIV; SR 814.680). Sanierungsbedürftig sind belastete Standorte, wenn sie zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen oder wenn die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen (Art. 2 Abs. 2 AltIV). Die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte trägt der Verursacher (Art. 32d USG). Als Verursacher im Sinne von Art. 32d USG gelten sowohl Verhaltens- als auch Zustandsstörer. Verhaltensstörer ist, wer durch sein eigenes Verhalten oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgte Verhalten Dritter unmittelbar die öffentliche Ordnung oder Sicherheit stört. Als Zustandsstörer gilt hingegen, wer die tatsächliche oder rechtliche Sachherrschaft über eine Sache hat, von der die Störung ausgeht (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, §56, Rz. 31f. sowie ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht in a nutshell, 2015, S. 34). Sollte ein sanierungsbedürftiger belasteter Standort vorliegen und damit das Verursacherprinzip Anwendung finden, könnte allenfalls eine Kostenüberwälzung auf die Baurechtgeberin im Sinne des Verursacherprinzips erfolgen.
- 20 Belastete Standorte sind Orte, deren Belastung von Abfällen stammt und die eine beschränkte Ausdehnung aufweisen. Sie umfassen einerseits Ablagerungsstandorte, d.h. stillgelegte oder noch in Betrieb stehende Deponien und andere Abfallablagerungen, sowie andererseits Betriebsstandorte, in denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist. Sodann fallen auch Unfallstandorte darunter, die wegen ausserordentlicher Ereignisse, einschliesslich Betriebsstörungen, belastet sind (Art. 2 Abs. 1 AltIV). Die Kantone erstellen einen öffentlich zugänglichen Kataster der belasteten Standorte (Art. 32c Abs. 2 USG).
- 21 Für Naphthalin gilt gemäss AltIV ein Konzentrationswert von 10 ml/m^3 bei der Beurteilung von Porenluft an belasteten Standorten (Anhang 2 der AltIV). Dieser Grenzwert wird vorliegend unter Anwendung der Umrechnung analog der MAK-Werte (10 ml/m^3 bzw. 50 mg/m^3 ; vgl. Rz. 12) nicht überschritten.

- 22 Sodann stellt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Gebäude mit asbesthaltigen Bauteilen weder einen Ablagerungsort, noch ein Betriebs- oder Unfallstandort im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. b AltIV dar (BGE 136 II 142, E. 3.2. = Pra 2010 Nr. 110 S. 750). Gleiches muss für mit Naphthalin belastete Grundstücke gelten. Ein belasteter Standort im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung liegt damit nicht vor, womit gesagt ist, dass weder der Richtwert der AltIV noch die Vorschriften über eine Altlastensanierung mit Kostenverlegung nach dem Verursacherprinzip (Art. 32d USG) Anwendung finden.

5. Fazit

- 23 Die in der Schweiz geltenden Grenzwerte für Naphthalin sind vorliegend eingehalten; insoweit besteht kein unmittelbarer gesetzlicher Handlungszwang. Mit Blick auf die erhöhten Schutzbedürfnisse der Benutzer dieser Schulräume halten wir allerdings dafür, die ausländischen Vorsorgewerte beizuziehen, welche überschritten sind. Faktisch besteht damit ein Sanierungsbedarf.
- 24 Hingegen liegt keine Altlast im umweltrechtlichen Sinn vor, womit auch die altlastenrechtliche Kostenliquidation – welche unter Umständen zulassen würde, für die Sanierungskosten auch auf die Baurechtsgeberin als frühere Verhaltensstörerin zurückzugreifen – nicht zum Tragen kommt.

B) Eigentumsverhältnisse am Schulgebäude Maria Opferung

1. Einleitung

- 25 Gemäss Ziff. IV./1 des Baurechtsvertrags übernahm die Stadt Zug das bestehende, Naphthalin emittierende Gebäude "zu alleiniger und unbeschränkter Nutzung. Sie kann darüber frei verfügen". Jede Sachgewährleistung seitens des Baurechtsgebers für die Baute und die sich darin befindlichen Anlagen wurde ausgeschlossen (Ziff. IV./2) und die Entschädigung an den Baurechtsgeber für die Überlassung des Institutsgebäudes wurde und wird im Rahmen des Baurechtszinses berücksichtigt, indem der Baurechtszins auf der Grundlage eines Basislandwerts einerseits und eines sich zufolge Altersentwertung jährlich um 2 % reduzierenden Gebäudewerts andererseits berechnet wird. Die Stadt Zug ist berechtigt, dem Baurechtsgeber den Gebäudewert jederzeit teilweise oder vollumfänglich abzugelten, wodurch sich der Baurechtszins (selbstverständlich) entsprechend reduziert (Ziff. II./1-6).

- 26 Damit stellt sich die Frage, ob das Eigentum am Gebäude bereits auf die Stadt Zug übergegangen ist oder ob allenfalls immer noch die Baurechtsgeberin – eventuell gemeinschaftlich mit der Stadt Zug – Eigentümerin des Gebäudes ist, verbunden mit entsprechenden Unterhalts- und Sanierungspflichten.

2. Indizien für einen Eigentumsübergang

- 27 Der Baurechtsvertrag enthält weder eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich einer Eigentumsübertragung noch eine Bestimmung über einen eigentlichen Kaufpreis (wie erwähnt wird der Gebäudewert im Rahmen des Baurechtszinses abgegolten), was grundsätzlich auch für ein Miet- bzw. ein innominatkontraktliches, leasingähnliches Nutzungsverhältnis sprechen könnte.
- 28 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen abzustellen. Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (BGE 137 III 145, E. 3.2.1).
- 29 Wir kommen indes aufgrund mehrerer Vertragselemente zum Schluss, dass ein Eigentumsübergang erfolgt ist und somit die Stadt Zug mit Antritt des Baurechtsverhältnisses Alleineigentümerin der Gebäude wurde:
- a. *Gesetzliche Konzeption:* Wenn bei der Errichtung eines Baurechts bereits eine Baute auf dem baurechtsbelasteten Grundstück steht, geht das Eigentum an der Baute mit der Eintragung des Baurechts im Grundbuch ohne weiteres auf den Bauberechtigten über (BSK ZGB II-ISLER/GROSS, Art. 779 ZGB N 10).
 - b. *Sinn und Zweck des Baurechtsvertrags:* Die Stadt Zug war vor Abschluss des Baurechtsvertrags bereits Mieterin der Gebäude. Mit dem Baurechtsvertrag wurde offensichtlich eine Änderung der Rechtslage angestrebt. Der Baurechtsvertrag bezweckt gerade, das Eigentum an den Gebäuden – abweichend vom Akzessionsprinzip – auf den Bauberechtigten übergehen zu lassen. Hätten die Parteien keinen Wechsel der Eigentümerstellung beabsichtigt, hätte der Abschluss eines Baurechtsvertrags wenig Sinn gemacht. Damit geht einher, dass der Mietvertrag vom 30. Januar 2003 zwischen der Einwohnergemeinde Zug und dem Convent Maria-Opferung mit dem Antritt des Baurechts ausdrücklich aufgehoben wurde (Ziff. VI./4 des Baurechtsvertrags).

- c. *Eigentümerbefugnisse*: Gemäss Ziff. I./5 des Baurechtsvertrags hat der Bauberechtigte das Recht, auf der Baurechtsfläche Bauten und Anlagen beizubehalten, um- bzw. auszubauen oder neu zu erstellen. Hierbei handelt es sich um klassische Eigentümerbefugnisse, die einem bloss obligatorisch Berechtigten in aller Regel nicht zugestanden werden. Folgerichtig trägt der Baurechtsnehmer auch die Unterhaltskosten der Bauten und Anlagen (Ziff. IV./4 des Baurechtsvertrags).
- d. *Eintragung im Grundbuch*: Der Grundbuchauszug betreffend das Grundstück Zug Nr. 1707 weist das Institutsgebäude Nr. 2a ausdrücklich als "Dritteigentum" aus.
- e. *Heimfall*: Mit Ablauf der Baurechtsdauer gehen die Gegenstand des Baurechts bildenden Bauten und Anlagen gemäss Ziff. III./3 des Baurechtsvertrags in das Eigentum der Grundeigentümerschaft über. Dieser Vorgang setzt voraus, dass das Eigentum auf die Baurechtsnehmerin übergegangen ist.
- f. *Abgeltung Gebäudewert*: Die Abgeltung des Gebäudewerts erfolgt zwar über den Baurechtszins (vorne Rz. 25), beinhaltet aber doch eine Amortisationskomponente und beschränkt sich nicht auf die Abgeltung eines reinen Nutzungsverhältnisses. Sodann kann sich die Stadt Zug durch eine Einmalzahlung von dieser Komponente befreien (Ziff. II./4 des Baurechtsvertrags), was bei einem Nutzungsverhältnis kaum vorgesehen worden wäre.
- g. *Ausschluss Sachgewährleistung*: In Ziff. IV./2 des Baurechtsvertrags wurde die Sachgewährleistung ausgeschlossen. Hierbei handelt es sich um ein kaufrechtliches Instrument (vgl. Art. 197 ff. und Art. 221 OR).
- h. *Benützung Kapelle und Sakristei*: Die Bauberechtigte räumt dem Baurechtsgeber das alleinige Benützungsrecht an der Kapelle sowie an der Sakristei ein (Ziff. V./3). Dieses Recht wurde als Personaldienstbarkeit ausgestaltet, was die Eigentümerstellung der Dienstbarkeitsbelasteten voraussetzt.
- i. *Steuerauslösung*: Die Übertragung unterlag nicht der Grundstückgewinnsteuer, weil es sich beim Veräusserungsobjekt "nicht um ein Grundstück im Privatvermögen der veräussernden Person" handelte (Ziff. VI./10 des Baurechtsvertrags).

3. Fazit

- 30 Obwohl im Vertrag nicht ausdrücklich festgehalten, ist die Stadt Zug mit Antritt des Baurechts Eigentümerin der auf dem Baurechtsgrundstück vorhandenen Bauten und Anlagen geworden und als solche für die Folgen der Naphthalin-Belastung verantwortlich.
- 31 Damit obliegt grundsätzlich auch die Sanierung der Belastung der Stadt Zug, es sei denn, sie kann aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Normen auf die Baurechtsgeberin zurückgreifen. Als solche sind denkbar die kaufrechtliche Sachgewährleistung oder die Anfechtung des Baurechtsvertrags wegen Grundlagenirrtum. Diese Behelfe sind nachfolgend zu prüfen.

C) Sachgewährleistung

1. Vorliegen eines Mangels

- 32 Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für zugesicherte Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat (Art. 197 Abs. 2 OR). Als Sachmangel gilt damit die Abweichung zwischen dem Ist- und dem Sollzustand der Kaufsache (BSK OR I-HONSELL, Art. 197 OR N 2). Als fehlende Eigenschaft und damit als Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR hat das Bundesgericht z.B. die Ölverseuchung eines Grundstücks (BGE 107 II 161, E. 6.d.) oder auch die Feuchtigkeit von Gebäuden (BGE 66 II 132, E. 4) angesehen.
- 33 Vorliegend ist die Kaufsache mit einem Bauschadstoff belastet, der gesundheitsgefährdend ist und eine aufwendige Sanierung notwendig macht. Die Kaufsache verfügt selbst wenn keine Sanierungspflicht gestützt auf eine Gesetzesnorm besteht über eine bedeutende Abweichung vom Soll-Zustand und damit über einen Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR.

2. Rechtzeitige Rüge

- 34 Gemäss Art. 201 Abs. 1 OR soll der Käufer die Kaufsache innert der dem Geschäft angemessenen Frist prüfen und, falls sich Mängel ergeben, diese sofort

anzeigen. Zeigen sich später Mängel, so muss die Anzeige sofort erfolgen, widrigenfalls die Sache auch hinsichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt (Art. 201 Abs. 3 OR). Die Rügefrist wird ausgelöst durch die sichere Kenntnis des Mangels, hier durch das Vorliegen der Resultate der ersten Messung, welche erhöhte Naphthalinwerte gezeigt hat (17. März 2011, vgl. vorne Rz. 3). Sie beträgt lediglich wenige Tage (bei werkvertraglichen Mängeln geht das Bundesgericht generell von einer siebentägigen Frist aus, in kaufrechtlichen Sachen hat es auch schon eine drei- bzw. -viertägige Frist als angemessen beurteilt; vgl. BSK OR I-HONSELL, Art. 203 N. 11).

- 35 Aus den uns zur Verfügung stehenden Unterlagen ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Stadt Zug die Mangelhaftigkeit der übernommenen Bauten und Anlagen gegenüber dem Convent Maria-Opferung fristgerecht gerügt hätte.
- 36 Ebenso ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Convent Maria-Opferung die Mangelhaftigkeit der Bauten und Anlagen bereits vor Abschluss des Baurechtsvertrags gekannt und die Stadt Zug durch deren Verschweigung absichtlich getäuscht hätte; in jenem Fall käme die umgehende Rügeobliegenheit nicht zur Anwendung (Art. 203 OR).

3. Wegbedingung der Gewährspflicht

- 37 Hinzu kommt, dass in Ziff. IV./2 des Baurechtsvertrags jegliche Sachgewährleistung des Baurechtsgebers für die Baute und die sich darin befindlichen Anlagen ausgeschlossen wurde. Solche Gewährleistungsausschlüsse sind üblich und insoweit zulässig, als sie nicht Mängel betreffen, die dem Käufer arglistig verschwiegen wurden (Art. 199 OR). Arglist setzt voraus, dass der Verkäufer Kenntnis vom Mangel hatte und einer Auskunftspflicht untersteht, wofür der Käufer die Beweislast trägt (BSK OR I-HONSELL, Art. 199 N 7). Anhaltspunkte für ein arglistiges Verschweigen bestehen ebenfalls nicht.
- 38 Hingegen kann man sich fragen, ob der Mangel vom Wirkungsbereich des vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses erfasst wird. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt ein Mangel dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er bei objektivierter Auslegung gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste und der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigt ist. Gerade beim Verkauf von Altbauten besteht regelmässig ein entsprechendes Bedürfnis, jede Gewährleistung auszuschliessen. Mit Rücksicht darauf übt das Bundesgericht Zurückhaltung bei der Annahme, dass ein Mangel völlig ausserhalb dessen lag,

womit vernünftigerweise zu rechnen war, und daher nicht unter die Klausel fällt (BGE 130 III 686 E. 4.3.1).

- 39 Wir neigen deshalb dazu, den Gewährleistungsausschluss auch hinsichtlich der Naphthalinbelastung als zulässig zu beurteilen. Letztlich kann die Frage offen bleiben, weil ohnehin keine rechtzeitige Mängelrüge erfolgte (vorne Rz. 34 f.).

4. Verjährung

- 40 Gemäss Art. 219 Abs. 3 OR verjährt die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes mit dem Ablauf von fünf Jahren, vom Erwerb des Eigentums, d.h. der Eintragung im Grundbuch an gerechnet. Die Gewährleistungspflicht ist hier deshalb bereits verjährt.

- 41 Im Lichte der Rechtsprechung des EGMR zum Asbest kann sich allenfalls die Frage stellen, ob ein Gewährleistungsanspruchs überhaupt verjähren kann, wenn man den Mangel nicht kennt (vgl. das einen Asbestfall betreffende Urteil des EGMR vom 11. März 2014, *Affaire Howald Moor et autres c. Suisse*, Requêtes nos 52067/10 et 41072/11). Die Besonderheiten der durch Asbest verursachten Krankheiten können allerdings nicht mit vorliegendem Fall verglichen werden. Zum einen geht es vorliegend nicht um deliktsrechtliche Ansprüche, und zum anderen ist die Latenzzeit bei Asbesterkrankungen derart lange, dass die Verjährungsfrist stets vor Ausbruch der Krankheit abläuft. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Vorhandensein von Naphthalin hätte bereits viel früher erkannt werden können, da offenbar bereits im Jahre 2006 Geruchsimmissionen auftraten. Sodann wurde selbst nach sicherer Kenntnis keine Mängelrüge erhoben, weshalb die Gewährleistungspflicht auch unter diesem Titel verwirkt ist.

D) Grundlagenirrtum

1. Wesentlicher Irrtum

- 42 Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Ein Irrtum ist wesentlich, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Erforderlich ist subjektive und objektive Wesentlichkeit sowie deren Erkennbarkeit für den Verkäufer (BSK OR I-

SCHWENZER, Art. 24 N 20). Das Bundesgericht hat bspw. einen Grundlagenirrtum bejaht, wenn die Qualität des Baugrundes betroffen ist (BGE 87 II 137).

- 43 Die Belastung mit dem Bauschadstoff Naphthalin und der damit einhergehenden gesundheitlichen Beschwerden von Lehrkräften sowie den notwendigen Sanierungskosten ist geeignet, bei der Baurechtnehmerin sowohl in subjektiver wie auch in objektiver Hinsicht einen wesentlichen Irrtum zu bewirken. Dass die Käuferin ein mangelfreies Gebäude übernehmen wollte war auch für ihre Vertragspartei erkennbar, weshalb die Berufung auf einen Grundlagenirrtum u.E. grundsätzlich zulässig ist.

2. Gestaltungserklärung

- 44 Die Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrags erfolgt durch Gestaltungserklärung und muss binnen Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums erfolgen (Art. 31 OR). Eine absolute Verjährungsfrist besteht hingegen nicht.
- 45 Wiederum ist in Anschlag zu bringen, dass die Schadstoffmessungen, welche eine übermässige Naphthalinbelastung aufzeigten, im März 2011 durchgeführt wurden. Eine Berufung auf Grundlagenirrtum hätte innerhalb eines Jahres, somit bis März 2012 erfolgen müssen. Indem dies nicht geschah, gilt der Vertrag (auch) unter Irrtumsgesichtspunkten als genehmigt.

E) Vorzeitige Vertragsauflösung

- 46 Gemäss Ziff. III./4. des Baurechtsvertrages kann die Bauberechtigte das Baurechtsverhältnis frühestens nach zehn Jahren ohne Angaben von Gründen, jedoch unter Tragung der Kosten für die Löschung im Grundbuch, beenden. Diesfalls hat der Baurechtsgeber keine Heimfallsentschädigung zu bezahlen, kann andererseits aber auch keinen Schadenersatz aus vorzeitiger Vertragsauflösung geltend machen.
- 47 Eine Abgeltung des Gebäudewertes (vgl. Ziff. II./4 des Baurechtsvertrags) erfolgte bis anhin nicht, d.h. die Baurechtnehmerin amortisierte den Kaufpreis für die Baute bis anhin indirekt über den Baurechtszins. Eine vorzeitige Vertragsauflösung hätte den Heimfall der Bauten und Anlagen in das Eigentum der Stiftung Maria-Opferung zur Folge, womit die Naphthalin-Problematik und ihre Beseitigung dann wiederum Sache der Stiftung Maria-Opferung wäre.

- 48 Diese würde sich zwar auf den ersten Blick auf den Standpunkt stellen können, das heimfallende Gebäude sei mangelhaft. Dem könnte freilich wiederum entgegengehalten werden, diesem Umstand sei durch den entschädigungslosen Heimfall Rechnung getragen; überdies sei die Berufung auf Mangelhaftigkeit treuwidrig, weil der Mangel ja gerade durch die Stiftung Maria-Opferung verursacht worden sei.
- 49 Mit der Androhung einer vorzeitigen Vertragsauflösung könnte aber nach unserer Einschätzung die Grundlage für Verhandlungen über eine Beteiligung der Stiftung Maria-Opferung an den Sanierungskosten geschaffen werden.

III. FAZIT

Zusammenfassend kommen wir zu folgenden Schlüssen:

1. Die Werte der Luftreinhalte-Verordnung sowie der MAK werden vorliegend nicht erreicht. Eine gesetzliche Sanierungspflicht besteht nicht. Mangels einer Grenzwertregelung ausschliesslich für Innenräume werden in der Praxis die Richtwerte des deutschen Umweltbundesamts beigezogen. Diese Richtwerte werden in verschiedenen Räumen überschritten. Dies dürfte – zumal mit Blick darauf, dass die Räume für Schulzwecke für besonders schutzbedürftige Kinder verwendet werden – faktisch eine Sanierungspflicht auslösen.
2. Keine Anwendung findet das umweltrechtliche Altlastenrecht und die dort vorgesehenen Kostenverteilungsmechanismen.
3. Mit Begründung des Baurechts ist das Eigentum und damit Nutzen und Gefahr an der bestehenden Baute auf die Einwohnergemeinde Zug übergegangen, weshalb diese grundsätzlich die Kosten einer Sanierung zu tragen hat.
4. Die Belastung mit Naphthalin stellt einen Sachmangel dar. Die Gewährleistungspflicht wurde jedoch im gesetzlich zulässigen Rahmen ausgeschlossen und auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürften die Mängel des Gebäudes vom Wirkungsbereich des vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses erfasst sein. Die Gewährleistung wäre aber ohnehin verwirkt, weil eine rechtzeitige Mängelrüge unterblieben ist.

5. Das Vorhandensein von Naphthalin stellt einen wesentlichen Irrtum bei Abschluss des Baurechtsvertrags dar. Allerdings hätte die Geltendmachung der Unverbindlichkeit des Vertrages innert Jahresfrist seit Entdeckung des Irrtums erfolgen müssen. Dies ist vorliegend unterlassen worden.
6. Gestützt auf Ziff. III./4 kann der Baurechtsvertrag ohne Ausrichtung einer Heimfallsentschädigung vorzeitig gekündigt werden. Diese Möglichkeit ist für Verhandlungen über eine Beteiligung an den Kosten als Argument aufzunehmen.



Prof. Dr. Beat Stalder



Tina M. Heim
i.V. Simon Fluri