



**Kantonsgericht
Basel-Landschaft**

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht,

vom 23. August 2022 (400 22 67)

Obligationenrecht

Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 63 OR bei irrtumsfreier, unwilliger Bezahlung einer Nichtschuld (E. 6); keine widerrechtliche Drohung durch Ankündigung der Arbeitsniederlegung des Unternehmers gestützt auf Art. 82 OR bei Ausbleiben vereinbarter Akontozahlungen der Bauherrschaft E. 7.3); Beweislast bei Rückforderung von zu viel bezahltem Werklohn bei bestrittenen Mehrleistungen des Unternehmers oder bestrittenen Änderungswünschen und bei behaupteter Pauschalpreisabrede (Art. 373 Abs. 1 OR; E. 8.4.3)

Besetzung Präsident Roland Hofmann, Richter Philippe Spitz (Ref.), Richterin
Barbara Jermann Richterich; Gerichtsschreiber Rageth Clavadetscher

Parteien **A. _____**
vertreten durch Rechtsanwalt David Grimm, Advokatur Grimm,
Hauptstrasse 45, Postfach 111, 5070 Frick,
Kläger und Berufungskläger

B. _____
vertreten durch Rechtsanwalt David Grimm, Advokatur Grimm,
Hauptstrasse 45, Postfach 111, 5070 Frick,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

C. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwältin Katja Schott-Morgenroth,
Walder Wyss AG, Aeschenvorstadt 48, Postfach 633, 4010 Basel,
Beklagte und Berufungsbeklagte

Gegenstand **Forderung**
Berufung gegen den Entscheid des Zivilkreisgerichts West
vom 22. November 2021

A. A. ____ und B. ____ sind Eigentümer eines Fachwerkhauses an der X. ____strasse 34 in Y. _____. Im Rahmen eines Umbauprojektes vergaben sie die Baumeister- und Gipserarbeiten an die C. ____ GmbH mit Sitz in Z. ____ BL. Die besagte Unternehmerin offerierte die Baumeisterarbeiten für die Werklohnsumme von CHF 55'828.70 und die Gipserarbeiten zu einem Preis von CHF 83'286.85. Gesamthaft betrug der Werklohn für die offerierten Arbeiten CHF 139'115.55. Während der Bauphase kam es zwischen den genannten Parteien insbesondere wegen seitens der Bauherrschaft behaupteten Kostenüberschreitungen durch die Unternehmerin zu Meinungsverschiedenheiten. Im Herbst 2019 stellte die C. ____ GmbH ihre Arbeiten am fraglichen Bauobjekt ein. Die seitens der Bauherrschaft beigezogene D. ____ GmbH offerierte die Fertigstellung und Instandstellung der Gipserarbeiten für einen Werklohn von CHF 57'727.25 bzw. CHF 9'773.80. Zudem vertraten die Bauherren die Ansicht, der C. ____ GmbH CHF 41'761.40 zu viel bezahlt zu haben, weshalb sie gegenüber der genannten Unternehmerin eine Forderung von insgesamt CHF 109'262.95 geltend machten.

B. Mit Eingabe vom 3. September 2020 erhoben A. ____ und B. ____ (nachstehend: Kläger), vertreten durch Rechtsanwalt David Grimm, nach erfolglos verlaufenem Schlichtungsverfahren unter Beibringung der entsprechenden Klagebewilligung vom 12. Juni 2020 beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West (nachstehend: Zivilkreisgericht oder Vorinstanz) Klage gegen die C. ____ GmbH (nachstehend: Beklagte), vertreten durch Rechtsanwältin Katja Schott, und beantragten, es sei die Beklagte zu verpflichten, den Klägern den Betrag von CHF 109'262.95 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 24. Februar 2020 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Gerichts- und Parteikosten für das Schlichtungsverfahren). In ihrer Klageantwort vom 22. Dezember 2020 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage, unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Gegenpartei. Beide Parteien hielten an ihren Rechtsbegehren in der Replik vom 22. März 2021 und Duplik vom 12. Juli 2021 genauso fest, wie an der am 22. November 2021 vor der Dreierkammer des Zivilgerichts durchgeführten Hauptverhandlung. Mit Entscheid vom 22. November 2021 wies die Vorinstanz die Klage vollumfänglich ab, auferlegte den Klägern die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 240.00 sowie die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 10'000.00 und verpflichtete diese ebenfalls in solidarischer Verbindung, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 13'769.10 zu bezahlen. Zur Begründung erwog das Zivilkreisgericht zusammenfassend, dass ein bereicherungsrechtlicher Anspruch der Kläger gegenüber der Beklagten gestützt auf Art. 63 OR ausscheide, weil diese weder eine eigene Entreicherung noch eine Bereicherung der Gegenpartei nachgewiesen hätten. Vorliegend sei unter den Parteien bezüglich des Werklohnes keine Pauschalpreisabrede getroffen worden, so dass Zahlungen der Kläger an die Beklagte, die über den offerierten Werklohn hinaus geleistet worden seien, keine Vermögensverschiebung im Sinne von Art. 63 OR bedeuteten. Ebenso wenig sei von einer unfreiwilligen Zahlung auszugehen, zumal eine seitens der Klägerin behauptete Drohung durch die beklagte Unternehmerin nicht nachgewiesen sei. Die übrigen Forderungen aus Fertigstellung und Instandstellung sprach die Vorinstanz den Klägern ab, weil für die Unternehmerin keine fixe Terminplanung bestanden habe. Ohne zeitliche Vorgaben sei ein Verzug der Beklagten ausgeschlossen. Selbst wenn ein Verzug der Beklagten

nachgewiesen worden wäre, könnten die Kläger, nachdem die Parteien nicht einen Pauschalpreis vereinbart hätten, lediglich die Differenz zwischen den Ohnehinkosten und denjenigen Ausgaben, welche ihr die D. ____ GmbH verrechnet habe, geltend machen. Damit hätten sich die Kläger jedoch in keiner Weise auseinandergesetzt. So hätten sie zur Substantiierung ihrer Forderung lediglich auf zwei Offerten der D. ____ GmbH verwiesen. Gemäss Vorinstanz sei gestützt auf diese aber nicht ersichtlich, wie hoch die Rechnungen der D. ____ GmbH tatsächlich ausgefallen seien oder ob die Arbeiten wie offeriert von der D. ____ GmbH geleistet worden seien.

C. Gegen diesen Entscheid des Zivilkreisgerichts vom 22. November 2021 erhoben A. ____ und B. ____ (fortan: Berufungskläger), vertreten durch Rechtsanwalt David Grimm, am 2. März 2022 beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, (nachstehend: Kantonsgericht) Berufung und beantragten, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die C. ____ GmbH (fortan: Berufungsbeklagte) zu verpflichten, den Berufungsklägern den Betrag von CHF 109'262.95 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 24. Februar 2020 zu bezahlen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer und Auslagen. Zur Begründung liessen sie im Wesentlichen ausführen, zunächst habe das Zivilkreisgericht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem die Vorinstanz ihnen die beantragte Zustellung des Protokolls der Hauptverhandlung sowie der an besagter Verhandlung angefertigten Tonbandaufnahmen verweigert habe. Im Weiteren verkenne das Zivilkreisgericht, dass die Parteien für Gips- und Baumeisterarbeiten einen Pauschalpreis von CHF 139'115.55 vereinbart hätten. Unabhängig davon habe die Berufungsbeklagte (auch an der Hauptverhandlung nochmals) bestätigt, dass die offerierten Arbeiten dem Ausmass vor Ort entsprochen hätten und somit mit dem offerierten Gesamtpreis ausführbar seien. Dennoch habe die Berufungsbeklagte diesen Preis überschritten und den Berufungsklägern ungerechtfertigterweise mit einem Baustopp gedroht, sollten diese die zusätzlichen Geldforderungen der Berufungsbeklagten nicht begleichen. Zusätzliche Leistungen seien von den Berufungsklägern weder bestellt noch von der Berufungsbeklagten substantiiert und nachgewiesen worden. Die Zahlungen der Berufungskläger an die Berufungsbeklagte, welche den Gesamtpreis von CHF 139'115.55 überstiegen hätten, würden CHF 41'761.40 ausmachen. Diese seien zudem unfreiwillig und aus einer Zwangslage heraus erfolgt, welche aus der ungerechtfertigten Drohung der Berufungsbeklagten, den Bau einzustellen, entstanden sei. Trotz den erzwungenen Zahlungen habe die Unternehmerin ihre Arbeiten letztlich dennoch eingestellt. Sie habe verlangt, dass die D. ____ GmbH das Werk fertigstellen solle. Die Kosten der D. ____ GmbH hätten sich nachweislich auf CHF 67'501.55 belaufen und seien unbestritten. Die Forderung der Berufungskläger in beantragter Höhe von CHF 109'262.95 sei demnach begründet, weshalb die Vorinstanz ihre Klage gegen die Berufungsbeklagte hätte gutheissen müssen.

D. Die Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin Katja Schott, beantragte mit Berufungsantwort vom 11. April 2022 die Abweisung der Berufung. Zudem seien den Berufungsklägern die Gerichts- und Parteikosten sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens als auch des Beru-

funksverfahrens aufzuerlegen. Zur Begründung liess sie zusammenfassend ausführen, dass zwei Offerten der Berufungsbeklagten vom 30. Dezember 2017 Ausgangspunkt für den Werkvertrag der Parteien gebildet hätten. Diese Offerten seien allerdings nie unterzeichnet worden. Die Behauptung der Berufungskläger, die Offerten seien unterzeichnet worden, stelle zudem ein im Berufungsverfahren nicht zu hörendes Novum dar. Unabhängig davon, ob diese unterzeichnet worden seien oder nicht, würden diese im Weiteren ohnehin keine Pauschalpreisabrede enthalten. Hinzukomme, dass die Berufungsbeklagte neben den in den Offerten vom 30. Dezember 2017 aufgeführten Arbeiten zahlreiche Mehrleistungen oder auch Leistungen infolge von Auftragsänderungen erbracht habe, für welche mündliche Absprachen unter den Parteien getroffen worden seien. Die Berufungsbeklagte habe die Berufungskläger jeweils über die (im Vergleich zu den Offerten vom 30. Dezember 2017) höheren Kosten informiert und in regelmässigen Abständen (und nach Aufwand bzw. nach tatsächlichen Kosten) Rechnung gestellt. Die Berufungskläger hätten sich weder im Juni/Juli 2019 noch davor je über eine Rechnung oder eine angebliche Kostenüberschreitung beschwert oder erklärt, sie seien nicht bereit, mehr zu zahlen. Vielmehr hätten sie alle Rechnungen bis auf die Schlussrechnung vom 31. Dezember 2019 vorbehaltlos beglichen. Die Berufungsbeklagte habe den Berufungsklägern mitgeteilt, dass für weitere bei der Berufungsbeklagten zu bestellenden Leistungen mit Kosten von CHF 50'000 zu rechnen sei. Den Berufungsklägern sei dies zu teuer gewesen und sie hätten es vorgezogen, weitere Leistungen bei der D. ____ GmbH zu bestellen. Die Behauptung der Berufungskläger, wonach sie einen entsprechenden Betrag «verlangt» haben soll, sei hingegen nicht zutreffend. Ebenso werde bestritten, dass die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern gedroht habe. Die Berufungsbeklagte habe für bereits geleistete Arbeiten regelmässig und gemäss Vereinbarung mit den Berufungsklägern (Akonto-)Rechnungen gestellt, welche die Berufungskläger auch irrtumsfrei bezahlt hätten. Nachdem die Berufungskläger Akontozahlungen im Juni/Juli 2019 unbestrittenermassen nicht bezahlt hätten, seien sie in Verzug geraten, was von der Vorinstanz korrekt erwogen worden sei. Dementsprechend sei es auch das gute Recht der Berufungsbeklagten gewesen, die Arbeiten einzustellen. Die Ankündigung der Arbeitseinstellung habe demnach auch keine widerrechtliche Drohung dargestellt. Bestritten werde auch, dass die Arbeiten in irgendeiner Weise mangelhaft gewesen seien. Die Berufungskläger hätten auch zu keiner Zeit Mängel gerügt. Im Weiteren bestritt die Berufungsbeklagte, dass das rechtliche Gehör der Berufungskläger aufgrund der unterbliebenen Protokollzustellung durch die Vorinstanz verletzt worden sei. Weiter würden die Berufungskläger die Beweislastregel von Art. 8 ZGB verkennen, wenn sie behaupteten, die Berufungsbeklagte habe ihre Mehrleistungen substantiiert zu behaupten und zu belegen. Die angeblichen Arbeiten der D. ____ GmbH habe die Berufungsbeklagte insofern bereits erstinstanzlich bestritten und werde auch unverändert weiterhin bestritten, dass deren im Recht liegenden Offerten die von ihr tatsächlich geleisteten und in Rechnung gestellten Leistungen abbilden würden.

E. Mit kantonsgerichtlicher Verfügung vom 12. April 2022 wurde dem Berufungskläger die Berufungsantwort der Berufungsbeklagten vom 11. April 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt und der Schriftenwechsel unter Hinweis auf das fakultative Replikrecht gemäss bundesgerichtli-

cher Rechtsprechung geschlossen. Zugleich ordnete der instruierende Präsident der Abteilung Zivilrecht am Kantonsgericht die Zirkulation der Verfahrensakten bei der Dreierkammer an und stellte den Parteien den Berufungsentscheid auf Grundlage der Akten in Aussicht. Überdies wies der Instruktionsrichter die in den Rechtmittleingaben gestellten Anträge der Parteien auf Zeugenbefragungen unter Vorbehalt eines allfälligen anderslautenden diesbezüglichen Entscheids der Dreierkammer ab.

Erwägungen

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO Berufung erhoben werden, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Vorliegend hat das Kantonsgericht die Berufung vom 2. März 2022 gegen den Entscheid des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft West vom 22. November 2021 zu beurteilen. Mit diesem erstinstanzlichen Endentscheid verneinte die Vorinstanz die teilweise geltend gemachten Ansprüche der Berufungskläger gegenüber der Berufungsbeklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 OR) sowie aus Vertrag und wegen Verzugschadens und wies die Klage dementsprechend unter Kostenfolgen zu Lasten der Berufungskläger vollumfänglich ab. Der Streitwert im vorliegenden Prozess nach den zuletzt beim Zivilkreisgericht aufrechterhaltenen Rechtsbegehren liegt bei CHF 109'262.95 und somit deutlich über der für eine Berufung erforderlichen Streitwertgrenze von CHF 10'000.00. Der begründete Entscheid des Zivilkreisgerichts vom 22. November 2021 wurde den Berufungsklägern gemäss Rückschein der Schweizerischen Post am 1. Februar 2022 zugestellt. Der letzte Tag der 30-tägigen Rechtsmittelfrist fällt somit auf den 3. März 2022. Die am 2. März 2022 bei der Post zum Versand aufgegebenen Berufung erfolgte somit fristgerecht (Art. 142 f. ZPO). Die Berufungskläger rügen mit ihrer Berufung vom 2. März 2022 namentlich eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz und deren rechtsfehlerhafte Anwendung von Art. 63 OR, Art. 372 Abs. 1 bzw. Art. 373 OR und Art. 368 bzw. 107 OR, mithin allesamt zulässige Berufungsgründe (Art. 310 ZPO). Da auch die weiteren Formalien und Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO), insbesondere auch die fristgerechte Bezahlung des Kostenvorschusses, ist auf die Berufung einzutreten. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. d EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Dreierkammern der Zivilkreisgerichte sachlich zuständig.

2.1 Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel im Rechtsmittelverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Neue rechtli-

che Begründungen sind von dieser Bestimmung nicht erfasst und können im kantonalen Berufungsverfahren sowie vor Bundesgericht unbeschränkt vorgebracht werden, was sich insbesondere aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ergibt (BGer 4A_519/2011 E. 2.1; BSK ZPO-SPÜHLER, 2017, Art. 317 ZPO N 12; REETZ/HILBER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., 2016, Art. 317 ZPO N 31, 33; BK ZPOSTERCHI, 2012, Art. 317 ZPO N 3). Zum Vorbringen sog. unechter Noven, von Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel zu einem Sachverhalt, welcher sich bereits vor Abschluss des vorinstanzlichen Verfahren verwirklicht hat, ist zudem auf die strenge Praxis des Bundesgerichts hinzuweisen, wonach der Rechtsmittelkläger die Gründe detailliert darzulegen habe, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz habe vorbringen können (vgl. etwa BGE 143 III 43, E. 4.1).

2.2 Gemäss den Ausführungen der Berufungsbeklagten in ihrer Berufungsantwort sollen die Berufungskläger erstmals im Rechtsmittelverfahren behauptet haben, dass die beiden Offerten für Baumeister- und Gipsarbeiten der Berufungsbeklagten von den Parteien unterzeichnet worden seien. Die Berufungsbeklagte bezieht sich bei ihrer prozessrechtlichen Einwendung auf Randziffer 9 der Berufung vom 2. März 2022, wo die Berufungskläger ausführen liessen, dass zwischen den Parteien weitere Vertragsverhandlungen stattgefunden hätten, nachdem die Offerten beim Projektleiter der Berufungskläger eingegangen seien. Das Ergebnis dieser Vertragsverhandlungen sei vom Projektleiter direkt von Hand in die Offerten eingetragen worden. Die Berufungsbeklagte habe sodann die vorgenommenen Korrekturen bestätigt und mit E-Mail vom 30. Januar 2018 mitgeteilt, sie werde die Korrekturen der Offerten vornehmen. Die am PC nachgetragenen Offertkorrekturen (Reinschrift) habe die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern am 21. Februar 2018 zugestellt. Sowohl die vorab handschriftlich korrigierten Offerten als auch die am 21. Februar 2018 zugestellten ausgedruckten Abschriften der Offerten (die inhaltlich übereinstimmen) seien von den Parteien unterzeichnet worden.

2.3 Der Entscheid darüber, ob die Berufungskläger diese Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen und der Unterzeichnung der Offerten erstmals im Berufungsverfahren vortragen und ob diese gegebenenfalls in Anwendung von Art. 317 ZPO nicht gehört werden könnten, kann nach Ansicht des Kantonsgerichts offenbleiben. Wie nachstehend dargelegt wird, fehlt es im vorliegenden Fall auch bei Zulassung dieses unechten Novums an einem hinreichenden Nachweis für eine Pauschalpreisabrede unter den Prozessparteien. Eine solche wiederum wurde seitens der Berufungskläger als Klagfundament für ihre Bereicherungsklage gestützt auf Art. 63 OR angeführt, worauf zurückzukommen ist.

3. Soweit die Berufungskläger in ihrer Berufung als «Ausgangslage» den Sachverhalt schildern, wie sie die Vergabe und Ausführung der Arbeiten durch die Berufungsbeklagte wahrgenommen haben, ohne konkret zur zivilkreisgerichtlichen Begründung des angefochtenen Entscheids Bezug zu nehmen (vgl. Berufung Rz 6 bis 15), kann es das Kantonsgericht bei der Feststellung belassen, dass eine Befassung mit diesen Ausführungen unterbleiben kann, zumal damit keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Erinstanzentscheid verbunden ist.

4.1 Die Berufungskläger rügen sodann – und in diesem Zusammenhang konkret – eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör mit der Begründung, sie hätten mit Eingabe an das Zivilkreisgericht vom 2. Dezember 2021 sowohl um schriftliche Begründung des Entscheids vom 22. November 2021 als auch um Zustellung des Protokolls der Hauptverhandlung und der Tonbandaufnahme der Hauptverhandlung ersucht. Am 1. Februar 2022 sei dem Vertreter der Berufungskläger indessen einzig die Urteilsbegründung zugestellt worden. Die Garantie des rechtlichen Gehörs umfasse auch das Recht, von den sich bei den Verfahrensakten befindlichen Akten Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dies setze voraus, dass die fraglichen Akten der Partei zugestellt würden. Das Bundesgericht habe wiederholt festgehalten, dass den Verfahrensbeteiligten ein Anspruch auf Zustellung der Verfahrensakten zustehe; zu den Verfahrensakten gehöre auch das Protokoll der Hauptverhandlung (Art. 235 ZPO).

4.2 Die von den Berufungsklägern erhobene Rüge einer Gehörsverletzung ist aus mehreren Gründen ungerechtfertigt. Zunächst einmal fehlt es an einem Nachweis, dass die Vorinstanz die Herausgabe des Protokolls und der Tonaufnahmen zu den Zeugenbefragungen verweigert haben soll. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die beantragte Zustellung dieser Aktenbestandteile bei der Vorinstanz versehentlich unterblieben sein muss. So verstrichen zwischen dem Eingang des Antrags auf schriftliche Urteilsbegründung gemäss Eingabe der Berufungskläger vom 2. Dezember 2021 und der Fertigstellung des motivierten Entscheids Ende Januar 2022 beinahe zwei Monate. Im Weiteren bestehen für eine Weigerung durch die Vorinstanz keine Anhaltspunkte. Sodann wäre es für die Berufungskläger ein Leichtes gewesen, das Zustellungsersuchen nach Eingang der schriftlichen Entscheidbegründung unter Hinweis auf die erwähnte Eingabe vom 2. Dezember 2021 zu erneuern. Hätte sich das Zivilkreisgericht tatsächlich geweigert, die verlangten Aktenbestandteile zu edieren, wäre hierfür eine anfechtbare Verfügung zu erwirken gewesen, welche die Berufungskläger hätten anfechten können. Die Zustellung des Protokolls und der Tonaufnahmen im Nachgang zu einer Gerichtsverhandlung stellt zudem ein administrativer Vorgang dar, ohne dass dieser in einem sachlichen Zusammenhang zur Entscheidfindung und somit zum angefochtenen Entscheid vom 22. November 2021 stünde. Wäre es den Berufungsklägern darum gegangen, ihre Chancen für ein allfälliges Rechtsmittelverfahren abzuklären, hätten sie die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, abmahnen können. Wäre es den Berufungsklägern darum gegangen, das Protokoll samt Tonaufnahmen aus anderen Gründen konsultieren zu wollen, hätten sie bei der Rechtsmittelinstanz um deren Zustellung ersuchen können. Da sich die Berufungskläger weder für das eine noch das andere entschieden haben, ohne darzulegen, inwiefern eine Behebung dieses angeblichen Verfahrensfehlers entscheidungsrelevant ist, verdient die Anrufung der Gehörsverletzung zum reinen Selbstzweck keinen Rechtsschutz. Die Berufung ist in diesem Punkt demnach abzuweisen.

5. Die Berufungskläger werfen der Vorinstanz einmal eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor, indem das Zivilkreisgericht fälschlicherweise erwogen habe, die Parteien hätten nie einen schriftlichen Werkvertrag abgeschlossen. Das Kantonsgericht teilt diese Einschätzung der Berufungskläger nicht. Diese ist aus dem Zusammenhang gerissen. Unter Berücksichtigung der weiterführenden Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz wird klar, worauf diese mit der bean-

standeten Feststellung abzielte. Das Zivilkreisgericht stellte in seinen Erwägungen unter Ziffer 7 einzig fest, dass sich die Arbeiten der Berufungsbeklagten, für welche nach Ansicht der Berufungskläger unter den Parteien eine Pauschalpreisabrede getroffen worden sei, nicht auf einen schriftlich verfassten Vertrag abstützen liessen, was zutreffend ist. Dementsprechend, so die Vorinstanz weiter, sei die behauptete Abrede von Pauschalpreisen anhand der vorhandenen Offerten für Gipser- und Baumeisterarbeiten vom 30. Dezember 2017 sowie dem vor- und nachvertraglichen Verhalten der Parteien und den Umständen zu beurteilen. Auch dieser Sachverhaltsfeststellung ist nach Ansicht des Kantonsgerichts nichts entgegenzusetzen. Zudem kann die Form des Vertragsschlusses letztlich offenbleiben, zumal nicht diese, sondern, wie nachstehend aufgezeigt wird, der Inhalt der vertraglichen Absprachen unter den Parteien rechtserheblich ist.

6. Die Prüfung der weiteren, im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung in der Berufung erhobenen Rügen hängt von der Rechtserheblichkeit des zu untersuchenden Sachverhalts ab. Aus diesem Grund sind vorab die einschlägigen Rechtsgrundlagen in Erinnerung zu rufen. Das Kantonsgericht erlaubt sich dabei, die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zusammenzufassen, zumal diese von den Parteien unbestritten geblieben sind. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich ein vertraglicher Anspruch und ein Bereicherungsanspruch begrifflich ausschliessen, denn ein Vertrag gibt einen Rechtsgrund ab, ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung setzt hingegen voraus, dass kein Rechtsgrund vorliegt. Aus diesem Grund ist vorab stets zu prüfen, ob eine zurückverlangte Leistung eine vertragliche Grundlage hatte und, falls dies zutrifft, ob sie aus Vertrag zurückgefordert werden kann (BGE 127 III 421, E. 3). Wer jedoch ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, kann die Differenz nur auf Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 133 III 356, E. 3.2.1.; BGE 130 III 504, E. 6.2 mit Hinweisen). Die Berufungskläger fordern vorliegend zurück, was sie über das vertraglich Geschuldete hinaus geleistet zu haben behaupten und stützen ihre Forderung entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf ungerechtfertigte Bereicherung. Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete aber nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Voraussetzungen bilden allgemein eine Bereicherung, eine Entreicherung, einen Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung sowie eine Grundlosigkeit der Leistung (Art. 62 Abs. 1 OR; zum Ganzen, statt vieler: BSK OR I-SCHULIN/VOGT Art. 62 OR N 5 ff.). Zusätzlich verlangt Art. 63 Abs. 1 OR Irrtum über die Schuldpflicht bei der Leistungserbringung. Befand sich der Leistende bei der Erbringung der Leistung nicht im Irrtum, kann er diese nur zurückfordern, wenn er sie unfreiwillig erbracht hat. Unfreiwilligkeit wiederum liegt vor, wenn eine Leistung durch widerrechtliche Drohung erzwungen worden ist oder der Bewucherte sich durch seine Notlage zur Leistung veranlasst sah (BSK OR I-SCHULIN/VOGT Art. 63 OR N 4 mit Hinweis auf SCHWENZER, und BGer 5C.51/2004, E. 7.1). Vorliegend fordern die Berufungskläger zurück, was sie an die Berufungsbeklagte unfreiwillig aufgrund deren Drohung mit einem Baustopp als Nichtschuld zu viel bezahlt zu haben behaupten.

7.1 Die Berufungskläger monieren eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung, eventuell auch eine fehlerhafte Rechtsanwendung, indem die Vorinstanz fälschlicherweise von freiwilligen, die Offerten übersteigenden Zahlungen ausgegangen sei. Die Berufungskläger hätten indessen bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, dass die Zahlungen, welche die Offertpreise überstiegen hätten, aufgrund von Drohungen der Berufungsbeklagten geleistet worden seien. So habe letztere angedroht, ihre Arbeiten einzustellen, sollten die Berufungskläger den ungerechtfertigten Zahlungsaufforderungen nicht nachkommen. Dies obwohl Werkpreise erst nach Vollendung des Werks fällig würden (Art. 373 Abs. 1 OR). Dass zuvor Akontozahlungen geleistet worden seien, ändere an dieser gesetzlichen Fälligkeitsregelung nichts. Die Zahlungen der Berufungskläger seien mithin einzig aufgrund der Drohungen der Berufungsbeklagten erfolgt, welche die Berufungskläger in eine Zwangslage versetzt hätten, in der sie mit unzumutbaren Nachteilen (Baustopp) hätten rechnen müssen. Die Feststellung der Vorinstanz, die Berufungsbeklagte habe nach der ausgesprochenen Drohung vom 1. Juli 2019 weitere Arbeiten ausgeführt, sei in Verletzung der Verhandlungsmaxime erwogen worden, zumal im erstinstanzlichen Verfahren keine der Parteien eine entsprechende Tatsachenbehauptung aufgestellt habe. Dementsprechend sei auch der Schluss der Vorinstanz aus der Weiterführung der Arbeiten, die Furcht der Berufungskläger könne deshalb nicht derart gross gewesen sein, ungerechtfertigt gezogen worden. Auch aus der verzögerten Zahlung der Berufungskläger vom 31. Juli 2019, nachdem die Drohung am 1. Juli 2019 erfolgt sei, lasse sich nichts ableiten. Es sei offensichtlich, dass die Berufungskläger das von der Berufungsbeklagten geforderte Geld erst habe erhältlich machen müssen.

7.2 Die Berufungsbeklagte bestreitet in der Berufungsantwort, dass eine Drohung vorliege. Wie die Vorinstanz richtigerweise erwogen habe, hätten die Parteien eine von Art. 372 Abs. 1 OR (und nicht Art. 373 Abs. 1 OR) abweichende Fälligkeitsabrede getroffen, indem die Berufungsbeklagte auf Anfrage der Berufungskläger hin über eineinhalb Jahre hinweg regelmässig Rechnung für ihre (bereits erbrachten) Leistungen gestellt und die Berufungskläger diese bis auf die letzte Rechnung vorbehaltlos bezahlt hätten. Die Berufungskläger seien durch (unbestrittene) Nichtbegleichung von Rechnungen der Berufungsbeklagten in Verzug geraten. Daher sei die Berufungsbeklagte berechtigt gewesen, die Arbeiten einzustellen. Ihre Ankündigung gegenüber der Bauherrschaft, die Arbeiten einzustellen, habe deshalb keine widerrechtliche Drohung dargestellt. Die Berufungskläger selber hätten im vorinstanzlichen Verfahren zugestanden, dass die Berufungsbeklagte ihre Arbeiten noch bis 12. September 2019 weitergeführt habe. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime sei zu Unrecht erfolgt. Sodann hätten die Berufungskläger die Zahlung vom 31. Juli 2019 nicht nur vorbehaltlos, sondern auch freiwillig und irrtumsfrei geleistet. Dementsprechend habe die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass die Voraussetzungen nach Art. 62 f. OR nicht erfüllt seien.

7.3 Die Berufungskläger bestreiten berufungsweise ein Recht der Berufungsbeklagten, die Arbeiten wegen ausgebliebener Zahlungen einzustellen, weshalb die entsprechende Ankündigung per E-Mail vom 1. Juli 2019 (Beilage 26 zur Klage vom 3. September 2020) einer Drohung gleichkomme. Art. 372 Abs. 1 OR sieht vor, dass der von der Bauherrschaft dem Unternehmer

geschuldete Werklohn erst bei Ablieferung zu zahlen ist. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, hält die besagte Bestimmung eine Vorleistungspflicht des Unternehmers hinsichtlich der vertraglich vereinbarten Werkherstellung fest. Grundsätzlich besteht demnach auch kein gesetzlicher Anspruch des Unternehmers auf Voraus- oder Abschlagszahlungen. Jedoch ist allgemein anerkannt und unter den Parteien auch nicht umstritten, dass Art. 372 Abs. 1 OR dispositiver Natur ist. Die Berufungskläger behaupten in ihrer Berufung, dass die Tatsache geleisteter Akontozahlungen durch sie nichts an dieser Fälligkeitsregelung ändern würden. Dem ist indes zu widersprechen. Aufgrund der dispositiven Natur von Art. 372 Abs. 1 OR können die Vertragsparteien formlos, also schriftlich oder mündlich bzw. ausdrücklich oder auch stillschweigend bzw. konkludent abweichende Verabredungen über die Fälligkeit der vom Besteller geschuldeten Vergütung treffen. Dementsprechend kam das Zivilkreisgericht im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass die Parteien mündlich oder konkludent eine von Art. 372 Abs. 1 OR abweichende Absprache getroffen hätten, indem sie sich auf die Pflicht der Berufungskläger zur Leistung von Akontozahlungen geeinigt hätten. Das Zivilkreisgericht gelangte zu dieser rechtlichen Einschätzung aufgrund mehrerer Indizien. So habe der Projektleiter der Berufungskläger die Berufungsbeklagte mit E-Mail vom 30. Januar 2018 zur Stellung von Akontorechnungen aufgefordert. Den Berufungsklägern seien für Baumeisterarbeiten sodann vier Akontorechnungen gestellt worden. Am 22. Dezember 2018 sei für die Baumeisterarbeiten die Schlussrechnung ergangen, welche CHF 30'000.00 höher ausgefallen sei als offeriert. Alle Rechnungen seien seitens der Berufungskläger bezahlt worden. Auch für die Gipserarbeiten habe die Berufungsbeklagte insgesamt 6 Akontorechnungen gestellt, welche seitens der Berufungskläger ebenso grossmehrheitlich bezahlt worden seien. Nachdem die Berufungskläger während ein- einhalb Jahren Akontorechnungen ohne Vorbehalt beglichen hätten, könnten sie nun nicht mehr vorbringen, es habe keine von Artikel 372 OR abweichende Vereinbarung gegeben. Eine während Monaten in einem Zeitraum zwischen Dezember 2017 und Juli 2019 zwischen den Parteien gelebte, von Art. 372 OR abweichende Übung schliesse die Anrufung der Dispositivbestimmung über die Vorleistungspflicht des Bauunternehmers aus. Wenn die Berufungskläger in ihrer Berufung diesen vorinstanzlichen Erwägungen einzig ihre Meinung gegenüberstellen, dass die Begleichung von Akontorechnungen nichts an der Fälligkeit der Werklohnforderung nach Art. 372 OR ändere, setzt sie sich inhaltlich nicht mit den zivilkreisgerichtlichen Ausführungen auseinander, dass zahlreiche Indizien bestehen, welche die Fälligkeitsregel von Art. 372 OR ausser Kraft setzen. Der vorinstanzliche Befund, dass von einer ausdrücklichen (mündlichen) oder zumindest stillschweigenden abweichenden Parteiabsprache auszugehen sei, nach welcher die Berufungsbeklagte berechtigt wurde, vor Ablieferung des Werkes Akontorechnungen zu stellen und die Berufungskläger dementsprechend verpflichtet wurden, dieselben zu begleichen, ist auch nach Ansicht des Kantonsgerichts, zutreffend. Hervorzuheben ist in tatsächlicher Hinsicht, dass der Bauleiter der Berufungskläger die Berufungsbeklagten ausdrücklich zur Stellung von Akontorechnungen aufgefordert hat und dass die Adressaten diese Rechnungen überwiegend beglichen haben, ohne dabei einen Vorbehalt anzubringen. Diese vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung wird von den Berufungsklägern nicht beanstandet. Dass diese gelebte Übung in Abweichung von Art. 372 OR mit dem erwähnten Recht auf Akontorechnungsstellung

auf Seiten der Unternehmerin und der Zahlungspflicht der Besteller einhergeht, erscheint nachvollziehbar. Wird der Berufungsbeklagten zugestanden, Akontorechnungen zu stellen, geraten die Berufungskläger als Adressaten und Schuldner bei Zahlungssäumnis in Verzug, so die weitere rechtliche Würdigung der Vorinstanz, welche die Berufungskläger in ihrer Berufung unkommentiert liessen. Ohne entsprechende Rüge hat das Kantonsgericht keinen Anlass, näher auf die Verzugsvoraussetzungen gemäss Art. 102 ff. OR einzugehen. Nach Art. 82 OR darf die Partei in einem zweiseitigen Vertrag sodann den andern zur Erfüllung anhalten, ohne die eigene Leistung anzubieten, wenn er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Dabei handelt es sich um eine aufschiebende Einrede des Schuldners (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) mit der Wirkung, dass dieser die von ihm geforderte Leistung bis zur Erbringung oder Anbieten der Gegenleistung zurückhalten darf (zum Ganzen statt vieler: BS OR I-SCHROETER, Art. 82 OR N 2). Daraus folgt auf den vorliegenden Fall bezogen, dass die Ankündigung der Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungskläger gemäss E-Mail vom 1. Juli 2019, ihre Arbeiten bei Ausbleiben der Akontozahlungen einzustellen, gesetzlich abgestützt war. Somit fehlt es dem seitens der Berufungskläger geltend gemachten Bereicherungsanspruch am hinreichenden Nachweis einer widerrechtlichen Drohung. Die Berufungsbeklagte durfte den Baustopp gestützt auf Art. 82 OR ankünden, so dass die Berufung bezüglich der Rückforderung einer angeblich zu viel bezahlten Nichtschuld in Höhe von CHF 41'761.40 bereits aus diesem Grund scheitert. Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang noch angefügt, dass der Vorinstanz entgegen den Ausführungen der Berufungskläger in ihrer Berufung bei ihrer Feststellung, die Berufungsbeklagte habe nach der ausgesprochenen Drohung vom 1. Juli 2019 weitere Arbeiten ausgeführt, keine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorgeworfen werden kann. Wie die Berufungsbeklagte zurecht darauf hinwies, stellte sie in ihrer Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren eine entsprechende Tatsachenbehauptung auf, indem sie in Rz 18 ausführte, dass sie ihre Arbeiten auf der Baustelle der Berufungskläger im Nachgang zur E-Mail vom 1. Juli 2019 noch bis 12. September 2019 weitergeführt habe. Ebenso zutreffend ist ihr Hinweis, dass die Berufungskläger replicando diesen Sachverhalt nicht bestritten hätten (vgl. Replik Rz 46). Da auch diese Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung durch die Berufungskläger somit nicht verfängt, zielt auch ihre daraus fälschlicherweise gezogene Folgerung ins Leere. Dem Argument der Berufungskläger, der vorinstanzliche Schluss, dass aufgrund der Weiterführung der Arbeiten eine allfällige Furcht der Berufungskläger hinsichtlich eines Baustopps nicht derart gross gewesen sein konnte, sei ungerechtfertigt erfolgt, fehlt es demnach offensichtlich an einer tatsächlichen Grundlage; mit anderen Worten fehlt es für die am 31. Juli 2019 erfolgte Zahlung an die Berufungsbeklagte durch die Berufungskläger am Nachweis, dass diese aufgrund des angekündigten Baustopps und somit unter Druck geleistet worden sein könnte, zumal die Arbeiten unbestrittenermassen bis 12. September 2019 fortgeführt wurden.

8.1 Die Berufungskläger behaupteten im erstinstanzlichen Verfahren eine Bereicherung der Berufungsbeklagten, indem sie trotz Vereinbarung von Pauschalpreisen Zahlungen an die Gegenpartei geleistet hätten, welche den vereinbarten Pauschalwerklohn deutlich überstiegen hätten.

ten. Diese Zahlungen in einer Gesamthöhe von CHF 41'761.40 seien dementsprechend ohne Rechtsgrund erfolgt. Die Berufungsbeklagte bestritt eine Verabredung von Pauschalpreisen. Das Zivilkreisgericht folgte der Berufungsbeklagten und verneinte das Vorliegen einer Pauschalpreisabrede.

8.2 Die Berufungskläger monieren in ihrer Berufung, der abschliessende Befund der Vorinstanz, die Parteien hätten Einheitspreise und nicht Pauschalpreise vereinbart, weshalb eine Rückforderung von Zahlungen, die den Betrag von CHF 139'155.55 übersteigen würden, ausgeschlossen sei, greife zu kurz. Die Berufungskläger hätten im erstinstanzlichen Verfahren zudem vorgetragen, Zusatzleistungen, die über das in den Offerten Aufgeführte hinausgingen, seien weder vereinbart noch geleistet worden. Ob solche Mehrleistungen nachweislich vereinbart und erbracht worden seien, habe die Vorinstanz jedoch nicht geprüft. Sodann hätten die Berufungskläger bereits vor der Vorinstanz auf Unstimmigkeiten bei den von der Berufungsbeklagten eingereichten Lieferscheinen hingewiesen. Indem die Vorinstanz weder das Erbringen von angeblichen Zusatzleistungen durch die Berufungsbeklagte noch die Bestellung von solchen Leistungen geprüft habe, habe sie den Sachverhalt unrichtig resp. überhaupt nicht erst festgestellt. In rechtlicher Hinsicht sei letzten Endes zweitrangig, ob Pauschal- oder Einheitspreise vereinbart worden seien, weil die Berufungsbeklagte weder dargelegt noch nachgewiesen habe, Arbeiten, die über die in den Offerten aufgeführten Einheiten hinausgehen, ausgeführt zu haben. Sie habe ebenso weder dargelegt noch nachgewiesen, dass solche Zusatzarbeiten von den Berufungsklägern bestellt worden seien. Im Weiteren würde die Vorinstanz verkennen, dass in den Offerten nicht wie angenommen lediglich ein Leistungsverzeichnis mit am Ende aufaddierten Leistungen enthalten sei. Vielmehr enthielten die Offerten jeweils ein Deckblatt, welches als einziges von den Parteien unterzeichnet worden sei und auf welchem der vereinbarte Nettobetrag von CHF 83'286.85 resp. CHF 55'828.70 aufgeführt sei. Massgebend für die Preisvereinbarung sei einzig der auf jenem unterzeichneten Deckblatt als Nettobetrag aufgeführte Werkpreis. Ebenfalls zu kurz gegriffen falle zudem die Würdigung des Schreibens des vormaligen Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten vom 28. Januar 2020 durch die Vorinstanz aus. Dieser habe unmissverständlich ausgeführt, dass es sich beim Betrag von CHF 139'115.55 um den vereinbarten Gesamtbetrag handle.

8.3 Die Berufungsbeklagte bestreitet in ihrer Berufungsantwort, wie schon im erstinstanzlichen Verfahren, die Vereinbarung eines Pauschalpreises mit den Berufungsklägern. Sodann würden die Berufungskläger ihrerseits bestreiten, dass es Projekt- und Beststellungsänderungen bzw. Mehrleistungen gegeben habe. Dabei würden sie es allerdings unterlassen, im Einzelnen zu substantiieren und zu belegen, in welchem Umfang der (irrtumsfrei) bezahlte Werkpreis die tatsächlich erbrachten Leistungen der Berufungsbeklagten überschreiten und damit ohne Rechtsgrund und ungerechtfertigt erfolgt sein soll bzw. inwiefern die Berufungskläger entreichert seien und die Berufungsbeklagte bereichert sein soll. Sodann sei den Berufungsklägern seitens der Berufungsbeklagten ausschliesslich Material in Rechnung gestellt worden, welches auf der Baustelle der Berufungskläger tatsächlich verwendet worden sei. Zudem habe die Vorinstanz zur Ermittlung des vereinbarten Preismodus nicht nur den Wortlaut der Vereinbarung,

dem kein Hinweis auf eine Pauschalierung entnommen werden könne, geprüft, sondern auch auf die (aufaddierte) Gesamtsumme gemäss Deckblatt der Offerten vom 30. Dezember 2017 Bezug genommen.

8.4.1 Die Vorinstanz hat unter Ziffer 8 ihrer Erwägungen im angefochtenen Entscheid detailliert ausgeführt, welche Arten von Entlohnung des Unternehmers das Werkvertragsrecht kennt (vgl. Art. 372, 373 und 375 OR), wie sich diese definieren und inwiefern sie sich voneinander unterscheiden. So liegt eine Übernahme des Bauwerkes durch den Bauherrn mit Verpflichtung zur Vergütung des Unternehmers zu einem festen Preis oder Pauschalpreis vor, wenn sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass der Unternehmer das von ihm geschuldete Werk zu einer vertraglich fixierten Geldsumme herzustellen und abzuliefern hat. Dieser Pauschalpreis ist Höchst- und Mindestpreis zu gleich. Die vereinbarte Pauschalvergütung ist unabhängig vom Aufwand des Unternehmers und auch von den ausgeführten Leistungsmengen, was besagt, dass für die Bestimmung der geschuldeten Vergütung nicht nach Mengen abgerechnet wird (zum Ganzen: PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Rz 900 ff.). Anstatt zum Pauschalpreis kann der Unternehmer die Werkausführung auch zu Einheitspreisen übernehmen, die zum Voraus bestimmt werden. Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine bestimmte Leistung, die der Unternehmer zur Ausführung des Werkes aufbringen muss. Die für die fragliche Leistung geschuldete Vergütung ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten. Die massgebliche Menge wird je nach dem Inhalt des Vertrages entweder nach dem tatsächlichen Ausmass oder nach dem planmässig theoretischen Ausmass ermittelt (PETER GAUCH a.a.O. Rz. 915 und 917). Vom tatsächlichen Ausmass der vom Unternehmer zur Erfüllung des Vertrages geleisteten Mengeneinheiten ist das sog. Vorausmass zu unterscheiden, das die bei Vertragsabschluss (allenfalls bei Offerteinholung) zu erwartende Leistungsmenge approximativ angibt. Ein Werkvertrag, in dem für alle Leistungen oder zumindest für einen Teil davon Einheitspreise vereinbart sind, ist nach geläufiger Terminologie, die auch von der SIA-Norm 118 verwendet wird, ein «Einheitspreisvertrag». Dieser Vertrag enthält in der Regel ein vom Unternehmer mit Preisen ausgefülltes Leistungsverzeichnis, das die vom Unternehmer zu erbringende Gesamtleistung in verschiedene Einzelleistungen zerlegt. Im jeweiligen Verzeichnis sind die Einheitspreise der einzelnen Leistungspositionen mit der jeweils voraussichtlichen Menge der Leistungseinheiten zu (herausgesetzten) Positionsbeträgen multipliziert und die betreffenden Beträge, meist zusammen mit anderen Positionsbeträgen (namentlich mit Pauschalpreisen) zu einer Gesamtsumme (der Hauptsumme des Leistungsverzeichnisses) aufaddiert. Die Hauptsumme wird bisweilen auch als «Vertragssumme» oder «Vergabesumme» bezeichnet. Doch hat sie bei Einheitspreisverträgen lediglich eine indikative Bedeutung und zeigt an, auf welche Höhe sich die vom Besteller für die Ausführung des Werkes zu leistende Gesamtvergütung nach Massgabe der im Leistungsverzeichnis aufsummierten Positionsbeträge voraussichtlich belaufen dürfte. Dass die schliesslich für das Werk geschuldete Gesamtvergütung von dieser indikativen Hauptsumme des Leistungsverzeichnisses auch (erheblich) abweichen kann, ist schon im Verzeichnis selber vorprogrammiert, da die darin enthaltenen Positionsbeträge für Einheitspreisleistungen nur auf hypothetische (voraussichtliche) Leistungsmengen

abstellen (PETER GAUCH a.a.O. Rz. 927a, 931 bis 931b). Aufgrund dieser rechtlichen Überlegungen kam die Vorinstanz im vorliegenden Fall zum Schluss, es liege kein Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede vor. Im Weiteren vermochten die Berufungskläger in ihrer Berufung dem vorinstanzlichen Befund, eine Offerte unter Angabe einer Gesamtsumme mit angehängtem Leistungsverzeichnis für Arbeiten nach geschätzten Ausmassen und Mengen und eingesetzten Einheitspreisen, wie sie die im Recht liegenden Offerten für Gipser- und Baumeisterarbeiten vom 30. Dezember 2017 (Beilagen 2 und 3 zur Klage vom 3. September 2020) enthalten würden, stelle keine Pauschalpreisabrede dar, nichts zu entgegenen. Die Berufungskläger setzten sich mit der oben ausgeführten und auch von der Vorinstanz erwogenen rechtlichen Herleitung überhaupt nicht auseinander. Dass die Angabe einer Gesamtsumme auf Offerten (ohne ausdrückliche Deklaration als Fix- oder Pauschalpreis) mit vorwiegend Einheitspreisen nach allgemeiner Übung lediglich indikative Bedeutung haben kann, übersehen die Berufungskläger geflissentlich. Sie versuchen einzig und ohne Begründung dagegenzuhalten, dass die Nettobeträge gemäss Deckblatt der Offerten für Gipser- und Baumeisterarbeiten vom 30. Dezember 2017 (Beilagen 2 und 3 zur Klage vom 3. September 2020) Pauschalpreisabreden darstellen würden.

8.4.2 Im Weiteren liegt die Vorinstanz mit ihrer Beurteilung zum erwähnten Schreiben der Rechtsschutzversicherung der Berufungsbeklagten an den Rechtsvertreter der Berufungskläger vom 28. Januar 2020 (Beilage 29 zur Klage vom 3. September 2020) richtig. Auch nach Ansicht des Kantonsgerichts ist ein Zugeständnis einer Pauschalpreisabrede aus diesem mitnichten ersichtlich. Einleitend wird dort einzig darauf hingewiesen, dass sich die Offerten der Berufungsklagten auf einen Gesamtbetrag von CHF 139'115.55 im Sinne einer Bausumme oder Auftragssumme belaufen würden, wogegen der Bauherrschafft Rechnungen für Leistungen in Höhe von CHF 196'911.70 gestellt worden und seitens der Berufungskläger insgesamt CHF 180'876.95 überwiesen worden seien. Gegenüber der ursprünglich offerierten Summe würden sich die Mehrkosten auf CHF 57'796.15 belaufen. Letztere seien auf unzählige Abänderungs- und Zusatzwünsche der Berufungskläger zurückzuführen, welche sich anhand von Arbeitsrapporten der Berufungsbeklagten dokumentieren liessen. Woraus die Berufungskläger bei diesen Erklärungen im besagten Schreiben das Zugeständnis einer Pauschalpreisabrede herleiten wollen, erschliesst sich dem Kantonsgericht nicht.

8.4.3 Im Weiteren unterliegen die Berufungskläger einem Irrtum, wenn sie der Gegenpartei für angeblich erbrachte Zusatzleistungen und Bestellungenänderungen, soweit die betreffenden Arbeiten nicht in den Offerten enthalten waren, im vorliegenden Fall die Beweislast zuweisen. Würde die Berufungsbeklagte als beauftragte Unternehmerin bei den Berufungsklägern als Bauherren einen bisher unbezahlt gebliebenen Werklohn für zusätzlich erbrachte Leistungen und Bestellungenänderungen einfordern, wäre sie für die entsprechende Auftragserteilung und die Vereinbarung des Werkpreises beweispflichtig. Im vorliegenden Fall fordern demgegenüber die Bauherren aus einem Werkvertrag für Gipser- und Baumeisterarbeiten mit behaupteter Abrede eines Pauschalpreises von CHF 139'115.55 angeblich zu viel bezahlten Werklohn bei der Unternehmerin zurück. Sie tragen deshalb die Beweislast dafür, dass die Berufungsbeklagte ausschliesslich offerierte Arbeiten ausgeführt und keine Mehrleistungen erbracht hat bzw. keine

Bestellungsänderungen erfolgt sind (Art. 8 ZGB). Dementsprechend wäre es zunächst einmal an den Berufungsklägern gewesen, in einem ersten Schritt als Klagfundament hinreichend detailliert zu behaupten, welche einzelnen Arbeiten tatsächlich von der Berufungsbeklagten ausgeführt wurden und inwiefern diese Leistungen in den Offerten mit behaupteter Pauschalpreisabrede enthalten waren. Die Berufungskläger begnügen sich in der Berufung hingegen damit, der Vorinstanz vorzuwerfen, sie habe es unterlassen zu prüfen, ob solche Mehrleistungen vereinbart und erbracht worden seien. Zudem behaupten sie fälschlicherweise, es wäre der Berufungsbeklagten oblegen, substantiiert zu behaupten und zu belegen, welche zusätzlichen Arbeiten sie zu den in den Offerten aufgeführten Leistungen erbracht habe. Wie erwogen, würde es auf allfällig fehlende Angaben der Berufungsbeklagten zu Mehrleistungen und Bestellungsänderungen im Detail erst ankommen, wenn die Berufungskläger hinreichende Behauptungen zu ihrem Klagfundament, die Berufungsbeklagte habe ausschliesslich offerierte Arbeiten ausgeführt, aufgestellt hätten. Daraus ergibt sich letztlich, dass die Berufungskläger die Folgen der Beweislosigkeit einer Vermögensverschiebung und damit einer Nichtschuld (Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 63 OR) zu tragen haben. Die Berufung erweist sich demnach nicht nur wegen dem fehlenden Nachweis einer Drohung und somit der Unfreiwilligkeit der geleisteten Zahlungen, sondern auch mangels Vorliegen einer nachgewiesenen Entreicherung der Berufungskläger und einer eingetretenen Bereicherung bei der Berufungsbeklagten als unbegründet.

8.4.4 Aufgrund der bestehenden Beweislast auf Seiten der Berufungskläger für den Inhalt und die tatsächliche Ausführung der offerierten Leistungen und der fehlenden Substantiierung des entsprechenden Klagefundaments brauchen die weiteren im Zusammenhang mit den erbrachten Leistungen erhobenen Rügen der Berufungskläger nicht mehr beurteilt zu werden. Ob Lieferscheine oder Arbeitsrapporte im Recht liegen, welche für den Nachweis einzelner Arbeiten der Berufungsbeklagten tauglich sind oder nicht, ändert nichts daran, dass der Sachverhalt, mit welchem eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung geltend gemacht wurde, unsubstantiiert und unbewiesen geblieben ist.

9.1 Die Berufungskläger monieren sodann den vorinstanzlichen abschlägigen Entscheid zur Erstattung der Rechnungen der D. ____ GmbH, welche die Arbeiten der Berufungsbeklagten weitergeführt und fertiggestellt habe. Das Zivilkreisgericht führte zur Begründung an, die Parteien hätten für die durch die Berufungsbeklagte zu erbringenden Leistungen keine Pauschalpreisabrede getroffen. Im Weiteren seien die Arbeiten offensichtlich nicht wie offeriert ausgeführt, sondern mit einer rollenden Planung nach Baufortschritt vereinbart und erledigt worden. Die Berufungskläger würden nicht nachweisen, welche Arbeiten die Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt ihres Baustopps im Frühherbst 2019 gestützt auf die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien noch zu erbringen gehabt hätte. Mit ihrem Verzicht auf die Weiterführung der Arbeiten sei die Berufungsbeklagte nicht in Verzug geraten. Auch hätten die Berufungskläger keinen Zeitplan vorgewiesen oder anderweitig dargelegt, dass die Berufungsbeklagte irgendwelche Termine nicht eingehalten hätte und damit mit ihrer Werkleistung in Verzug geraten sein könnte. Ebenso wenig könnten die Berufungskläger nachweisen, dass sie die Berufungsbeklagte abgemahnt hätten. Unabhängig vom Bestand eines Verzuges könnten die Berufungskläger

Formatiert: Abstand Vor: 0 Pt., Zeilenabstand: Genau 16

sodann, nachdem die Parteien keine Pauschalpreisabrede getroffen hätten, nur die Differenz aus Ohnehinkosten und von der D. ____ GmbH verrechneten Rechnungsbeträgen geltend machen. Eine entsprechende Substantiierung seien die Berufungskläger durch die blosser Edition von Offerten der D. ____ GmbH schuldig geblieben. Deshalb sei offen, wie hoch die Rechnungen der D. ____ GmbH ausgefallen seien und ob die offerierten Arbeiten überhaupt ausgeführt worden seien.

9.2 Die Berufungskläger machen berufsweise geltend, sie hätten die D. ____ GmbH mit der Fertigstellung beauftragen müssen, weil die Berufungsbeklagte die Weiterarbeit verweigert und die Fertigstellung des vereinbarten Werks durch die D. ____ GmbH verlangt habe. Die Vorinstanz sei nun der Ansicht, es sei nicht ersichtlich, ob die D. ____ GmbH überhaupt Arbeiten ausgeführt habe und wie viel diese Arbeiten gekostet hätten. Hierbei verkenne die Vorinstanz erneut, dass die Berufungsbeklagte die Arbeiten und Kosten der D. ____ GmbH gar nicht bestritten habe. Auch hier gelte die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime. Abzustellen sei lediglich auf den von den Parteien dargelegten Sachverhalt. Zudem hätten die Berufungskläger detaillierte Offerten der D. ____ GmbH eingereicht, welche von der Berufungsbeklagten wiederum nicht bestritten worden seien. Zudem hätten die Berufungskläger wiederholt die Befragung von D. ____ als Zeugen beantragt, wobei dieser Antrag von der Vorinstanz ohne Begründung abgewiesen worden sei.

9.3 Die Berufungsbeklagte entgegnet in ihrer Berufungsantwort, sie habe sehr wohl bestritten (und bestreite erneut), dass die Offerten der D. ____ GmbH die von dieser tatsächlich geleisteten und in Rechnung gestellten Leistungen abbilden würden. Diese Offerten würden weder einen Nachweis für den Vertragsinhalt zwischen den Berufungsklägern und der D. ____ GmbH darstellen noch die tatsächlich angefallenen Kosten der Berufungskläger belegen. Relevant wäre der Werklohn der D. ____ GmbH aber so oder so nicht. Es handle sich dabei um Ohnehinkosten, um Kosten also für die «Fertigungsarbeiten», die den Berufungsklägern auch dann angefallen wären, wenn die weiteren Arbeiten nicht von der D. ____ GmbH, sondern von der Berufungsbeklagten ausgeführt worden wären. Die Berufungskläger hätten es somit schlicht unterlassen, einen behaupteten Schaden zu substantiieren.

9.4.1 Die Berufungskläger forderten im Erstinstanzverfahren von der Berufungsbeklagten Schadenersatz für die Fertigstellung der Gipserarbeiten in Höhe von CHF 57'727.75 und darüber hinaus für Arbeiten aus Mängelbehebung der Gipserarbeiten einen Betrag von CHF 9'773.80. Sie meinen, diese Forderungen gegenüber der Berufungsbeklagten allein mit Offerten der D. ____ GmbH vom 14. September 2019 bzw. 23. Februar 2020 (für Fertigstellung, Beilage 31 bzw. für Instandstellung, Beilage 32 zur Klage vom 3. September 2020) beweisen zu können. Obwohl die Vorinstanz in ihren Erwägungen nicht zwischen Fertigstellungs- und Instandstellungskosten unterschieden hat, ist der entsprechende abweisende Entscheid im Ergebnis zu schützen. Zunächst fällt auf, dass die Berufungskläger die zivilkreisgerichtlichen Ausführungen zum fehlenden Zeitplan in ihrer Berufung nicht kommentiert haben. Ebenso wenig haben die Berufungskläger berufsweise die vorinstanzliche Feststellung beanstandet, dass

sie die behaupteten Abmahnungen der Berufungsbeklagten nicht zu beweisen vermocht hätten. Ohne sachverhaltliche Angaben zu den unter den Parteien vereinbarten Arbeitsgattungen, welche in einem bestimmten Zeitraum durch die Berufungsbeklagte zu erledigen gewesen wären, und ohne Behauptung eines verabredeten Verfalltags oder ohne Nachweis einer Mahnung, fällt die Anrufung eines Verzugs der Berufungsbeklagten und dessen Rechtsfolgen, insbesondere auch die Geltendmachung eines Schadens wegen verspäteter Leistung ausser Betracht (Art. 102 und 106 OR). Es mangelt der Klage und auch der Berufung in diesem Zusammenhang an der erforderlichen Substanz. Es wäre an den Berufungsklägern gewesen, im Einzelnen darzulegen, welche Arbeiten gemäss Vereinbarung mit der Berufungsbeklagten noch auszuführen gewesen wären, die nicht schon durch die Berufungsbeklagte erledigt worden waren. Die Fertigstellungsarbeiten für die Beendigung des gesamten Bauprojekts der Berufungskläger müssen sich nicht notwendigerweise mit den seitens der Berufungsbeklagten geschuldeten Leistungen decken. In diesem Sinne treffen auch die vorinstanzlichen Ausführungen zu, wonach allfällige Ohnehinkosten von den durch die D. ____ GmbH gesamthaft in Rechnung gestellten Kosten in Abzug zu bringen gewesen wären. Da dieser Vergleich der unter den Prozessparteien vereinbarten Arbeitsleistungen mit den durch die D. ____ GmbH angeblich ausgeführten Arbeiten mangels substantiierter Angaben der Berufungskläger über die Arbeitsgattungen nicht möglich ist, scheitern die Berufungskläger mit ihrem Ersatzanspruch bereits aus diesen Gründen. Die Berufungskläger kommentieren diese Erwägungen in ihrer Berufung nicht, sondern beschränken sich darauf, die fehlende Bestreitung der Arbeitsausführung der D. ____ GmbH durch die Gegenpartei zu monieren. Auch diese Rüge verfängt nicht, zumal die Berufungsbeklagte in der Duplik zum einen den Bestand von Mängeln und entsprechender Behebungsarbeiten und zum anderen das Übereinstimmen der von der D. ____ GmbH ausgeführten Arbeiten mit deren Offerten ausdrücklich bestritten hat (vgl. Duplik vom 12. Juli 2021 Rz 109 und 144). Dass die Vorinstanz den von den Berufungsklägern angerufenen Zeugen, D. ____, nicht befragt hat, ändert nichts am Ergebnis. Wohl hätte dieser Aussagen zu den ausgeführten Arbeiten machen können. Diese Beweisabnahme hätte indessen das Fehlen der Substanz der Schadenersatzklage im oben ausgeführten Sinne nicht behoben, so dass die Unklarheit über die unter den Prozessparteien vertraglich verabredeten und allenfalls geschuldeten, aber durch die Berufungsbeklagte nicht ausgeführten Arbeiten fortbestanden hätte.

9.4.2 Gemäss Art. 367 Abs. 1 OR hat der Besteller, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist, die Beschaffenheit des Werkes nach dessen Ablieferung zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntnis zu setzen. Unter den Parteien ist unbestritten, dass die Berufungsbeklagte ihre Arbeiten auf der Baustelle der Berufungskläger im Herbst 2019 vorzeitig einstellte. Zu den Umständen, die zu diesem Ausstieg der Berufungsbeklagten führten, behaupteten die Berufungskläger, die Unternehmerin habe eine Weiterführung ihrer Arbeiten verweigert, wogegen die Berufungsbeklagte im erstinstanzlichen Verfahren eine einvernehmliche vorzeitige Einstellung behauptete. Die Gründe des Ausstiegs der Berufungsbeklagten können allerdings offenbleiben. Die Berufungsbeklagte hat gemäss Feststellung der Vorinstanz im Schriftenwechsel behauptet, es sei keineswegs klar gewesen, dass sie allfällige Mängel nicht

beheben würde. Allerdings werde mangels einer entsprechenden Rüge die Existenz von Mängeln bestritten (Klageantwort vom 22. Dezember 2020; E. 11 des angefochtenen Entscheids a.E.). Wenn die Berufungskläger für Instandstellungsarbeiten der D. ____ GmbH lediglich unter Hinweis auf eine entsprechende Offerte gegenüber der Berufungsbeklagten einen Betrag von CHF 9'773.80 geltend machen, kommen sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast hinsichtlich rechtzeitiger Rüge von konkret umschriebenen Mängeln im Rechtssinne nicht ansatzweise nach (vgl. hierzu statt vieler: BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT Art. 367 OR N 17 ff.). Hinzu kommt, dass die Berufungsbeklagte auch im Rechtsmittelverfahren den Bestand von jedwelchen Mängeln weiterhin bestreitet. Daraus folgt zusammenfassend, dass die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

10. Soweit die Berufungskläger in ihrer Rechtsmitteleingabe (unter Rz 38 ff.) ausdrücklich Rechtsverletzungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Entscheid zur Werklohnvereinbarung zu Einheitspreisen sowie zur Berechtigung der Ankündigung einer Arbeitsniederlegung bei ausbleibenden Akontozahlungen rügt, kann auf die vorstehenden Erwägungen (unter den Ziff. 8.4.1 ff. bzw. 7.3) verwiesen werden, verbunden mit dem Befund, dass die Berufung demzufolge vollumfänglich abzuweisen ist.

11. Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten für das Berufungsverfahren zu entscheiden. Massgebend für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sind die Bestimmungen der Art. 95 ff. ZPO. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind deshalb vollumfänglich den Berufungsklägern aufzuerlegen. Zudem haben diese der Gegenpartei eine Parteientschädigung zu entrichten. Die Höhe der Prozesskosten richtet sich gemäss Art. 96 ZPO nach der kantonalen Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT, SGS 170.31) und nach der kantonalen Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO; SGS 178.112). Die Gebühr für den vorliegenden Rechtsmittelentscheid wird auf CHF 5'000.00 festgesetzt, was aufgrund des Streitwerts in Höhe von CHF 109'262.95 (vgl. E. 1.1 hievore) und unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache als angemessen erscheint (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. f Ziff. 4 und § 3 Abs. 1 GebT). Die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten hat in der Berufungsantwort die Einreichung einer Honorarnote auf Verlangen angeboten. Gemäss § 18 Abs. 1 TO (analog) ist indessen die Honorarnote im Rechtsmittelverfahren bereits mit der Rechtsmitteleingabe einzureichen, ansonsten das Gericht die Parteientschädigung von Amtes wegen nach Ermessen festsetzen kann. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, sieht sich dementsprechend nicht gehalten, einer Partei bzw. deren Rechtsbeistand eine Frist zur Nachreichung einer Honorarrechnung anzusetzen. Vielmehr ist die Parteientschädigung nach Ermessen gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen nach TO festzusetzen. Gemäss § 2 Abs. 1 und 2 TO hat die Berechnung des Honorars grundsätzlich nach Streitwert zu erfolgen. Bei einem Streitwert von CHF 109'262.95 erachtet das Kantonsgericht eine Parteientschädigung von CHF 7'000.00 als angemessen, zumal kein Anlass für die Gewährung von Zuschlägen besteht (§ 7 Abs. 1 lit. e und § 8 e contrario TO). Ein Auslagenersatz wird mangels Parteiantrags gemäss neuerer kantonsgerichtlicher Praxis nicht hinzugeschlagen.

Ebenso wenig gilt es mangels eines entsprechenden Antrags bzw. aufgrund der vermuteten Vorsteuerabzugsberechtigung der Berufungsbeklagten für die Parteientschädigung einen Mehrwertsteuerbetrag hinzuzurechnen (vgl. dazu ausführlich Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 400 19 196 E. 10.2).

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr von CHF 5'000.00 für das Berufungsverfahren wird den Berufungsklägern auferlegt.
Die Forderung des Staates wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00 verrechnet.
 3. Die Berufungskläger werden in solidarischer Verbindung verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000.00 (exkl. Auslagen und exkl. MWSt) zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiber

Roland Hofmann

Rageth Clavadetscher