

KOPIE

KELLERHALS.

ANWÄLTE | ATTORNEYS AT LAW

Einschreiben

Regionalgericht Berner Oberland
Verwaltungsgebäude Selve
Scheibenstrasse 11 B
3600 Thun

Bern, 17. Januar 2012
AGU/bhu/X1618253.doc

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

REPLIK

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
(Verfahren **CIV 11 4010**)

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 Fiechter, LL.M.
Philippe Frésard, MLE
Notar (BE)
Christoph Frey, LL.M.
Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Dr. Fabrizio Gabrielli
PD Dr. Pascal Grölimund, 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 BU)
Werner Schubiger
Dr. Annette Spycher, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Staehelin
Notar (BS)
Dr. Ralf Michael Straub**
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)

Kellerhals Anwälte
Effingerstrasse 1
Postfach 6916
CH-3001 Bern
T +41 58 200 35 00
F +41 58 200 35 11
info@kellerhals.ch
www.kellerhals.ch

Basel: Hirschgässlein 11, CH-4010 Basel
Zürich: Rämistrasse 5, CH-8024 Zürich

swisNot.ch

STATE CAPITAL GROUP
DIGITAL CONNECTIONS. LEGAL SOLUTIONS

I. RECHTSBEGEHREN

1. An den Rechtsbegehren gemäss Gesuch vom 23. Dezember 2011 wird, soweit diesen nicht bereits entsprochen wurde, vollumfänglich festgehalten.
2. Die Anträge der Gesuchsgegner seien abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

II. BEGRÜNDUNG**A. FORMELLES****1. Rechtzeitigkeit der Eingabe**

- 1 Mit Verfügung vom 11. Januar 2012 wurde der Gesuchstellerin die gesuchsgegnerische Gesuchsantwort vom 9. Januar 2012 mit der Möglichkeit, umgehend dazu Stellung zu nehmen. Die vorliegende Eingabe erfolgt mit heutiger Postaufgabe umgehend.

B. MATERIELLES**1. Vorbemerkungen**

- 2 Die Ausführungen der Gesuchsgegner werden bestritten, soweit sie nicht ausdrücklich anerkannt oder mit den Erläuterungen der Gesuchstellerin überein stimmen.
- 3 Die vorliegende Replik folgt systematisch der Gliederung der Gesuchsantwort vom 9. Januar 2012.
- 4 Die Beilagen zum Gesuch und zur vorliegenden Replik werden mit „Gesuchsbeilagen, GB“, bezeichnet, jene der Gesuchsgegner mit „Gesuchsantwortbeilagen, GAB“.

2. Zu Ziff. I und II

- 5 Keine Bemerkungen.

3. Zu Ziff. III/1 (Einleitende Bemerkungen)

6 In der Gesuchsantwort wird des Langen und Breiten ausgeführt, weshalb die Voraussetzungen eines Bauhandwerkerpfandrechts nicht erfüllt seien. Insbesondere wird der Gesuchstellerin unentwegt eine angebliche Schlechterfüllung unterstellt. Dabei legen die Gesuchsgegner selbst ein Gutachten ins Recht, welches bestätigt, dass die Arbeiten der Gesuchstellerin einwandfrei ausgeführt worden seien (vgl. GAB 18). Auf diesen sowie weitere Widersprüche wird in der Folge eingegangen. Es ist festzustellen, dass die Voraussetzungen zur vorläufigen Eintragung der beantragten Bauhandwerkerpfandrechte sehr wohl erfüllt sind.

4. Zu Ziff. III/2

7 Siehe dazu unten Rz. 23 ff.

5. Zu Ziff. III/3

8 Die Gesuchstellerin verweist auf ihre bereits im Gesuch vom 23. Dezember 2011 gemachten Ausführungen in Rz. 7 ff.

6. Zu Ziff. III/4

9 Keine Bemerkungen.

7. Zu Ziff. III/5 a-c

10 Es ist unzutreffend, dass der geleistete Betrag von CHF 260'000.- die von der Gesuchstellerin erbrachten Arbeiten übersteige. Die Gesuchstellerin hat sämtliche vertraglich geschuldeten Arbeiten bis und mit der Erstellung der Betonarbeiten (Fundamente) erbracht sowie zusätzliche Arbeiten, die aufgrund der andersartigen Bodenbeschaffenheit notwendig waren. Dabei wäre eigentlich der Verein PRT gehalten gewesen, vor der Inangriffnahme der Ausführungsarbeiten die 3. Rate im Betrag von CHF 75'000.- zu leisten (vgl. GB 7). Da der Verein PRT vorleistungspflichtig war, stösst die Anrufung von Art. 82 OR der Gesuchsgegner von vorne herein ins Leere. Als approximatives Datum gemäss Zahlungsplan war Ende Juni 2010 eingesetzt; effektiv Rechnung gestellt hat die Gesuchstellerin am 30. August 2010 (vgl. GB 22 sowie Rz. 36 des Gesuchs). Die Gesuchstellerin hat im Vertrauen auf eine mündliche Zahlungszusicherung die Ausführungsarbeiten begonnen, sämtliches Material eingekauft und alle Betonarbeiten erbracht. Aufgrund der nicht vorhergesehenen Bodenverhältnisse waren Zusatzarbeiten in Form von Betonarbeiten, Sondierbohrungen, Ankerzugversuchen, geologischen Abklärungen und eine Anpassung des Verankerungskonzepts nötig, um die Brücke fertig zu stellen. Zusätzlich hatten sich noch Kosten aus längerem Vorhalten der Baustelleninstallation ergeben. Die hier unter anderem interessierenden zusätzlichen Betonarbeiten (Arbeiten und Kosten) machte die Gesuchstellerin mit Rechnung vom 2. Mai 2011 (GB 24) geltend.

- 11 Die Ansicht der Gesuchsgegner, wonach die Gesuchstellerin nie ein Ausführungsprojekt erarbeitet habe, ist vor diesem Hintergrund fernab der Realität. Zur Erstellung der Ausführungsarbeiten waren selbstredend Ausführungspläne notwendig. Andernfalls hätte die Gesuchstellerin bzw. die mit den Betonarbeiten betraute Subunternehmerin die Fundamente nicht herstellen können. Dass die Betonarbeiten mangelfrei erbracht wurden, wird im Übrigen durch die von den Gesuchsgegnern selber ins Recht gelegten „Beurteilung Stand der ausgeführten Arbeiten“ der Kontextplan AG (GAB 18) belegt. Die Gesuchsgegner entkräften damit ihre Behauptung, wonach die Gesuchstellerin kein Ausführungsprojekt erstellt und die Arbeiten überdies mangelhaft ausgeführt habe, gleich selber. Der Wert der Arbeiten wird gemäss Beurteilung auf CHF 140'000.- geschätzt. Die Gesuchstellerin macht einen ausstehenden Werklohn von CHF 83'283.30 für die Betonarbeiten (ohne Planung) geltend. Dies passt stimmig zur Schätzung der Kontextplan AG.
- 12 Im Übrigen sei hier am Rande bemerkt, dass die Behauptung der Gesuchsgegner, wonach die Gesuchstellerin kein Verankerungskonzept geliefert habe, aktenwidrig ist. Die Gesuchstellerin hat das angepasste Verankerungskonzept bereits mit E-Mail vom 1. Dezember 2010 an den Verein PRT verschickt (vgl. GB 10). Leider hat sich der Verein PRT zum neuen Verankerungskonzept nicht vernehmen lassen und hat auch auf klare Anfragen, wann die Vertragsausführung in welcher Form weitergehen könne, jede Aussage verweigert (vgl. Rz. 20 ff. des Gesuchs). Die Gesuchstellerin blieb der mit Schreiben vom 30. Mai 2010 (GAB 15) kurzfristig einberufenen Sitzung nicht aus „formalen Gründen“ fern, sondern weil der ohne Rücksprache angesetzte Termin von der Gesuchstellerin und ihren Subakkordanten wegen anderweitiger Verpflichtungen nicht wahrgenommen werden konnte. Auf die Bitte der Gesuchstellerin vom 6. Juni 2010 (GB 16) nach Bekanntgabe einer Traktandenliste, damit ein Termin gefunden werden könne, blieb der Verein PRT eine Antwort schuldig.
- 13 Die Gesuchstellerin hat ihre erbrachten Leistungen vertragskonform und entsprechend den einschlägigen Bestimmungen der SIA vorgenommen. Der Verein PRT, Herr Dütschler, hat selber die Statik der Gesuchstellerin akzeptiert (vgl. GB 11). Die Gesuchstellerin hat sich bis zu diesem Zeitpunkt sehr viel Zeit genommen, um dem nicht fachkundigen Vertragspartner komplizierte Berechnungen auf einfache Art und Weise näher zu bringen. Wenn der Verein zusätzliche Kontroll- und Verifizierungsarbeiten bei Dritten in Auftrag gab, liegt dies im Übrigen allein in seinem Ermessen. Für die daraus entstehenden Kosten hat er allein aufzukommen. Die Gesuchstellerin kann hieraus keine Forderung entgegen gehalten werden. Die Unbegründetheit angeblicher Gegenforderungen des Vereins PRT wird nebst der Beurteilung der Kontextplan AG (GAB 18) auch aus dem Umstand ersichtlich, dass der Verein PRT die **von der Gesuchstellerin angefertigten Fundamente eins zu eins weiterverwendet hat**. Es ist zudem davon auszugehen, dass auch das Verankerungskonzept der Gesuchstellerin telquel vom Nachfolgeunternehmer übernommen wurde. Dies wird im Rahmen des Hauptsacheprozesses im Einzelnen abzuklären sein.
- 14 Der Beizug des Nachfolgeunternehmers stellt eine Verletzung des mit der Gesuchstellerin bis zur Auflösung durch den Verein PRT bestehenden Vertragsverhältnisses

dar. Die Gesuchstellerin hat entsprechende Schadenersatzforderungen vorbehalten (vgl. GAB 21). Derartige Schadenersatzforderungen bilden indessen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sind diese doch nicht pfandberechtigt.

8. Zu Ziff. III/6

15 Es ist unzutreffend, dass die Gesuchstellerin gegenüber dem Verein PRT - ausdrücklich oder konkludent - eine Willenserklärung abgegeben hätte, wonach sie sich nicht mehr an den Vertrag gebunden fühle. Die von den Gesuchsgegnern zitierten beiden Schreiben der Gesuchstellerin vom 6. Juni 2011 (GB 16) und vom 28. Juni 2011 (Stellungnahme im Rechtsöffnungsverfahren, GB 17) besagen bei gesamthafter Lektüre gerade, dass die Gesuchstellerin am Vertrag *festhielt*.

16 Das Schreiben vom 6. Juni 2011 (GB 16) ist im Zusammenhang mit dem Schreiben der Gesuchstellerin vom 24. Mai 2011 (GB 13) zu sehen. In letzterem Schreiben hatte die Gesuchstellerin gegenüber dem Verein PRT zwei Varianten vorgeschlagen. Variante 1 betraf den Rückbau, der schliesslich aus Kostengründen mangels Äusserung des Vereins PRT vorgenommen werden musste. Variante 1 lautete folgendermassen: *„Rückbau der Baustelleninstallation und wieder Aufbau beim Weiterbau der Brücke“*. Der Rückbau war klar als vorübergehende Massnahme vorgesehen (*„wieder Aufbau beim Weiterbau der Brücke“*), da sich der Verein PRT im Zahlungsverzug befand und sich nicht einmal zur weiteren Vertragsausführung (neues Verankerungskonzept) äusserte. Im vom Verein PRT angesprochene Schreiben vom 6. Juni 2011 hielt die Gesuchstellerin sodann lediglich fest, dass sie den Rückbau - gemäss ihrem Schreiben vom 24. Mai 2011 - vorgenommen habe; sie erklärte sogar, sie habe diesen lediglich *„zu 90%“* vorgenommen.

17 Die Stellungnahme der Gesuchstellerin im Rahmen des von der Gesuchstellerin lautete im Kontext folgendermassen: *„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“*. Auch hier machte die Gesuchstellerin mit hin klar, dass sie sehr wohl am Vertrag festhielt (*„bevor wir die Arbeiten wieder in Angriff nehmen“*), jedoch darauf angewiesen war, dass der Verein PRT seinen Vorleistungspflichten nachkam.

9. Zu Ziff. III/7

18 Vorliegend geht es nicht um Schadenersatzansprüche der Gesuchstellerin, sondern um Betonarbeiten (Fundamentsarbeiten). Diese sind pfandberechtigt.

10. Zu Ziff. III/8 a-b

19 Die Gesuchsgegner machen geltend, die Hängebrücke werde ins Eigentum der Gemeinde Leissigen übertragen. Die Gesuchsgegner verweisen hierzu auf eine Verein-

barung vom 24. November 2010 zwischen dem Verein PRT und der Gemeinde Leissigen. Die Grundstücke der Gesuchsgegner dürften deshalb nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden.

20 Die Argumentation der Gesuchsgegner geht indessen fehl. Zunächst ist der ins Rechte gelegte Vertrag (GAB 23) lediglich ein Vertragsentwurf, der von der Gemeinde Leissigen nicht unterzeichnet ist. Er ist inhaltlich auch überholt, als dort noch die Gesuchstellerin als Unternehmerin angesprochen wird und von einer Eröffnung der Brücke im Frühling 2011 die Rede ist. Es ist somit festzustellen, dass im massgebenden Zeitpunkt der Eintragung der Bauhandwerkerpfandrechte (28. Dezember 2011) noch nicht einmal eine Widmung der Fussgängerbrücke als öffentlicher Wanderweg vorlag.

21 Im Übrigen würde auch eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Grundeigentümern und der Gemeinde Leissigen – und schon gar kein Vertrag zwischen dem Verein PRT als Nichtgrundeigentümer und der Gemeinde – ausreichen, um das Eigentum an der Hängebrücke auf die Gemeinde Leissigen zu übertragen. Die Hängebrücke ist fest mit den beiden betroffenen Grundstücken verbunden. Aufgrund des Akzessionsprinzips (Art. 667 Abs. 2 ZGB) bildet die Brücke einen Bestandteil der Pfandgrundstücke und teilt deren sachenrechtliches Schicksal. Es handelt sich bei den betroffenen Grundstücken um Privatgrundstücke und nicht um öffentliche Grundstücke. Der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts steht daher nichts im Wege. Im Übrigen vermöchten Änderungen nach der Vormerkung des Baupfandrechts die Pfandhaft zu Gunsten der Gesuchstellerin nicht zu beschränken (vgl. RAINER SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N. 613 ff.).

11. Zu Ziff. III/8c

22 Vgl. dazu oben Rz. 18.

12. Zu Ziff. III/8d

23 Mit Schreiben vom 30. September 2011 (GB 15) machte der Verein PRT wie ausgeführt erstmals gegenüber der Gesuchstellerin deutlich, dass er das Vertragsverhältnis als beendet betrachte (vgl. Rz. 22 ff. des Gesuchs). Ab diesem Zeitpunkt musste die Gesuchstellerin von einer Auflösung des Vertrags durch den Verein PRT ausgehen. Erst ab diesem Zeitpunkt kann die Dreimonatsfrist laufen (vgl. Rz. 39 des Gesuchs). Andernfalls müsste man jedem Bauherrn empfehlen, sich hinhaltend zu verhalten, um den berechtigten Ansprüchen der Unternehmer auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu entgegenen. Die Frist ist mit der erfolgten Eintragung eingehalten worden.

13. Zu Ziff. III/9

- 24 Wie oben sowie im Gesuch dargelegt wurde, sind die Voraussetzungen der Eintragung erfüllt. Es gilt zudem daran zu erinnern, dass vorliegend das Beweismass der blossen Glaubhaftmachung gilt (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 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).

Mit freundlichen Grüssen
Namens der Gesuchstellerin

Dr. Andreas Güngerich, Rechtsanwalt

Dreifach

cc:

- Klientschaft
- RA Ulrich Keusen