

Postfach 5576, CH-3001 Bern

Bern
Basel
St. Gallen
Zug
Zürich

Einschreiben

Regionalgericht Berner Oberland
Herrn Gerichtspräsident Peter Hänni
Verwaltungsgebäude Selve
Scheibenstrasse 11 B
3600 Thun

Ulrich Keusen
Rechtsanwalt
ulrich.keusen@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/X4699586

Bern, 2. Februar 2011

DUPLIK

für

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

- **Gesuchsgegnerin 1** -

und

Herr Daniel Hodler-Messerli, Granatweg 14, 3004 Bern

- **Gesuchsgegner 2** -

beide vertreten durch Rechtsanwalt Ulrich Keusen, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bollwerk 15,
Postfach 5576, 3001 Bern

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, Post-
fach 6916, 3001 Bern

- **Gesuchstellerin** -

betreffend Gesuch um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes
(Geschäfts Nr. CIV 11 4010 VOA)

I. Rechtsbegehren

1. An den Rechtsbegehren gemäss Stellungnahme vom 9. Januar 2012 wird vollumfänglich festgehalten.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen -

II. Formelles

- 1 Mit Verfügung vom 19. Januar 2012, eingegangen am 23. Januar 2012, wird den Gesuchsgegnern Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen eine Duplik einzureichen. Die vorliegende Eingabe erfolgt somit fristgerecht.

III. Materielles

1. Einleitende Bemerkungen

2. Ad Ziffer B.1 der Replik

- 2 Soweit die Ausführungen der Gesuchstellerin hier nicht ausdrücklich anerkannt werden, sind sie durch die Gesuchsgegner bestritten.

3. Ad Ziffer B.2 der Replik

- 3 Keine Bemerkungen.

4. Ad Ziffer B.3 der Replik

- 4 Die Gesuchstellerin behauptet, dass das Gutachten der Gesuchsgegner bestätigen würde, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin einwandfrei ausgeführt worden seien. Es ist durchaus korrekt, dass die beiden Betonfundamente - soweit heute bekannt - richtig gegossen wurden. Allerdings übersieht die Gesuchstellerin bei der Lektüre des Gutachtens, dass die Verankerungen der Fundamente, soweit es Verankerungen überhaupt gibt, ungenügend sind. Die Verankerung ist jedoch gerade die Hauptfunktion der Hängebrückenfundamente, da sie erst ermöglichen, dass die Seile gespannt werden können.
- 5 Die ungenügende Verankerung eines korrekt gegossenen Fundaments ist zu vergleichen mit einwandfreien Knöpfen die nur mit einem Stich Fadenschlag an ein Kleid geheftet werden. Die Knöpfe mögen einwandfrei sein und auch am richtigen Ort liegen, ihre Funktion erfüllen sie aber ohne Fixierung nicht.

5. Ad Ziffer B.4 der Replik

6 Vgl. dazu Rz. 12 ff. der vorliegenden Duplik.

6. Ad Ziffer B.5 der Replik

7 Die Gesuchsgegner bestreiten die Darstellungen der Gesuchstellerin und verweisen ihrerseits wiederum auf Rz. 7 ff. ihrer Schutzschrift vom 18. November 2011.

7. Ad Ziffer B.6 der Replik

8 Keine Bemerkungen.

8. Ad Ziffer B.7 der Replik

9 Die Gesuchstellerin verkennet, dass die Bauherrschaft einen Schadenersatzanspruch mit der Vergütungsforderung des Unternehmens verrechnen kann, so dass sich die Pfandsumme entsprechend reduziert. Übersteigt der Schadenersatzanspruch der Bauherrschaft die Vergütungsforderung des Unternehmers, steht diesem keine Vergütungsforderung und somit auch kein Pfandanspruch mehr zu (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1124).

10 Die Bauherrschaft hat der Gesuchstellerin anerkanntermassen CHF 260'000.00 bezahlt. Geschätzt wird der effektive Wert der Arbeit im Gutachten der Kontextplan AG (vgl. B-18) auf CHF 140'000.00. Damit hat die Bauherrschaft gegen die Gesuchstellerin einen Schadenersatzanspruch in der Höhe von mindestens CHF 120'000.00, da bspw. noch eigene Berechnungen und Prüfungen der Brückenstatik vorgenommen werden mussten, was vertragliche Leistungspflicht der Gesuchstellerin gewesen wäre. Die Bauherrschaft behält sich jedenfalls die genaue Bestimmung ihrer Schadenersatzforderung für das Hauptverfahren vor.

Das mit der Fertigstellung der Brücke betraute Nachfolgeunternehmen, Theiler Ingenieure AG, schätzt in seiner Offerte vom 5. September 2011 die schon vorhandenen Bauteile auf CHF 100'000.00. Für das nachträgliche Bohren der Verankerungselemente durch die Fundamentplatten hindurch und die dadurch nötigen Beton- und Erdarbeiten mussten allein über CHF 110'000.- eingesetzt werden. Dazu werden in der Schlussabrechnung noch die Aufwendungen der Bauherrschaft für die eigenen Berechnungen der Brückenstatik und der Prüfarbeiten kommen, die alle hätten vermieden werden können, wenn die Gesuchstellerin von Beginn weg nach den Regeln des Vertrags und der Baukunde gearbeitet hätte.

11 Da der Schadenersatzanspruch der Bauherrschaft jedenfalls den behaupteten Pfandanspruch der Gesuchstellerin in der Höhe von CHF 83'283.30 übersteigt, steht der Gesuchstellerin kein Anspruch auf (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu.

Beweismittel:

- Hängebrücke Leissigen; Projektüberarbeitung, Theiler Ingenieure AG,
5. September 2011

B-24

9. Ad Ziffer B.8 der Replik

- 12 Die Gesuchstellerin behauptet, dass bei gesamthafter Lektüre der beiden Schreiben der Gesuchstellerin vom 6. Juni 2011 (GB-16) und vom 28. Juni 2011 (Stellungnahme im Rechtsöffnungsverfahren, GB-17) sich die Situation in einem anderen Licht präsentieren und aufzeigen würde, dass die Gesuchstellerin am Vertrag festhielt. Diese Behauptung trifft nicht zu, wie hiernach aufgezeigt wird.
- 13 Gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB hat die Eintragung drei Monate nach der Vollendung der Arbeit zu geschehen. Diese Bestimmung regelt jedoch nicht die Fälle, in denen die Bauarbeiten nur teilweise ausgeführt oder nicht vollendet wurden, wie dies im zu beurteilenden Fall unstrittigerweise der Fall ist (vgl. Rz. 14 des Gesuchs vom 23. Dezember 2011). Somit liegt eine Gesetzeslücke vor, die in Analogie zur gesetzlichen Regelung des Fristbeginns nach Arbeitsvollendung zu füllen ist (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1117). Im Falle, dass ein Unternehmer aufgrund eines – angeblichen – Zahlungsverzugs des Bauherrn die Bauarbeiten endgültig einstellt, löst die **Arbeitseinstellung den Beginn der Dreimonatsfrist** aus, da der Unternehmer seinen Rücktritt vom Vertrag durch konkludentes Verhalten bekundet (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1125) [Hervorhebung des Schreibenden].
- 14 Selbst wenn sich der Verein Panoramaweg Thunersee – wie von der Gesuchstellerin behauptet – in Zahlungsverzug befunden hätte, würde dies demnach an der Situation nichts ändern. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Bauherrschaft in Zahlungsverzug sei (vgl. Rz. 10 der Replik vom 17. Januar 2012). Wenn die Gesuchstellerin nicht schon beim Rückbau der Baustelleninstallation den Rücktritt vom Vertrag durch konkludentes Verhalten angezeigt hat, so spätestens mit der folgenden expliziten Passage in der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 28. Juni 2011 im Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung: *„Unter Berücksichtigung der obgenannten Ausführungen sind wir jedoch im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr bereit, die Brücke weiter zu bauen. Bevor wir die Arbeiten wieder in Angriff nehmen, muss der Verein vorerst seinen Zahlungspflichten nachkommen“*.
- 15 Die Dreimonatsfrist ist eine Spätestensfrist (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1084). Die zeitliche Begrenzung der Begründung von Baupfandrechten schützt verschiedene berechnigte Interessen, wobei das Interesse von Drittpfand Eigentümern – wie im vorliegenden Falle – besonders gross und schützenswert ist (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1130). Durch die Anknüpfung der Fristberechnung an den konkludenten Rücktritt des Unternehmers aufgrund Zahlungsverzuges des Bauherrn erwächst dem Unternehmer jedenfalls kein Nachteil, da ihm bereits bei Berechnigung zur Ausführung der Bauarbeiten das Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes eingeräumt wird (vgl. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., N. 1085).

- 16 Die Gesuchstellerin konnte nicht glaubhaft machen, weshalb die Frist erst mit dem Schreiben der Bauherrschaft vom 30. September 2011 ausgelöst worden sei, verdeutlicht sie doch mit der hiervor zitierten Aussage, dass sie die Arbeiten aufgrund des angeblichen Zahlungsverzugs eingestellt hat und somit spätestens am 28. Juni 2011 durch konkludentes Verhalten vom Vertrag zurückgetreten ist, was den Beginn der Dreimonatsfrist ausgelöst hatte. Die Frist für die hier ersuchte Eintragung ist am 28. September 2011 abgelaufen.

10. Ad Ziffer B.9 der Replik

- 17 Vgl. Rz. 9 ff der vorliegenden Duplik.

11. Ad Ziffer B.10 der Replik (Eigentum der Gemeinde Leissigen)

- 18 Auf Seite 34 des Protokolls der Gemeindeversammlung vom 28. Mai 2010 sowie auf Seite 85 des Protokolls der Gemeindeversammlung vom 27. Mai 2011 bestätigen, dass die Brücke ins Eigentum der Gemeinde übergeht. Die Brücke hat nichts mit einer privaten Nutzung zu tun, sie ist öffentlich im Sinne des Strassenrechts. Ansonsten sind die beiden hier bedrängten Parzellen Landwirtschaftsland oder Wald. An eine Wertvermehrung der durch das Pfandrecht bedrohten Parzellen haben die Gesuchsteller nichts beigetragen.

Beweismittel:

- | | | |
|---|---|------|
| - | Protokoll der Gemeindeversammlung vom Freitag, 28. Mai 2010 | B-25 |
| - | Protokoll der Gemeindeversammlung vom Freitag, 27. Mai 2011 | B-26 |

12. Ad Ziffer B.11 der Replik

- 19 Vgl. Rz. 9 ff. der vorliegenden Duplik.

13. Ad Ziffer B.12 der Replik

- 20 Vgl. Rz. 31 der Stellungnahme der Gesuchsgegner vom 9. Januar 2012 sowie Rz. 12 ff. der vorliegenden Duplik.

14. Ad Ziffer B.13 der Replik

- 21 Die Gesuchstellerin konnte nicht glaubhaft darlegen, dass die Frist zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes gewahrt wurde, da der Fristbeginn jedenfalls spätestens mit der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 28. Juni 2011 im Rechtsöffnungsverfahren ausgelöst wurde (vgl. Rz. 31 der Stellungnahme der Gesuchsgegner vom 9. Januar 2012 sowie Rz. 12 ff. der vorliegenden Duplik).

Damit sind die eingangs gestellten Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird höflich um deren Gutheissung gesucht.

Mit vorzüglicher Hochachtung


Ulrich Keusen

Im Doppel

Beilagen:

- | | | |
|---|--|------|
| - | Hängebrücke Leissigen; Projektüberarbeitung, Theiler Ingenieure AG,
5. September 2011 | B-24 |
| - | Protokoll der Gemeindeversammlung vom Freitag, 28. Mai 2010 | B-25 |
| - | Protokoll der Gemeindeversammlung vom Freitag, 27. Mai 2011 | B-26 |

Kopie: Klientschaft
 RA Güngerich mit Kopien der Beilagen