

Mit Urteil vom 8. September 2014 (4A\_177/2014) wies das Bundesgericht eine gegen vorliegenden Entscheid gerichtete Beschwerde in Zivilsachen ab.

C1 13 111

## URTEIL VOM 19. DEZEMBER 2013

### KANTONSGERICHT WALLIS

#### I. ZIVILRECHTLICHE ABTEILUNG

Es wirken mit: Kantonsrichter Hermann Murmann, Präsident, Dr. Lionel Seeberger, Ersatzrichter Dr. Philipp Näpflin und Gerichtsschreiber Dr. Adrian Walpen.

#### in Sachen

X\_\_\_\_\_, Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_

#### gegen

Y\_\_\_\_\_ **AG**, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt  
B\_\_\_\_\_

Wandelung/Werkvertrag

## VERFAHREN

**A.** Am 6. April 2009 reichte X\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, beim Bezirksgericht in D\_\_\_\_\_ gegen die Y\_\_\_\_\_ AG, E\_\_\_\_\_, eine Klage mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

- "1. Die Beklagte bezahlt im Hauptverfahren dem Kläger den Betrag von Fr. 46'942.55 nebst Zins zu 5% seit dem 20.10.2004.
2. Die Beklagte bezahlt die Kosten von Verfahren und Entscheid.
3. Die Beklagte bezahlt dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung."

Er führte im Wesentlichen aus, gemäss Werkvertrag vom 4. Oktober 2003 habe die Y\_\_\_\_\_ AG sich zur Lieferung resp. „Herstellung“ einer schlüsselfertigen Wurzelraumkläranlage in C\_\_\_\_\_ verpflichtet. Diese sei im Oktober 2003 in Betrieb genommen worden. Gemäss Werkvertrag hätten die gesetzlichen Grenzwerte nach drei Jahren erreicht werden sollen. Das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons F\_\_\_\_\_ habe jedoch anlässlich der Kontrollen am 15. November 2005, 31. August 2006 und 21. September 2006 festgestellt, dass die Abflusswerte nicht den geforderten Einleitungsbedingungen entsprechen würden und auch die gesetzlichen Grenzwerte nicht erfüllt seien. Mit Schreiben vom 23. September 2006 habe er Mängelrüge erhoben und einen umfassenden Sanierungsvorschlag verlangt. Zwar habe die Beklagte, wie gefordert, die Garantie um zwei Jahre verlängert und überdies diverse Massnahmen vorgeschlagen, jedoch keine Mängelbehebung vorgenommen. Er habe in der Folge am 19. August 2008 die Wandelung des Vertrags verlangt, weil die Beklagte die Anlage nicht verbessert habe und für die Baukosten, für die Kosten der G\_\_\_\_\_ AG Kies, der H\_\_\_\_\_, der diversen Gebühren sowie für das Entsorgen des Bodenkörpers Fr. 46'942.55 zurückgefordert. Die Beklagte habe nicht reagiert.

**B.** Das gleichzeitig mit der Klage gestellte Gesuch um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege wurde mit Entscheid des Bezirksgerichts vom 12. November 2009 gutgeheissen und Rechtsanwalt I\_\_\_\_\_ zum Offizialanwalt des Klägers ernannt.

**C.** Die Beklagte reichte am 18. November 2009 die Klageantwort mit folgenden Anträgen ein:

- "1. Die klägerischen Rechtsbegehren werden abgewiesen.
2. Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Klägerpartei.

3. Der Beklagtenpartei wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen."

Die Beklagte führte hauptsächlich aus, der Kläger habe erst im November 2005 Proben nehmen lassen. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Anlage einwandfrei funktioniert und habe nie Anlass zu Reklamationen gegeben. Der Kläger habe dann die Anlage vernachlässigt, indem er sie, trotz Aufforderung durch die Beklagte, nicht von Fremdgräsern und Unkraut gereinigt und auch nicht gespült habe. Er habe demnach so die fehlende Funktionstüchtigkeit des Werks selbst verursacht. Die Annahme des abgelieferten Werks sei zumutbar, weil die Naturkläranlage trotz allfälliger Mängel nicht gänzlich unbrauchbar sei. Die Wandelungsklage sei deshalb nicht zulässig.

**D.** Nach Durchführung des zweiten Schriftenwechsels hinterlegte der Kläger anlässlich der Vorverhandlung vom 21. Mai 2010 seine Triplik. Die Parteien hielten ihre Rechtsbehelfen aufrecht.

**E.** Auf Antrag der Parteien wurde das Verfahren vom 8. September 2010 bis 14. Februar 2011 sistiert. Es erfolgten rechtshilfeweise mehrere Zeugenbefragungen durch die Bezirksgerichte J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_ und F\_\_\_\_\_. Die Beweisaufnahmesitzung vor dem Bezirksgericht in D\_\_\_\_\_ fand am 27. Mai 2011 bzw. 2. September 2011 statt.

**F.** Auf Ersuchen des Klägers wurde Offizialanwalt I\_\_\_\_\_ am 20. Januar 2012 aus dem Mandat entlassen und mit Fr. 6'287.70 entschädigt. Zu dessen neuem Offizialanwalt wurde Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ ernannt.

**G.** Am 29. Februar 2012 wurden zwei Experten, Dr. L\_\_\_\_\_ und Prof. M\_\_\_\_\_, mit der Durchführung eines Gutachtens beauftragt. Nach Einholung weiterer Unterlagen reichten die Sachverständigen die Expertise vom 29. Juni 2012 am 9. Juli 2012 beim Bezirksgericht ein. Nach deren Zustellung an die Parteien verlangte der Kläger mit Schreiben vom 29. August 2012 einen Ergänzungsbericht, dieser wurde am 23./24. Oktober 2012 bei Gericht eingereicht. Nach dessen Weiterleitung an die Parteien beantragte der Kläger am 19. November 2012 eine Oberexpertise. Die Bezirksrichterin wies diesen Antrag am 22. November 2012 ab.

**H.** Die Parteien verzichteten in der Folge auf die Durchführung der Schlussverhandlung. Sie stellten folgende Schlussanträge (Beklagte am 11. Februar 2013, Kläger am 14. Februar 2013):

## Kläger

- "1. Die Beklagte bezahlt im Hauptverfahren dem Kläger den Betrag von CHF 42'942.55 nebst Zins zu 5 % seit dem 20.10.2004.
2. Die Beklagte bezahlt die Kosten von Verfahren und Entscheid.
3. Die Beklagte bezahlt dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung."

## Beklagte

- "1. Die klägerischen Rechtsbegehren werden abgewiesen.
2. Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Klägerpartei.
3. Der Beklagtenpartei wird eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen."

I. Am 3. April 2013 fällte das Bezirksgericht folgendes Urteil, das es den Parteien gleichentags in begründeter Form zustellte:

- "1. Die Klage vom 6. April 2009 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 28'500.00 (Gerichtsgebühr Fr. 4'892.00, Auslagen Fr. 23'608.00) werden X\_\_\_\_\_ auferlegt. Diese gehen aufgrund der gewährten vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege vorab zu Lasten des Staates Wallis.  
  
Die von der Beklagten geleisteten Kostenvorschüsse von total Fr. 11'300.00 werden dieser zurückerstattet.
3. X\_\_\_\_\_ bezahlt der Y\_\_\_\_\_ AG eine Parteientschädigung von Fr. 8'600.00 (Honorar Fr. 8'200.00, Auslagen Fr. 400.00).
4. Der Staat Wallis entschädigt Officialanwalt A\_\_\_\_\_ mit Fr. 4'145.00 (Honorar Fr. 4'000.00, Auslagen Fr. 145.00).
5. X\_\_\_\_\_ hat dem Staat Wallis die ihm auferlegten Gerichtskosten nachzuzahlen und die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen sowie Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ (und Rechtsanwalt I\_\_\_\_\_) die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist."

J. X\_\_\_\_\_ reichte am 6. Mai 2013 gegen das Urteil des Bezirksgerichts D\_\_\_\_\_ vom 3. April 2013 Berufung beim Kantonsgericht ein und beantragte was folgt:

- "1. In Gutheissung der Berufung sei die Berufungsbeklagte zu verurteilen, dem Berufungskläger CHF 42'942.55 nebst Zins zu 5% seit dem 20.10.2004 zu bezahlen.
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Kosten von Verfahren und Entscheid des Bezirksgerichtes D\_\_\_\_\_ sowie des Kantonsgerichtes zu tragen.
3. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren und das Verfahren vor Kantonsgericht eine Parteientschädigung gemäss GTar zu bezahlen."

Gleichzeitig stellte der Berufungskläger für das Berufungsverfahren ein Gesuch um vollständige unentgeltliche Rechtspflege und Ernennung von Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ zum Rechtsbeistand. Die Durchführung einer weiteren Expertise wurde nicht beantragt.

Die Y\_\_\_\_\_ AG hinterlegte am 19. Juni 2013 die Berufungsantwort mit folgenden Begehren:

- "1. Herrn X\_\_\_\_\_ wird der unentgeltliche Rechtsbeistand im Verfahren C1 13 111 verweigert.
2. Die Rechtsbegehren des Berufungsklägers gemäss Berufungsschrift vom 6. Mai 2013 werden kostenpflichtig abgewiesen.
3. Sämtliche Kosten von Verfahren und Entscheid des Berufungsverfahrens gehen zu Lasten des Berufungsklägers.
4. Dem Berufungsbeklagten wird eine angemessene Entschädigung für das Berufungsverfahren zugesprochen."

**K.** Am 23. August 2013 reichte der Berufungskläger eine Stellungnahme des N\_\_\_\_\_ vom 26. Juli 2013 zu den Akten. Die Berufungsbeklagte stellte am 27. August 2013 die Anträge, diese Stellungnahme sei aus den Akten zu weisen und der Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege sei vor dem Hauptentscheid zu fällen. Mit Entscheid des Präsidenten der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts vom 19. September 2013 wurde die vom Berufungskläger am 23. August 2013 eingereichte Stellungnahme des N\_\_\_\_\_ aus den Akten gewiesen. Nach Einholung weiterer Belege wies der Präsident der I. Zivilrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts mit Entscheid vom 2. Oktober 2013 das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ab.

**L.** Am 14. Oktober 2013 ging der vom Berufungskläger verlangte Kostenvorschuss fristgerecht beim Kantonsgericht ein.

## **DAS KANTONGERICHT**

### **stellt fest und zieht in Erwägung**

#### **1.**

**1.1** Vorliegend war das bisherige kantonale Verfahrensrecht erstinstanzlich anwendbar (Art. 404 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO). Für das Berufungsverfahren kommt nunmehr die Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO sind erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten Fr. 10'000.-- beträgt. Massgebend sind die im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitigen Rechtsbegehren. Im zu beurteilenden Fall sind dies Fr. 42'942.55, womit das Urteil des Bezirksgerichts D\_\_\_\_\_ mit Berufung anfechtbar ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung wurde innert 30 Tagen frist- und formgerecht beim Kantonsgericht als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (Art. 5 Abs. 1 lit. b EG ZPO; Art. 3, 4 ZPO). Der angefochtene Entscheid lag bei (Art. 311 ZPO). Auf die Berufung ist somit einzutreten.

**1.2** Mit der Berufung kann die Verletzung des gesamten kantonalen und Bundesprivatrechts sowie öffentlichen kantonalen und Bundesrechts geltend gemacht werden. Die Rechtsmittelinstanz hat den angefochtenen Entscheid im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe mit voller Kognition in allen Rechts- und Sachfragen neu zu beurteilen (Art. 310 ZPO). Nach Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO dürfen neue Tatsachen dann in den Prozess eingeführt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Bei Gutheissung der Berufung steht es im Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie selbst einen Entscheid fällt oder das angefochtene Urteil aufhebt und den Prozess ganz oder teilweise zur Ergänzung an die Vorinstanz zurückweist, wobei eine Rückweisung an die untere Instanz nur dann in Frage kommt, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 ZPO).

**2.** In den Jahren 1998/1999 begann X\_\_\_\_\_ mit der Planung des Umbaus seines Hauses in C\_\_\_\_\_. Hinsichtlich des Abwassers wurden ihm von Seiten der Amts-

stellen des Kantons F\_\_\_\_\_ Auflagen gemacht. Diese akzeptierten die bisherige Ableitung des Abwassers in eine Jauchegrube nicht mehr. Der Kläger entschied sich, eine Wurzelraumkläranlage zu bauen. Im Jahre 2002 begann einerseits die Projektierung für diese Anlage und die Umnutzung der bisherigen Jauchegrube als Löschwasserreservoir. Am 16. Dezember 2002 bzw. 28. Mai 2003 ging das Baugesuch des Klägers der Gemeindebehörde C\_\_\_\_\_ zu. Gestützt auf die Ausnahmegewilligung der Baudirektion des Kantons F\_\_\_\_\_ vom 7. Juli 2003 bewilligte das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons F\_\_\_\_\_ (N\_\_\_\_\_) am 11. Juli 2003 die Abwasserbehandlung. Dies u.a. gestützt auf die Projektunterlagen zur O\_\_\_\_\_, mit Funktionsbeschrieb und Dimensionierungsgrundlagen, Y\_\_\_\_\_ AG, E\_\_\_\_\_, vom 12. Dezember 2002. Die Gemeinde C\_\_\_\_\_ erteilte am 27. August 2003 die Baubewilligung und am 23. Oktober 2003 die Anschlussbewilligung an die Kanalisation. Die durch P\_\_\_\_\_ vertretene Y\_\_\_\_\_ AG und X\_\_\_\_\_ schlossen am 4. Oktober 2003 einen Werkvertrag für den Bau "einer schlüsselfertigen Wurzelraumkläranlage (WRA-System)" mit einer Ausbaugrösse von 40 m<sup>2</sup> Sohlenfläche ab. Der Werklohn belief sich insgesamt auf Fr. 33'969.30. In der Folge erstellte die Y\_\_\_\_\_ AG auf Grund und Boden von X\_\_\_\_\_ eine Wurzelkläranlage. Deren Inbetriebnahme erfolgte am 23. Oktober 2003. Die Q\_\_\_\_\_ AG als Gemeindekontrollorgan nahm am 4. Dezember 2003 eine Abnahme vor. Das Werk wurde alsdann vom N\_\_\_\_\_ am 3. September 2004 ebenfalls abgenommen. Letzteres Amt hielt mit Protokoll vom 3. September 2004 fest, es lägen keine Mängel vor.

Da keine Wasserprobe anlässlich der Abnahme des Werkes erfolgte, wurde diese durch einen Angestellten des N\_\_\_\_\_, R\_\_\_\_\_ am 22. September 2004 nachgeholt. Diese Abnahmeprobe wurde nicht ausgewertet, da aufgrund der Manipulation am Schwanenhals (elastischer Rohr, das verstellt werden kann) zu viele Schwebstoffe in die Anlage gelangt waren. Weitere Wasserproben wurden alsdann am 31. Oktober 2005, 15. November 2005, 31. August 2006, 21. September 2006, 25. Oktober 2007 sowie am 19. Juni 2008 entnommen. Dabei wurden immer mal andere Einstellungen der Anlage ausprobiert, um die richtige Stauhöhe herauszufinden, da die Anlage vom Erbauer nie richtig eingestellt worden war. Beim Absenken des Schlauches flossen jedoch viele Schwebstoffe weg, was die Proben negativ beeinflusste. Die Abflussqualität hinsichtlich organischer Stoffe wurde, abgesehen von einer Probe, als vorgängig die Leitungen gespült und Frischwasser zugeführt wurde, immer mit dem Code II-III oder III angegeben, was bedeutet, dass die Abflusswerte die geforderten Einleitungsbedingungen nicht erfüllten. Dies auch nachdem an der Seite des Schlauches eine Öffnung angebracht worden war und die Proben dort entnommen wurden. Gestützt auf die ersten

Berichte des N\_\_\_\_\_ erhob der Kläger am 23. September 2006 schriftlich Mängelrüge, weil die Wasserqualität der Anlage die geforderten Werte bei weitem nicht erreichte. Er forderte einerseits einen konkreten Sanierungsvorschlag und andererseits eine schriftliche Garantieverlängerung bis mindestens zwei Proben gut oder sehr gut abschliessen würden. Die Beklagte verpflichtete sich daraufhin am 25. September 2006 zur Verlängerung der Garantiefrist von drei Jahren um weitere zwei Jahre. Sie erklärte die Anlage sei völlig überdimensioniert, was beiden Parteien bewusst sei und hielt fünf Massnahmen fest, die sofort unternommen werden könnten und mit deren Umsetzung und der Unterstützung durch den Kläger sie die Anlage "in Ordnung" bringen werde, nämlich:

1. Entfernen von Fremdgräsern und Unkraut und Spülen der Anlage (bis 15. Oktober 2006 durch den Eigentümer)
2. Nachpflanzen im Auslauf (bis 30. Oktober 2006 durch Y\_\_\_\_\_ AG)
3. Einschwemmen und Nährstoffzufuhr (bis Mai 2007 durch die Y\_\_\_\_\_ AG)
4. Intensive Wasserzufuhr auf Anlage (bis Juni/Juli 2007 durch Eigentümer)
5. Beprobung durch Amt ab Juli/August 2007.

Trotz dieser Versprechen erfolgte von Seiten der Y\_\_\_\_\_ keine Nachbesserung. X\_\_\_\_\_ teilte ihr daher mit Schreiben vom 21. Oktober 2007 erneut mit, die Kläranlage funktioniere immer noch nicht richtig. Die Sanierung der Anlage im Frühjahr 2007 sei nicht vorgenommen worden. Werde die Anlage von der Y\_\_\_\_\_ AG bis Ende Mai 2008 nicht ordnungsgemäss saniert und deren Funktionsfähigkeit nicht durch ausreichende Wasserproben bewiesen, werde er sich "auf deine Garantieverlängerung beziehen." Er werde sich ab Oktober 2008 mit dem N\_\_\_\_\_ in Verbindung setzen und ein Baugesuch für eine andere Kläranlage einreichen.

Am 19. August 2008 teilte er der Berufungsbeklagten mit, auch den diesjährigen Prüfberichten sei zu entnehmen, dass die Wasserproben wieder völlig ungenügend seien. Die vorgeschlagenen Sanierungsarbeiten seien nie durchgeführt worden. Somit werde er die Kläranlage entfernen lassen und durch ein anderes Produkt ersetzen. Zudem machte er die Kosten für den Bau der Kläranlage und weitere Kosten in der Höhe von insgesamt Fr. 46'942.55 geltend.

**3.** Der Berufungskläger verlangt die Wandelung des am 4. Oktober 2003 mit der Berufungsbeklagten abgeschlossenen Werkvertrages und gestützt darauf die Rückerstattung des bezahlten Werklohnes von Fr. 33'969.30 sowie den Ersatz des weiteren Aufwandes im Umfang von schlussendlich Fr. 8'973.25 (Schlussbegehren).

**3.1** Unbestrittenermassen schlossen vorliegend die Prozessparteien miteinander einen Werkvertrag mit einem Werklohn von Fr. 33'969.30 ab. Mit dem Abschluss des Werkvertrags verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung und Ablieferung des versprochenen (mängelfreien) Werks, und der Besteller seinerseits verpflichtet sich zur Leistung der vereinbarten Vergütung. Behauptet der Besteller das Werk leide unter einem Mangel und leitet er daraus Mängelrechte gegenüber dem Unternehmer her, so hat er den Werkmangel, auf den er sich beruft, als rechtsbegründende Tatsache zu beweisen (Art. 8 ZGB). Die Beweislast trifft somit den Besteller, nicht den Unternehmer (Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich, Basel, Genf 2011, N. 1507, Zindel/Pulver, Basler Kommentar, 5. A., N. 90 zu Art. 368 OR).

**3.2** Mangelhaft ist ein Werk, wenn ihm vertraglich zugesicherte oder nach dem Vertrauensprinzip vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Diese Abweichung von der vertraglich geforderten Beschaffenheit des Werks bildet das Begriffsmerkmal des Werkmangels (BGE 117 II 259 ff., 114 II 244, 104 II 355).

Ist das Werk mangelhaft, hat der Besteller je nach Erheblichkeit der Mängel die Wahl zwischen Wandelung, Minderung oder Nachbesserung. Durch die Wahl des Mangelrechts übt der Besteller ein Gestaltungsrecht aus, welches grundsätzlich unwiderruflich ist (Gauch, a.a.O., N. 1581; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 12 zu Art. 368 OR mit Hinweisen). Verlangt der Besteller Nachbesserung und ist das Werk nach der Reparatur durch den Unternehmer nach wie vor mangelhaft, hat der Besteller erneut ein Wahlrecht. Das Wahlrecht lebt ebenfalls wieder auf, wenn der Unternehmer die von ihm verlangte Nachbesserung nicht vornimmt. Der Besteller kann auch, wenn er vom Unternehmer die Nachbesserung verlangt hat und sich dieser weigert oder unfähig ist diese auszuführen, die Reparatur durch einen Dritten veranlassen und zwar auf Kosten des Unternehmers (BGE 109 II 40 E. 6a mit Hinweisen). Zum Wandlungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrecht tritt bei Verschulden des Unternehmers kumulativ das Schadenersatzrecht des Bestellers hinzu (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR, BGE 116 II 454 E. 2 a, 126 III 388 E. 10a mit Hinweisen).

Leidet das Werk an so erheblichen Mängeln oder weicht es sonst so sehr vom Vertrag ab, dass es für den Besteller *unbrauchbar ist oder dass ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann*, so darf er diese verweigern und bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz fordern (Art. 368 Abs. 1 OR). Unbrauchbarkeit des Werkes ist nur gegeben, wenn das Werk gänzlich unbrauchbar ist und sich der Mangel auch nicht beheben lässt (Gauch, a.a.O., N. 1567; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 19 zu Art. 368 OR; BGE 98 II 118 E. 3a mit Hinweisen). Sind die Voraussetzungen von Art. 368 Abs. 1

OR erfüllt, so ist der Besteller berechtigt, den Werkvertrag durch einseitige Willenserklärung mit rückwirkender Kraft, d.h. Wirkung ex tunc, aufzuheben (Gauch, a.a.O., N. 1531; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 24 zu Art. 368 OR). Durch die Wandelung erlöschen die gegenseitigen Forderungen der Parteien auf Leistung des Versprochenen, soweit sie noch bestehen. Die bereits erbrachten Leistungen müssen zurückerstattet werden. Der Unternehmer muss eine bereits empfangene Vergütung zurückzahlen und der Besteller das abgelieferte Werk zurückgeben (Gauch, a.a.O., N. 1534 f.) Die Pflicht des Bestellers zur Rückgabe des abgelieferten, mangelhaften Werkes ist eine Holschuld; die Kosten des Rücktransportes trägt der Unternehmer (Zindel/Pulver, a.a.O., N. 29 zu Art. 368 OR)

Wurde das Werk „auf Grund und Boden des Bestellers“ (in unmittelbarer oder mittelbarer Verbindung mit dem Erdboden) errichtet, so kommt neben Art. 368 Abs. 1 auch die Bestimmung des Art. 368 Abs. 3 OR zur Anwendung. Darin wird die Zulässigkeit einer Wandelung zwar nicht generell verneint. Doch entfällt das Wandlungsrecht nach der Regel des Art. 368 Abs. 3 OR, sofern das betreffende Werk sich seiner Natur nach nur mit „unverhältnismässigen Nachteilen“ für den Unternehmer entfernen lässt (Gauch, a.a.O., N. 1573). Ob dem Unternehmer durch die Entfernung des Werkes unverhältnismässige Nachteile drohen, ist nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach dem Wert, den das Werk in Verbindung mit dem Grundstück hat, und nach der Wertverminderung, die es im Falle einer Trennung erlitte, zu beurteilen. Nicht unverhältnismässig sind die Nachteile, wenn das Werk für den beabsichtigten Gebrauch überhaupt nicht taugt (Gauch, a.a.O., N. 1575; Zindel/Pulver, a.a.O., N. 77 zu Art. 368 OR; BGE 98 II 123).

Die Unbrauchbarkeit des Werkes ist ein gesetzlich geregelter Anwendungsfall der Unzumutbarkeit der Annahme. Ist das Werk infolge eines Mangels (oder einer Mehrheit von Mängeln) für den Besteller (und gerade für ihn) unbrauchbar, so kann ihm nach der Wertung des Gesetzgebers die Annahme von vorneherein nicht zugemutet werden, weshalb Art. 368 Abs. 1 OR dem Besteller im Falle der Unbrauchbarkeit ohne weiteres ein Wandlungsrecht einräumt. Der Begriff der Unbrauchbarkeit ist eng zu fassen. Damit das Werk unbrauchbar ist, haben zwei Voraussetzungen erfüllt zu sein:

- Zunächst ist vorausgesetzt, dass das Werk infolge eines Mangels für den Besteller gänzlich unbrauchbar ist. Verminderte Gebrauchstauglichkeit oder Untauglichkeit nur für den vertraglich vorausgesetzten oder vom Besteller beabsichtigten Gebrauch genügen nicht, um das Werk im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR unbrauchbar zu machen. Vielmehr

muss der Werkmangel so beschaffen sein, dass der Besteller vom betreffenden Werk überhaupt keinen (vernünftigen) Gebrauch machen kann.

- Vorausgesetzt ist sodann, dass das Werk definitiv unbrauchbar ist, der betreffende Werkmangel sich also nicht beheben lässt. Massgeblich ist dabei das konkret hergestellte und abgelieferte Werk, ohne Rücksicht darauf, ob sich das Werk bei erneuter Herstellung mangelfrei herstellen liesse oder nicht.

Sind beide Voraussetzungen erfüllt, so ist das Werk im Sinne von Art. 368 Abs. 1 OR unbrauchbar, mit der Folge, dass dem Benutzer ein Wandelungsrecht zusteht. Diese Unbrauchbarkeit ist nicht zu vermuten, auch dann nicht, wenn das Werk eine zugesicherte und damit vereinbarte Eigenschaft fehlt. Ist sie aber gegeben, so kann der Besteller den Werkvertrag wandeln (Gauch, a.a.O., N. 1565 ff.).

**3.3** Neben dem Recht auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung hat der Besteller bei Verschulden des Unternehmers einen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR), dieser tritt gerade nicht an die Stelle der Mängelrechte. Mangelfolgeschäden sind Schäden, die durch den Mangel verursacht werden und trotz Wandelung, Minderung oder Nachbesserung bestehen bleiben. Der Mangelfolgeschaden hat seine Ursache in einem Werkmangel, ist jedoch nicht im Mangel selbst begründet (Koller, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, N. 7f, Gauch, a.a.O., N. 1855, N. 1864, BGE 116 II 305 E. 4a). Der Besteller, der Schadenersatz gegenüber dem Unternehmer verlangt, hat den Schaden ebenfalls als rechtsbegründende Tatsache zu beweisen (Art. 8 ZGB) und ihn inhaltlich sachgerecht zu substantizieren.

**3.3.1.** Das vorliegende Verfahren wurde im Jahre 2009 eingeleitet. Es wurde nach den Regeln der damals anwendbaren kantonalen Zivilprozessordnung (WZPO) geführt. Soweit, wie hier, die Verhandlungsmaxime gilt, müssen rechtsbegründende und rechtsaufhebende Tatsachen von den Parteien in der von der kantonalen Prozessvorschrift verlangten Form und Frist behauptet werden (Art. 66 Abs. 1 WZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 10. Kap. N. 54 ff.). Allgemein gilt, dass der Kläger das sog. Klagefundament, d.h. die die Klage begründenden Tatsachen so substantiziert zu behaupten hat, dass darüber Beweis geführt werden kann. Ein nicht vorgebrachter Sachverhalt ist im Endentscheid einem nicht bewiesenen gleichzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N. 1a zu § 113). Unter der Herrschaft der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime ist es mithin Sache der Parteien, die geltend gemachten Ansprüche zu benennen sowie den Sachverhalt darzulegen und zu beweisen; dem Richter obliegt ein-

zig, die zutreffenden Rechtssätze auf den behaupteten und festgestellten Sachverhalt zur Anwendung zu bringen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 156). Ein Rechtssatz kann daher nicht von Amtes wegen angewendet werden, wenn sein Tatbestand nicht einmal behauptet, geschweige denn bewiesen ist (Guldener, a.a.O., S. 156, Anm. 9). Der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen schützt also nicht vor dem Verlust eines materiellen Anspruchs durch unsorgfältige Prozessführung (BGE 115 II 464 E. 1).

Die Parteien haben die aus ihrer Sicht für den Ausgang des Verfahrens wesentlichen Tatsachen grundsätzlich in den Rechtsschriften in substantzierter Form vorzubringen (Art. 126 Abs. 1 lit. d, Art. 130 Abs. 1 lit. c und d WZPO). Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantziertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A\_291/2007 vom 29. Oktober 2007 E. 3.4; BGE 117 II 113 E. 2; Guldener, a.a.O., S. 164). Mit den angerufenen Beweismitteln haben sie sich in ihren Rechtsschriften auseinanderzusetzen, d.h. sie haben den wesentlichen Inhalt der Beweisurkunden in ihre Schriften aufzunehmen. Die Beilagen haben die Funktion, die Tatsachendarstellung der Rechtsschrift zu belegen, keineswegs aber diese zu ersetzen oder die beweisbelastete Partei gar von ihrer Behauptungslast zu entbinden (vgl. ZWR 1991 S. 189 ff. E. 4a). Es obliegt denn auch nicht dem Gericht oder dem Prozessgegner, sich aus diversen Unterlagen die wesentlichen herauszusuchen und derart den rechtlichen relevanten Sachverhalt zu ermitteln (Bundesgerichtsurteil 4C.341/2000 vom 18. April 2001 E. 2 und 3).

Der Berufungskläger führte in Tatsachenbehauptung Nr. 17 lediglich aus, er habe mit Schreiben vom 19. August 2008 nachfolgende Positionen in Rechnung gestellt:

- die Baukosten der Wurzelraumkläranlage in Höhe von Fr. 33'969.30,
- Rechnung G\_\_\_\_\_ AG Kies Fr. 954.30,
- Rechnung H\_\_\_\_\_ Fr. 1'796.80,
- Rechnung Gemeinde Kanton Grundbuchamt Fr. 6'822.15,
- Entsorgen Bodenkörper ca. 40 m<sup>3</sup> à Fr. 85.-- Fr. 3'400.--.

Als Beweis führte er den Werkvertrag, sein Schreiben vom 19. August 2008 und die zu erstellende Expertise betreffend die Abbruchkosten an.

Für die diversen „Rechnungspositionen“ neben dem Werklohn wurde nicht einmal behauptet, dass diese bezahlt wurden und was für Arbeiten diese Rechnungen umfassen. Genau diese Tatsachen hätten aber in den Rechtsschriften umfassend, detailliert und einzeln dargelegt werden müssen. So hätte z.B. dargelegt werden müssen, weshalb ein Betrag der G\_\_\_\_\_ AG geltend gemacht wird, wenn ja die Abrechnung mit dieser Firma gemäss Werkvertrag durch die Berufungsbeklagte zu erfolgen hatte. Auch hätte behauptet werden müssen, weshalb hier Kosten beim Grundbuchamt anfielen und was diese mit dem Bau der Kläranlage zu tun haben. Es wurden nicht einmal die entsprechenden Rechnungen oder Offerten hinterlegt. Der Kläger ist damit der ihm obliegenden Behauptungs- und Substanziierungspflicht nicht nachgekommen. Es fehlt bezüglich der Schadenersatzforderung bereits an einer genügend substantiierten Behauptung und dies hat zur Folge, dass die Schadenersatzforderung einem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzustellen ist und daher bereits aus diesem Grunde abzuweisen ist.

**3.3.2** Da im Verfahren nicht dargetan wurde, was für Arbeitskosten als Schaden geltend gemacht werden, sei hier lediglich darauf aufmerksam gemacht, dass die Kosten, welche in der Mangelhaftigkeit des Werkes selbst begründet sind, nicht Mangelfolgeschäden sind und bei Wandelung nicht vom Unternehmer zu erstatten sind.

#### **4.**

**4.1** Gemäss Art. 6 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrages wurde eine 3-jährige Garantiefrist vereinbart. Nach einer ebenfalls drei Jahre dauernden Einfahrzeit sollte die Anlage die gesetzlichen Grenzwerte erfüllen. Sie wurde am 23. Oktober 2003 in Betrieb genommen und die Abnahmen durch die zuständigen Ämter erfolgten am 4. Dezember 2003 und alsdann am 3. September 2004. Am 23. September 2006, mithin innerhalb der Garantiefrist, erhob der Berufungskläger Mängelrüge und verlangte neben der Garantieverlängerung um zwei Jahre die Sanierung der Anlage. Diese Garantieverlängerung gewährte die Berufungsbeklagte. Sanierungs- resp. Nachbesserungsarbeiten nahm sie jedoch keine vor.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2007, mithin innert der Garantieverlängerung, verlängerte der Berufungskläger die Frist zur ordnungsgemässen Sanierung der Anlage durch die Berufungsbeklagte bis Ende Mai 2008. X\_\_\_\_\_ führte am 19. August 2008 gegenüber dieser aus, dass mangels Vornahme der vorgeschlagenen Sanierungsarbeiten und aufgrund der fortwährenden Mangelhaftigkeit der Anlage, er diese entfernen lassen und durch ein anderes Produkt ersetzen werde. Für seine Auslagen sowie die Wiederherstellung des Grundstücks machte er zu diesem Zeitpunkt Fr. 46'942.55 geltend.

Die Mängelrüge erfolgte innerhalb der gewährten Garantiefrist, unmittelbar nach einer erneuten negativen Wasserprobe, und auch die Nachbesserung resp. Sanierung der Anlage wurde innert der verlängerten Frist verlangt.

**4.2** Da innert der angesetzten Frist keine Nachbesserung durch die Berufungsbeklagte erfolgte, obwohl sie versprochen hatte, die Anlage (zusammen mit dem Berufungskläger) in Ordnung zu bringen, lebte das Wahlrecht des Berufungsklägers wieder auf und er machte von diesem Gebrauch und verlangte die Wandelung. Entgegen der Meinung des Berufungsklägers führt die Unterlassung resp. die Weigerung der Nachbesserung durch den Unternehmer nicht dazu, dass der Besteller nur Wandelung verlangen kann. Er konnte nach unterbliebener Nachbesserung wiederum wählen und entschied sich für die Wandelung. Da der Berufungskläger Wandelung verlangt hat, gilt es daher abzuklären, ob vorliegend die Voraussetzungen für die Wandelung gegeben sind. Voraussetzung dafür ist, dass die von der Berufungsbeklagten geplante und zweifelsohne auf Grund und Boden des Berufungsklägers erstellte Wurzelkläranlage definitiv unbrauchbar ist. Ist die Anlage nur mangelhaft und können diese Mängel behoben werden, ist die Anlage nicht definitiv unbrauchbar und der Berufungskläger hätte Minderung oder Nachbesserung verlangen können resp. bei unterbliebener Nachbesserung eine Ersatzvornahme persönlich vornehmen oder vornehmen lassen, jedoch nicht wandeln können.

**4.2.1** Im vorliegenden Verfahren wurden die Berichte des N\_\_\_\_\_ zu den von seinen Mitarbeitern aus der Kläranlage entnommenen Wasserproben hinterlegt. Diesen Berichten ist zu entnehmen, dass die Schmutzstoffkonzentration in den Wasserproben über den für den Abfluss von Kläranlagen behördlich festgelegten Grenzwerten lag.

Q\_\_\_\_\_, der die Wasserproben für das N\_\_\_\_\_ vornahm, erklärte die Vorgehensweise bei den Wasserprobenentnahmen: „Ein Schwanenhals, ein elastisches Rohr, kann man verstellen. Um eine Probe zu entnehmen, senkt man den Schwanenhals leicht ab, damit das Wasser herauskommt“ (S. 179). Da die Anlage nicht richtig eingestellt war, habe er immer wieder andere Einstellungen ausprobiert. „Immer wenn ich den Schlauch senkte, flossen viele Schwebstoffe weg, was meine Probe natürlich negativ beeinflusste. Herr X\_\_\_\_\_ hat dann auf der Seite dieses Schlauches eine Öffnung gemacht und eine Schraube angebracht. So konnte ich dann die Probe dort nehmen“ (S.180).

**4.2.2** Im erstinstanzlichen Verfahren wurde eine Gerichtsexpertise eingeholt. Sie wurde von Dr. L\_\_\_\_\_ und Prof. Dr. M\_\_\_\_\_ erstellt und diese beiden Experten ha-

ben zudem noch Ergänzungsfragen beantwortet und sich insbesondere eingehend mit den Probeentnahmen im Auslaufrohr befasst.

Sie hielten fest: (...) „zusätzlich besteht bei bepflanzten Wurzelraumanlagen ein Wasserstrom durch die Verdunstung über die Bodenoberfläche und hauptsächlich über die Blattfläche der Bepflanzung. Dieser Strom kann sich bei geringer Belastung und entsprechend trockener resp. warmer Witterung in der gleichen Grössenordnung wie der Rohabwasserzulaufstrom bewegen. Unter diesen Bedingungen ist kein messbarer hydraulischer Anlagenauslauf vorhanden. Das im Ausströmbereich der Anlage (und im Auslaufrohr) stehende gereinigte Wasser entspricht dann einer aufkonzentrierten, zeitlich wenig definierten Probe.

Daraus folgt, dass man bei einem künstlichen Umrühren oder schnellen Ablassen Abwasser aus einer zulaufseitigen Zone mit höherer Abwasserkonzentration im Abfluss erhalten würde als im Regelbetrieb.“

**4.2.3** Im Übrigen hat die erstinstanzliche RichterIn die Expertenberichte in den Erwägungen 3.2.1 bis 3.2.4 umfassend dargelegt, worauf verwiesen werden kann.

**4.2.4** Wenn der Berufungskläger die Arbeit der Gerichtsexperten kritisiert, so ist dies teilweise gerechtfertigt. Wie die Experten eingangs ihrer Expertise selber festhalten, war es Aufgabe des Gutachtens, die Funktionsfähigkeit der Kläranlage zu prüfen, Ursachen für evtl. Mängel zu klären und Optimierungsmassnahmen vorzuschlagen. Insoweit die Experten darüber hinaus gehen, verletzen sie ihren Expertenauftrag. Dies geschieht z.B. in der Feststellung, dass „den in der Planung und Ausführung involvierten Parteien (Bauherr, Planer, Baubewilligungsbehörde) bekannt war, dass die der Dimensionierung zu Grunde liegende Ausbaugrösse von 10 EW hoch gewählt war und allenfalls nicht konstant erreicht werden konnte.“ Die Experten haben sich bei einem Gutachten darauf zu beschränken, die für ihren Auftrag notwendigen Feststellungen zu Papier zu bringen und anhand dieser Feststellungen ihre Schlüsse zu ziehen. Wenn die Gutachter zudem, wie vorliegend, ausführen: „Ebenfalls nicht nachgewiesen werden konnte die Durchführung durch den Kläger für folgende vom Beklagten geforderten und von den Gutachtern für wichtig gehaltenen Wartungsarbeiten“ (...), so massen sie sich richterliche Kompetenzen an, die ihnen nicht zustehen. Sie können lediglich feststellen, dass „für sie wichtige Wartungsarbeiten nicht nachgewiesen wurden“. Zu entscheiden, wer diese auszuführen und ob diese von irgendjemanden gefordert wurden, steht ihnen aufgrund ihrer Gutachtertätigkeit nicht zu. Gleiches gilt, wenn sie sich dazu äussern, wem allfällige Mängel als Verursacher zu zuordnen sind, wie dies die Gutachter ab Seite 23 bis 25 ih-

res Gutachtens getan haben. Dies auch dann nicht, wenn ihnen entsprechende Fragen gestellt werden. Dies zu entscheiden steht, und erst noch aufgrund der Akten, allein dem Gerichte zu. Sie haben daher die Beantwortung solcher Fragen mit dem Hinweis zu unterlassen, dass die Beantwortung derselben in den Kompetenzbereich des Gerichtes fällt. Im Weiteren steht es ihnen nicht zu, Schreiben der Parteien zu interpretieren und dann zu erklären, wie diese zu verstehen sind resp. was daraus abzuleiten sei. Auch dabei haben sich die Gerichtsexperten richterliche Befugnisse angeeignet, die ihnen nicht zustehen.

Neben diesen Kompetenzüberschreitungen und Unzulässigkeiten haben sich die Gutachter aber auch mit dem Kernthema ihrer Expertenaufgabe befasst, nämlich der Funktionstüchtigkeit resp. der Reinigungsleistung der von der Berufungsbeklagten gebauten Wurzelkläranlage.

Die Experten stellten vor Ort fest, dass am Begehungstage aus dem Ablaufschlauch kein Abwasser abfloss, dass dementsprechend keine repräsentative Ablaufprobe entnommen werden konnte. Da jedoch kein Abwasser in den Vorfluter floss, sei eine hundertprozentige Reinigungsleistung, d.h. die bestmögliche Klärleistung erzielt worden. Diese herausragende Klärleistung sei der Verdunstungsleistung des Schilfbestandes des Wurzelraumklärverfahrens zuzuschreiben. Solange mithin kein Abwasser in den Vorfluter einfließt, ist, gemäss Expertise, von einer hundertprozentigen Reinigungsleistung auszugehen. Der Berufungskläger moniert, dass eine solche Schlussfolgerung nicht zulässig sei, da die Experten im Zusatzgutachten selber erklärt hätten, „da eine repräsentative Probenahme nicht habe stattfinden können, sei die Bewertung der Reinigungsleistung nicht aussagekräftig“.

Dazu gilt es festzuhalten, dass es zu unterscheiden gilt, ob Abwasser in den Vorfluter gelangt oder nicht. Eine repräsentative Ablaufprobeentnahme kann lediglich vorgenommen werden, wenn auch Abwasser aus dem Ablaufrohr fliesst, das dann von dort in den Vorfluter gelangt. Ist dies nicht der Fall, gelangt auch kein ungereinigtes Abwasser in den Vorfluter. Ob Abwasser aus dem Ablaufrohr fliesst, hängt massgeblich von der Zulaufmenge ab. Ist die Zulaufmenge zu klein, fliesst auch kein Abwasser aus dem Ablaufrohr aus. Erst bei einer grösseren Zulaufmenge kann Abwasser aus dem Ablaufrohr ausfliessen, von dem dann repräsentative Proben entnommen werden können, die dann bezüglich Abwasserqualität aussagekräftig sind. Abwasserentnahmen aus dem Auslaufrohr, wenn daraus kein Wasser fliesst und welches zuerst abgesenkt werden muss, damit daraus Wasser für die Probe entnommen werden kann, sind ungeeignet, um den Reinigungsgrad des Wassers festzustellen. Dies, weil beim Absenken des Schlauches,

Schwebeteilchen des stehenden Wassers die Wasserprobe negativ beeinflussen, was zwangsläufig bei der Beprobung durch die Beamten des N\_\_\_\_\_ geschah, obwohl sich diese um objektive Proben bemühten. Die Aussage der Experten in der Ergänzungsexpertise, dass die Bewertung der Reinigungsleistung nicht aussagekräftig sei, muss in diesem konkreten Zusammenhang und mit Bezug auf die an sie gestellten Fragen gesehen werden und bezieht sich lediglich auf den Sachverhalt, dass keine repräsentative Abwasserprobe entnommen werden konnte, so dass auch die vom N\_\_\_\_\_ durchgeführten Kontrollen keine verlässlichen Ergebnisse liefern konnten, und keinesfalls auf die globale Reinigungsleistung der Anlage. Sie steht somit nicht im Widerspruch zur Aussage der Experten, die von einer 100% Klärleistung sprechen, wenn kein Abwasser aus dem Auslaufschlauch in den Vorfluter gelangt.

Aufgrund des fehlenden separaten Beprobungsschachtes erweist sich die Wasserentnahme im Abflussrohr als problematisch, um die Reinigungsleistung der Kläranlage festzulegen. Diese falsche Konzeption stellt einen Mangel dar, den es zu beheben gilt und der behoben werden kann.

Da es den Gutachtern ebenfalls nicht gelang, eine saubere Probe im Ablaufrohr zu entnehmen und dadurch die Konzentration an ungelösten Stoffen erhöht wurde sowie die Durchsichtigkeit vermindert und gleichzeitig die BSB5-Konzentration ebenfalls erhöht wurde (S. 261), haben sie ihre Probe gefiltert und die Ergebnisse tabellarisch festgehalten. Sie kamen zum Schluss, dass der Grenzwert für den BSB5 gut eingehalten worden wäre, wenn das Abwasser verfahrensgemäss langsam aus dem Ablaufrohr geflossen wäre (S. 256).

Die beiden Gutachter gelangen zum Schluss, dass die von der Berufungsbeklagten erstellte Wurzelkläranlage nicht unbrauchbar ist. Damit die Abflussgrenzwerte eingehalten werden könnten, sei eine bauliche Optimierung zur Probenahmestelle, eine verfahrensgemässe Probenahme und Berücksichtigung des hydraulischen Abflussregimes sowie eine Optimierung von Anleitung zur Durchführung der Wartung notwendig. Die Kosten würden sich auf ca. Fr. 13'000.-- belaufen.

**4.2.5** Wie jedes Beweismittel unterliegen auch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. In Fachfragen darf das Gericht indessen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise abweichen. Es hat zu prüfen, ob sich auf Grund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten

zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Dies ist namentlich der Fall, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern (vgl. Bundesgerichtsurteile 4A\_286/2011 vom 30. August 2011 E. 4 und 5A\_636/2011 vom 10. Februar 2012 E. 4.3.1). Die Beweiskraft eines gerichtlich angeordneten Gutachtens richtet sich nach den drei Kriterien Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit (vgl. zum Ganzen Bühler, Die Beweismündigkeit von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, Jusletter vom 14. Mai 2007; vgl. auch Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. Mai 2013, ZK 13 54, publ. Juni 2013).

Das urteilende Kantonsgericht erachtet das von den beiden Experten erstattete Gerichtsgutachten samt Ergänzung bezüglich Funktionsfähigkeit resp. Reinigungsfähigkeit der Kläranlage und deren Mängelbehebung sowie der vorgeschlagenen Optimierungsmassnahmen als vollständig, nachvollziehbar und schlüssig, weshalb darauf abgestellt werden kann. Die Tatsachen, dass sich die Gutachter richterliche Kompetenzen aneigneten und Fragen, die über die gutachterliche Tätigkeit hinaus gingen, beantworteten, vermögen deren Glaubwürdigkeit bezüglich der Gebrauchsfähigkeit der Kläranlage nicht zu beeinträchtigen. Gestützt auf dieses Gutachten gilt als erwiesen, dass die Kläranlage wohl Mängel aufweist, jedoch nicht unbrauchbar ist, insbesondere nicht definitiv, sondern, dass sich die Mängel mit einem geschätzten Aufwand von Fr. 13'000.-- beheben lassen.

Dementsprechend konnte der Berufungskläger nicht die Wandelung verlangen. Da es sich beim Wandelungsrecht um ein Gestaltungsrecht handelt, das nur vom Berechtigten, dem Besteller, ausgeübt werden kann, schliesst dies aus, dass das Gericht einen nicht erklärten Gestaltungswillen des Bestellers supponiert (Gauch, a.a.O., N. 1490; BGE 136 III 274). Die Vorinstanz hat daher die Klage zu Recht abgewiesen. Seine gegen das erstinstanzliche Urteil eingereichte Berufung ist mithin kostenpflichtig abzuweisen.

**5.** Das Gericht hat in seinem Urteil die Prozesskosten, welche sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 ZPO), von Amtes wegen festzulegen (Art. 104 f. ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich dabei nach kantonalem Recht (Art. 96 ZPO); für den Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigung vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat das Bezirksgericht ausgangsgemäss dem Kläger auferlegt. Weil der Kläger auch im Berufungsverfahren unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens ebenfalls aufzuerlegen.

**5.1** Die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird aufgrund des Streitwertes, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Sie bewegt sich bei einem Streitwert von Fr. 42'942.55 zwischen Fr. 1'800.-- und Fr. 5'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar), wobei im Berufungsverfahren ein Reduktions-Koeffizient von 60 % zu berücksichtigen ist (Art. 19 GTar). Die Bezirksrichterin hat die Gerichtsgebühr erstinstanzlich auf Fr. 4'892.-- festgesetzt, mithin im Rahmen des Tarifs, womit die Gerichtskosten gesamthaft Fr. 28'500.-- (Gerichtsgebühr Fr. 4'892.--, Auslagen Fr. 23'608.--) betragen, die vom Berufungskläger zu bezahlen sind. Die Berufungsinstanz hat keine Veranlassung, diese anders festzulegen, zumal die Auslagen ausgewiesen sind. Diese gehen aufgrund der X\_\_\_\_\_ für das erstinstanzliche Verfahren gewährten vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege vorab zu Lasten des Staates Wallis. X\_\_\_\_\_ hat dem Staat Wallis die ihm auferlegten Gerichtskosten nachzuzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Die von der Beklagten geleisteten Kostenvorschüsse von total Fr. 11'300.-- sind dieser von der Vorinstanz zurück zu erstatten. Was das Berufungsverfahren betrifft, gilt es festzuhalten, dass das Dossier nicht sehr umfangreich war und die zu beurteilenden Rechtsfragen nicht allzu schwer waren. In Berücksichtigung dieser Kriterien und des Streitwerts ist vorliegend nach richterlichem Ermessen eine Gebühr von Fr. 1'403.-- gerechtfertigt und angemessen, die dem Berufungskläger aufzuerlegen ist und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss in derselben Höhe verrechnet wird.

**5.2** Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Bei einem Streitwert von Fr. 42'942.55 beträgt der ordentliche Rahmen, Mehrwertsteuer inklusive (Art. 27 Abs. 5 GTar), Fr. 5'800.-- bis Fr. 8'200.-- (Art. 32 Abs. 1 GTar). In Anwendung des Rahmentarifs und in Berücksichtigung der Bedeutung sowie der Natur des Falls, der Prozessführung der Parteien, des Umfangs der Akten, der Schwierigkeit und der vom Anwalt nützlich aufgewandten Zeit (Art. 27 Abs. 1 GTar) wurde die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 8'600.-- festgelegt. Ausgangsgemäss hat der Kläger der Beklagten die Parteientschädigung zu bezahlen. Die Entschädigung an den Offizialanwalt von X\_\_\_\_\_ für das erstinstanzliche Verfahren wurde von der Bezirksrichterin auf Fr. 4'145 (Honorar Fr. 4'000.-- und Auslagen Fr. 145.--) festgelegt und ist aufgrund

der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege von Staat Wallis vorzuschüssen. X\_\_\_\_\_ hat dem Staat Wallis die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen sowie Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ (und Rechtsanwalt I\_\_\_\_\_) die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist. Für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ist ein Reduktionskoeffizient von 60% zu berücksichtigen, womit das Honorar im Prinzip minimal Fr. 2'320.-- und maximal Fr. 3'280.-- beträgt (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar anhand der gleichen Kriterien wie oben betreffend Gerichtskosten festgehalten. Vorliegend war das Dossier nicht sehr umfangreich und die zu lösenden rechtlichen Fragen boten keine besonderen Schwierigkeiten. Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hiervor genannten Kriterien, erachtet das Kantonsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'400.-- inkl. Auslagen als angemessen. Dementsprechend schuldet der Berufungskläger der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'400.--.

### **Demnach wird erkannt:**

1. Die Berufung von X\_\_\_\_\_ vom 6. Mai 2013 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 28'500.-- (Gebühr Fr. 4'892.--, Auslagen Fr. 23'608.--) werden X\_\_\_\_\_ auferlegt. Diese gehen aufgrund der für das erstinstanzliche Verfahren gewährten vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege vorab zu Lasten des Staates Wallis. X\_\_\_\_\_ hat dem Staat Wallis die ihm auferlegten Gerichtskosten nachzuzahlen, sobald er dazu in der Lage ist. Die von der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 11'300.-- werden dieser vom Bezirksgericht zurückerstattet.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 1'403.-- werden X\_\_\_\_\_ auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

4. X\_\_\_\_\_ bezahlt der Y\_\_\_\_\_ AG eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 8'600.-- (Honorar Fr. 8'200.--, Auslagen Fr. 400.--).
  
5. Der Staat Wallis entschädigt Offizialanwalt A\_\_\_\_\_ für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 4'145.-- (Honorar Fr. 4'000.--, Auslagen Fr. 145.--). X\_\_\_\_\_ hat dem Staat Wallis die ausgerichtete Entschädigung zurückzuzahlen sowie Rechtsanwalt A\_\_\_\_\_ (und Rechtsanwalt I\_\_\_\_\_) die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald er dazu in der Lage ist.
  
6. X\_\_\_\_\_ schuldet der Y\_\_\_\_\_ AG für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'400.--.

Sitten, 19. Dezember 2013