

Einschreiben

Regionalgericht Berner Oberland
Verwaltungsgebäude Selve
Scheibenstrasse 11 B
3600 Thun

Regionalgericht Oberland

28. DEZ. 2011

Postaufgabe:
Nr.

13.12.11

Bern, 23. Dezember 2011
AGU/bhu/X1589918.doc

Direktwahl: +41 (0)58 200 35 29
andreas.guengerich@kellerhals.ch

GESUCH

für

Opal Fels- und Steinschlagssicherungs AG, c/o Andreas Köppel, 3953 Inden

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

- Gesuchstellerin -

gegen

**Burgergemeinde Leissigen, c/o Herr Beat Lauener, Präsident der Bürger-
gemeinde, Seeacker, 3706 Leissigen**

- Gesuchsgegnerin 1 -

Herr Daniel Hodler-Messerli, Granatweg 14, 3004 Bern

- Gesuchsgegner 2 -

betreffend

Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwer-
kerpfandrechts auf Parzellen Leissigen 191 und 414, mit **Superprovisorium**.

Dr. Daniel Alder
Eva Bachofner
Dr. Thomas Bähler, LL.M.
Dr. Marco Balmelli
Notar (BS)
Thierry Barbey
Dr. Florian Baumann, H.E.E.
Dr. Ivo P. Baumgartner*
dipl. Steuerexperte
Dr. Bernhard Berger, LL.M.
Dr. Balthasar Bessenich
Notar (BS)
Dr. Lukas Bopp, LL.M.
Dr. Beat Brechbühl, LL.M.
Simone Burckhardt
Anita Buri
Dr. Leonardo Cereghetti
Dr. Bernhard Christen
Philipp A. d'Hondt
Silvia Eggenschwiler Suppan
Dr. Thomas Eichenberger
Marlen Eisenring
Dr. Daniel Emch, LL.M.
Kathrin Enderli
Jean-Rodolphe Flechter, LL.M.
Philippe Frésard, MLE
Notar (BE)
Christoph Frey, LL.M.
Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Dr. Fabrizio Gabrielli
PD Dr. Pascal Grolimund, LL.M.
Dr. Andreas Güngerich, LL.M.
Dr. Bernd Hauck**
Ernst Hauser, LL.M.
Thomas Hentz
Dr. Markus Hess
Melanie Huber
Dr. Christoph Jäger
Olivier Jann*
Notar (BE)
Estelle Keller Leuthardt
Prof. Dr. Franz Kellerhals
Nathalie Lang
Michèle Ludwig
Karim Maizar
Dr. Mario M. Marti, MJur
Urs Marti
Martin Molina, LL.M.
Dr. Ellen Moltzahn, LL.M.
Dr. Nicolas Mosimann
lic. oec. Astrid Mounier-Schacher, LL.M.
Dr. Dominik Oberholzer, LL.M.
Ines Pöschel
Dr. Johannes Reich, LL.M.
Patrik Richard
Mediator SDM SAV
Dr. Peter Rickli
Frank Roth, LL.M.
dipl. Steuerexperte
Lea Ruckstuhl
Bina Rutz
Dr. Sandra von Salis, LL.M.
Peter Schatz, LL.M.
Andrea Schmutz
Notarin (BS und BL)
Werner Schubiger
Dr. Annette Spycher, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Staehelin
Notar (BS)
Dr. Ralf Michael Sträub**
Dr. Claude Thomann, LL.M.
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Dr. Adrian Walpen
Dr. Christian Witschi
dipl. Steuerexperte
Sabine Wyss

Konsulenten:
Dr. Christopher C. King**
Attorney at Law (NY, USA), Solicitor (England)
Peter Kofmel*
Management Consultant
Prof. Dr. Dr. h.c. Adrian Staehelin

Rechtsanwälte/Innen eingetragen im
Anwaltsregister und Mitglieder des
Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV)
* nicht als Rechtsanwalt eingetragen
** Rechtsanwalt (D)

Übersicht

I.	RECHTSBEGEHREN	3
II.	BEGRÜNDUNG	3
A.	FORMELLES.....	3
1.	Zuständigkeit	3
2.	Passive Streitgenossenschaft.....	3
3.	Superprovisorium.....	4
4.	Legitimation des Rechtsvertreters	4
B.	MATERIELLES	4
1.	Übersicht.....	4
2.	Die Gesuchstellerin.....	5
3.	Die Gesuchsgegner.....	5
4.	Werkvertrag vom 8. März 2010 mit dem Verein Panorama Rundweg Thunersee	5
4.1	Allgemeines	5
4.2	Arbeitsprogramm/Zahlungsplan	6
4.3	Ablauf der Vertragsabwicklung	6
4.4	Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Verein.....	8
4.5	Pfandrechtsberechtigte Forderung	9
5.	Anspruch der Gesuchstellerin	10
5.1	Material und Arbeit.....	10
5.2	Betroffene Grundstücke.....	10
5.3	Pfandsumme und Zins.....	10
5.4	Keine andere hinreichende Sicherheit	11
5.5	Frist	11
6.	Beweismass der blossen Glaubhaftmachung.....	11
7.	Superprovisorium.....	12

I. RECHTSBEGEHREN**Sachantrag**

1. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, sei gerichtlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten der Gesuchsgegnerin 1 für einen Betrag von CHF 41'641.90 nebst Zins von 5 % seit 1. Oktober 2010 auf einen Betrag von CHF 37'500.00 sowie nebst Zins von 5% seit 3. Juni 2011 auf einem Betrag von CHF 4'141.90 die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Parzelle Leissigen Nr. 191 vorzumerken.
2. Das Grundbuchamt Oberland, Dienststelle Interlaken, sei gerichtlich anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin und zu Lasten des Gesuchsgegners 2 für einen Betrag von CHF 41'641.90 nebst Zins von 5 % seit 1. Oktober 2010 auf einen Betrag von CHF 37'500.00 sowie nebst Zins von 5% seit 3. Juni 2011 auf einem Betrag von CHF 4'141.90 die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Parzelle Leissigen Nr. 414 vorzumerken.

Verfahrensantrag:

Die Anordnung sei auf Einreichung des Gesuches hin, d.h. **superprovisorisch**, anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

II. BEGRÜNDUNG**A. FORMELLES****1. Zuständigkeit**

- 1 Die Baugrundstücke befinden sich in der Gemeinde Leissigen. Das angerufene Gericht ist damit örtlich zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO).
- 2 Sachlich zuständig zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs ist das Regionalgericht (Art. 8 Abs. 1 EG ZSJ). Anwendbar ist das summarische Verfahren (Art. 248 ff. ZPO).

2. Passive Streitgenossenschaft

- 3 Die Gesuchstellerin macht für eine einheitliche Forderung aus Werkvertrag ihren Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts geltend. Da die von den

Bauarbeiten betroffenen Grundstücke im Eigentum verschiedener Personen stehen, muss die Eintragung des Pfandrechts entsprechend anteilmässig auf die fraglichen Grundstücke aufgeteilt werden. Die zu beurteilenden Ansprüche der Gesuchstellerin beruhen mithin auf gleichartigen Tatsachen und ergeben sich aus demselben Rechtsgrund. Für die Klagen gegen die Gesuchsgegnerin 1 und den Gesuchsgegner 2 ist die gleiche Verfahrensart, nämlich das summarische Verfahren, anwendbar. Die beiden Gesuchsgegner können daher im Sinne einer passiven Streitgenossenschaft in demselben Verfahren belangt werden (Art. 71 ZPO).

3. Superprovisorium

4 Die pfandberechtigten Ansprüche resultieren aus einem Werkvertrag über die Erstellung einer Hängebrücke in Leissigen, den die Gesuchstellerin mit dem Verein Panorama Rundweg Thunersee („Verein PRT“) abgeschlossen hat. Der Verein PRT hat das Vertragsverhältnis mit der Gesuchstellerin „kalt“ aufgelöst, indem er ohne Mitteilung an die Gesuchstellerin eine andere Unternehmung mit der Erstellung der Hängebrücke betraute. Mit Schreiben vom 30. September 2011 teilte der Verein PRT mit, dass er das Vertragsverhältnis als beendet erachte (vgl. dazu unten Rz. 22 ff.). Es ist mithin auf das Datum des 30. September 2011 als fristauslösendes Ereignis abzustellen.

5 Zur Wahrung der Dreimonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB; **Ablauf am 30. Dezember 2011**) ist es daher unabdingbar, die Vormerkung unverzüglich, d.h. superprovisorisch, anzuordnen (s. dazu die Ausführungen zum Materiellen hiernach).

4. Legitimation des Rechtsvertreters

6 Der unterzeichnende Anwalt ist bevollmächtigt (GB 1) und im Anwaltsregister des Kantons Bern eingetragen.

Beweismittel

GB 1 Anwaltsvollmacht vom 23. Dezember 2011

B. MATERIELLES

1. Übersicht

7 Die Gesuchstellerin hat auf den Grundstücken der beiden Gesuchsgegnern Arbeiten ausgeführt, die zu einem Mehrwert der Grundstücke geführt haben. Die Arbeiten erfolgten im Rahmen eines mit dem Verein PRT abgeschlossenen Werkvertrags, der die Erstellung einer Hängebrücke in Leissigen zum Gegenstand hatte. Die Arbeiten konnten von der Gesuchstellerin leider nicht vollständig erbracht werden, weil der Verein PRT seinen Zahlungspflichten nur teilweise nachkam. Schliesslich versuchte sich der Verein PRT seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen, indem er hin-

ter dem Rücken der Gesuchstellerin eine andere Unternehmung engagierte, welche die Arbeiten nun vollendete.

- 8 Für die offene Forderung der Gesuchstellerin im Betrag von CHF 83'283.80 gegenüber dem Verein PRT hat die Gesuchstellerin Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

2. Die Gesuchstellerin

- 9 Die Gesuchstellerin ist eine im Bereich der Fels- und Steinschlagsicherung tätige Unternehmung. Sie führt insbesondere auch die Observierung von Gefahrenzonen, Spreng- und Ankerungsarbeiten sowie die Montage von Steinschlagnetzen aus (GB 2).

Beweismittel

GB 2 Handelsregistrauszug betreffend die Gesuchstellerin

3. Die Gesuchsgegner

- 10 Bei Gesuchsgegnerin 1 handelt es sich um die Eigentümerin des Grundstücks Leissigen Nr. 191 (vgl. GB 3).

- 11 Der Gesuchsgegner 2 ist Eigentümer des Grundstücks Leissigen Nr. 414 (vgl. GB 4).

Beweismittel

GB 3 Grundbuchauszug betreffend Leissigen Gbbl.-Nr. 191

GB 4 Grundbuchauszug betreffend Leissigen Gbbl.-Nr. 414

4. Werkvertrag vom 8. März 2010 mit dem Verein Panorama Rundweg Thunersee

4.1 Allgemeines

- 12 Im September 2009 schrieb der Verein PRT einen Gesamtleistungswettbewerb betreffend Erstellung einer Fussgänger-Hängebrücke in Leissigen und Sigriswil aus (vgl. die Ausschreibungsunterlagen in GB 5).

- 13 Die Gesuchstellerin reichte ein Angebot ein. Als Unterakkordanten sah die Gesuchstellerin die Emch+Berger AG, Bern, Niederlassung Spiez, und das Ingenieurbüro Weder AG, Naters, vor. Der Verein PRT nahm das Angebot der Gesuchstellerin in Bezug auf die Erstellung der Hängebrücke über den Spissibach in Leissigen an. Am 2./8. März 2010 schlossen die Gesuchstellerin und der Verein einen entsprechenden Werkvertrag ab (vgl. GB 6).

Beweismittel

- GB 5 Ausschreibungsunterlagen Fussgänger-Hängebrücke in Leissigen und Sigriswil vom September 2009
- GB 6 Werkvertrag vom 2./8. März 2010
- GB 7 Arbeitsprogramm/Zahlungsplan vom 20. Januar 2010

4.2 Arbeitsprogramm/Zahlungsplan

14 Dem Werkvertrag liegt ein Arbeitsprogramm/Zahlungsplan bei (GB 7). Das Arbeitsprogramm sah vor, wann welche Arbeiten voraussichtlich erledigt werden sollten. Aufgrund verschiedener Umstände (längere Dauer bis zur Erteilung der Baubewilligung; andere Geologie; Nichtbezahlen der geschuldeten Raten durch den Verein) verzögerte sich die Arbeitsausführung bzw. konnte diese schliesslich nicht vollendet werden.

15 Vereinbart wurde insgesamt ein Werklohn von **CHF 430'400.00** (GB 6). Die Zahlungen sollten gemäss Plan folgendermassen erfolgen:

- 1. Zahlung: CHF 30'000.- bis Ende Februar 2010 bzw. nach Erstellen der Baugesuchunterlagen)
- 2. Zahlung: CHF 230'000.- bis Ende Mai 2010 bzw. nach Eintreffen der Baubewilligung, vor dem Ausführungsprojekt
- 3. Zahlung: CHF 75'000.- bis Ende Juni 2010
- 4. Zahlung: CHF 75'000.- bis Ende KW 31 (1. Augustwoche)
- 5. Zahlung: CHF 20'400.- bis Ende September 2010 (Ende des Projekts)

16 Die Zahlungen waren durch den Verein PRT gemäss Arbeitsprogramm/Zahlungsplan jeweils für die anstehenden Arbeiten im Voraus zu leisten. Einzig die erste Zahlung von CHF 30'000.- erfolgte gemäss Zahlungsplan erst nach Erstellen der Baugesuchunterlagen.

17 Bei der Kalkulation des Werklohnes von CHF 430'400.- ging die Gesuchstellerin von einer geringen Überdeckung des Felsens durch Moräne und Humus aus (vgl. Ziff. 2.2 des Vertrags vom 2./8. März 2010 (GB 6). Ziff. 2.2 des Vertrags sieht weiter folgendes vor: „Mächtiger Überdeckungen als 2m ergeben Mehraufwände, die nach Absprache und vorheriger Mitteilung an die Bauherrschaft verrechnet werden.“

4.3 Ablauf der Vertragsabwicklung

18 Die Gesuchstellerin hat das Vor- und Bauprojekt vertragsgemäss geplant. Ebenso hat die Gesuchstellerin alle Arbeiten im Zusammenhang mit dem Baubewilligungs-

verfahren erbracht; die Baubewilligung wurde am 13. Juli 2011 erteilt (vgl. GB 8). Weiter erstellte die Gesuchstellerin ein Ausführungsprojekt.

- 19 Die Gesuchstellerin nahm sodann nach erteilter Baubewilligung die Arbeiten im Gelände in Angriff. Die Gesuchstellerin nahm insbesondere die Betonarbeiten, d.h. die Erstellung der Fundamente Ost und West vor. Dabei merkte sie, dass die Überdeckung des Felsens mit Moräne und Humus rund 8 bis 14 m beträgt. Gemäss den vom Verein in den Wettbewerbsunterlagen zur Verfügung gestellten geologischen Berichten des Geotechnischen Instituts sollte die Felsüberdeckung rund 2 m betragen (vgl. den geologisch/geotechnischen Kurzbericht des Geotechnischen Instituts vom 13. Juli 2009, GB 9, S. 2). Dieser Bericht lag der Offerte und dem Vertrag vom 2./8. März 2010 zu Grunde (vgl. Ziff. 2.2 des Vertrags, GB 6).
- 20 Es waren daher aufgrund der abweichenden geologischen Voraussetzungen vonseiten der Gesuchstellerin zusätzliche Arbeiten notwendig (Sondierbohrungen und Bodenabklärungen; Ankerversuche, Ingenieurarbeiten). Die Gesuchstellerin musste ebenfalls zusätzliche Fundationsarbeiten leisten. Die Gesuchstellerin lieferte dem Verein PRT, Herrn Helmut Stieger (neben dem Präsidenten zuständiges Vereinsmitglied) bereits Anfang Dezember 2010 das neue, angepasste Verankerungskonzept (vgl. das E-Mail von Herrn Stefan Weder an Herrn Helmut Steiger vom 1. Dezember 2010, GB 10). Erst im April hatte der Verein PRT die Statik der Gesuchstellerin für nachvollziehbar befunden (vgl. das E-Mail von Herrn Peter Dütschler an die Gesuchstellerin vom 1. April 2011, GB 11). Der Verein PRT forderte die Gesuchstellerin auf, die Offerte mit den ausgewiesenen Mehrkosten infolge des nun bekannten Baugrundes an den Verein zu senden (vgl. GB 11). Dieser Aufforderung kam die Gesuchstellerin mit E-Mail vom 28. April 2011 nach (vgl. GB 12).
- 21 Danach verhielt sich der Verein PRT sehr ausweichend gegenüber der Gesuchstellerin, äusserte sich nicht zum Verankerungskonzept und kam seinen Zahlungspflichten nicht mehr nach. Die Gesuchstellerin sah sich daher veranlasst, ihre Leistungen zurück zu behalten bis zum Erhalt der vom Verein geschuldeten Vorauszahlungen. Die Gesuchstellerin musste aufgrund des Verhaltens des Vereins die benötigten und bereits seit längerem auf der Baustelle befindlichen Gerätschaften länger vorhalten. Sie klärte den Verein über die Kosten für das längere Vorhalten auf (vgl. das Schreiben der Gesuchstellerin an den Verein PRT vom 24. Mai 2011, GB 13). Sie forderte den Verein PRT auf, bekannt zu geben, ob die Gerätschaften unterbrochslos auf der Baustelle belassen werden sollten, oder ob der Verein PRT einen vorläufigen Rückbau im Sinne der Kostenminimierung wünsche. Der Verein PRT hielt es nicht für nötig, dieses Schreiben zu beantworten.

Beweismittel

- GB 8 Baubewilligung vom 13. Juli 2011
- GB 9 Geologisch/geotechnischen Kurzbericht des Geotechnischen Instituts vom 13. Juli 2009
- GB 10 E-Mail von Herrn Stefan Weder an Herrn Helmut Steiger vom 1. Dezember 2010
- GB 11 E-Mail von Herrn Peter Dütschler an die Gesuchstellerin vom 1. April 2011

GB 12 E-Mail der Gesuchstellerin an Peter Dütschler vom 28. April 2011

GB 13 Schreiben der Gesuchstellerin an den Verein PRT vom 24. Mai 2011

4.4 Auflösung des Vertragsverhältnisses durch den Verein

- 22 Am 16. September 2011 forderte die Gesuchstellerin den Verein PRT auf, nun endlich „grünes Licht“ für den Weiterbau zu erteilen (vgl. das Schreiben des Unterzeichnenden an Herrn Thomas Roth, der sich als Vertreter des Vereins PRT konstituiert hatte, GB 14). Auf dieses Schreiben antwortete Frau Rechtsanwältin Rahel Müller, die der Verein PRT (ebenfalls) mit der Interessenwahrung betraut hatte, mit Brief vom 30. September 2011 (vgl. GB 15). Darin machte der Verein PRT geltend, es bestehe kein Anspruch auf Bauausführung mehr, da die Gesuchstellerin vom Vertrag zurück getreten sei. Der Verein spricht einerseits das Schreiben vom 6. Juni 2011 der Gesuchstellerin an (vgl. GB 16, welches im Zusammenhang mit dem Schreiben der Gesuchstellerin vom 24. Mai 2011, GB 13, zu lesen ist; vgl. dazu auch oben Rz. 21). Andererseits verweist der Verein PRT auf eine Stellungnahme der Gesuchstellerin im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens vom 28. Juni 2011, GB 17).
- 23 Die vom Verein PRT in seinem Schreiben vom 30. September 2011 (GB 15) zitierten Aussagen der Gesuchstellerin sind indessen aus dem Kontext gerissen und besagen, wenn sie in ihrer Gesamtheit gelesen werden, gerade das Gegenteil. So betonte die Gesuchstellerin stets, dass sie die Brücke weiterbauen werde, sobald der Verein seinen Zahlungspflichten nachgekommen sei. Die Gesuchstellerin stellte dies in der folgenden Korrespondenz einlässlich dar (vgl. die verschiedenen Schreiben in GB 18 bis GB 21).
- 24 Der Verein PRT blieb indessen bei seiner nicht nachvollziehbaren Meinung. Dies wohl deshalb, weil der Verein tatsächlich hinter dem Rücken und in Verletzung des Vertrages mit der Gesuchstellerin eine andere Unternehmung mit dem Weiterbau betraut hatte.
- 25 Das Vertragsverhältnis muss daher als mit Schreiben vom 30. September 2011 durch den Verein PRT beendet erachtet werden.

Beweismittel

- GB 14 Schreiben RA Güngerich / Verein PRT vom 16. September 2011
GB 15 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 30. September 2011
GB 16 Schreiben der Gesuchstellerin / Verein PRT vom 6. Juni 2011
GB 17 Stellungnahme Rechtsöffnung der Gesuchstellerin vom 28. Juni 2011
GB 18 Schreiben RA Güngerich / RA Müller vom 11. Oktober 2011
GB 19 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 20. Oktober 2011
GB 20 Schreiben RA Güngerich / RA Müller vom 25. Oktober 2011
GB 21 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 26. Oktober 2011

4.5 Pfandrechtsberechtigte Forderung

26 Die Gesuchstellerin hat insgesamt fünf Rechnungen gestellt. Einzig die beiden ersten Rechnungen gemäss Zahlungsplan (GB 7) wurden vom Verein nach Mahnung bezahlt. Beahlt wurden mithin folgende Rechnungen:

- Rechnung betreffend erste Zahlung gemäss Zahlungsplan über CHF 30'000.- vom 14. Mai 2010.
- Rechnung betreffend zweite Zahlung gemäss Zahlungsplan über CHF 230'000.- vom 15. Juni 2010.

27 Mündlich sicherte der Verein gegenüber der Gesuchstellerin Mitte September 2010 sodann zu, auch die dritte Zahlung vorzunehmen. Diese Zahlung sollte das Material sowie einen Teil der Ausführungsarbeiten abgelten; insbesondere sollte die Zahlung die Betonarbeiten an den Fundamenten abgelten. Im Vertrauen auf die Zahlungszusicherung erbrachte die Gesuchstellerin ihre vertraglichen Pflichten gemäss 3. Zahlung vollumfänglich (Betonarbeiten d.h. Fundamentsarbeiten), obschon der Verein eigentlich gemäss Vertrag vorleistungspflichtig gewesen wäre (bzw. erbrachte die Gesuchstellerin aufgrund der anderen geologischen Verhältnisse noch zusätzliche Betonarbeiten). Auch die beiden weiteren Rechnungen betreffend Mehrkosten aufgrund der vom Vertrag abweichenden geologischen Verhältnisse sowie die Rechnung für das längere Vorhalten wurden vom Verein bislang nicht bezahlt.

28 Insgesamt hat der Verein mithin **folgende Rechnungen nicht beglichen**:

- Rechnung vom 30. August 2010 betreffend dritte Zahlung gemäss Zahlungsplan über CHF 75'000.00 (vgl. GB 22);
- Rechnung vom 22. April 2011 betreffend längeres Vorhalten über CHF 33'222.95 (vgl. GB 23);
- Rechnung vom 2. Mai 2011 betreffend Mehrkosten wegen abweichender geologischer Verhältnisse über CHF 71'136.15 (vgl. GB 24).

Total offener Rechnungsbetrag: CHF 179'359.10

29 Davon sind folgende Arbeiten **pfandrechtsberechtigt**:

Betonarbeiten		
(3. Zahlung Zahlungsplan GB 24)	CHF	75'000.00
Mehrkosten Fundamente (s. GB 24)	CHF	8'283.80
Total	CHF	83'283.80

- 30 Im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen sind die Ingenieurarbeiten, längeres Vorhalten etc., welche Arbeiten nicht pfandrechtsberechtigt sind.

Beweismittel

- GB 22 Rechnungen vom 30. August 2010 betreffend dritte Zahlung gemäss Zahlungsplan über CHF 75'000.00
- GB 23 Rechnung vom 22. April 2011 betreffend längeres Vorhalten über CHF 33'222.95
- GB 24 Rechnung vom 2. Mai 2011 betreffend Mehrkosten wegen abweichender geologischer Verhältnisse über CHF 71'136.15

5. Anspruch der Gesuchstellerin**5.1 Material und Arbeit**

- 31 Die Gesuchstellerin hat für die hier interessierenden Arbeiten sowohl Material geliefert wie auch Arbeitsleistungen erbracht.
- 32 Das gelieferte Material (Beton) wurde auf den fraglichen Grundstücken verbaut, es ist somit zu einem Bestandteil der Grundstücke verarbeitet worden.
- 33 Das gesetzliche Grundpfand kann für die oben aufgeführten Ansprüche betreffend Fundamentationsarbeiten/Betonarbeiten beansprucht werden.

5.2 Betroffene Grundstücke

- 34 Die Arbeiten fanden auf den Grundstücken Leissigen Nr. 191 und 414 statt, die im Alleineigentum der Gesuchsgegnerin 1 bzw. des Gesuchsgegners 2 stehen (vgl. GB 3 und GB 4). Auf den beiden Grundstücken wurde je eine Foundation erstellt. Entsprechend wurde im gleichen Verhältnis Arbeit und Material geliefert/zugeführt. Ein hälftige Aufteilung der Pfandforderung je Grundstück ist daher angezeigt (vgl. dazu RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 593).

5.3 Pfandsumme und Zins

- 35 Der noch ausstehende Werklohn beträgt wie ausgeführt **CHF 83'283.80** (vgl. oben Rz. 29).
- 36 Er setzt sich einerseits zusammen aus Foundationsarbeiten im Betrag von **CHF 75'000.00** gemäss Rechnung vom 30. August 2010 (GB 22). Diese Arbeiten und die Bezahlung derselben waren gemäss Vertrag vom 2./8. März 2010 (GB 6) geschuldet. Die Rechnung war innert 30 Tagen zahlbar. Mithin trat automatisch ab dem 1. Oktober 2010 Verzug ein. Ab diesem Datum ist der gesetzliche Verzugszins von 5% geschuldet (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Verzugszins ist ebenfalls pfandberechtigt (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 468).

- 37 Andererseits setzt sich die Forderung aus aufgrund des Baugrundes notwendigen zusätzlichen Fundationsarbeiten (Mehrkosten Fundamente) gemäss Rechnung vom 2. Mai 2011 (GB 24) im Betrag von **CHF 8'283.80**. Diese Arbeiten stellen zu entschädigende Mehraufwände gemäss Ziff. 2.2 des Vertrags vom 2./8. März 2010 (GB 6) dar. Auch diese Rechnung war innert 30 Tagen zahlbar. Ab dem 3. Juni 2011 war der Verein PRT mithin auch bezüglich dieser Forderung im Verzug und schuldet entsprechend den gesetzlichen Verzugszins von 5%.

5.4 Keine andere hinreichende Sicherheit

- 38 Es besteht keine anderweitige hinreichende Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB.

5.5 Frist

- 39 Vorliegend kam es aufgrund des Verhaltens des Vereins PRT nie zu einer Vollendung der Bauarbeiten. Vielmehr geriet der vorleistungspflichtige Verein PRT in Verzug, worauf sich die Gesuchstellerin gezwungen sah, den Bau (vorübergehend) einzustellen. Es kann zur Bestimmung des Beginns des Fristenlaufs daher nicht darauf abgestellt werden, wann die Gesuchstellerin die letzten Arbeiten ausführte. Andernfalls hätte es ein Bauherr in der Hand, durch eine Hinhaltenaktik die Unternehmer um ihren Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu prellen. Im Falle des Rücktritts durch den Besteller löst der Empfang der (empfangsbedürftigen) Rücktrittserklärung durch den Unternehmer den Beginn der Dreimonatsfrist aus (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1122).
- 40 Vorliegend hat der Verein PRT den Vertrag aufgelöst, als er erklärte, er betrachte den Vertrag nicht mehr als bestehend. Der Verein erklärte erstmals mit Schreiben vom 30. September 2011 (GB 15) gegenüber dem Verein PRT, er erachte den Vertrag mit der Gesuchstellerin als aufgehoben (vgl. oben Rz. 22 ff.).

6. Beweismass der blossen Glaubhaftmachung

- 41 Vorliegend gilt das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB), das indessen bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts besonders stark, ja extrem herabgesetzt ist (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1394). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung darf die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn das beantragte Baupfandrecht als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfalle, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen, bzw. die aufgrund einer superprovisorischen Verfügung bereits erfolgte vorläufige Eintragung zu bestätigen und der Entscheid über die Berechtigung des Baupfandrechts im Hauptprozess betreffend definitive Eintragung zu überlassen (vgl. SCHUMACHER, a.a.O., N. 1394).

7. Superprovisorium

- 42 Angesichts des baldigen Ablaufs der Dreimonatsfrist (30. Dezember 2011) wird um superprovisorische Anordnung ersucht.

Mit freundlichen Grüssen
Namens der Gesuchstellerin

Dr. Andreas Güngerich, Rechtsanwalt

Dreifach

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

cc:

- Klientschaft

BEILAGENVERZEICHNIS

Gesuch vom 23. Dezember 2011

i.S.

Opal AG v. Burgergemeinde Leissigen und Daniel Hodler

betreffend

Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf Parzellen Leissigen 191 und 414; mit **Superprovisorium**.

- GB 1 Anwaltsvollmacht vom 23. Dezember 2011
- GB 2 Handelsregistrauszug betreffend die Gesuchstellerin
- GB 3 Grundbuchauszug betreffend Leissigen Gbbl.-Nr. 191
- GB 4 Grundbuchauszug betreffend Leissigen Gbbl.-Nr. 414
- GB 5 Ausschreibungsunterlagen Fussgänger-Hängebrücke in Leissigen und Sigriswil vom September 2009
- GB 6 Werkvertrag vom 2./8. März 2010
- GB 7 Arbeitsprogramm/Zahlungsplan vom 20. Januar 2010
- GB 8 Baubewilligung vom 13. Juli 2011
- GB 9 Geologisch/geotechnischen Kurzbericht des Geotechnischen Instituts vom 13. Juli 2009
- GB 10 E-Mail von Herrn Stefan Weder an Herrn Helmut Steiger vom 1. Dezember 2010
- GB 11 E-Mail von Herrn Peter Dütschler an die Gesuchstellerin vom 1. April 2011
- GB 12 E-Mail der Gesuchstellerin an Peter Dütschler vom 28. April 2011
- GB 13 Schreiben der Gesuchstellerin an den Verein PRT vom 24. Mai 2011
- GB 14 Schreiben RA Güngerich / Verein PRT vom 16. September 2011
- GB 15 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 30. September 2011
- GB 16 Schreiben der Gesuchstellerin / Verein PRT vom 6. Juni 2011
- GB 17 Stellungnahme Rechtsöffnung der Gesuchstellerin vom 28. Juni 2011
- GB 18 Schreiben RA Güngerich / RA Müller vom 11. Oktober 2011
- GB 19 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 20. Oktober 2011
- GB 20 Schreiben RA Güngerich / RA Müller vom 25. Oktober 2011
- GB 21 Schreiben RA Müller / RA Güngerich vom 26. Oktober 2011
- GB 22 Rechnungen vom 30. August 2010 betreffend dritte Zahlung gemäss Zahlungsplan über CHF 75'000.00
- GB 23 Rechnung vom 22. April 2011 betreffend längeres Vorhalten über CHF 33'222.95
- GB 24 Rechnung vom 2. Mai 2011 betreffend Mehrkosten wegen abweichender geologischer Verhältnisse über CHF 71'136.15