

Postfach 5576, CH-3001 Bern

Einschreiben

Regionalgericht Berner Oberland
Verwaltungsgebäude Selve
Scheibenstrasse 11 B
3600 Thun

Ulrich Keusen
Rechtsanwalt
ulrich.keusen@bratschi-law.ch

Rahel Müller
MLaw, Rechtsanwältin
rahel.mueller@bratschi-law.ch

Bollwerk 15
Postfach 5576
CH-3001 Bern
Telefon +41 58 258 16 00
Fax +41 58 258 16 99
ulrich.keusen@bratschi-law.ch
www.bratschi-law.ch

im Anwaltsregister eingetragen

89511/UKE/B4681423.doc

Bern, 18. November 2011

SCHUTZSCHRIFT

für

Herr Daniel Hodler-Messerli, Granatweg 14, 3004 Bern

und

Burgergemeinde Leissigen, c/o Herr Beat Lauener, Seebacher, 3706 Leissigen, handelnd durch ihre Organe

beide vertreten durch Rechtsanwalt Ulrich Keusen und/oder Rechtsanwältin Rahel Müller, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bollwerk 15, Postfach 5576, 3001 Bern

- mutmassliche Gesuchsgegnerinnen -

gegen

Opal Fels- und Steinschlagssicherungs AG, c/o Andreas Köppel, 3953 Inden, handelnd durch ihre gesetzlichen und statutarischen Organe

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Güngerich, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern

- mutmassliche Gesuchstellerin -

betreffend

Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes

I. Rechtsbegehren

1. Es sei die vorliegende Eingabe als Schutzschrift entgegenzunehmen und diese bis zum 18. Mai 2012 beim Gericht aufzubewahren.
2. Ein allfälliges, sachlich mit der Schutzschrift zusammenhängendes Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes auf den Parzellen Leissigen Grundbuchblatt Nrn 191 und 414 sei abzuweisen.
3. *Eventualiter*: Über ein allfälliges Gesuch der mutmasslichen Gesuchstellerin um vorläufige Eintragung auf den Parzellen Leissigen Grundbuchblatt Nrn 191 und 414 sei nicht ohne vorherige Anhörung der mutmasslichen Gesuchsgegnerinnen zu entscheiden.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der mutmasslichen Gesuchstellerin.

II. Formelles

- 1 Das vorliegende Gesuch ist als Schutzschrift im Sinne von Art. 270 ZPO entgegen zu nehmen.
- 2 Eine Schutzschrift ist bei dem für das befürchtete Superprovisorium zuständigen Gericht einzureichen. Die mutmasslichen Gesuchsgegnerinnen sind Eigentümerinnen der Grundstücke Grundbuchblatt Nrn 191 und 414, beide in der Gemeinde Leissigen (B-1 und B-2). Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 13 ZPO.
- 3 Die hier eingereichten Beilagen werden als „B“ bezeichnet.
- 4 Die unterzeichnenden Anwälte sind gehörig bevollmächtigt (B-3 und B-4).

Beweismittel:

- | | |
|---|-----|
| - Grundbuchauszug der Liegenschaft Leissigen / 414 | B-1 |
| - Grundbuchauszug der Liegenschaft Leissigen / 191 | B-2 |
| - Anwaltsvollmacht vom 10. November 2011 der Burgergemeinde Leissigen | B-3 |
| - Anwaltsvollmacht vom 10. November 2011 von Herrn Daniel Hodler-Messerli | B-4 |

III. Sachverhalt und Beweismittel

1. Einleitende Bemerkungen

- 5 Die Einreichung einer Schutzschrift ist grundsätzlich voraussetzungslos zulässig.
- 6 In der Folge wird aufgezeigt, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf den Parzellen Leissigen Grundbuchblatt Nrn 191 und 414 nicht erfüllt sind:
- a. Die Frist zur Eintragung ist bereits verstrichen (nachfolgend Rz. 22 ff.);
 - b. Die Forderung der mutmasslichen Gesuchstellerin ist durch das Bauhandwerkerpfandrecht nicht gedeckt (nachfolgend Rz. 25 ff.);
 - c. So oder anders steht der mutmasslichen Gesuchstellerin in Folge massiver Schlechterfüllung ihrer vertraglichen Pflichten kein Werklohn zu, weshalb ihrer allfälligen Anmeldung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts rein schikanöser Charakter zukommt (nachfolgend Rz. 19 ff.).

2. Das Bauprojekt

- 7 Der Verein Panorama Rundweg Thunersee hat sich den Bau eines durchgehenden Wanderweges auf mittlerer Höhe um den Thunersee mit möglichst geringen Höhenunterschieden zum Ziel gesetzt. Grundidee ist die Überwindung der der Choleren- und Chellischlucht, sowie des Rieder-, Gunten- Chrut- und Spissibaches mittels Hänge-Brücken mit Spannweite bis über 300 Meter. Die Planung, die Projektleitung sowie der Bau soll hierbei durch regionale Unternehmen erfolgen (vgl. Homepage des Vereins: <http://www.brueckenweg.ch/de/rundweg/verein.html>, zuletzt besucht am 17. November 2011, Ausdruck in B-5 sowie die Broschüre in B-6).

Beweismittel:

- Ausdruck: <http://www.brueckenweg.ch/de/rundweg/verein.html>,
zuletzt besucht am 17. November 2011 B-5
 - Broschüre des Vereins Panorama Rundweg Thunersee B-6
- 8 Das Projekt wird mittels Spendengeldern finanziert und insbesondere durch folgende Sponsoren unterstützt (vgl. <http://www.brueckenweg.ch/de/rundweg/wer-unterstuetzt.html>, zuletzt besucht am 17. November 2011, Ausdruck in B-7): Privatpersonen, Berner Wanderwege, Kanton Bern und Gemeinden, Tourismusorganisationen, Hotels und Restaurants, öffentliche Verkehrsbetriebe, Planungsregionen, Sportgeschäfte, Unternehmer und Politiker.

Beweismittel:

- <http://www.brueckenweg.ch/de/rundweg/wer-unterstuetzt.html>,
zuletzt besucht am 17. November 2011

B-7

- 9 Da die zu erstellenden Hängebrücken nach deren Fertigstellung in das Eigentum der Gemeinden übergehen sollen (eine entsprechende Vereinbarung wurde für die vorliegend relevante Brücke in Leissigen zwischen der Gemeinde und dem Verein Panorama Rundweg Thunersee im Juli 2010 abgeschlossen), haben die Bauten den hohen Sicherheitsanforderungen öffentlicher Bauten zu genügen (vgl. auch Rz. 13).

3. Die mutmasslichen Gesuchsgegnerinnen

- 10 Die von einem allfälligen Gesuch Betroffenen sind Eigentümerinnen der Grundstück-Nr. 191 und 414, beide in der Gemeinde Leissigen (B-1 und B-2).

Beweismittel:

- Grundbuchauszug der Liegenschaft Leissigen / 414
- Grundbuchauszug der Liegenschaft Leissigen / 191

B-1

B-2

- 11 Die mutmasslichen Gesuchsgegnerinnen unterstützen das oben beschriebene Bauprojekt (Rz. 7-9), indem sie dem Verein Panorama Rundweg Thunersee die Ermächtigung eingeräumt haben, die Fundationen der Brücke in Leissigen auf ihren Grundstücken zu errichten. Ansonsten sind sie am Bauprojekt nicht beteiligt.

4. Zur mutmasslichen Gesuchstellerin

- 12 Die mutmassliche Gesuchstellerin betreibt ein Geschäft zur Fels- und Steinschlagsicherung, Observierung von Gefahrenzonen, Spreng- und Ankerungsarbeiten sowie Montage von Steinschlagnetzen (vgl. Handelsregistrauszug in B-8).

Beweismittel:

- Handelsregistrauszug der mutmasslichen Gesuchsgegnerin

B-8

5. Die Zusammenarbeit zwischen der mutmasslichen Gesuchstellerin und dem Verein Panorama Rundweg Thunersee

5.1. Die vertraglichen Grundlagen der Zusammenarbeit

- 13 Die mutmassliche Gesuchstellerin hat – in einer Arbeitsgemeinschaft bestehend aus ihr, Emch+Berger AG und der Weder AG – dem Verein Panorama Rundweg Thunersee am 20. November 2009 die Erstellung der Brücke in Leissigen offeriert (B-9). Bereits der Offerte ist

zu entnehmen, dass die Brücke bestimmte Vorgaben an die Tragfähigkeit und Verankerung einhalten muss (vgl. auch oben Rz. 9). Am 2. März 2010 wurde der entsprechende Vertrag abgeschlossen (B-10). Die beiden Partner der mutmasslichen Gesuchstellerin (Emch+Berger AG und Weder AG) treten als Subakkordanten auf. Da der Baugrund noch nicht mit letzter Sicherheit bekannt war, wurde der Vertrag aufgrund einer Annahme geschlossen mit dem Vorbehalt von Mehrkosten aufgrund des tatsächlichen Baugrundes (Art. 2 des Vertrages, B-10).

Beweismittel:

- Auszug aus der Offerte vom 20. November 2009 B-9
- Vertrag vom 2. März 2010 B-10

5.2. Der Baustopp

- 14 Im Sommer 2010 erfolgte der Baustart zur Hängebrücke Leissigen durch die mutmassliche Gesuchstellerin. Rund sechs Wochen vor der kommunizierten Eröffnung kamen der Bauherrschaft offensichtliche Zweifel auf. Nach Rückfrage bei der mutmasslichen Gesuchstellerin und Prüfung der vorgelegten Skizze stellte die Bauherrin fest, dass das Fundationskonzept falsch gewählt und die Anforderungen an die Sicherheit gemäss SIA-Normen klar und eindeutig nicht erfüllt waren. Bei einem Weiterbau ohne wesentliche Korrekturmassnahmen hätte man damit nicht nur das Bauwerk, sondern schlimmsten Falls auch Personen gefährdet, weshalb mit Schreiben vom 20. September 2010 ein Baustopp verordnet werden musste (B-11).

Beweismittel:

- Einschreiben vom 20. September 2010 des Vereins Panorama Rundweg Thunersee an die Opal AG B-11
- 15 In den nachfolgenden Diskussionen bestritten Vertreter der mutmasslichen Gesuchstellerin zuerst vehement, dass das Fundationskonzept falsch und der Baustopp gerechtfertigt war. Erst als sich diese Argumentation nicht mehr aufrecht erhalten liess, machte sie die Geologie für das Problem verantwortlich. Geotechnische Untersuchungen waren jedoch bereits im Frühjahr 2010 im Auftrag der Bauherrin durchgeführt und an die Planer der mutmasslichen Gesuchstellerin abgegeben worden (B-12), nur waren die Resultate aus unbekannten Gründen nicht in den Brückenbau eingeflossen. In dieser Situation verlangte die Bauherrschaft Einsicht in die statische Berechnung der Brücke; einerseits um diese zu prüfen, andererseits als Grundlage für die mittlerweile unbestrittene Sanierung der Fundamente.

Beweismittel:

- Dokumentation geotechnische Untersuchungen Frühjahr 2010 B-12
- 16 Es folgte eine weitere Abmahnung durch die Bauherrin vom 17. Dezember 2010 (B-13). Es verging ab Baustopp ein halbes Jahr, bis im Frühjahr 2011 endlich eine Brückenstatik geliefert wurde (B-14). Diese war datiert mit 15. Juni 2010 und nicht frei von Widersprüchen ge-

genüber der Offerte und Präsentation im Herbst 2009, auf deren Grundlage der Auftrag an die mutmassliche Gesuchstellerin vergeben wurde.

Beweismittel:

- Anwaltsschreiben von RA Keusen an die mutmassliche Gesuchstellerin vom 17. Dezember 2010 B-13
- Protokoll der Sitzung vom 18. März 2011 B-14

- 17 Zu der schliesslich auf den 10. Juni 2011 angesetzten Bausitzung ist die mutmassliche Gesuchstellerin unter Hinweis auf formale Gründe nicht erschienen (B-15 und B-16), obwohl sie später behauptete, sie habe sich zu diesem Zeitpunkt noch als Brückenbauerin verstanden.

Beweismittel:

- Einschreiben vom 30. Mai 2011 des Vereins Panorama Rundweg Thunersee an die Opal AG B-15
- Einschreiben vom 6. Juni 2011 der Opal AG an den Verein Panorama Rundweg Thunersee B-16

- 18 In der Folge hat die mutmassliche Gesuchstellerin die Baustelle – noch vor dem 6. Juni 2011 – räumen lassen (vgl. B-16), weshalb die Bauherrin den Vertrag – den Erklärungen der mutmasslichen Gesuchstellerin folgend – als aufgelöst betrachten musste (vgl. auch Anwaltsschreiben vom 30. September 2011 in der B-17).

Beweismittel:

- Einschreiben vom 6. Juni 2011 der Opal AG an den Verein Panorama Rundweg Thunersee B-16
- Anwaltsschreiben von RA Müller an RA Dr. Güngerich vom 30. September 2011 B-17

5.3. Rechtsöffnungsverfahren

- 19 Bis zum Baustopp wurden der mutmasslichen Gesuchstellerin bereits die ersten zwei Raten in Anlehnung an den Zahlungsplan des Werkvertrages (B-10), d.h. CHF 260'000.00, überwiesen, obwohl ein genügendes Ausführungsprojekt nicht vorliegt. Dies entspricht 65% der gesamten Offertsumme von CHF 400'000.00. Gemäss Gutachten der Bauherrin beläuft sich der Wert der geleisteten Arbeit (inkl. Material) jedoch auf lediglich CHF 140'000.00 (B-18). Die finanzielle Auseinandersetzung zwischen der Bauherrin und der mutmasslichen Gesuchstellerin ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Streitigkeit.

Beweismittel:

- Beurteilung Stand der ausgeführten Arbeiten Brücke Spissibach, Leissigen vom 7. Juli / 28. Oktober 2011 B-18

- 20 Das vor dem Regionalgericht Oberland durchgeführte Rechtsöffnungsverfahren zwischen der Bauherrin und der mutmasslichen Gesuchstellerin (B-19), in welchem die mutmassliche Gesuchstellerin erfolglos die provisorische Rechtsöffnung zu erlangen versuchte, zeigt jedoch, dass diese mittels Druckmittel (vorliegend das zu erwartende Bauhandwerkerpfandrecht) eine Zahlung zu erlangen versucht, welche ihr nicht zusteht (vgl. oben Rz. 14 und Rz. 19). Ihrer allfälligen Anmeldung zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kommt somit rein schikanöser Charakter zu.

Beweismittel:

- Kopie der Zivilakten CIV 11 1695 B-19

- 21 Eine weitere Betreibung gegen die Bauherrin wurde bereits mit Zahlungsbefehl vom 27. Mai 2011 (Betreibungs-Nr. 91012312) eingeleitet (GB-20).

Beweismittel:

- Zahlungsbefehl vom 27. Mai 2011 (Betreibungs-Nr. 91012312) B-20

IV. Rechtliches

1. Frist zur Eintragung ist verstrichen

- 22 Die Bauherrin hat mit Schreiben vom 20. September 2010 den Baustopp verfügt (Rz. 14 ff.). In der Folge wurden durch die mutmassliche Gesuchstellerin keine wertvermehrenden Arbeiten mehr durchgeführt. Eine Kündigung durch die Bauherrin ist nicht erfolgt – vielmehr hat die mutmassliche Gesuchstellerin durch ihr Verhalten signalisiert, ihre vertraglichen Leistungen nicht (mehr) erbringen zu wollen (insb. Rz. 19).
- 23 Die mutmassliche Gesuchstellerin hat den Rückbau gemäss eigener Aussage vor dem 6. Juni 2011 durchgeführt (Rz. 18).
- 24 Die dreimonatige Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB ist somit klar verstrichen.

2. Forderung der mutmasslichen Gesuchstellerin ist durch das Bauhandwerkerpfandrecht nicht gedeckt

- 25 Gemäss Anwaltsschreiben vom 4. November 2011 geht die mutmassliche Gesuchstellerin von einer Kündigung des Vertragsverhältnisses aus und macht entsprechend Forderungen aus Art. 377 OR geltend (B-21). Dass eine solche Kündigung nicht ausgesprochen worden ist, sondern vielmehr das Verhalten der mutmasslichen Gesuchstellerin den Eindruck erweckt hat, sie werde den Vertrag nicht erfüllen, wurde bereits mehrfach dargelegt (Rz. 14 ff.).

Beweismittel:

- Anwaltsschreiben von RA Dr. Güngerich an RA Müller vom 4. November 2011 B-21

- 26 Ohnehin ist gemäss Lehre und Rechtsprechung „Schaden, den der Unternehmer wegen vorzeitigen Vertragsrücktritt erleidet und den ihm der Bauherr gestützt auf Art. 377 OR zu ersetzen hat“, nicht pfandberechtigt (vgl. Auszug BR 1998, 139; Kopie in der B-21).

Beweismittel:

- Kopie aus BR 1998, 139 B-22

Damit sind die eingangs gestellten Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich ersucht, diese Schutzschrift für den Fall bereit zu halten, dass ein Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes eingereicht werden sollte.

Mit vorzüglicher Hochachtung


Ulrich Keusen


Rahel Müller

Im Doppel

Beilagen: gemäss separatem Beilagenverzeichnis

Kopie: Klientschaft