



Fall-Nr.:	BZ.2004.43
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	12.05.2005
Entscheiddatum:	12.05.2005

Entscheid Kantonsgericht, 12.05.2005

Art. 82, Art. 107 ff. und Art. 372 Abs. 1 OR (SR 220). Art. 82 OR regelt die zeitliche Ordnung der Erfüllung zweiseitiger Verträge. Die eine Partei muss eine an sich fällige Leistung nicht erbringen, wenn nicht auch die andere Partei ihre Leistung gehörig erfüllt oder anbietet. Eine besondere Situation besteht, falls die Parteien für die gegenseitigen Leistungspflichten zwei verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart haben. Die eigene Vertragstreue ist ferner eine ungeschriebene Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts. Mit seiner Erklärung, vom Vertrag zurückzutreten, brachte der Kläger, Unternehmer, zum Ausdruck, dass er nicht bereit war, seine Leistung zu erbringen. Ab diesem Zeitpunkt war er auch nicht mehr berechtigt, sich auf Art. 82 OR zu berufen (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 12. Mai 2005, BZ.2004.43).

Erwägungen

I.

1. Im Frühjahr 2003 schlossen die Parteien einen Vertrag zur Herstellung von zwei Waschkabinen für Hunde. Der Kläger übernahm die gesamte Konstruktion und Montage der geplanten Kabinen. Am 12. Juli 2003 lieferte der Kläger die erste Waschkabine. Die Beklagte war mit der vom Kläger gelieferten Hundewaschbox nicht zufrieden. Sie teilte dies dem Kläger mit Schreiben vom 29. Juli 2003 mit. Der Kläger seinerseits verlangte von der Beklagten die Bezahlung der von ihm für die Anlagen bestellten Materialien. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung, worauf der Kläger mit Schreiben vom 19. September 2003 vom Vertrag zurücktrat. Am 19. November 2003 klagte der Kläger den Werklohn für Material und geleistete Arbeit ein.



2. Mit Urteil vom 6. Mai 2004 wies das Kreisgericht A die Klage ab. Es vertrat nach Durchführung eines Augenscheins die Auffassung, dass die vom Kläger gelieferte Anlage unbrauchbar sei, womit eine Entschädigungspflicht seitens der Beklagten entfalle.

3.a) Am 11. Juni 2004 reichte der Kläger fristgerecht Berufung ein. Er macht geltend, es habe sich bei der von ihm produzierten ersten Kabine um einen Prototypen gehandelt, dem unmittelbar darauf die zweite Kabine mit den ersten Verbesserungen folgen sollte. Es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass er das für die Hundewaschkabinen benötigte Material einkaufe und die Beklagte das eingekaufte Material und die Geräte nach Rechnungsstellung durch ihn innert 10 Tagen bezahlen würde. Die ersten vier Rechnungen habe die Beklagte gestützt auf diese Abmachung auch bezahlt. Nachdem sich die Beklagte geweigert habe, die Materialrechnungen weiterhin zu bezahlen, sei er in Anwendung von Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurückgetreten. Die Beklagte habe nicht das Recht gehabt, seine Rechnungen nicht zu bezahlen. Die gelieferte Anlage sei zum massgeblichen Zeitpunkt Juli/August keineswegs untauglich gewesen. Dies beweise der positive Bericht einer Journalistin im B, welcher die Waschkabine durch Herrn C von der Beklagten vorgeführt worden sei. Vor diesem Hintergrund grenze es an Mutwilligkeit, wenn die Vorinstanz die von ihm gelieferte Anlage als untauglich und wertlos abqualifiziere. Dazu komme, dass er nicht nur die Kabine geliefert, sondern auch Anpassungsarbeiten im Salon der Beklagten vorgenommen habe. Er habe eine Trennwand/Wandabdeckung erstellt, eine Holztafel für die Firmenanschrift angefertigt und die Abdeckung der sanitären Anlagen geliefert. Des Weiteren hätten die Wasseranschlüsse angepasst werden müssen. Es sei geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz für dieses Material und die damit zusammenhängenden Einbauarbeiten keinen Geldbetrag zuspreche. Material und Arbeit zusammen entsprächen einer vertraglichen Leistung im Gegenwert von Fr. 1'926.20 (Berufung, 2 ff.; Stellungnahme vom 4. November 2004, 2 ff.).

b) Die Beklagte macht im Rahmen der Berufungsantwort geltend, dass die vom Kläger gelieferte Anlage nicht funktioniere. Sie sei auch nicht vollendet. Es treffe nicht zu, dass sie einen Prototypen bestellt habe. Sie habe Hundeduschboxen nach eigener Zeichnung und mit einem Kostenrahmen von Fr. 15'000.-- bestellt. Es treffe nicht zu, dass die laufende Bezahlung der Materialbestellungen vereinbart gewesen sei.



Nachdem sie mit Schreiben vom 29. Juli 2003 Mängelrüge erhoben habe, habe sie zu Recht keine Rechnungen mehr bezahlt. Sie bestreite, dass der Kläger eine Holztafel für die Firmenanschrift angefertigt habe. Auch habe der Kläger den Waschsalon im Innenbereich nicht ausgebaut (Berufungsantwort, 2 ff.; Eingabe vom 13. November 2004, 2 ff.).

Nebst ihrem Antrag, die Berufung sei abzuweisen, stellte die Beklagte in der Berufungsantwort das Begehren, der Kläger habe ihr den entstandenen Schaden von Fr. 18'000.- zu vergüten. Mit Schreiben des Kantonsgerichts vom 28. Juli 2004 wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass eine Anschlussberufung prozessrechtlich ausgeschlossen sei, da sie erstinstanzlich vollständig obsiegt habe. Mit Schreiben vom 6. August 2004 zog die Beklagte ihre "Anschlussberufung" alsdann zurück. Entsprechend ist das Schadenersatzbegehren der Beklagten nicht zu behandeln.

c) Am 4. November 2004 nahm der Kläger anstelle der mündlichen Verhandlung in einer schriftlichen Eingabe zum Rechtlichen Stellung. Am 13. November 2004 reichte die Beklagte ihrerseits eine schriftliche Stellungnahme im Sinne von Art. 234 Abs. 3 ZPO ein.

II.

1.a) Die Parteien sind sich einig, dass sie einen Werkvertrag abgeschlossen haben:

Firmenzweck der Beklagten, der D, ist die Herstellung und Vertrieb (Verkauf, Vermietung, Franchising) von Hundewaschanlagen mit Zubehör (Klageantwort, 7; Handelsregister des Kantons St. Gallen [Internet-Vollauszug]). Im Frühjahr 2003 nahm die Beklagte mit dem Kläger in Bezug auf die Herstellung solcher Anlagen Kontakt auf. Vorerst war vorgesehen, dass die Hundewaschanlage von der Firma E, Metallbau, hergestellt (vgl. bekl. act. 2) und vom Kläger alsdann in den Räumen der Beklagten montiert werde (Klageantwort, 2; Replik, 2). Ende Mai/anfangs Juni 2003 vereinbarten die Parteien jedoch, dass der Kläger die Anlage konstruiere (Klage, 4; Berufung, 3; Klageantwort, 3; vgl. auch bekl. act. 53 Ziff. 2), und zwar zwei Anlagen für das Geschäft



St.Galler Gerichte

der Beklagten in F und eine Anlage - ohne Montage - für Dr. med. vet. G, H (Klageantwort, 10; Berufungsantwort, 3 und 8; Berufung, 4).

b) Die Parteien vereinbarten ferner, dass der Kläger das notwendige Material und die einzubauenden Geräte einkaufen sollte (Berufung, 5; Klageantwort, 10; Berufungsantwort, 8). Da der Kläger das Werk aus selbst beschafftem Stoff herzustellen hatte, liegt ein sogenannter Werklieferungsvertrag vor (vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Nr. 121). Der Werklieferungsvertrag untersteht den gesetzlichen Regeln des Werkvertrages (GAUCH, a.a.O., Nr. 123).

c) Die Beklagte weist daraufhin, es liege kein schriftlicher Werkvertrag vor (Berufungsantwort, 4: "Das alles ohne ein Werkvertrag"; Stellungnahme vom 13. November 2004, 3 und 10: "Ohne Werkvertrag"; vgl. auch bekl. act. 53: "Ein Werkvertrag besteht nicht und ist auch keiner abgeschlossen."). Für den Abschluss eines Werkvertrages bestehen keine gesetzlichen Formvorschriften (ZINDEL/PULVER, Basler Kommentar, N 16 Vorbem. zu Art. 363 - 379 OR). Der Werkvertrag kann daher auch mündlich abgeschlossen werden. Erforderlich ist eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien im Sinne von Art. 1 Abs. 1 OR in den objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten (GAUCH, a.a.O., Nr. 380). Zu den objektiv wesentlichen Punkten des Vertragsinhalts gehören beim Werkvertrag das auszuführende Werk und die Entgeltlichkeit der Werkausführung. Die Höhe der Vergütung gehört nicht dazu (GAUCH, a.a.O., Nr. 381 f.). Der Umstand, dass sich die Parteien über die Höhe der Vergütung uneinig sind - der Kläger verweist auf Art. 374 OR, wonach der Preis nach dem Wert der Arbeit festgesetzt werden kann (Klage, 9; Berufung, 11); die Beklagte bringt vor, es sei ein Preis von Fr. 20'000.- vereinbart worden (Klageantwort, 9; Berufungsantwort, 10) - ist daher für das Zustandekommen des Werkvertrages nicht von Belang.

2. Unbestritten ist, dass der Kläger eine Waschanlage konstruierte und diese im Ladenraum der Beklagten aufstellte. Der Kläger führt aus, dank seinem aussergewöhnlichen Einsatz habe die Eröffnung des Salons mit einer Kabine am 12. Juli 2003 stattfinden können (Klage, 6 und 7). Auch die Beklagte hält fest, der Eröffnungstermin sei am 12. Juli 2003 gewesen (Klageantwort, 4).



a) Die Frage stellt sich, ob der 12. Juli 2003 als Ablieferungstag des Werkes bzw. dieses Werkteils zu betrachten ist. Ablieferung ist die in der Absicht der Vertragserfüllung vorgenommene Übergabe des beendeten Werkes an den Besteller; Ablieferung setzt voraus, dass sämtliche vereinbarten Arbeiten ausgeführt sind, das Werk also fertiggestellt ist (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 3 zu Art. 367 OR; GAUCH, a.a.O., Nr. 87). Die Mängelfreiheit des Werkes bildet nach den Bestimmungen des Werkvertragsrechts jedoch keine Voraussetzung für dessen Ablieferung und Abnahme: Die Mangelhaftigkeit des Werkes hindert somit die Ablieferung (Abnahme) von Gesetzes wegen nicht, gleichgültig, von welcher Art auch immer die Mängel sind (GAUCH, a.a.O., Nr. 106; THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 6 zu Art. 367 OR; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 12 zu Art. 371 OR).

b) Beide Parteien erklären übereinstimmend, die strittige Waschanlage sei am 12. Juli 2003 noch nicht fertig gewesen: Der Kläger führt aus, die erste Kabine sei noch nicht fertiggestellt gewesen; insbesondere die Abschlussarbeiten hätten noch gefehlt. Er habe die Arbeit eingestellt, weil keine Teilzahlungen erfolgt seien (Berufung, 8 und 9; Eingabe des Klägers vom 4. November 2004, 2). Die Beklagte spricht von einer unvollendeten Anlage bzw. der Nichtvollendung des Werkes (Klageantwort, 6; Berufungsantwort, 2 f. und 6). Das Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 29. Juli 2003 enthält denn auch eine Liste der Arbeiten, welche noch auszuführen seien (bekl. act. 44 [Original, italienisch] = kläg. act. 6 [Kopie sowie deutsche Übersetzung]). Ferner steht fest, dass der Kläger im Lokal der Beklagten lediglich eine Kabine aufstellte, und nicht wie im Werkvertrag vorgesehen zwei Kabinen. Es ergibt sich, dass das Werk am 12. Juli 2003 noch nicht fertiggestellt war. Der Kläger erledigte die noch auszuführenden Arbeiten bis zum Zeitpunkt seines "Rücktritts", dem 19. September 2003, nicht (vgl. bekl. act. 52, 2 Ziff. 3c und kläg. act. 10). Der Kläger hat somit das Werk am 12. Juli 2003 nicht im Sinne von Art. 367 Abs. 1 OR abgeliefert.

3. Der Kläger macht geltend, er habe die Arbeit eingestellt, weil keine Teilzahlungen erfolgt seien (Berufung, 8). In seinem Schreiben vom 9. August 2003 an die Beklagte hält er fest, er werde erst nach Bezahlung der offenen Materialrechnungen weiter arbeiten (kläg. act. 7,2). Die Beklagte erklärt, sie habe sich nicht zu Teilzahlungen verpflichtet, sondern zur Zahlung von max. Fr. 20'000.-- bei ordnungsgemässer Ablieferung (Berufungsantwort, 9). In ihrem Schreiben vom 29. Juli 2003 an den Kläger



erklärte sie, sie werde nach Abschluss der Arbeiten bezahlen. Termin für die Fertigstellung der Arbeiten sei der 12. Juli 2003 gewesen (kläg. act. 6). Beide Parteien berufen sich damit sinngemäss auf die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages (Art. 82 OR).

a) Art. 82 OR regelt die zeitliche Ordnung der Erfüllung synallagmatischer Verträge. Die eine Partei muss eine an sich fällige Leistung nicht erbringen, wenn nicht auch die andere Partei ihre Leistung gehörig erfüllt oder anbietet. Wenn nicht eine Vorleistungspflicht besteht, sind die beidseitigen Leistungen grundsätzlich Zug um Zug auszutauschen. Das Leistungsverweigerungsrecht ist durch Einrede auszuüben (URS LEU, Basler Kommentar, N 1 zu Art. 82 OR). Es handelt sich um ein Gestaltungsrecht; erforderlich ist eine entsprechende Willenserklärung (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, A.T., Band I, Nr. 76). Der belangte Schuldner, der das Leistungsverweigerungsrecht geltend macht, gerät nicht in Schuldnerverzug (LEU, a.a.O., N 10 zu Art. 82 OR). Eine besondere Situation besteht, falls die Parteien für die gegenseitigen Leistungspflichten zwei verschiedene Fälligkeitstermine vereinbart haben, z.B. Lieferung am 1. Februar und Zahlung am 1. März. Am 1. März "holt" der zweite Anspruch den ersten ein und es stehen zwei fällige Forderungen einander gegenüber (sogenannte unbeständige Vorleistungspflicht). Von diesem Zeitpunkt an kann nach überwiegender Auffassung auch die vorleistungspflichtige Partei sich auf Art. 82 OR berufen (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2005, N 148 zu Art. 82 OR; MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, N 117 zu Art. 82 OR; LEU, a.a.O., N 8 zu Art. 82 OR; BGE 127 III 201). Ob die Pflicht zur Vorleistung beständig oder unbeständig ist, bestimmt sich, wie die Frage nach dem Bestehen einer Vorleistungspflicht überhaupt, nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung, sofern das Gesetz keine zwingenden Bestimmungen enthält (vgl. BGE 127 III 202).

Im Werkvertragsrecht ist der Unternehmer gestützt auf Art. 82 OR berechtigt, mit der Werkausführung zuzuwarten, bis der Besteller eine ausstehende Zahlung vorgenommen hat (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 9 zu Art. 372 OR; GAUCH, a.a.O., Nr. 1280 ff.; BÜHLER, a.a.O., N 23 zu Art. 372 OR). Das Recht des Unternehmers zur Arbeitseinstellung besteht unabhängig von der "Natur" der verzögerten Vergütungsleistung und unabhängig davon, ob diese im vereinbarten Abrechnungssystem des konkreten Vertrages mit der einzustellenden Arbeit



korrespondiert. Denn nach der Zweckstruktur des Werkvertrages stehen Werkleistung und Vergütung insgesamt in einem synallagmatischen Abhängigkeitsverhältnis. Das aber bedeutet, dass der Unternehmer zur Arbeitseinstellung auch dann befugt ist, wenn es sich bei der fraglichen Zahlung z.B. um eine Abschlagszahlung oder um eine Teilzahlung für geleistete Regiearbeiten oder für Teuerung handelt (GAUCH, a.a.O., Nr. 1281).

In Bezug auf den Besteller gestaltet sich die Situation wie folgt: Da gemäss Art. 372 Abs. 1 OR die Vergütung, vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung, erst mit der Ablieferung des beendeten Werkes fällig wird, ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vor der Ablieferung überflüssig, weil sich der Besteller einfach auf den Nichteintritt der Fälligkeit berufen kann. Wurde ein mangelhaftes Werk abgeliefert, so hat der Besteller, der sein Nachbesserungsrecht ausübt, nach Art. 82 OR das Recht, die Vergütung bis zur Erfüllung der Nachbesserungsschuld zurückzuhalten. Dieses Recht besteht bis zu dem Zeitpunkt, da der Unternehmer die verlangte Mängelbeseitigung vollständig und ordnungsgemäss ausführt und die Nachbesserungsarbeit abgeliefert (GAUCH, a.a.O., Nr. 2377 und Nr. 2374). Die Zurückhaltung des Werklohnes ist ein zulässiges Mittel zur Durchsetzung des Verbesserungsanspruches. Sie setzt nicht voraus, dass der zu beseitigende Mangel eine bestimmte Grösse oder Bedeutung hat. Der Besteller darf daher die Vergütung auch dann zurückhalten, wenn die Mängel sich lediglich auf untergeordnete Punkte beziehen und die Gebrauchsfähigkeit des Werkes nicht ernstlich beeinträchtigen (GAUCH, a.a.O., Nr. 2378). Dem Besteller steht das Rückbehaltungsrecht des Art. 82 OR auch für einen Vergütungsanspruch des Unternehmers zu, der zwar vor der Ablieferung fällig, aber vom Nachbesserungsanspruch eingeholt wird (GAUCH, a.a.O., Nr. 2399). Entsprechend ist der Besteller berechtigt, falls der Unternehmer mit der Ablieferung des Werkes in Verzug ist, vorzeitig fällige Beträge bis zur Fertigstellung des Werkes zurückzuhalten. Denn die vom Unternehmer geschuldete Leistung eines mängelfreien Werkes steht im Austauschverhältnis mit der vom Besteller geschuldeten Vergütung.

b) Im Folgenden ist zu untersuchen, wann die Beklagte die Vergütung zu bezahlen und wann der Kläger seine Leistungen zu erbringen hatte.

aa) Vergütungspflicht der Beklagten



Wie dargelegt, wird mit der Ablieferung des beendeten Werkes die Vergütung des Bestellers fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Den Unternehmer trifft somit eine Vorleistungspflicht im Umfang der gesamten Werkherstellung; er hat - auch bei grossen Werken und langfristigen Verpflichtungen - keinen gesetzlichen Anspruch auf Teil- oder auf Abschlagszahlungen oder auf einen Vorschuss. Diese Fälligkeitsregel gilt für alle Arten von Werkverträgen, namentlich auch für Werklieferungsverträge (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 372 OR). Art. 372 OR stellt dispositives Recht dar; abweichende Vereinbarungen über die Fälligkeit der Vergütung sind daher zulässig (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 15 zu Art. 372 OR; BÜHLER, a.a.O., N 46 zu Art. 372 OR). Solche Fälligkeitsabreden sind an keine besondere Form gebunden; sie können ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. In Bezug auf den Inhalt der Fälligkeitsabrede ist die Vereinbarung möglich, dass die geschuldete Vergütung (ganz oder zum Teil) schon vor der Ablieferung des Werkes fällig wird. Wer sich auf eine Fälligkeitsabrede beruft, die von Art. 372 OR abweicht, trägt hierfür die Beweislast (GAUCH, a.a.O., N 1162 ff.; vgl. auch ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 16 und 21 zu Art. 372 OR).

Der Kläger macht geltend, es sei vereinbart gewesen, dass er das notwendige Material sowie die einzubauenden Geräte kaufen sollte. Das Material sollte zu den Einkaufspreisen, also ohne Zuschläge, an die Beklagte weiterverrechnet werden. Die Beklagte habe sich verpflichtet, das von ihm eingekaufte Material und die Geräte nach Rechnungsstellung innert zehn Tagen zu bezahlen. Gemäss dieser Abmachung habe er regelmässig Rechnungen für das Material gestellt. I könne diese Teilzahlungsvereinbarung bestätigen. Die Beklagte habe die ersten vier Rechnungen bezahlt oder Fr. 2'884.65. Diese Anzahlung zeige, dass die laufende Zahlung der Materialkosten vereinbart gewesen sei (Berufung, 5; Klage 4). Die Beklagte habe die Rechnungen über die Materiallieferungen erhalten; sie habe nicht reklamiert (Replik, 8). Auch für diese Behauptung nennt der Kläger I als Zeugin (Replik, 8). In der Klageantwort führt die Beklagte aus, der Kläger habe vorgeschlagen, das Material ohne Marge zu seinen Gunsten inklusive 7,6% Mehrwertsteuer weiterzuerrechnen. Es sei die Rede davon gewesen, als Gegenleistung für diesen Margenverzicht dem Kläger eine Umsatzbeteiligung von 20% zu gewähren. Sie bestreite die Höhe und den Inhalt der Materialrechnungen (Klageantwort, 10 f.). In der Duplik weist die Beklagte darauf hin, der Kläger habe ihr nur zehn Tage Zahlungsfrist gegeben, weil er seine Lieferanten



noch habe bezahlen müssen (zur Duplik "Beschrieb des Geschehens", 6). In der Berufungsantwort bestreitet die Beklagte, dass vereinbart gewesen sei, die Materialrechnungen zu bezahlen; sie habe sich nicht zu Teilzahlungen verpflichtet. Sie habe so bezahlen wollen, wie es normal sei. Anlässlich eines Telefongesprächs mit I habe Frau J diese Zahlungsart bestritten; eine Bestreitung sei auch im Schreiben vom 29. Juli 2003 an den Kläger erfolgt (Berufungsantwort, 8 f.).

Der Kläger stellte der Beklagten im Zeitraum vom 25. Juni 2003 bis 26. August 2003 neun Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 20'372.95 zu (kläg. act. 4). Die Beklagte bezahlte die ersten vier Materialrechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 2'884.65, und zwar die Rechnung vom 25. Juni 2003 über Fr. 994.20 (kläg. act. 4 Beleg 1), die Rechnungen vom 2. Juli 2003 über Fr. 703.50 (kläg. act. 4 Beleg 2 und 2a) und über Fr. 126.95 (kläg. act. 4 Beleg 3, 3a und 3b) sowie die Rechnung vom 4. Juli 2003 über Fr. 1'060.- (kläg. act. 4, 4a, 4b und 4c) (kläg. act. 4). Die weiteren Rechnungen, d.h. die Rechnungen vom 8. Juli, vom 15. Juli, vom 18. Juli, 21. Juli und vom 26. August 2003 (kläg. act. 4 Belege 5 bis 9), bezahlte die Beklagte nicht mehr. Die Rechnungen enthalten den Vermerk "Zahlungsbedingungen: 10 Tage netto" (kläg. act. 4, Belege 5 bis 9). Die Rechnung des Klägers vom 8. Juli 2003 war somit, sofern die von ihm behauptete Vorleistungspflicht der Beklagten bestand, ab dem 20. Juli 2003 zur Zahlung fällig. Ab diesem Zeitpunkt wäre die Beklagte grundsätzlich - sofern ihr keine Einrede nach Art. 82 OR zusteht (vgl. nachfolgend) - auch in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR; Rechnung vom 8. Juli 2003, Annahme: Zustellung am 9. Juli und Beginn des Fristenlaufs am 10. Juli 2003)).

bb) Leistungspflicht des Klägers

Die Frage stellt sich, wann der Kläger seine Leistung, die Konstruktion der beiden Waschanlagen, zu erbringen hatte. Die Parteien erklären übereinstimmend, dass am 12. Juli 2003 die Eröffnung stattfand (Berufung, 7; Klage, 6 f.; Klageantwort, 4). Die Beklagte weist darauf hin, der Termin für die Fertigstellung sei der 12. Juli 2003 gewesen (Klageantwort, 4; kläg. act. 6 [Schreiben der Beklagten vom 29. Juli 2003, deutsche Übersetzung]). Die Beklagte nennt für die Zusicherung des Klägers, die Anlagen würden fristgerecht fertig, K und L als Zeugen (Klageantwort, 4). Der Kläger anerkennt, dass er am 10. Juli 2003 erklärte, er bemühe sich, bis zum 12. Juli 2003



eine Kabine fertig zu stellen (Replik, 4). Am Freitag, den 11. Juli 2003 erschien im B ein Artikel über die "Bademöglichkeit für Bello". Im Titel wird festgehalten, der "Dog-Wash-Corner" werde am Samstag, also den 12. Juli 2003, eröffnet (bekl. act. 41). Im Schreiben vom 16. August 2003 an den Kläger hält die Beklagte fest, der ursprüngliche Ablieferungstermin vom 5. Juli 2003 sei auf den 12. Juli 2003 verschoben worden (bekl. act. 48; vgl. auch kläg. act. 7, wo der Kläger ausführt, es sei ihm gelungen, am 12. Juli 2003 eine Kabine zu installieren). Aufgrund dieser Erklärungen ist davon auszugehen, dass die Parteien als Termin für die Fertigstellung der Anlagen den 12. Juli 2003 vereinbart hatten. Gleichzeitig steht fest, dass an diesem Datum noch nicht alle Arbeiten an der ersten Anlage ausgeführt waren und die zweite Anlage noch nicht installiert war (Berufung, 9 unten; Eingabe des Klägers vom 4. November 2004, 2).

Die klägerische Behauptung, bei der von ihm gelieferten Anlage habe es sich um einen Prototypen gehandelt (Berufung, 2), erscheint unglaubwürdig. Hätte es sich bei der gelieferten Anlage lediglich um einen Prototypen gehandelt, so hätte der Kläger die Anlage nicht im Ladenlokal der Beklagten installiert und die Beklagte hätte die Anlage nicht der Presse vorgestellt. Vielmehr hätten dann die Parteien den Prototypen unter Ausschluss der Öffentlichkeit getestet und dann allenfalls daraus ihre Schlüsse gezogen. Von einem Prototypen kann somit nicht die Rede sein.

Ab dem 13. Juli 2003 befand sich der Kläger daher mit der Fertigstellung der Anlagen in Verzug.

c) In ihrem Schreiben vom 29. Juli 2003 hält die Beklagte fest: "Nach Abschluss der Arbeiten, welche die Realisierung und die Konstruktion von zwei Hundewaschboxen beinhalten werden wir Ihrer Firma die Summe von Fr. 15'000.- innert 30 Tagen überweisen. Abzüglich bereits geleistete Zahlungen". Sie stellt weiter fest, der Kläger habe den vereinbarten Termin nicht eingehalten (kläg. act. 6 [Schreiben der Beklagten vom 29. Juli 2003, deutsche Übersetzung]). In ihrem Schreiben vom 10. September 2003 an den Kläger erklärt sie, das Werk sei zu spät geliefert worden. Zudem entspreche es nicht den Abmachungen. Angesichts dieser Rügen werde sie keine weiteren Materialzahlungen leisten (bekl. act. 51). Mit diesen Erklärungen macht die Beklagte sinngemäss geltend, sie werde die Vergütung, auch die Vergütung für das Material, erst bezahlen, wenn die Arbeiten abgeschlossen seien. Sie beruft sich damit



auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäss Art. 82 OR. Die allfällige Vereinbarung der Parteien, die Beklagte habe die Materialrechnungen zehn Tage nach deren Rechnungsstellung zu bezahlen, wäre als unbeständige Vorleistungspflicht zu betrachten, d.h. der Kläger konnte mit seiner Leistung, der Fertigstellung der Anlagen bis 12. Juli 2003, in Verzug geraten, auch wenn die Beklagte die Materialrechnungen nicht bezahlt hatte. Die Frage, ob die Vereinbarung bestand, dass die Beklagte das verwendete Material bereits vor der Ablieferung des Werkes zu bezahlen hatte, kann offen bleiben: Selbst wenn dies vereinbart worden wäre, war die Beklagte ab dem 13. Juli 2003 berechtigt, die Vergütung gemäss Art. 82 OR zurückzuhalten. Die Berufung der Beklagten auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat zur Folge, dass die Beklagte, selbst wenn die erwähnte Vereinbarung bewiesen wäre, nicht in Schuldnerverzug fiel (vgl. URS LEU, a.a.O., N 10 zu Art. 82 OR). Falls die Materialrechnungen vor der Ablieferung des Werkes zu bezahlen waren, war ab dem 20. Juli 2003 auch der Kläger berechtigt, sich auf Art. 82 OR zu berufen (vgl. II 3 b aa).

4. Am 9. August 2003 setzte der Kläger der Beklagten eine Frist von fünf Tagen für die Bezahlung der noch offenen Materialrechnungen (kläg. act. 7). Mit Schreiben vom 27. August 2003 setzte er ihr eine letzte Frist von zehn Tagen zur Bezahlung dieser Rechnungen. Gleichzeitig teilte er ihr mit, er werde vom Vertrag zurücktreten, wenn diese Frist nicht eingehalten werde (kläg. act. 8). Am 12. September 2003 unterbreitete der Kläger der Beklagten einen Vergleichsvorschlag (kläg. act. 9). Am 19. September 2003 trat der Kläger mit sofortiger Wirkung vom Werkvertrag zurück (kläg. act. 10).

a) Ein Vorgehen nach Art. 107 OR setzt voraus, dass sich der Schuldner in Verzug befindet (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, N 48 zu Art. 107 OR). Wie dargelegt, befand sich die Beklagte im Zeitpunkt des Rücktritts des Klägers nicht in Verzug. Da die Voraussetzungen für den Rücktritt des Klägers nach Art. 107 Abs. 2 OR nicht gegeben waren, traten auch dessen Wirkungen, geregelt in Art. 109 OR, nicht ein.

b) Zu prüfen ist, ob der Kläger gestützt auf eine andere Bestimmung berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten. Art. 377 OR berechtigt nur den Besteller, nicht auch den Unternehmer zur vorzeitigen Auflösung des Werkvertrages. Eine sinngemäss Anwendung auf den Unternehmer fällt ausser Betracht (GAUCH, a.a.O., Nr. 598). Auch Art. 373 Abs. 2 OR ist hier nicht anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung kann der



Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen, falls die Herstellung des Werkes zu einem festen Preis vereinbart worden war und falls ausserordentliche Umstände vorliegen, welche die Vertragserfüllung des Unternehmers übermässig erschweren oder gar verunmöglichen (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 27 zu Art. 373 OR): Einerseits ist strittig, ob die Parteien einen festen Preis vereinbart hatten (vgl. Klage, 9, wo der Kläger die Ansicht vertritt, der Wert der Arbeit sei nicht bestimmt und er sei gemäss Art. 374 OR festzulegen). Die Frage kann jedoch offen bleiben, da auch die Voraussetzung der ausserordentlichen Umstände nicht dargetan ist. Art. 373 Abs. 2 OR unterteilt die ausserordentlichen Umstände in unvorhersehbare Umstände einerseits und nach dem Parteiwillen ausgeschlossene Umstände andererseits. Ob unvorhersehbare Umstände vorliegen, ist nach einem eher strengen Massstab zu beurteilen, da der Unternehmer als Fachmann im Normalfall die Umstände kennen sollte, welche seine Arbeit beeinflussen. Unvorhersehbar sind namentlich Ereignisse der höheren Gewalt. Vom Unternehmer kann erwartet werden, dass er die massgeblichen Verhältnisse abklärt und die dafür erforderlichen Informationen vor Vertragsabschluss einholt. Nach dem Parteiwillen ausgeschlossene Umstände, d.h. bestimmte gemeinsame Vorstellungen der Parteien, basieren häufig auf sachverständigen Angaben des Bestellers oder Dritter (ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 373 OR). Der Kläger behauptet nicht, es hätten solche ausserordentlichen Umstände vorgelegen. Solche sind auch nicht ersichtlich.

In der Rechtsprechung und Literatur wird zudem die Berechtigung des Unternehmers bejaht, den Vertrag aus wichtigen Gründen aufzulösen (GAUCH, a.a.O., Nr. 598; BGE 115 II 56). Ein Umstand, der ihm die Vertragsfortsetzung unzumutbar gemacht hätte, wird vom Kläger nicht dargetan. Der Umstand, dass die Beklagte, wie dargelegt (Ziff. II 3 c), die Zahlungen für allenfalls geschuldete Materialrechnungen zurückbehält, stellt jedenfalls keinen wichtigen Grund dar.

c) Es ergibt sich, dass der Kläger nicht berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten. Seine Rücktrittserklärung blieb daher wirkungslos, und der Vertrag bestand weiter. Mit dieser Erklärung brachte er aber zum Ausdruck, dass er nicht bereit war, seine Leistung zu erbringen. Ab diesem Zeitpunkt war er demzufolge auch nicht mehr berechtigt, sich auf Art. 82 OR zu berufen, denn die eigene Vertragstreue ist eine ungeschriebene Voraussetzung des Leistungsverweigerungsrechts (SCHRANER,



a.a.O., N 173 zu Art. 82 OR; WEBER, a.a.O., 195 zu Art. 82 OR). Da sich der Kläger mit der Fertigstellung der Waschanlagen in Verzug befand (Ziff. II 3 b bb), war aber die Beklagte berechtigt, gemäss den Bestimmungen von Art. 103 bis 109 OR vorzugehen (GAUCH, a.a.O., Nr. 659 ff.).

In ihrem Schreiben vom 16. August 2003 unterbreitete die Beklagte dem Kläger eine Offerte für einen schriftlichen Werkvertrag und setzte dem Kläger eine Frist bis zum 20. August 2003 für dessen Annahme. Sollte dieser neue Vertrag nicht zustande kommen, setzte die Beklagte dem Kläger eine Frist bis zum 30. August 2003, um die beiden Hundewaschanlagen fertig zu stellen (bekl. act. 48; vgl. auch bekl. act. 49). Am 10. September 2003 gab die Beklagte dem Kläger eine letzte Frist bis zum 18. September 2003, um das Werk bestellungsgemäss zu vollenden (bekl. act. 51 S. 2). Mit dieser Erklärung hat die Beklagte dem Kläger zum Ausdruck gebracht, dass sie seine Leistung nach Ablauf dieser Frist endgültig nicht mehr beanspruche. Die Mitteilung des Verzichts auf Primärleistung kann in beliebiger Form erfolgen (WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, N 14 zu Art. 107 OR). Die angesetzten Nachfristen waren offensichtlich angemessen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kläger am 19. September 2003 seinerseits erklärte, die Leistung nicht mehr erbringen zu wollen (kläg. act. 10).

Nach ihrem Leistungsverzicht hatte die Beklagte weiter das Wahlrecht zwischen dem positiven und dem negativen Vertragsinteresse (WEBER, a.a.O., N 147 zu Art. 107 OR). Am 28. Oktober 2003 fand die Vermittlungsverhandlung, welche vom Kläger angebeht worden war, statt. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage (Leitschein). In ihrer Klageantwort vom 16. Dezember 2003 beantragte die Beklagte nebst der Abweisung der Klage, dass der Kläger zur Rücknahme seiner mangelhaften und unvollständigen Arbeit zu verpflichten sei und ihr den entstandenen Schaden zu vergüten habe (Klageantwort, 1). Dieser Antrag ist als Rücktrittserklärung der Beklagten zu betrachten (vgl. WEBER, a.a.O., N 27 zu Art. 109 OR). Durch den Rücktritt wurde der Vertrag inhaltlich umgewandelt. An die Stelle der ursprünglichen Vertragsforderung treten Rückleistungsforderungen und Schadenersatzansprüche (WEBER, a.a.O., N 46 zu Art. 109 OR). Da die primären Leistungspflichten beider Parteien erlöschen (WEBER, a.a.O., N 59 zu Art. 109 OR), ist die Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger die in ihren Räumen installierte Waschanlage zu vergüten. Beide Parteien können aber - als



vertraglichen Anspruch - das Geleistete zurückfordern (Art. 109 Abs. 1 OR; WEBER, a.a.O., N 60 und 65 zu Art. 109 OR; WIEGAND, a.a.O., N 4 zu Art. 109 OR). Soweit möglich ist das Geleistete in natura zurückzuerstatten (WEBER, a.a.O., N 66 zu Art. 109 OR; WIEGAND, a.a.O., N 5 zu Art. 109 OR). Der Kläger hat somit das Recht, nicht aber die Pflicht, das von ihm erstellte Werk zurückzunehmen.

Die Beklagte hat zudem Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens (Art. 109 Abs. 2 OR). Es handelt sich um den Vertrauensschaden (WIEGAND, a.a.O., N 8 zu Art. 109 OR). Da die Beklagte vor dem Vermittler lediglich den Antrag stellte, die Klage sei abzuweisen (Leitschein), trat die Vorinstanz auf das in der Klageantwort gestellte Widerklagebegehren, der Kläger habe ihr den entstandenen Schaden zu vergüten, nicht ein (Urteil, 2). Die Frage, ob der Beklagten ein Schadenersatzanspruch zusteht, ist daher nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens (Ziff. I 3b).

5. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Beklagte dem Kläger die von ihm behaupteten Anpassungsarbeiten im Ladenlokal zu vergüten hat. Der Kläger macht geltend, dass er eine Wandabdeckung und eine Holztafel für die Firmenanschrift der Beklagten erstellt und die Abdeckung der sanitären Anlagen vorgenommen habe (Berufung, 10). Aus der Klageantwort, S. 3, geht hervor, dass die Lieferung der vom Kläger behaupteten Arbeiten vertraglich abgemacht war. Auch ist unbestritten, dass der Kläger einen Starwa-Kabinenanschluss vornahm (Klageantwort, S. 8).

a) Die Wandabdeckung kostete gemäss der Rechnung der Firma M, H Fr. 716.50 (kläg. act. 7f = kläg. act. 12). Zwar behauptet die Beklagte, der Kläger habe nicht einmal an eine Trennwand gedacht. Aufgrund der im Recht liegenden Rechnung und der Zugabe der Beklagten in der Klageantwortsschrift, dass die Erstellung einer Wandabdeckung Vertragsinhalt war, muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger die behauptete Leistung erbracht hat. Die reinen Materialkosten für diese Wandabdeckung in der Höhe von Fr. 716.50 sind ausgewiesen.

b) Für die Wasseranschlüsse von der Wand des Lokals der Beklagten bis zur Kabine stellt der Kläger Materialkosten von Fr. 636.55 in Rechnung (Berufung, 10; kläg. act. 12). Die Materialkosten sind grundsätzlich ausgewiesen. Nur behauptet die Beklagte,



dass diese Wasseranschlüsse Bestandteil der unbrauchbaren Hundewaschbox seien (Berufungsantwort, 11). Der Kläger seinerseits behauptet, dass die von ihm gelieferten Wasseranschlüsse auch der heute in Betrieb stehenden Kabine N diene (Berufung, 11), was die Beklagte wiederum bestreitet (Berufungsantwort, 11). In diesem Zusammenhang fällt auf, dass der Kläger im Rahmen seiner Stellungnahme vom 4. November 2004 die Kosten dieser Wasseranschlüsse nicht mehr als Ladenanpassungsarbeiten geltend macht (Eingabe vom 4. November 2003, 6 f.), woraus der Schluss gezogen werden kann, dass in diesem Punkt die beklagte Version richtig ist. Es ist denn auch naheliegend und sachgerecht, die vom Kläger in Rechnung gestellten Wasseranschlüsse von der Wand bis zur Kabine als Bestandteil der Waschkabine und nicht als Ladenanpassungsarbeiten zu qualifizieren. Die Wasseranschlüsse sind denn auch in der Zusammenstellung des Klägers (kläg. act. 4) nicht als "Ladenaufwand" aufgeführt. Diese Position ist somit abzuweisen.

c) In seiner Stellungnahme vom 4. November 2004 (S. 6) macht der Kläger neu weitere Ladenanpassungskosten in der Höhe von Fr. 84.40 geltend (kläg. act. 4). Die Rechnung der Firma O von Fr. 62.40 ist indessen Bestandteil der Rechnung Nr. 3 (kläg. act. 4/3 und kläg. act. 4/3a) und diejenige der Firma P von Fr. 22.- ist Bestandteil der Rechnung Nr. 4 (kläg. act. 4/4 und kläg. act. 4/4c). Der Kläger anerkennt, dass die Beklagte die ersten vier Rechnungen bezahlte (Berufung, 5; kläg. act. 4). Sie können nicht noch einmal geltend gemacht werden.

d) Schliesslich verrechnet der Kläger für seine Anpassungsarbeiten 15 Arbeitsstunden à Fr. 75.-. Als Beweismittel beantragt der Kläger einen Augenschein und eine Expertise (Eingabe vom 4. November 2003, 7). Der Kläger ist berechtigt, seine Arbeitsstunden für die Abdeckung in Rechnung zustellen. Da eine exakte Beweiserhebung unverhältnismässige Kosten verursachen würde, ist der Arbeitsaufwand des Klägers zu schätzen. Es erscheint angemessen, für die Montage der Abdeckung vier Stunden Arbeit anzurechnen, was einen Betrag von Fr. 300.-- ergibt. Damit ist ein Guthaben des Klägers in der Höhe von Fr. 1'016.50 ausgewiesen (Fr. 716.50 + Fr. 300.-).

Gemäss Art. 109 Abs. 1 OR kann der Gläubiger, tritt er vom Vertrag zurück, das Geleistete zurückfordern (WIEGAND, a.a.O., N 4 zu Art. 109 OR). Der Kläger anerkennt, dass die Beklagte vier Rechnungen im Betrag von insgesamt Fr. 2'884.65 bezahlt hat



(Klage, 6; kläg. act. 4). In der Klageantwort verlangt die Beklagte die Rückerstattung dieses Betrages (Klageantwort, 7). Diese Erklärung ist, da es die Beklagte versäumt hat, rechtzeitig Widerklage zu erheben (Urteil, 2 Ziff. 2), als Verrechnungseinrede zu betrachten. Die Verrechnungseinrede kann bis zum Aktenschluss erhoben werden (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 2b zu Art. 70 ZPO). Diesen Rückerstattungsanspruch kann die Beklagte mit der klägerischen Forderung verrechnen, womit diese untergeht.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung abzuweisen ist.