



**Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht
vom 21. April 2020 (400 20 37)**

Zivilprozessordnung

Aufgrund der reformatorischen Natur kann sich der Berufungskläger grundsätzlich nicht damit begnügen, einen kassatorischen Antrag zu stellen, sondern hat ein bestimmtes Rechtsbegehren zu erheben (E. 1.2.1).

Obligationenrecht

Für das Zustandekommen eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien über alle wesentlichen Punkte erforderlich. Die Frage, ob ein Vertrag bloss über einen Teil einer Offerte zustande gekommen ist, beurteilt sich alleine nach der Auslegung der Willenserklärungen beim Vertragsabschluss (E. 4.6.1 f.).

Voraussetzungen für einen Rücktritt von einem Werkvertrag wegen ausserordentlicher Umstände gemäss Art. 373 Abs. 2 OR (E. 5).

Besetzung

Präsident Roland Hofmann, Richterinnen Barbara Jermann Richterich (Ref.), Richterinnen Christine Baltzer-Bader; Gerichtsschreiber Stefan Steinemann

Parteien

A._____,
vertreten durch Advokat Roman Zeller und/oder Rechtsanwalt David Grimm, Wasserturmplatz 3, Postfach 578, 4410 Liestal,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B.____ **AG**,
vertreten durch Advokat Alexander Imhof, Steinentorstrasse 35,
Postfach, 4010 Basel,
Beklagte und Berufungsbeklagte

Gegenstand

Forderung
Berufung gegen das Urteil des Zivilkreisgerichtes Basel-Landschaft West vom 27. August 2019

A. A._____ (fortan: Kläger) ist Eigentümer eines Grundstückes an der C._____ strasse 1 in D._____. Er beabsichtigte, die bestehende Grenzeinfriedung zum darunterliegenden Nachbargrundstück an der E._____ strasse 2 (fortan: Nachbargrundstück) durch eine Stützmauer ersetzen zu lassen. Der damalige Eigentümer des Nachbargrundstückes, F._____ (fortan: Nachbar), plante den Bau von vier Einfamilienhäusern auf dem Nachbargrundstück. Für die Baumeisterarbeiten dieses Projektes erhielt die B._____ AG (fortan: die Beklagte) den Zuschlag. Aufgrund dessen informierte der Kläger die Beklagte mit E-Mail vom 16. Oktober 2014 über die beabsichtigte Grenzeinfriedung zur Parzelle des Nachbarn durch eine Stützmauer, wobei eine Verwirklichung des Projektes nur mit demjenigen Unternehmer Sinn mache, der den Zuschlag für das Bauvorhaben auf dem Nachbargrundstück bekomme. Gleichentags informierte der Bauführer der Beklagten, G._____ (fortan: Bauführer), den Kläger, dass die Beklagte den Auftrag für die Baumeisterarbeiten auf dem Nachbargrundstück erhalten habe. Am 2. Dezember 2014 offerierte die Beklagte dem Kläger die Erstellung einer neuen Stützmauer und eines Kanalisationsanschlusses in das Nachbargrundstück zu einem Preis von insgesamt CHF 41'561.90. Mit E-Mail vom 4. Dezember 2014 sandte der Kläger der Beklagten eine "Auftragsbestätigung mit einem Vorbehalt und mit noch Fragen etc.". Im Anhang schrieb der Kläger "[...] ich kann Ihnen deshalb hiermit den Auftrag für die Kanalisationsleitung mit Abschlusschacht, die Sauberwasserleitung mit Abschlusschacht und die Stützmauer (mit Vorbehalt siehe nachstehend) erteilen. [...]". "Vorbehalt Stützmauer = 1.2 und 1.4: Vor der endgültigen Zusage muss ich von Ihnen wissen, wie Ihr Lösungsansatz und Ihre Vorgehensweise zu diesen Problemen aussieht.". Am 16. Dezember 2014 bedankte sich der Bauführer per E-Mail beim Kläger für den Auftrag und wies darauf hin, dass er alle offenen Punkte vor Ort besprechen möchte. Am selben Tag antwortete der Kläger unter anderem: "Wie Sie aus meinem Fragenkatalog ersehen, kläre ich Details lieber vor der Ausführung ab. Ich habe beruflich genügend Probleme damit, dass vorgängig nicht genau abgemacht wurde, was jeder Beteiligte genau meinte und damit, dass jeder etwas anderes von der jeweiligen Sache im Sinn hatte. [...]".

In seinem E-Mail vom 15. Januar 2015 wies der Kläger den Bauführer darauf hin, dass die gewollte Baustellenbegehung und Besprechung vor Ort mindestens sechs Wochen vor Baubeginn stattfinden müsse, da sich der Bauführer drei Wochen Zeit für den Baubeginn von der Plan- und Eisenlistenübergabe ausbedungen habe und das Ingenieurbüro sicher auch drei Wochen für die Planerstellung benötige. Sodann hielt der Kläger fest: "Für Ihre Baubeginnprognose für Kanalisation und Stützmauer A._____ Ende Februar 2015 ist es heute schon aus meiner Sicht sehr knapp um nicht zu sagen unrealistisch, zumal bis jetzt das Wetter uns noch keine Bauverzögerungen beschert hat". Am 30. Januar 2015 schrieb der Kläger dem Bauführer per E-Mail: "Der letzte Arbeitstag im Januar 2015 geht heute zu Ende!"

Mit Schreiben vom 19. Juni 2015 an die Beklagte fasste der Kläger die Geschehnisse aus seiner Sicht bis zu diesem Zeitpunkt zusammen und verwies auf eine Besprechung mit dem Bauführer, welche am 16. Juni 2015 vor Ort stattgefunden habe. Der Bauführer habe mitgeteilt, er hätte die Sachlage falsch eingeschätzt und er sei nicht in der Lage, die Kanalisationsleitungen fertigzustellen und die Stützmauer zu bauen. Der Kläger forderte die Beklagte auf, die

Sachlage zu überdenken und ihm bis spätestens 27. Juni 2015 eine abschliessende Stellungnahme zukommen zu lassen. Zuletzt schrieb der Kläger: "Ich meinerseits halte an unserem Vertrag fest." In seinem E-Mail vom 26. Juni 2015 stellte der Bauführer dem Kläger die Stellungnahme der Beklagten für die folgende Woche in Aussicht, da noch einige Abklärungen getätigt werden müssten. Am selben Tag teilte der Kläger mit, er denke positiv und erwarte daher die Antwort der Beklagten bis Donnerstagabend, 4. Juli 2015. Mit Schreiben vom 10. Juli 2015 nahm der Beklagte zum Schreiben des Klägers vom 15. Juni 2015 Stellung und hielt im Wesentlichen fest, "[...] dass wohl ein Vertrag für die Kanalisation und den Abschluss-schacht, nicht aber für die Stützmauer zu Stande kam". Sollte dennoch ein Vertrag zustande gekommen sein, so sei dessen Erfüllung aus Gründen unmöglich geworden, welche nicht von der Beklagten zu verantworten seien. Schliesslich erklärte die Beklagte – für den Fall, dass entgegen seiner Ansicht von einem Werkvertrag in Bezug auf die Stützmauer auszugehen wäre – den Rücktritt aus wichtigem Grund, weshalb sie nicht mehr verpflichtet sei, die vom Kläger gewünschte Stützmauer gemäss Offerte auszuführen. Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 6. August 2015 auf, das Werk (Stützmauer und Kanalisationsarbeiten) zu vollenden und mit den Arbeiten bis spätestens 15. September 2015 zu beginnen. Für den Unterlassungsfall wurde der Beklagten angedroht, die Fortführung der Werksarbeiten auf Gefahr und Kosten der Beklagten einem Dritten zu übertragen, das positive Vertragsinteresse geltend zu machen und den Rechtsweg zu beschreiten.

B. Gestützt auf die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Laufen vom 21. August 2016 erhob der Kläger am 26. Oktober 2016 beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West (fortan: Zivilkreisgericht) Klage mit den Anträgen, er sei zu ermächtigen, eine neue Stützmauer inklusive Entwässerung und Kanalisations- und Sauberwasseranschluss gemäss Plan der H.____ AG vom 30. März 2015, unter Abzug eines Betrages von CHF 41'561.90 (inklusive Mehrwertsteuer) auf Kosten der Beklagten durch einen Drittunternehmer erstellen zu lassen, eventualiter sei die Beklagte zu verurteilen, ihm CHF 122'527.90 zu bezahlen; unter o/e-Kostenfolge.

C. Die Beklagte begehrte mit Klagantwort vom 26. Januar 2017, die Klage sei abzuweisen, der Kläger sei widerklageweise zu verurteilen, ihm CHF 3'711.65 zuzüglich Zins zu 5 % seit 27. Januar 2017 zu bezahlen; unter o/e-Kostenfolge.

D. Mit Replik und Widerklageantwort vom 8. Mai 2017 hielt der Kläger an seinen Begehren fest und beantragte überdies, die Widerklage der Beklagten sei abzuweisen. Die Parteien bestanden in der Duplik und Widerklagereplik vom 25. September 2017 und in der Widerklageduplik vom 13. Dezember 2017 auf ihren Anträgen.

E. Mit Verfügung vom 22. Mai 2019 beschränkte der Präsident des Zivilkreisgerichtes 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?"

F. Das Zivilkreisgericht wies mit Entscheid vom 27. August 2019 die Klage ab.

G. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 10. Februar 2020 beim Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, Berufung und beantragte, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei die Sache zur Beurteilung seiner Schadenersatzforderung und der übrigen offenen verfahrensgegenständlichen Fragen an die Vorinstanz zurückzuweisen; unter o/e-Kostenfolge.

H. Der Beklagte begehrte mit Berufungsantwort vom 23. März 2020 die Abweisung der Berufung in Bestätigung des angefochtenen Entscheides; unter o/e-Kostenfolge.

Erwägungen

1.1 Mit Berufung sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO). Der Beklagte hat die Berufung rechtzeitig gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert gemäss den zuletzt vor erster Instanz aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mehr als CHF 10'000.– beträgt, erhoben. Zur Beurteilung der Berufung ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichtes sachlich zuständig (§ 6 Abs. 1 lit. d EG ZPO).

1.2

1.2.1 Die Berufung ist grundsätzlich reformatorischer Natur (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Berufungsinstanz die Sache an die erste Instanz nur zurückweisen, wenn entweder ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziffer 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziffer 2). Da Art. 318 ZPO als "Kann-Vorschrift" ausgestaltet ist, entscheidet die Berufungsinstanz nach ihrem pflichtgemässen Ermessen, ob sie ein reformatorisches oder kassatorisches Urteil fällt (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2). Deshalb kann einer Prozesspartei kein Rechtsanspruch auf Fällung eines Rückweisungsentscheides zukommen (BGer 5A_424/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2).

Die Berufungseingabe hat bestimmten formellen Anforderungen zu genügen: Sie muss Rechtsbegehren enthalten, aus welchen insbesondere hervorgehen soll, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfecht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2.2; 134 II 244 E. 2.4.2). Mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung kann sich der Berufungskläger grundsätzlich nicht damit begnügen, einen

kassatorischen Antrag zu stellen, sondern ist ebenfalls gehalten, einen Antrag in der Sache zu formulieren. Seine Rechtsbegehren müssen zudem so bestimmt sein, dass sie im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden können (zum Ganzen: BGer 4A_129/2019 vom 27. Mai 2019 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

1.2.2 Im vorliegenden Fall beantragt der Kläger, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und es sei die Sache zur Beurteilung seiner Schadenersatzforderung und der übrigen offenen verfahrensgegenständlichen Fragen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit steht fest, dass der Kläger mit der Berufung einzig eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erreichen will. Einen materiellrechtlichen Antrag hat der Kläger somit nicht gestellt. Es liegt hier auch kein Ausnahmefall vor, wonach allein ein Rückweisungsantrag genügen würde, da die Klagabweisung durch die Vorinstanz und die damit erfolgte Verweigerung des in Frage stehenden Schadenersatzanspruchs ohne Weiteres durch das Kantonsgericht überprüft werden kann. Der Berufungsantrag genügt nach dem Dargestellten den gesetzlichen Anforderungen an den Berufungsantrag nicht. Auf die Berufung kann folglich bereits aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

1.3

1.3.1 Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur der erstinstanzlichen Entscheidung im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Der Berufungskläger muss aufzeigen, inwiefern er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Um dieser Pflicht nachzukommen, genügt es nicht, wenn er auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, dass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_466/2016 vom 12. April 2017 E. 3.1; 4A_142/2017 vom 3. August 2017 E. 3.1; 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1; 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2, nicht veröffentlicht in: BGE 142 III 271). Der blosse pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1). Auf Rügen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteiles vermissen lassen, ist nicht einzutreten. Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Begründung der Berufung geeignet sein könnten (BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012 E. 2.4). Die Parteien sind überdies grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen. Es kann aus praktischen Gründen nicht vom Berufungsgericht verlangt werden, dass es die – oft umfangreichen – erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen durchforstet. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eigenständiger Prozess (BGE 144 III 394 E. 4.2). Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren selbständigen Alternativbegründungen, so ist

für jede einzelne darzutun, weshalb sie Recht verletzt (BGE 136 III 534 E. 2.2; 133 IV 119 E. 6.3; vgl. auch BGE 132 III 555 E. 3.2).

1.3.2 Im Berufungsverfahren werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf sog. unechte Noven beruft, d.h. solche, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren, hat in der Berufung die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz in den Prozess hat einbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 E. 4.1). Ob zulässige Noven vorgetragen werden, entscheidet die Berufungsinstanz von Amtes wegen (BGE 142 III 48 E. 4.1.2). Das gesamte Klagefundament ist vor der ersten Instanz zu liefern, d.h. es müssen bereits in der Klage die Tatsachenbehauptungen aufgestellt und die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen bezeichnet werden (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO). Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will, und dass die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO). Vor diesem Hintergrund verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass der Behauptungs- und Substanziierungslast im erstinstanzlichen Prozess grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen ist (BGer 4A_284/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.2).

1.3.3 Der Kläger setzt sich unzureichend mit der selbständigen Eventualbegründung der Vorinstanz, wonach, selbst wenn ein Vertrag rechtsgültig zustande gekommen wäre, die Beklagte wegen ausserordentlicher Umstände berechtigt wäre, vom Vertrag zurückzutreten, und die Klage deshalb abzuweisen wäre, auseinander. Er beschränkt sich darauf zu behaupten, dass ein Zeitfenster zur Fertigstellung des Baus der Kanalisation bestanden habe. Er zeigt aber nicht substantiiert auf, weshalb die begründete Erkenntnis der Vorinstanz, wonach sich nach der Offertstellung durch die Beklagte kein Zeitfenster ergeben habe, in dem die vom Kläger gewünschte Stützmauer durch den Gebrauch von Baustelleneinrichtung auf dem Nachbargrundstück unter Nutzung von Synergien hätte gebaut werden können, unzutreffend sein soll. Wenn auch die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid lediglich von der Stützmauer sprach, kann aufgrund des Umstandes, dass sie die Klage zufolge Rücktritts vom Vertrag wegen ausserordentlicher Umstände vollumfänglich abwies, nur geschlossen werden, dass die Vorinstanz die Nutzung der Synergien auch in Bezug auf den noch nicht vollendeten und eng mit dem Bau der Stützmauer zusammenhängenden Teil des Anschlusses an die Kanalisation offenkundig als stille essentialia betrachtete, welche sich nicht verwirklichte. Der Kläger hätte daher substantiiert aufzeigen müssen, dass ein Zeitfenster für die Fertigstellung der Kanalisation vorhanden gewesen wäre. Die Behauptung des Klägers, durch den Einsatz von Kleinbaggern habe die Möglichkeit zum Bau der Kanalisation bestanden und die Beklagte habe mit solchen Fahrzeugen und Geräten die ganze Baugrube der Häuser der unterliegenden Parzelle bis zur Grenze wieder hinterfüllt, ist sodann neu und damit unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Sie ist auch unsubstantiiert und daher auch aus diesem Grund nicht zu hören. Nach alledem ist festzuhalten, dass es an einer rechtsgenügenden Berufungsbegründung in Bezug auf die

selbständige Eventualbegründung betreffend das Rücktrittsrecht der Beklagten fehlt. Auf die Berufung kann folglich auch aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

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

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 dazugehörigen 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 Zerteilung 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.

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.

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).

5.2

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.

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.

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 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.

5.3

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.

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 unterliegenden 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.

5.3.3 Dass ein Zeitfenster für die Fertigstellung des Anschlusses an die Kanalisation vorhanden gewesen wäre, ist eine unsubstanzierte 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.

5.4

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.

5.4.2 Der Kläger bringt vor, die Preisunterschiede für den Bau der Kanalisation betreffen hauptsächlich die von der Beklagten freiwillig aufgegebenen Vorteile, die darin bestanden hätten, den Kanalisationsgraben mit den auf der Baustelle vorhandenen Gerätschaften wenige Meter aufs Nachbarterrain 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.

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 Entscheidung 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.

5.5

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 Gestaltungsklagerecht, 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.

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

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 Gestaltungserklärung 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 Substanziierung abzuweisen.

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.

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.

7. Schliesslich bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

7.1 Die Entscheidunggebühr 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.

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).

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
 2. Die Entscheidunggebühr von CHF 6'000.– für das Berufungsverfahren wird dem Kläger auferlegt.

Die Forderung des Staates wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Klägers von CHF 6'000.– verrechnet.
 3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'000.– (ohne Auslagen und MWST) zu bezahlen.

Präsident

Gerichtsschreiber

Roland Hofmann

Stefan Steinemann