

# **BL\_GERICHTE 400 20 37 vom 21. April 2020**

BL Gerichte, 2020-04-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_20\\_37](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_20_37)

FR: BL\_GERICHTE 400 20 37 du 21 avril 2020

IT: BL\_GERICHTE 400 20 37 del 21 aprile 2020

## **Regeste**

Forderung

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Selbst wenn auf die Berufung einzutreten wäre, wäre ihr - wie nachstehend dargestellt wird - kein Erfolg beschieden.

### **E. 3**

Zur Vereinfachung des Prozesses kann das Gericht gemäss Art. 125 lit. a ZPO insbesondere das Verfahren auf einzelne Fragen oder einzelne Rechtsbegehren beschränken. Mit erstinstanzlicher Präsidialverfügung vom 22. Mai 2019 wurde das Verfahren auf die Fragen "Ist der Vertrag rechtsgültig zustande gekommen?" und "Ist der Kläger in diesem Falle zufolge Verzugs der Beklagten berechtigt, das Werk gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Klage vom 26. Oktober 2016 auf Kosten der Beklagten fertigstellen zu lassen?" beschränkt. Ist das Verfahren nach Prüfung des beschränkten Prozessthemas spruchreif, so fällt das Gericht einen (Teil-)Endentscheid (Art. 236 Abs. 1 ZPO; Killias Laurent, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 222 N 29). Die Vorinstanz hat die Sache fraglos als spruchreif erachtet und mit der Klagabweisung einen Endentscheid gefällt. 4.1 Im Eintretensfall wäre zu beurteilen, ob die Parteien einen Vertrag über den Bau der Stützmauer und des Anschlusses an die Kanalisation geschlossen haben. 4.1.1 Die Vorinstanz erwog zusammengefasst insbesondere, die Beklagte habe am 2. Dezember 2014 die Erstellung einer Stützmauer auf der Liegenschaft des Klägers und eines Kanalisationsanschlusses in das Nachbargrundstück zu einem Preis von CHF 41'561.90 offeriert. Beim E-Mail des Klägers vom 4. Dezember 2014 handle es sich um ein Akzept, wobei unklar sei, ob von den Vorbehalten zur Stützmauer Haupt- oder Nebenpunkte betroffen seien. Die Vorbehalte/Fragen in Bezug auf die Baugrube, die Sicherung der Seitenmauer und das Erdmaterial für die Hinterfüllung der Stützmauer könnten je für sich objektiv als Nebenpunkte eines Werkvertrages betreffend die Erstellung einer Stützmauer betrachtet werden, jedoch gewannen sie durch ihre Häufung an Gewicht. Ausserdem sei zumindest in Bezug auf den Aushub eher von einem objektiv wesentlichen Punkt auszugehen, da dieser den Werkpreis direkt beeinflusse. Dem Passus "Vor der endgültigen Zusage muss ich von Ihnen wissen, wie Ihr Lösungsansatz und Ihre Vorgehensweise zu diesen Problemen aussieht." spreche für subjektive Wesentlichkeit. Für den Kläger sei die Klärung der angeführten Punkte eine unabdingbare Voraussetzung für den Vertragsabschluss, ansonsten hätte er nicht diese Formulierung gewählt. Dass es sich dabei noch nicht um eine definitive Zusage gehandelt habe, sei für die Beklagte aufgrund des eindeutigen Wortlautes erkennbar gewesen. Sodann seien beide Parteien davon

ausgegangen, dass durch die Benützung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück Synergien hätten genutzt werden können, welche es der Beklagten ermöglichten, die Erstellung der Stützmauer zu einem für den Kläger attraktiven Preis zu offerieren. Dabei habe es sich für beide Parteien um eine stille essentialia gehandelt, welche sich nicht verwirklicht habe. Eine nachträgliche Einigung über die für den Kläger subjektiv wesentlichen Vertragspunkte sei im weiteren Verlauf nicht erfolgt. Im Lichte dessen stehe fest, dass zwischen den Parteien mangels Konsens kein Vertrag über die Erstellung der Stützmauer zustande gekommen sei. Dass mit dem Bau des Kanalisationsanschlusses begonnen worden sei, ändere daran nichts, da die werkvertraglichen Leistungen (Stützmauer, Kanalisationsanschluss) teilbar seien. Es könnten darüber separate Verträge abgeschlossen werden. In der Offerte seien sie getrennt aufgeführt worden. Im Schreiben des Klägers vom 4. Dezember 2014 bezögen sich die Vorbehalte bzw. der Aufschub der "endgültigen Zusage" auf die Stützmauer. Daher hätten die Werkverträge über diese voneinander teilbaren Leistungen auch separat wirksam werden können. Demzufolge sei der Vertrag über die Erstellung einer Stützmauer nicht zustande gekommen.

4.1.2 Der Kläger macht demgegenüber in der Berufung insbesondere geltend, die Beklagte habe ihm am 2. Dezember 2014 die Erstellung einer Stützmauer gemäss Plan der H. \_\_\_\_\_ AG zu einem Preis von CHF 41'561.90 offeriert. Bestandteil der Offerte seien neben der Errichtung einer Stützmauer auch der Bau von Kanalisationsleitungen (Schmutz- und Sauberwasser) inklusive der dazugehörenden Anschlusschächte gewesen. Mit E-Mail vom 4. Dezember 2014 habe er der Beklagten mitgeteilt, dass er ihr den Auftrag für die Kanalisationsleitung mit Abschlusschacht, die Sauberwasserleitung mit Abschlusschacht und die Stützmauer erteile, wobei er bezüglich der Stützmauer Vorbehalte angebracht habe. Anders als die Vorinstanz festgestellt habe, sei der Kläger aufgrund des E-Mails vom 16. Dezember 2014 davon ausgegangen, dass seine Vorbehalte zur Stützmauer Nebenpunkte des Auftrages um die Bauausführung der Mauer, welche noch geklärt werden sollten, betroffen hätten. Mit Schreiben vom 19. Juni 2015 habe er der Beklagten kundgetan, der Bauführer habe ihm mitgeteilt, er habe die Sachlage falsch eingeschätzt und sei nicht mehr in der Lage, die Kanalisationsleitung und die Stützmauer zu bauen. Daraufhin habe die Beklagte mit Antwort vom 10. Juli 2015 geltend gemacht, dass wohl ein Vertrag für die Kanalisation und den Abschlusschacht, nicht aber für die Stützmauer zustande gekommen sei. Mit dem Bau der Stützmauer habe die Beklagte nie begonnen. Mit der Errichtung des Kanalisationsanschlusses habe sie zwar begonnen, dieser sei bis heute jedoch nie fertiggestellt worden. Gemäss der Begründung der Vorinstanz sei der Vertrag für die Kanalisation zustande gekommen. Diese Haltung entspreche im Übrigen der Haltung der Beklagten im Schreiben vom 10. Juli 2015.

4.1.3 Die Beklagte führt im Wesentlichen aus, die vom Kläger verlangten Kanalisationsarbeiten könnten nicht vom Bau der Stützmauer losgelöst werden. Sickerschacht, Kontrollschacht usw. wären auf der Parzelle des Klägers zu stehen gekommen und sollten mit, bzw. nach dem Bau der Stützmauer verlegt werden. Sie seien zwingend aus sachlichen und rechtlichen Gründen Teil des entsprechenden Werkvertrages. Es sei den Parteien klar gewesen, und darum hätten sie auch die Beschränkung des Prozessstoffes verlangt, dass für den Fall, dass der Vertrag über die Stützmauer als nicht zustande gekommen (bzw. aufgelöst) anzusehen sei, kein Anspruch des Klägers auf Ersatzvornahme und Zahlung einer Geldsumme bestehe. Das Vorgehen und die Begründung der Vorinstanz erweise sich darum als in allen Belangen korrekt. Zudem habe der Kläger in keinem Verfahrensstadium je behauptet oder verlangt, dass (wenigstens) eine Ersatzvornahme für nicht ausgeführte Leitungen vorzunehmen wäre. Das mache auch

sachlich keinen Sinn. Richtig sei, dass ein Vertrag über den Bau der Kanalisationsleitung auf dem Nachbargrundstück wohl zustande gekommen sei, ein Vertrag über die auf dem Grundstück des Klägers vorzunehmenden Arbeiten zum Bau der Stützmauer (und selbstredend inklusive der dazu erforderlichen Leitungen) eben nicht. Die Gründe seien naheliegend: die Kanalisationsleitungen auf dem Nachbargrundstück hätten zuerst gebaut und realisiert werden können. Die Beklagte habe die für die Entwässerung bzw. Kanalisation notwendigen Leitungen auf dem Nachbargrundstück auftragsgemäß an das Grundstück des Klägers erstellt. Die Kanalisationsleitung habe auf dem Nachbargrundstück bis Parzellengrenze ausgeführt werden können. Die anderen Arbeiten seien Teil des Mauerprojektes gewesen. Eine detaillierte Abgrenzung zwischen den Leistungen "Stützmauer" und "Kanalisation, Entwässerung" habe das Zivilkreisgericht zu Recht nicht vorgenommen. Dies sei vom Kläger nie verlangt worden. Der "Bau der Stützmauer" umfasse selbstredend alle damit zusammenhängenden Leistungen und Nebenarbeiten, also alle auf dem Grundstück des Klägers vorzunehmenden Arbeiten. Der Vertrag über die von der Beklagten ausgeführten Kanalisationsarbeiten sei dagegen als zustande gekommen anzusehen, nicht aber die weitergehenden, eben alle im Zusammenhang mit dem Bau der Stützmauer stehenden Arbeiten.

4.2 In der Berufung macht der Kläger bloss pauschal geltend, die Vorinstanz habe seine Vorbehalte zur Stützmauer zu Unrecht nicht als unwesentliche Nebenpunkte zur Ausführung des Auftrages qualifiziert. Er unterlässt es damit, sich mit der betreffenden ausführlichen Begründung der Vorinstanz in rechtsgenügender Weise auseinanderzusetzen. Auf dieses Vorbringen ist folglich nicht weiter einzugehen. Selbst wenn dieses zu hören wäre, würde dies dem Kläger nicht helfen. Denn da - wie die Vorinstanz zutreffend erkannte - das E-Mail vom 4. Dezember 2014 der Beklagten aufgrund des Passus "Vor der endgültigen Zusage muss ich von Ihnen wissen, wie Ihr Lösungsansatz und Ihre Vorgehensweise zu diesen Problemen aussieht." für die Klägerin erkennbar keine definitive Zusage enthielt und das Erzielen von Synergien durch Benützung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück eine stille essentialia bildete, die sich nicht verwirklichte, ist ein Vertrag über den Bau der Stützmauer nicht zustande gekommen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen ist in Bezug auf die Einzelheiten vollumfänglich auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz zu verweisen.

4.3 In Bezug auf den Anschluss an die Kanalisation ist vorweg anzumerken, dass die Vorinstanz nicht zum Schluss gelangte, es sei diesbezüglich ein Vertrag zustande gekommen. Sie stellte einzig fest, es könnten über den Bau der Stützmauer und die Kanalisationsarbeiten separate Verträge geschlossen werden.

4.4 Der Kläger stellte sich in der Replik vom 8. Mai 2017 auf den Standpunkt, eine Zweiteilung des Werkvertrages über die Stützmauer und den Kanalisationsanschluss sei nicht vereinbart worden. Die werkvertraglich vereinbarte Erstellung der Stützmauer, der Entwässerung und der Kanalisation stellten ein Gesamtprojekt dar. Vor der Vorinstanz behauptete der Kläger nicht, dass es sich bei dem mit der Offerte vom 2. Dezember 2014 angebotenen Bau der Stützmauer und des Kanalisationsanschlusses um teilbare Leistungen handle und ein eigenständiger Vertrag über den Anschluss an die Kanalisation zustande gekommen sei. All dies wurde vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren geltend gemacht. Es handelt sich daher um ein Novum, dessen Zulässigkeit vom Kläger nicht dargelegt wird. Es ist denn auch nicht ersichtlich, dass der Kläger das fragliche Vorbringen nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können, weshalb dieses hier nicht zu hören ist, und das Zustandekommen eines eigenständigen Vertrages über den noch nicht realisierten Teil der Kanalisationsarbeiten folglich zu verneinen ist. Selbst wenn darauf einzugehen wäre, würde

dies dem Kläger aus nachstehenden Gründen nicht helfen. 4.5 Im Schreiben vom 10. Juli 2015 führte der Kläger zwar aus, es sei wohl ein Vertrag für die Kanalisation und den Abwasserschacht zustande gekommen. Die Beklagte bestreitet jedoch im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren mit Ausnahme der bereits ausgeführten Kanalisationsarbeiten auf dem Nachbargrundstück das Zustandekommen eines Vertrages für die Kanalisation. Diese Position der Beklagten manifestiert sich auch in ihrem Antrag auf Abweisung der Klage. Mithin kann kein Eingeständnis der Beklagten im Prozess dahingehend angenommen werden, es sei ein Vertrag über den Bau des noch nicht erstellten Teiles der Kanalisation zustande gekommen. 4.6 Im Weiteren bleibt zu beurteilen, ob die Parteien durch gegenseitige Willensübereinstimmung einen Vertrag über den Bau des noch nicht realisierten Teiles des Anschlusses an die Kanalisation abgeschlossen haben. 4.6.1 Mit Offerte vom 2. Dezember 2014 bot die Beklagte dem Kläger den Bau der Stützmauer und den Anschluss an die Kanalisation zu einem Preis von total CHF 41'561.90 an. Vorliegend fragt sich, ob bei der Bestellung lediglich eines Teiles der in der Offerte angebotenen Leistungen durch den Kläger, nämlich des Anschlusses an die Kanalisation, ein Vertrag zustande gekommen ist. Die Frage, ob der Kläger durch Annahme der Offerte bloss in Bezug auf die Kanalisationsarbeiten mit der Beklagten einen gültigen Vertrag geschlossen hat, beurteilt sich alleine nach der Auslegung der Willenserklärungen beim Vertragsabschluss, was im Folgenden zu prüfen ist. 4.6.2 Für das Zustandekommen eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien über alle wesentlichen Punkte erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR, Art. 2 Abs. 1 OR). Für diesen Umstand trägt der Kläger die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB). Um festzustellen, ob ein Vertrag abgeschlossen worden ist, ist zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich übereinstimmend gewollt haben (sog. subjektive Auslegung). Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip, welchen Inhalt eine Willenserklärung hat. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (sog. objektive Auslegung; BGE 132 III 268 E. 2.3.2; TC VD HC/2019/321 vom 17. Mai 2019 E. 3.2.1). Dabei hat das Gericht neben der Interessenlage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 131 III 377 E. 4.2.1; 125 III 435 E. 2a/aa; 122 III 426 E. 5b; 122 III 420 E. 3a). Wer einen vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillen geltend machen will, hat diesen substantiiert zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen (BGE 121 III 118 E. 4.b/aa). Auch wenn der tatsächliche Parteiwille dem objektiven Auslegungsergebnis vorgeht, ist im Prozess zunächst das objektive Auslegungsergebnis zu ermitteln. Denn erst wenn dieses bekannt ist, kann überhaupt festgestellt werden, ob ein davon abweichender tatsächlicher Parteiwille behauptet worden ist (OGer ZH NG170012 vom 12. Januar 2018 E. 5.3.1). 4.6.3 Die Beklagte unterbreitete dem Kläger am 2. Dezember 2014 eine einzige Offerte für die Erstellung einer neuen Stützmauer und den Anschluss an die Kanalisation. Die offerierten Bauwerke betreffen eine Stützmauer auf dem Grundstück des Klägers sowie einen Anschluss der Kanalisation des Klägers an die Parzelle des Nachbarn. Die Beklagte macht geltend, die noch nicht erstellten Kanalisationsarbeiten seien Teil des Stützmauerprojektes. Der Kläger hat vorliegend im erstinstanzlichen Prozess nicht substantiiert dargelegt, dass diese Kanalisationsarbeiten ohne Zusatzkosten losgelöst vom Bau der Stützmauer realisiert werden können, geschweige denn hat er dies nachgewiesen.

Ebenso wenig hat er übrigens Entsprechendes im zweitinstanzlichen Verfahren substantiiert aufgezeigt und erstellt. Ergänzend sei angefügt, dass aus dem Plan der H.\_\_\_\_\_ AG vom 30. März 2015 klar ersichtlich wird, dass der noch nicht erstellte Anschluss an die Kanalisation und der Bau der Stützmauer ineinandergreifen und diese Kanalisationsarbeiten somit als Teil des Baus der Stützmauer dastehen. Dass dem so war, konnte und musste der Kläger auch erkennen. Denn es lag auf der Hand, dass bei einer separaten Verwirklichung dieser Projekte Synergieeffekte weggefallen und die Beklagte deshalb mit der besagten Offerte dem Kläger kein Angebot lediglich zum Bau des noch nicht erstellten Anschlusses an die Kanalisation unterbreitete. Demnach kann bei einer objektiven Auslegung nur gefolgert werden, dass das Angebot der Beklagten zur Erstellung des noch nicht realisierten Teiles des Kanalisationsanschlusses nur zusammen mit jenem für den Bau der Stützmauer zu haben war. Einen von diesem objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Konsens hat der Kläger weder substantiiert dargelegt, noch nachgewiesen. 4.6.4 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass ein separater Vertrag über den Bau des noch nicht erstellten Teiles des Anschlusses an die Kanalisation nicht zustande kam. Infolge dessen fehlt es auch an einer Grundlage, um den Kläger zur Leistung von Schadenersatz an den Kläger zu verpflichten.

## **E. 5**

Im Weiteren ist zu prüfen, ob im Falle des Zustandekommens eines Vertrages über die Stützmauer und den Anschluss an die Kanalisation die Beklagte wegen ausserordentlicher Umstände zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen wäre.

### **E. 5.1**

Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer nach Art. 373 Abs. 1 OR verpflichtet, das Werk um diese Summe fertigzustellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat, als vorgesehen war. Falls jedoch ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter gemäss Art. 373 Abs. 2 OR nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen. Als ausserordentlich im Sinne dieser Bestimmung gelten Umstände, mit denen der Unternehmer nicht zu rechnen braucht, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht voraussehbar sind, oder mit denen beide Parteien nach gemeinsamer Vorstellung nicht gerechnet haben. Sie können bereits bei Vertragsabschluss bestehen (z.B. geologische Verhältnisse) oder erst nachträglich eintreten (z.B. aussergewöhnliches Ansteigen von Löhnen, Zinsen oder Materialpreisen), nach diesen Beispielen also nicht bloss natürlicher, sondern auch wirtschaftlicher Art sein (BGE 104 II 314; BGer 4A\_156/2018 vom 24. April 2019 E. 4.2.2). Dies gilt auch bezüglich der Voraussetzung der übermässigen Erschwerung, die in den höheren Herstellungskosten des Werkes zum Ausdruck kommt und daher vor allem nach den gegenseitigen Leistungen zu beurteilen ist. Erforderlich ist ein krasses, offenes Missverhältnis zwischen dem Wert der zu erbringenden Leistung des Unternehmers und der versprochenen Gegenleistung des Bestellers (BGE 104 II 314; 58 II 423).

#### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz führte aus, beide Parteien seien implizit davon ausgegangen, dass durch die Benützung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück Synergien hätten genutzt

werden können, welche es der Beklagten ermöglichen sollten, den Bau der Stützmauer zu einem günstig(er)en Preis zu offerieren. Einerseits hätte ein Zugang mit den Baumaschinen über das Nachbargrundstück zur Verfügung stehen sollen, andererseits sei zur Diskussion gestanden, dass der Aushub des Nachbarn zur Hinterfüllung der Stützmauer des Klägers hätte benutzt werden können. Aufgrund des Ablaufes auf der Baustelle des Nachbargrundstückes habe sich nach der Offertstellung durch die Beklagte allerdings kein Zeitfenster ergeben, in dem die vom Kläger gewünschte Stützmauer hätte gebaut werden können.

### **E. 5.2.2**

Der Kläger wendet dagegen ein, er sei nicht in der Lage gewesen, die Synergieeffekte abzuschätzen. Aus diesem Grund habe er diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder mündlich noch konkludent als Vertragsbestandteil betrachtet. Die Vorinstanz habe deshalb den Sachverhalt falsch erhoben.

### **E. 5.2.3**

Vorliegend führte der Kläger in der Klage (Rz. 10) selbst ins Feld, die Beklagte habe die Arbeiten wegen einer sich unterhalb der Stützmauer befindlichen Grossbaustelle auf der Nachbarparzelle von der Beklagten günstig anbieten können. Der Kläger habe geplant, die Baustelleninstallation optimal so zu wählen, dass die Abgrabung entlang der gemeinsamen Grenze lediglich leicht grösser habe ausgeführt werden müssen. Auch das Hinterfüllungsmaterial für die neue Stützmauer sei in Form von Aushubmaterial vom Nachbargrundstück bereits vor Ort gewesen und ein entsprechender Abtransport hätte eingespart werden können. Daraus habe ein gutes Preis-/Leistungsverhältnis für alle beteiligten Parteien resultiert. Aufgrund dessen kann nur geschlossen werden, dass sich der Kläger bewusst war, dass durch die Benützung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück Synergien hätten genutzt werden können. Davon ist umso mehr auszugehen, als der Kläger das tatsächliche Vorbringen der Beklagten in der Klagantwort (Ziff. 32.3), wonach beide Parteien davon ausgegangen seien, dass die Stützmauer unter Nutzung der genannten Synergien gebaut werden müsse, unbestritten liess. Demzufolge ist die eingangs dargestellte Erkenntnis der Vorinstanz betreffend die Nutzung von Synergien nicht zu beanstanden.

### **E. 5.3.1**

Die Vorinstanz erwog überdies, nach den Zeugenaussagen des Poliers und des Nachbarn wäre ein Bau der Stützmauer mit Zugang über das Nachbargrundstück nur solange möglich gewesen, als der Aushub für dieses Projekt noch nicht erfolgt gewesen sei. Als die Parteien über die Stützmauer und die Nutzung von Synergien diskutiert hätten, sei jedoch die Baugrube auf dem Nachbargrundstück bereits ausgehoben gewesen. Somit müsse im Nachhinein festgestellt werden, dass der von den Parteien als notwendige Voraussetzung betrachtete Bauablauf (Zugang via Nachbargrundstück) von Anfang an nicht möglich gewesen sei. Dies ändere aber nichts daran, dass beide Parteien damals davon ausgegangen seien, es gäbe während der Bauphase auf dem Nachbargrundstück ein Zeitfenster, in dem man die Stützmauer hätte bauen können. So habe der Bauführer in seiner Zeugeneinvernahme zu Protokoll gegeben, zirka im Oktober 2014, als er vor Ort gewesen sei, wäre für ihn ein Zugang möglich gewesen. Er sei bis zum Schluss davon ausgegangen, dass es möglich sei. Schlussendlich habe man dagestanden und gesehen, dass man nicht mehr zum Nachbargrundstück hochkomme. Die Situation habe sich völlig verändert.

### **E. 5.3.2**

Der Kläger bringt vor, es hätte genügend Zeit zum Bau der Kanalisation bestanden. Die Synergieeffekte seien nahezu alle noch vorhanden gewesen. Das Terrain auf dem untenliegenden Nachbargrundstück sei knapp bis an die Grenze hin bereits abgegraben gewesen. Es hätte nur noch weniger Meter Leitung bis zu den beiden geplanten Schächten bedurft. Der Aushub für Leitung und Schächte hätte, anders als bei der Stützmauer, lediglich in der Fortsetzung der bereits begonnenen Leitungsführung gemäss Plan der H.\_\_\_\_\_ AG und den eingereichten Fotos einen Graben von zirka drei bis vier Meter Länge erfordert. Bei diesem kurzen Graben gehe es um eine vergleichsweise kleine Bewegung von Erdreich. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Baustelleninstallation für diese geringfügige Grabarbeit nicht vorhanden gewesen sei, weil zum Beispiel keine Bagger das Terrain hätten befahren können. Diesen Sachverhalt habe die Vorinstanz offensichtlich nicht oder falsch abgeklärt. Sie habe die Argumentation der Beklagten übernommen, obwohl der Kläger auf diese Behauptung hin in der Replik-/Widerklageantwort ausgewiesen habe, dass noch Kleinbagger und andere Fahrzeuge in jenem Bereich an der gemeinsamen Grenze auf der Baustelle des Nachbarn im Einsatz gewesen seien. Mit solchen Fahrzeugen und Geräten habe die Beklagte die ganze Baugrube über den Häusern der unterliegenden Parzelle bis zur Grenze hin wieder hinterfüllt. Dabei könne anhand der Fotos leicht abgeschätzt werden, dass für diese Hinterfüllung mehr Material verschoben worden sei, als für den Kanalisationsgraben notwendig gewesen wäre. Es sei somit in keiner Art und Weise erstellt, dass die Beklagte über kein Zeitfenster verfügt hätte, die Kanalisationsarbeiten abzuschliessen oder dass der von ihr behauptete Synergieeffekt für die Kanalisationsführung in erheblichem Masse eingeschränkt gewesen sei. Aus den ins Recht gelegten Plänen und Fotos ergebe sich das Gegenteil. Die Situation sei für die Beklagte auch nicht unvorhersehbar gewesen. Die Mitarbeiter der Beklagten hätten selbst ausgeführt, dass sie von Anfang an gewusst hätten, dass die Mauer nicht mehr gebaut werden könne.

### **E. 5.3.3**

Dass ein Zeitfenster für die Fertigstellung des Anschlusses an die Kanalisation vorhanden gewesen wäre, ist eine unsubstanziierte Parteibehauptung. Wie bereits dargestellt, bilden die Ausführungen mit denen der Kläger behauptet, dass durch den Einsatz von Kleinbaggern die Kanalisation hätte gebaut werden können und die Beklagte habe mit solchen Fahrzeugen und Geräten die ganze Baugrube über den Häusern der unterliegenden Parzelle bis zur Grenze wieder hinterfüllt, unkommentierte unechte Noven und können daher hier nicht gehört werden. Damit fehlt es insoweit an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid. Selbst wenn das Vorbringen, die Kanalisation hätte mit Hilfe von Kleinbaggern gebaut werden können, zu hören wäre, würde es dem Kläger nicht helfen, da die vorinstanzliche Begründung dennoch zu schützen wäre. Denn nach den deckungsgleichen Bekundungen des Zeugen F.\_\_\_\_\_ (Nachbar) und des Zeugen I.\_\_\_\_\_ (Polier), beide vom 27. August 2019, wäre ein Bau der Stützmauer mit Zugang über das Nachbargrundstück nur solange möglich gewesen, als der Aushub für dieses Projekt noch nicht erfolgt gewesen sei. Als die Parteien über die Stützmauer diskutiert hätten, sei jedoch die Baugrube auf dem Nachbargrundstück bereits ausgehoben gewesen. G.\_\_\_\_\_ gab sodann am 27. August 2019 als Zeuge zu Protokoll, zirka im Oktober 2014, als er vor Ort gewesen sei, wäre für ihn ein Zugang möglich gewesen. Er sei vor Ort gewesen, als mit dem Aushub begonnen worden sei. Schlussendlich habe man

dagestanden und gesehen, dass man nicht mehr zum Nachbargrundstück hochkomme. Die Situation habe sich völlig verändert. Der Kläger nennt weder einen Grund, der Anlass zu Zweifeln an der Glaubhaftigkeit dieser Aussagen geben würde, noch ist ein solcher ersichtlich. Aufgrund dieser übereinstimmenden Bekundungen folgt, dass der von den Parteien als notwendige Voraussetzung betrachtete Zugang über das Nachbargrundstück mit Baumaschinen im Zeitpunkt der Offertstellung nicht möglich war. Der Kläger bestreitet denn übrigens grundsätzlich auch nicht, dass damals wegen des Aushubs der Zugang mit Baumaschinen nicht mehr möglich war. Er wendet lediglich ein, dass, wie Fotografien von Baumaschinen der Gärtnerei aus dem Herbst 2015 zeigten, die Bauarbeiten mittels bereits vor Ort befindlichen Kleinbaggern hätten verrichtet werden können. Dieser Einwand ist unbehilflich. Wie die Beklagte in der Duplik zutreffend ausführt, ist das Datum der Fotoaufnahmen und damit der Zeitpunkt der Arbeiten der Gärtnerei nicht nachgewiesen. Infolgedessen ist nicht erstellt, dass Kleinbagger zur fraglichen Zeit vor Ort vorhanden waren. Auch sind die von der Gärtnerei ausgeführten Arbeiten nicht vergleichbar mit jenen, die die Beklagte hätte ausführen sollen. Der Kläger legt weder substantiiert dar, noch ist ersichtlich, dass die Bauarbeiten mit Kleinbaggern hätten ausgeführt werden können. Auch unterlässt es der Kläger substantiiert aufzuzeigen, noch ist erkennbar, dass die Beklagte bei einem Einsatz von Kleinbaggern den von beiden Parteien angenommenen Synergieeffekt überhaupt hätte erzielen können. Das Ausgeführte lässt nur den Schluss zu, dass die von den Parteien beim Vertragsschluss beabsichtigte Nutzung der Synergien durch die Verwendung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück nach der Offertstellung durch die Beklagte am 2. Dezember 2014 unmöglich war. Nicht zu folgen ist ferner der Behauptung des Klägers, die Situation sei für die Beklagte nicht unvorhersehbar gewesen. Die Mitarbeiter der Beklagten hätten selbst ausgeführt, dass sie von Anfang an gewusst hätten, dass die Mauer nicht mehr gebaut werden könne. Der Kläger legt vorliegend nicht dar, auf welche konkreten Aussagen er seine Behauptung stützt. Diese Behauptung erweist sich somit als unsubstantiiert und unbewiesen. G. \_\_\_\_\_ teilte bei der Befragung vom 27. August 2019 mit, er habe aufgrund der angetroffenen Situation eine Offerte gemacht. In der Folge sei mit dem Bau begonnen worden. Normalerweise werde mit dem Keller angefangen, dann werde hinterfüllt, und dann gehe man weiter. In diesem Fall habe man den Keller gebaut, man habe dann von zwei Seiten aufgefüllt. Auf der anderen Seite aber nicht. Dadurch sei das, was er sich vorgestellt gehabt habe, dass man von der Seite mit dem Bagger zufahre, nicht mehr möglich gewesen. Man habe bauseitigen Termindruck für die Erstellung der vier Häuser gehabt. Das Gerüst sei in die Baugrube gestellt worden, und daher habe man nicht hinterfüllen können. Das eine habe das andere nach sich gezogen. Man habe auch die diesbezügliche Planung mit der Stützmauer auf der linken Seite nicht ganz durchdacht. Er rede von den Häusern unten, so dass man nicht habe hinterfüllen können oder jedenfalls nicht so, wie sie es gedacht gehabt hätten. Schlussendlich sei man dagestanden und habe gesehen, dass man nicht mehr hochkomme. Die Situation habe sich völlig verändert. Diese Aussagen sind detailliert, nüchtern, in sich stimmig und widerspruchsfrei. Irgendwelche Anzeichen für Zweifel an deren Wahrhaftigkeit sind nicht ersichtlich. Diese sind somit als glaubhaft zu werten. Aufgrund dieser Depositionen lässt sich nur schliessen, dass der Bauführer der Beklagten bei der Bestandaufnahme für die Offertstellung noch von der Realisierbarkeit der Stützmauer und des Anschlusses an die Kanalisation unter Nutzung von Synergien durch den Gebrauch des Zugangs über das Nachbargrundstück ausgegangen war und sich die Situation aufgrund des nicht vorgesehenen Bauablaufs nachträglich veränderte. Es kann daher nicht davon ausgegangen

werden, die Beklagte habe die Unmöglichkeit des offerierten Projektes vorausgesehen.

#### **E. 5.4.1**

Die Vorinstanz erwog weiter, gemäss Offerte einer Drittfirma würde die Erstellung der geplanten Stützmauer im jetzigen Zeitpunkt rund CHF 120'000.– mehr kosten, als wenn sie im damaligen Zeitpunkt unter Nutzung der Synergien zu einem Preis von rund CHF 40'000.– hätte gebaut werden können. Bei dieser Ausgangslage müsse festgestellt werden, dass sich die Umstände für den Bau der Stützmauer, wie sie von den Parteien antizipiert worden seien, nicht verwirklicht hätten. Dadurch, dass ein Zugang über das Nachbargrundstück in der Zwischenzeit nicht mehr möglich gewesen sei, sei die Erfüllungslast für die Beklagte derart hoch geworden, dass sich ein Festhalten am Vertrag bei einem dreimal höheren Aufwand für die Beklagte im Vergleich zum offerierten Werkpreis nicht rechtfertigen lasse.

#### **E. 5.4.2**

Der Kläger bringt vor, die Preisunterschiede für den Bau der Kanalisation beträfen hauptsächlich die von der Beklagten freiwillig aufgegebenen Vorteile, die darin bestanden hätten, den Kanalisationsgraben mit den auf der Baustelle vorhandenen Gerätschaften wenige Meter aufs Nachbarrain hochzuziehen. Dass somit heute ein erheblicher Preisunterschied bestehe, habe die Beklagte zu verantworten. Hätte die Beklagte den Vertrag betreffend Kanalisation erfüllt, als dies noch möglich gewesen wäre, so wären die Kosten erheblich tiefer gewesen.

#### **E. 5.4.3**

Wie bereits dargelegt, war die Nutzung der Synergien durch die Verwendung der Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück bereits bei der Offertstellung durch die Beklagte am 2. Dezember 2014 unmöglich. Es kann daher entgegen der Auffassung des Klägers keine Rede davon sein, die Beklagte habe es vertan, vorhandene Vorteile bzw. Synergien für den Bau der Kanalisation zu nutzen. Der Kläger beanstandet auch die vorinstanzliche Erkenntnis nicht, wonach die Erfüllungslast für das ganze Projekt zu hoch geworden sei, sodass sich ein Festhalten am Vertrag nicht rechtfertigen liesse. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb insoweit zu schützen. Der Kläger macht in der Berufung erstmals geltend, die Kanalisationsarbeiten hätten auch ohne Stützmauer fertiggestellt werden können. Bei den jetzigen Verhältnissen koste der Bau der Kanalisation CHF 61'557.35. Diese Vorbringen sind neu und damit unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Sie sind deshalb nicht zu hören. Selbst wenn darauf einzugehen wäre, vermöchte dies dem Kläger nicht zu helfen. Die Beklagte verlangte für die Kanalisationsarbeiten gemäss ihrer Offerte vom 2. Dezember 2014 CHF 6'325.– (CHF 6'098.– [Kanalisationsanschluss im Nachbargrundstück] - 2% Rabatt - 2% + 8% MWST). Zwischen dem vereinbarten Pauschalpreis für die Kanalisationsarbeiten von CHF 6'325.– und der eingeklagten Mehrvergütung von CHF 54'839.77 besteht unzweifelhaft ein krasses Missverhältnis, sodass ein Festhalten am Vertrag für die Beklagte unzumutbar erscheint. Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann festgehalten werden, dass ausserordentliche Umstände vorliegend die Fertigstellung des Kanalisationsanschlusses übermässig erschweren. Die materiellen Voraussetzungen von Art. 373 Abs. 2 OR sind somit erfüllt.

#### **E. 5.5.1**

Die Vorinstanz führte ferner aus, nach einer Ansicht handle es sich beim Rechtsbehelf von Art. 373 Abs. 2 OR um ein Gestaltungsrecht, wonach der Richter nur angerufen werden

müsse, wenn sich die Parteien nicht einig seien ( Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler , in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl. 2016, Art. 373 N 16 mit Verweis auf BGE 48 II 119). Nach anderer Auffassung handle es sich beim Rücktritt des Unternehmers um ein Gestaltungs-klagerecht, welches auf dem Prozessweg auszuüben sei, wobei dem Urteil rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Arbeitseinstellung oder der Klageeinreichung zuerkannt werden könne ( Hürlimann/Siegenthaler , a.a.O.; Peter Gauch , Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, N 1122 ff.). Der von der Beklagten mit Schreiben vom 10. Juli 2015 gegenüber dem Kläger erklärte Rücktritt vom Vertrag aus wichtigem Grund sei daher vom Gericht zu schützen und die Vertragsauflösung zu bewilligen. Mit dem Bau der Stützmauer sei bis zum Rücktritt durch die Beklagte noch gar nicht begonnen worden, weshalb sich einzig eine Vertragsauflösung ex tunc rechtfertige. Damit habe der Kläger keinen Erfüllungsanspruch mehr, weshalb die Klage - selbst wenn ein Vertrag über die Stützmauer überhaupt zustande gekommen wäre - auch aus diesem Grund abzuweisen sei.

### **E. 5.5.2**

Der Kläger wendet ein, bei der Möglichkeit, den Vertrag nach Art. 373 Abs. 2 OR aufzulösen, handle sich um ein Gestaltungs-klagerecht. Die Beklagte habe vorliegend keine Gestaltungs-klage eingereicht, weshalb der Vertrag auch nicht gestützt auf Art. 373 Abs. 2 OR aufgelöst werden könne.

### **E. 5.5.3**

Sind die Voraussetzungen von Art. 373 Abs. 2 OR erfüllt, so kann der Unternehmer den Richter sowohl bei Eintritt der ausserordentlichen Umstände als auch erst nach Fertigstellung des Werkes anrufen. Umstritten ist nun, ob der Unternehmer zwischen diesen beiden Rechtsansprüchen durch Gestaltungs-erklärung wählen kann oder ob die Wahl nur dem Richter zusteht. Für die zweite Alternative spricht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes. Dennoch hat das Bundesgericht in einem früheren Urteil (BGE 48 II 125) die Auffassung vertreten, der Unternehmer sei gemäss Art. 373 Abs. 2 OR berechtigt, den Vertrag durch aussergerichtliche Erklärung aufzulösen und diese Auffassung wurde von der herrschenden Lehre übernommen. Unter dieser Prämisse wird die Forderung des Bundesgerichtes in BGE 116 II 315 f., in dem es vom Unternehmer verlangt, dass er mit der Anzeige der "ausserordentlichen Umstände" den Vertrag sogleich auflöst oder eine Preiserhöhung fordert, verständlich. Diese Anzeige muss der Unternehmer unverzüglich, nachdem er vom offenbaren Missverhältnis Kenntnis hat, machen und kann nicht bis zur Vollendung des Werkes zuwarten, ansonsten er seine Rechte aus Art. 373 Abs. 2 OR verwirkt. Erst wenn der Besteller der Anzeige- bzw. Wahlerklärung widerspricht, ist der Richter gefragt. Auch spricht die Prozessökonomie für das Recht des Unternehmers, den Vertrag ohne richterliche Ermächtigung aufzulösen und erst dann den Richter entscheiden zu lassen, ob die Vertragsauflösung gerechtfertigt war, wenn sich der Besteller der Vertragsauflösung widersetzt (zum Ganzen: Theodor Bühler , Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung [Art. 1-529 OR], 1998, Art. 373 N 34 ff.). Weil der noch nicht fertiggestellte Teil der Kanalisationsarbeiten offenkundig eng mit dem Bau der Stützmauer verzahnt ist und diese Arbeiten erkennbar auch nicht ausgeführt worden waren, ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass der von der Beklagten am 10. Juli 2015 erklärte Rücktritt vom Vertrag sich nicht nur auf den eigentlichen Bau der Stützmauer, sondern eben auch auf den noch nicht gebauten Teil des

Anschlusses an die Kanalisation bezog und der Kläger dies auch so verstehen musste. Da somit die materiellen Voraussetzungen von Art. 373 Abs. 2 OR erfüllt sind, folgt, dass der von der Beklagten mit Schreiben vom 10. Juli 2015 gegenüber dem Kläger erklärte Rücktritt vom Vertrag aus wichtigem Grund auch in Bezug auf den Kanalisationsanschluss zu schützen und die Vertragsauflösung rechtmässig ist. Infolge des Rücktritts vom Vertrag durch die Beklagte steht dem Kläger kein Erfüllungsanspruch gegenüber der Beklagten mehr zu. Weil die Beklagte ordnungsgemäss vom Vertrag zurücktrat, kann der Kläger von der Beklagten auch keinen Schadenersatz beanspruchen. Aufgrund des Bauablaufes wäre der Kläger nach der Offertstellung durch die Beklagte am 4. Dezember 2014 überdies auch nicht in der Lage gewesen, die hier in Frage stehenden Bauarbeiten unter Nutzung der von den Parteien ursprünglich angenommenen Synergien durch einen anderen Bauunternehmer erstellen zu lassen. Es kann folglich keine Rede davon sein, die Beklagte habe die Nutzung von Synergien schuldhaft vertan. Auch aus diesem Grund muss eine Schadenersatzpflicht der Beklagten verneint werden. Nachdem die Beklagte in der Klagantwort die Behauptung des Klägers in der Klage betreffend den Schadenersatzanspruch bestritten hatte, unterliess es der Kläger zudem, den Schadenersatzanspruch in der Replik substantiiert darzulegen. Auch in der Berufung fehlt es an einer substantiierten Schilderung des Schadenersatzanspruchs. Ein Schadenersatzanspruch wäre folglich auch mangels Substantiierung abzuweisen.

#### **E. 5.6**

Als Resultat kann festgehalten werden, dass selbst wenn ein Vertrag über den Bau der Stützmauer und die Erstellung des noch nicht realisierten Teiles des Kanalisationsanschlusses rechtsgültig zustande gekommen wäre, die Beklagte wegen ausserordentlicher Umstände vom Vertrag hätte zurückzutreten können. Mithin fehlt es an einer Grundlage, um die Beklagte zur Leistung von Schadenersatz an den Kläger zu verurteilen.

#### **E. 6**

Dem Gesagten zufolge ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klage abgewiesen hat. Wenn auf die Berufung einzutreten wäre, würde sich diese somit als unbegründet erweisen und wäre deshalb abzuweisen.

#### **E. 7**

Schliesslich bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

##### **E. 7.1**

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anbetracht des Streitwertes und der Bedeutung der Sache auf CHF 6'000.- festzusetzen (§ 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. f Ziff. 3 und § 3 Abs. 1 GebT) und aufgrund von Art. 106 Abs. 1 ZPO dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen.

##### **E. 7.2**

Ausserdem hat der Kläger der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weil der Rechtsvertreter der Beklagten im zweitinstanzlichen Verfahren keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung der Beklagten aufgrund von § 18 Abs. 1 TO vom Gericht von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen. Diese ist ausgehend von einem Streitwert von CHF 54'839.77 auf CHF 6'000.- festzusetzen (§ 2 Abs. 2, § 7 Abs. 1 lit. f TO i.V.m. § 10 TO), mangels eines entsprechenden Antrages ohne

Auslagen und Mehrwertsteuerzusatz (KGer BL 400 19 217 vom 10. Dezember 2019 E. III/2.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.