

Scheibenstrasse 11B
3600 Thun
Telefon 031 635 56 14
Fax 031 635 56 77
regionalgericht-zivil.thun@justice.be.ch
www.justice.be.ch/regionalgerichte

Entscheid

CIV 11 1695 MAN

Thun, 8. Juli 2011

Gerichtspräsidentin Friederich Hörr
Gerichtsschreiberin i.V. Blees

Zivilverfahren

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

Gesuchstellerin

gegen

Verein Panorama Rundweg Thunersee, Präsident Dütschler Peter, Fliederweg 11,
3601 Thun

Gesuchsgegner

betreffend **Gesuch um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung**

Erwägungen:

1. Mit Zahlungsbefehl vom 27.05.2011 (zugestellt am 30.05.2011) in der Betreuung Nr. 91012312 des Betreibungsamtes Oberland, Dienststelle Oberland West, verlangte die Gesuchstellerin die Bezahlung von CHF 75'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 30.09.2010.

Mit Eingabe vom 06.06.2011 (Eingang am 07.06.2011) beantragte die Gesuchstellerin, es sei ihr in der Betreuung Nr. 91012312 des Betreibungsamtes Oberland, Dienststelle Oberland West, für CHF 75'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 30.09.2010 die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Verfügung vom 08.06.2011 wurde dem Gesuchsgegner eine Frist von 10 Tagen zur Einreichung einer schriftlichen Vernehmlassung gesetzt. Gleichzeitig wurde die Gesuchstellerin aufgefordert innert 10 Tagen einen Gerichtskostenvorschuss von



CHF 400.00 zu bezahlen. Die Verfügung konnte dem Gesuchsgegner am 10.06.2011 zugestellt werden.

Der Gesuchsgegner stellte in seiner Stellungnahme vom 17.06.2011 (Eingang am 20.06.2011) den Antrag, das Rechtsöffnungsgesuch sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Schreiben vom 28.06.2011 (Eingang am 29.06.2011) nahm die Gesuchstellerin zur Vernehmlassung des Gesuchsgegners Stellung und beantragte, die provisorische Rechtsöffnung sei zu erteilen.

2. Die angerufene Richterin ist örtlich (Art. 46 ZPO i.V.m. Art. 84 Abs. 1 SchKG) und sachlich (Art. 8 EG ZSJ) zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsöffnungsgesuches im summarischen Verfahren (Art. 251 Bst. a ZPO) zuständig.
3. Die Gesuchstellerin stützt ihre Anträge auf den Werkvertrag vom 02.03.2010 bzw. 08.03.2010 und bringt zur Begründung insbesondere vor, der Werkvertrag verweise in Art. 6 auf einen Zahlungsplan vom 20.01.2010, welcher 5 Zahlungen zu genau festgelegten Zeitpunkten im Bauprogramm vorsehe. Die 1. und 2. Zahlung seien nach mehrmaligen mündlichen und schriftlichen Zahlungserinnerungen ausgeführt worden. Die 3. Zahlung, welche vor der Produktion der Tragseile und des Stahlbaus sowie vor der Baustelleninstallation und dem Beginn der Absteckung habe erfolgen müssen, sei bis anhin nicht ausgeführt worden. Nach mehrmaliger schriftlicher und mündlicher Zahlungserinnerung habe Herr Dütschler Peter, Präsident des Gesuchsgegners, telefonisch bestätigt, dass die 3. Zahlung ausgelöst worden sei, weshalb daraufhin im Vertrauen auf diese Aussage die Baustelleninstallation erstellt und die Fundations- sowie Betonarbeiten ausgeführt worden seien. Zum heutigen Zeitpunkt seien die Tragseile und der Stahlbau produziert und die Betonarbeiten ausgeführt worden.
4. Der Gesuchsgegner begründet seinen Antrag damit, dass festgestellt worden sei, dass die Ausführung und damit das Ausführungsprojekt völlig ungenügend gewesen seien und nicht den in der Offerte dargestellten Sicherheitsanforderungen entsprochen hätten. Die mangelnde Erfüllung sei am 17.12.2010 anwaltlich abgemahnt worden und der Gesuchstellerin sei die Gelegenheit gegeben worden, ein hinreichendes Ausführungsprojekt zu definieren. Der Gesuchsgegner habe selber weitgehende Arbeiten zur Berechnung der statischen Grundlagen anstellen müssen, da die Gesuchstellerin das Ausführungsprojekt nur schleppend weitergetrieben habe. Mit Schreiben vom 24.05.2011 habe die Gesuchstellerin zudem damit gedroht, die Baustelle zu verlassen. Die Gesuchstellerin habe die Baustelle in der Zwischenzeit verlassen und sei, unter Hinweis auf terminliche Gründe, auch nicht zu einem klärenden Gespräch am 10.06.2011 erschienen. Der von der Gesuchstellerin angerufene Zahlungsplan sehe bestimmte Teilzahlungen vor. Dabei sei aber selbstverständlich, dass diese Zahlungen nur ausgelöst würden, wenn die Zwischenschritte auch vertragsgemäss erfüllt würden. Die Gesuchstellerin habe bis anhin CHF 260'000.00 erhalten, was dem bisher geleisteten Gegenwert, auch inklusive der fabrizierten Seile und Brückenelemente, nicht entspreche. Zudem habe der Gesuchsgegner massive Mehraufwendungen gehabt zur Kontrolle und eigenen Verifizierung der für die Sicherheit notwendigen Statik der Brücke. Das Gesuch werde von der Gesuchstellerin einzig dadurch begründet,

dass die entsprechenden Termine gemäss Zahlungsplan abgelaufen seien und daher die Zahlungen geleistet werden müssten. Dabei blende die Gesuchstellerin jedoch aus, dass infolge des schlecht erfüllten Auftragsverhältnisses nicht nur die Honorarzahungen in Frage gestellt werden müssten, sondern auch der Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens seitens des Gesuchsgegners. Die Ansprüche des Gesuchsgegners würden nach heutiger Abschätzung das bereits geleistete Honorar jedenfalls übersteigen, weshalb das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung abzuweisen sei.

5. Die Gesuchstellerin führt in ihrer Stellungnahme vom 28.06.2011 aus, das Ausführungsprojekt beruhe auf den Ausschreibungsunterlagen und den geologischen Berichten. Die Baugrundverhältnisse, insbesondere die mächtigere Felsüberdeckung, habe jedoch den geologischen Berichten nicht entsprochen. Ausserdem sei im geologischen Bericht nicht ersichtlich gewesen, dass der Hang rutschgefährdet gewesen sei. Die Gesuchstellerin habe Sondierbohrungen sowie Ankertests durchgeführt und die Resultate sowie die zu erwartenden Mehrkosten der Gesuchsgegnerin mitgeteilt. Die vom Gesuchsgegner bestellte Prüfstatik habe die Resultate des Statikers der Gesuchstellerin bestätigt und sei als freiwillige Nachkontrolle des Gesuchsgegners zu qualifizieren. Die Gesuchstellerin habe dem Gesuchsgegner zwei Varianten betreffend Baustelleninstallation aufgezeigt. Der Gesuchsgegner habe sich nicht zu dieser Thematik geäussert, weshalb die Baustelleninstallation abgebaut worden sei. Entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners seien die Zahlungen nicht erst nach erbrachter Leistung fällig gewesen, sondern der genaue Zeitpunkt der Zahlung werde durch den Zahlungsplan, der Bestandteil des Werkvertrags bilde, festgelegt. Die geforderte 3. Zahlung habe vor Beginn der Baustelleninstallation, der Fundationsarbeiten, der Bestellung der Tragseile sowie der Produktion des Stahlbaus erfolgen müssen.

6. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann die Gläubigerin die provisorische Rechtsöffnung verlangen, sofern die betriebene Person nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 SchKG).

Die Schuldanerkennung gemäss Art. 82 SchKG ist eine Willenserklärung in einem oder mehreren Schriftstücken, in welcher der Schuldner anerkennt, eine bestimmte oder zum Zeitpunkt der Unterzeichnung bestimmbare Geldsumme bei deren Fälligkeit zu bezahlen (STAEHELIN, N. 21 und 25 f. zu Art. 82 SchKG; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, § 19 N. 68).

Als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten die meisten vom Schuldner unterzeichneten zweiseitigen Rechtsgeschäfte, die eine Verpflichtung zu einer Geldzahlung enthalten, wie z.B. Kauf-, Miet-, Pacht-, Darlehens-, Dienst-, Werk- oder Versicherungsverträge. Alle derartigen Zahlungsverpflichtungen gelten aber nur dann als Schuldanerkennung, wenn der Schuldner bedingungslos zu zahlen hat, die gegen ihn geltend gemachte Forderung demzufolge liquid ist. Dies trifft dann zu, (1) wo der Schuldner nach Vertrag zur Vorauszahlung verpflichtet ist, (2) wenn eine Bedingung, von der die Zahlungspflicht des Schuldners allein abhängt, eingetreten ist, oder (3) wenn der Gläubiger, der seine Leistung Zug um Zug mit derjenigen des Schuldners zu erbringen hat oder der selber vorleistungspflichtig ist, die ihm obliegende Verpflichtung erfüllt oder deren Erfüllung wenigstens gehörig angeboten hat (BGE

79 II 280; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, Bern 2008, § 19 N. 77 ff.). Grundsätzlich ist beim Werkvertrag der Unternehmer mit Bezug auf die Herstellung des Werkes vorleistungspflichtig, indem er dieses gegen Bezahlung abliefert (Art. 372 OR; WEBER, Berner Kommentar, N. 142a zu Art. 82 OR).

Der Unterschied zur üblichen Einredeordnung gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG ist, dass der Schuldner bei synallagmatischen Verträgen die nicht gehörige Erbringung der Gegenleistung nur behaupten und nicht glaubhaft machen muss (sogenannte „Einwendungen aus Vertrag“). Diese Einrede kann der Schuldner indes nur dann durch blosses Behaupten geltend machen, wenn er sich zivilrechtlich bei Nichterfüllung der Gegenleistung gemäss Art. 82 OR darauf berufen kann. Dies ist zum einen nicht der Fall, wenn er vorleistungspflichtig ist. Die Vorleistungspflicht des Schuldners hat der Gläubiger zu beweisen (STAEHELIN, Basler Kommentar, N. 101 zu Art. 82 SchKG).

7. Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch um provisorische Rechtsöffnung auf den Werkvertrag vom 02.03.2010 bzw. 08.03.2010. Die Vergütung des Werkes wurde auf insgesamt CHF 430'400.00 inkl. MwSt festgelegt. Gemäss Artikel 6 „Zahlungsbedingungen“ bildet der Zahlungsplan vom 20.01.2010 integraler Bestandteil des Werkvertrags. Die 3. Zahlung hätte demnach bis Ende des Monats Juni 2010 erfolgen müssen, d.h. nach Abschluss des Ausführungsprojekts und vor Beginn der Baustelleninstallation sowie der Produktion der Tragseile und des Stahlbaus.

Der Gesuchsgegner behauptet in seiner Stellungnahme vom 17.06.2011, das Ausführungsprojekt sei völlig ungenügend gewesen und habe nicht den in der Offerte dargestellten Sicherheitsanforderungen entsprochen, worauf die Zahlung aufgrund der ungenügend erbrachten Leistung nicht erfüllt worden sei. Die mangelnde Erfüllung sei ausserdem am 17.12.2010 anwaltlich abgemahnt worden.

Aufgrund des Arbeitsprogramms bzw. Zahlungsplans vom 20.01.2010 ist ersichtlich, dass die 3. Zahlung im Umfang von CHF 75'000.00 nach Abschluss des Ausführungsprojekts hätte ausgelöst werden sollen. Dies wird von den Parteien auch nicht bestritten. Der Gesuchsgegner macht jedoch geltend, dass aufgrund der ungenügend erbrachten Leistung auch keine Zahlungspflicht bestehe. Die Gesuchstellerin leistet gemäss Artikel 1 des obgenannten Werkvertrages sowohl die Projektierungsarbeiten als auch sämtliche Ausführungsarbeiten für die zu erstellende Baute. Nach der bundesgerichtlichen Praxis und der wohl herrschenden Lehre stellt dieser sogenannte Totalunternehmervertrag einen einheitlichen Werkvertrag dar (BGE 114 II 53; ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 363 OR, mit weiteren Verweisen). Den Unternehmer trifft gemäss Art. 364 OR die Pflicht ein tadelloses Werk zu liefern (ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 364 OR; BGE 95 II 52). Die Gesuchstellerin hat demnach auch für die tadellose Ausführung des Ausführungsprojekts, als Gegenstand des Werkvertrages, einzustehen.

Die vom Gesuchsgegner erbrachte Einrede der nicht gehörigen Erfüllung der Gegenleistung ist zu hören und das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung ist abzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Gesuchstellerin als unterliegende Partei in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die angefallenen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, zu tragen. Diese werden dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss entnommen.

9. Der Gesuchsgegner verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung. Die Gerichtspräsidentin erachtet praxisgemäss eine Parteientschädigung von CHF 150.00 als angemessen.
10. Es ist ohne weiteres zuzugeben, dass eine genaue Abklärung der Sachlage, insbesondere betreffend die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Mängel im Ausführungsprojekt, damit nicht erfolgt ist; das ist im summarischen Verfahren nicht möglich und muss daher einem Hauptprozess vorbehalten bleiben (ordentliches Verfahren gemäss Art. 79 SchKG).

Die Gerichtspräsidentin entscheidet:

1. Das Gesuch **wird abgewiesen**.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 400.00, werden der Gesuchstellerin auferlegt. Diese werden dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss entnommen.
3. Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 150.00 zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Regionalgericht Oberland
Zivilabteilung

Die Gerichtspräsidentin:


Friederich Hörr
i.V. Zbinden, Gerichtspräsident

Die Gerichtsschreiberin i.V.:


Blees

Rechtsmittelbelehrung

Der vorliegende Entscheid kann innert 10 Tagen seit Zustellung mit Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern, Zivilabteilung, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern, angefochten werden. Die Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 ZPO gilt nicht.

Die Beschwerde ist in Papierform in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei oder elektronisch in einer anerkannten Form einzureichen. Sie ist zu unterzeichnen (Art. 130 und 131 ZPO). Der angefochtene Entscheid ist beizulegen (Art. 321 Abs. 3 ZPO).

Die Beschwerdeschrift hat Anträge und eine Begründung zu enthalten. In der Begründung ist anzugeben, inwiefern eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorliegt (Art. 320 ZPO). Neue Anträge in der Sache, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht. Der Aufschub der Vollstreckung kann beim Obergericht beantragt werden (Art. 325 ZPO).

Hinweise:

Eingaben per Fax und E-Mail sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingaben elektronisch erfolgen. Genauere Angaben hierzu finden Sie auf der Internetseite der Berner Justiz (<http://www.justice.be.ch/elektronische-eingaben>).

Bei Eingaben ist jeweils die Dossiennummer (CIV 11 1695) anzugeben.