



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandes - Mootcourt

## **Im Namen der Republik**

Der Oberlandes - Mootcourt als Berufungsgericht hat durch die Richter Dr. Hofer als Vorsitzende sowie Dr. Berger und Dr. Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. Karl BAUER, Unternehmer, Kaiserweg 5, 4770 Andorf, vertreten durch Dr. Manuel Hochhauser, Rechtsanwalt in Freistadt, gegen die beklagte Partei LECHNER & PARTNER Anwalts-gesellschaft mbH, Kastanienallee 13, 4020 Linz, vertreten durch Dr. Herbert Maier, Rechtsanwalt in Linz, wegen eingeschränkt € 184.948,15 s.A., infolge der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesmootcourts vom 9.4.2008, 8 Cg 240/06g-11, nach mündlicher Berufungsverhandlung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 3.935,10 (darin € 655,83 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

### **Entscheidungsgründe:**

Der Kläger vertrieb seit 1996 ein aus Schafwolle bestehendes Isoliermaterial für die Wärme-, Kälte- und Schalldämmung zunächst unter der Bezeichnung „Isoalpha“, seit 1997 unter dem Namen „Isobeta“. Er bezog die Schafwolle von einer englischen Lieferantin, der William Baker Ltd. in Eastbourne (GB). Im September 1996 und im Februar 1999 verkaufte der Kläger derartiges Isoliermaterial an Isabella

und Andreas Fischer. Von März bis Mai 1998 belieferte er die Hauptschule Schwaz mit diversem Dämmmaterial. Die Käufer Fischer bemerkten im Sommer 2001 Mottenbefall; bei der Hauptschule Schwaz trat im April 2003 Mottenbefall auf. Am 24.8.2001 suchte der Kläger erstmals rechtliche Beratung durch die Beklagte, die ihn sodann in den Verfahren 7 Nc 36/01f Bezirksmootcourt (Beweissicherung), 4 Cg 274/01y, 18 Cg 42/02c und 8 Cg 134/02p jeweils Landesmootcourt sowie 24 Nc 7/03d Bezirksmootcourt (Beweissicherung) vertrat. Im Rechtsstreit der Isabella und des Andreas Fischer gegen den Kläger als Beklagten (18 Cg 42/02c Landesmootcourt), der auf Zahlung von € 99.628,-- s.A. und Feststellung gerichtet war, verpflichtete sich der Kläger im Jänner 2003 in einem außergerichtlichen Vergleich zur Zahlung von € 166.498,15 bestehend aus einer Pauschalzahlung von € 96.000,-- an Fischer, € 15.797,70 an Kosten für Werkleistungen der Ing. Steier Baugesellschaft mbH, € 5.691,76, € 956,05 und € 2.000,-- an Gebühren des Sachverständigen Dr. Konrad, € 16.186,07 und € 14.634,13 an Kosten des Klagevertreters Dr. Kinkel sowie € 15.232,44 an Honorar der Beklagten. Im Zusammenhang mit der Hauptschule Schwaz wendete der Kläger für Sanierung und Kosten des Beweissicherungsverfahrens (24 Nc 7/03d Bezirksmootcourt) € 18.503,75 auf.

Der Kläger begehrt von der Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes Zahlung des eingeschränkten Klagsbetrags als Ersatz der ihm infolge unrichtiger Beratung durch die Beklagte in den Fällen Fischer und Hauptschule Schwaz entstandenen Kosten.

Er brachte dazu zusammengefasst vor, er habe bei William Baker Ltd. mottensicher ausgerüstete, nämlich „eulanisierte“ Wolle bestellt. Eulan sei grundsätzlich geeignet, Wolle mottensicher auszurüsten. Gemäß den dem Kläger vorgelegten schriftlichen Bestätigungen sei das ihm gelieferte Material auch in der vom Internationalen Wollsekretariat empfohlenen Dosierung behandelt gewesen. Eine technische Überprüfung, ob die Wolle

tatsächlich ausreichend mit Eulan behandelt gewesen sei und somit der Inhalt der ihm übermittelten Zertifikate zutreffe, sei dem Kläger nicht möglich gewesen. Tatsächlich sei die von William Baker Ltd. an den Kläger gelieferte Wolle nicht ausreichend gegen Mottenbefall imprägniert gewesen. Dies habe zu einem Mottenbefall im Lager des Klägers im August/September 1998 geführt, woraufhin der Kläger seinen gesamten Wollbestand bei einem Unternehmen in Ried im Innkreis nachbehandeln habe lassen, sodann den Wolllieferanten gewechselt und spezielle Kontrollmaßnahmen in die Wege geleitet habe. Als der Kläger im Sommer 2001 von den Käufern Andreas und Isabella Fischer mit einem Mottenbefall in ihrem Wohnhaus konfrontiert worden sei, habe er sich am 24.8.2001 vom selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführer der Beklagten, Dr. Franz Lechner, rechtlich beraten und in der Folge von der Beklagten vertreten lassen. Dr. Lechner habe dem Kläger eine unrichtige rechtliche Auskunft dahin erteilt, dass er für die auftretenden Schadensfälle 30 Jahre im Haftungsrisiko sei. Aufgrund dieser Mitteilung habe der Kläger die an ihn herangetragenen Schadensfälle geregelt und Ersatzbeträge bezahlt. Vor dem Vergleichsabschluss im Jänner 2003 habe der Kläger gegenüber Andreas und Isabella Fischer niemals eine Schadenersatzpflicht konstitutiv anerkannt. Vielmehr habe der Kläger am 18.9.2001 die Kunden Fischer besucht, Wollproben entnommen und der Pharma AG zur Überprüfung eingeschickt. Das Ergebnis dieser Untersuchung sei dem Kläger am 10.10. und am 10.12.2001 bekannt gegeben worden. Die Untersuchungen hätten zutage gebracht, dass die Lieferung an Fischer aus dem Jahr 1996 nicht ausreichend mit dem Wirkstoff Permethrin behandelt gewesen sei. Die Lieferung aus dem Jahr 1999, bei der es sich ausschließlich um Kurzfasern gehandelt habe (Probe 1809 KK), sei ausreichend mottengeschützt gewesen, und zwar mit Eulan HFL 2,2 %. Bereits 1,6 % hätten nach Herstellerangaben ausgereicht.

Der Mottenbefall im Haus Fischer sei im Juli 2001 aufgetreten, die Klage Fischer gegen den Kläger am 27.2.2002 bei Gericht eingebracht worden. Die zugrunde liegenden Lieferungen seien im Oktober 1996 und Februar 1999 erfolgt. Die Beklagte habe weder den Einwand der Verjährung noch der Verfristung erhoben und auch nicht vorgebracht, dass die Voraussetzungen für Schadenersatz nicht vorlägen. Der Kläger sei auch dahingehend nicht beraten worden. Nach herrschender Ansicht sei der Zulieferer des Klägers nicht dessen Erfüllungsgehilfe, der Kläger hafte daher für den Zulieferer nicht. Dem Kläger sei eine Überprüfung der gelieferten Ware auf Mottenbeständigkeit weder zumutbar noch möglich gewesen. Er habe mottengeschützte Wolle eingekauft und auf erprobte und bewährte Produkte und Technologien vertraut. Es seien ihm Bestätigungen über die ausreichende Behandlung der Wolle mit Mottenschutz vorgelegen. Schadenersatz scheidet mangels Verschuldens aus. Gewährleistungsansprüche wären längst präkludiert gewesen. Der Kläger hätte auch nicht nach dem Produkthaftungsgesetz (PHG) gehaftet. Einerseits hätte er den Hersteller benennen können. Andererseits seien nach der damals maßgeblichen Rechtslage landwirtschaftliche Naturprodukte von der Produkthaftung ausgenommen gewesen. Bis zur Vertriebstätigkeit des Klägers habe keine „erste Verarbeitung“ stattgefunden. Der Kläger habe die Dämmplatten aus Schafschurwolle in einer neutralen Verpackung ausgeliefert, nicht jedoch unter einer Marken- oder Produktbezeichnung. Mit all diesen Problemstellungen habe sich die Beklagte nicht auseinandergesetzt, den Kläger darauf nicht hingewiesen oder darüber beraten, dass solche Einwände die behaupteten Ersatzansprüche abwenden könnten. Hätte die Beklagte dies getan, hätte sich der Kläger mit dem ausverhandelten Vergleich nicht einverstanden erklärt, die Klage wäre bei entsprechendem Vorbringen abgewiesen worden. Die verabsäumte Überprüfung und/oder falsche rechtliche Beurteilung von potentiellen Ersatzansprüchen der Kunden Andreas und Isabella Fischer

hätten zu dem - oben dargelegten - Schaden des Klägers geführt. Darüber hinaus habe der Kläger im Vertrauen auf die Beratung der Beklagten, er sei „auf 30 Jahre im Risiko“ bei der Hauptschule Schwaz eine Sanierung mit einem Kostenaufwand von € 18.450,60 vorgenommen.

Die Beklagte hielt dem einerseits entgegen, zum Zeitpunkt ihrer ersten Beratung habe der Kläger gegenüber den Käufern Fischer bereits ein Anerkenntnis seiner Haftung abgegeben und Sanierung zugesichert gehabt, weshalb eine allfällige Ablehnung der Haftung nicht zur Diskussion gestanden sei, sondern die für den Kläger kostengünstigste Schadensbehebung, wobei der Kläger und seine Ehefrau insbesondere haftungsrechtliche Zugriffe auf ihr Vermögen befürchtet hätten. Andererseits behauptete sie, ihre Rechtsberatung sei richtig gewesen, weil der Kläger einerseits als Produzent anzusehen sei und andererseits die erforderliche Sorgfalt nicht aufgewendet habe. Der Kläger habe seiner Lieferantin Weisungen über die Insektizidbehandlung mit Eulan HFL erteilt, in der Folge Lieferscheine und Insektizidbestätigungen jedoch nicht überprüft, sodass ihm nicht aufgefallen sei, dass nicht das bestellte Insektizid verwendet, sondern die gelieferte Ware mit Eulan ETS ausgestattet gewesen sei. Dem Kläger sei dies erst im Anschluss an den Insektenbefall in seinem eigenen Lager aufgefallen. Dieser Schädlingsbefall habe den Kläger zu besonderen Aktivitäten in Richtung Produktsicherheit veranlasst, nicht aber dahin, die bis dahin belieferten Kunden aufzusuchen und sofort Abhilfe zu schaffen. Trotz des Mottenbefalls im Lager des Klägers im Jahr 1998 habe er im Februar 1999 Material aus noch vorhandenen Beständen der Lieferantin William Baker Ltd. an Fischer ausgeliefert und erst in Anschluss daran spezielle Qualitätssicherungsmaßnahmen eingeführt.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage statt. Es legte seiner Entscheidung den in Seiten 4 bis 14 festgestellten Sachverhalt zugrunde, auf den verwiesen wird.

Neben dem eingangs bereits wiedergegebenen Sachverhalt ist daraus - unter Ersichtlichmachung der bekämpften Tatsachenfeststellungen durch Kursivschrift - noch hervorzuheben:

Im Unternehmen des Klägers wurde im maßgeblichen Zeitraum (bis zum Jahr 2000) die in Ballen verpackt gelieferte Schafwolle in einem mechanischen Kämmprozess „parallelisiert“, wodurch das Material nicht verändert wurde. Die dem Kläger angelieferte Schafwolle könnte auch in ihrem Rohzustand als Dämmmaterial verwendet werden, was manche Kunden des Klägers auch wünschten. Durch den Bearbeitungsvorgang wurde die Schafwolle in eine manchen Anwendern angenehmere und besser handhabbare Form gebracht, wobei die Wolle je nach gewünschter Breite abgelegt, zusammengelegt und nachfolgend aufgerollt wurde. Danach wurde die Wolle in durchsichtige Plastiksäcke verpackt, welche jedoch nicht die Bezeichnung "Isoalpha" oder nach 1997 "Isobeta" trugen. Die so bearbeitete Schafwolle bot der Kläger mit unterschiedlicher Dicke und unterschiedlichen Dämmwerten an. Über Wunsch des Klägers sollte die Lieferantin William Baker Ltd. die Ware mit dem von der Pharma AG erzeugten Mottenschutzmittel Eulan versehen, und zwar mit dem Produkt Eulan SPA in einer Konzentration von 0,6 %. *Seit Oktober 1994 schlug das Internationale Wollsekretariat für dieses Produkt beim Verkauf der Wolle in der Zone 2 (alle Länder mit Ausnahme Australiens) eine Mindestkonzentration von 0,036 % vor. Der Kläger verlangte von seiner Lieferantin einen schriftlichen Nachweis der tatsächlichen Behandlung der Wolle mit einem Mottenschutzmittel.* William Baker Ltd. ließ die Wolle von der Wäscherei „Fitzgerald & Son Ltd.“ (Barnsley, England) behandeln. Diese Wäscherei verwendete bereits im Jahr 1996 anstelle des gewünschten Produkts Eulan SPA das Produkt Eulan ETS. Der Kläger erkundigte sich daher bei der Pharma AG nach den Mottenschutzmitteln Eulan ETS, SPA sowie HFC. Mit Schreiben vom 19.8.1996 teilte die Pharma AG dem Kläger mit, dass die Produkte Eulan SPA, ETS, HFC sowie CA 41102 (HFL) als

Mottenschutzmittel eingesetzt werden. Während die Produkte Eulan SPA und ETS mit dem Wirkstoff Permethrin zu den Kontaktgiften zählen, enthalten die Mittel Eulan HFC und (in flüssiger Form) CA 41102 (HFL) den Wirkstoff Sulcofuron, der als Fraßschutzmittel wirkt. Aus den dem Kläger übermittelten Bestätigungen der Wäscherei Fitzgerald & Son Ltd. ergab sich im Zeitraum Mai bis August 1996 die Verwendung des Mittels Eulan ETS mit einer Konzentration von 1 %. Im September 1996 wünschte der Kläger die Verwendung von Eulan CA 41102 (HFL). Bei nachfolgenden Wolllieferungen im November 1996 bestätigte die Fitzgerald & Son Ltd. die Verwendung dieses Produkts in einer Konzentration von 3 % im Waschbad. Im Juli 1997 wurde dem Kläger mitgeteilt, das Produkt Eulan HFC bzw. CA 41102 sei von den englischen Umweltbehörden verboten worden; als Ersatz wurde das Produkt Eulan ETS vorgeschlagen. Bei nachfolgenden Wolllieferungen ab Oktober 1997 stellte die Wäscherei Fitzgerald & Son Ltd. Bestätigungen über die Verwendung der Produkte Eulan SPA und Eulan CA 41102 aus.

Im September 1996 verkaufte der Kläger an Isabella und Andreas Fischer 213,23 m<sup>2</sup> Schaffwollisolierung zu einem Preis von ATS 41.369,99. Dieses Material stammte aus einer Lieferung, die mit dem Produkt Eulan SPA versehen sein sollte. Den Käufern wurde mitgeteilt, die verwendete Schafwolle sei eulanisiert und es könne nichts passieren. Tatsächlich entsprach die Imprägnierung dieses Materials nicht der von der Wäscherei Fitzgerald & Son Ltd. zugesicherten Konzentration von 1 %, sondern wies nur eine Konzentration von 0,0318 % Eulan SPA auf.

Im September 1998 bemerkte der Kläger in seinem Lager an aufgerissenen Stellen des von William Baker Ltd. angelieferten Rohmaterials Mottenbefall. Er ließ befallene und nicht befallene Materialien von der Pharma AG untersuchen. Die Pharma AG teilte mit, dass ausreichender Schutz erst ab einer Konzentration von 1,6 % Eulan HFL gewährleistet sei, was dem Kläger bis dahin nicht bekannt war. Sowohl die befallenen als

auch die nicht befallenen Proben enthielten unter 1,6 % Eulan HFL. Aufgrund dieser Vorkommnisse *führte der Kläger noch im Jahr 1998 ein Qualitätssicherungssystem dergestalt ein*, dass eine Probe jeder ankommenden Lieferung an die Pharma AG zur Bestimmung des Imprägnierungsgrades übermittelt wird. Auch beendete der Kläger mit Beginn des Jahres 1999 die Zusammenarbeit mit William Baker Ltd. Die *im Lager des Klägers noch vorhandenen Waren dieses Lieferanten ließ er bei dem Unternehmen Müller in Ried im Innkreis mit dem Mottenschutzmittel Eulan HFL erneut behandeln*, sodass eine den Vorgaben der Pharma AG ausreichende Imprägnierung vorhanden war. Die Ehegatten Fischer kauften im Februar 1999 entweder von dieser nachträglich imprägnierten Wolle *oder aus einer Lieferung des Nachfolgelieferanten* weiteres Isoliermaterial zu einem Preis von ATS 12.240,--, das *eine Konzentration von 2,2 % Eulan HFL enthielt*.

Erstmals im Frühjahr 2001 wurde der Kläger mit Mottenbefall bei einem Kunden konfrontiert. Dieses Material hatte der Kläger im Juli 1997 von William Baker Ltd. bezogen. Die Pharma AG stellte im Mai 2001 die Mindestausrüstung der Wolle mit Imprägnierschutz fest. Aufgrund der geringen Höhe der Sanierungskosten (ATS 57.300,--) entschied sich der Kläger, diesen Schadensfall zu regulieren. Er schloss mit dem Kunden (Fiala) eine Vereinbarung über eine Pauschalzahlung von ATS 48.000,-- „auf dem Kulanzwege und ohne damit eine Haftpflicht ... dem Grunde nach anzuerkennen“.

Im Sommer 2001 bemerkten die Käufer Fischer Mottenbefall in ihrem Haus. Andreas Fischer verständigte den Kläger telefonisch Anfang August 2001. Der Kläger *äußerte, er könne sich das nicht vorstellen*, sagte jedoch zu, sich die Sache anzusehen. Noch vor der Besichtigung kontaktierte der Kläger am 24.8.2001 den ihm persönlich bekannten geschäftsführenden Gesellschafter der Beklagten, Dr. Franz Lechner und erkundigte sich nach seiner rechtlichen Situation in dieser Angelegenheit. Dr. Lechner erklärte dem Kläger durch

Aufzeichnen einer „Haftungskette“ auf einem Papier, auf dem die Lieferantin des Klägers, der Kläger und der Endkunde dargestellt wurden, es bestehe eine Haftungsverpflichtung des Klägers für eventuelle Schäden für den Zeitraum von 30 Jahren. Dem Kläger gegenüber legte Dr. Lechner jedenfalls nicht klar, dass es sich um eine mögliche Maximalhaftung handeln könne. Bei dieser Besprechung wurde der Verarbeitungsvorgang im Unternehmen des Klägers nicht erörtert. Der Kläger teilte Dr. Lechner mit, das ihm gelieferte Material werde bearbeitet/umbearbeitet. Im Anschluss an dieses Gespräch verfasste Dr. Lechner einen Aktenvermerk mit ua folgendem Inhalt:

„...“

10. Aufgrund des aktuellen Gewährleistungs- und Schadenersatzrechtes ist es ja so, dass die Gewährleistungsfrist de facto aufgrund der Möglichkeit, auch Schadenersatz zu begehren, erst 30 Jahre nach Bekanntwerden von Schädiger und Schaden endet. Die Lebensdauer des Dämmstoffes ist unbegrenzt, kann auch 50 oder 100 Jahre sein, sodass wir diesbezüglich 30 Jahre lang im Risiko sind. ...“

Nachfolgend bearbeitete Mag. Robert Gergely die Sache, nach dessen Auffassung eine Haftung des Klägers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu bejahen war.

Vor Befassung der Beklagten gab der Kläger den Käufern Fischer keine Verbesserungszusage oder ein Anerkenntnis seiner Haftung ab. Er besichtigte die Situation vor Ort erstmals am 18.9.2001 und entnahm Proben sowohl im Fußbodenbereich als auch im Deckenbereich. Beide Proben ließ er von der Pharma AG überprüfen. *Dies ergab ausreichende Imprägnierung des Materials im Fußboden und zu geringe Imprägnierung des Materials in der Decke.*

Am 17.12.2001 beantragten Andreas und Isabella Fischer zu 7 Nc 36/01f Bezirksmootcourt Beweissicherung. Der bestellte Sachverständige Dr. Armin Konrad führte am 6.2. und am 6.3.2002 Ortsaugenscheine durch. Der Rechtsvertreter der

Käufer, Dr. Franz Kinkel, drängte dabei den Kläger mehrmals, seine Haftung anzuerkennen, was der Kläger am 6.2.2002 (in Abwesenheit seines Rechtsvertreters Mag. Gergely) ablehnte. Erst in der Befundaufnahme vom 6.3.2002 gab der Kläger über Anraten des Mag. Gergely ein Anerkenntnis ab.

Mit ihrer beim Landesmootcourt am 27.2.2002 zu 18 Cg 42/02c eingebrachten Klage begehrt die Käufer Fischer Zahlung von € 99.628,-- s.A. sowie die Feststellung der Haftung des Klägers für alle künftigen durch seine Schafwolllieferung verursachten Schäden. Begehrt wurde der Ersatz der Verbesserungskosten und der mit dem Mottenbefall verbundenen Aufwendungen. In der Klagebeantwortung vom 27.3.2002 brachte die Beklagte als Rechtsvertreterin des Klägers vor, der Kläger habe die Haftung dem Grunde nach gegenüber den Ehegatten Fischer zu keinem Zeitpunkt bestritten. Verwiesen wurde lediglich darauf, als Folge der Schadensminderungspflicht nach § 1304 ABGB müssten auf das eingeklagte Deckungskapital die - im Beweissicherungsverfahren anlässlich der Befundaufnahme vom 6.3.2002 - vereinbarten Eigenleistungen des Klägers angerechnet und die Verbesserungskosten weitgehend minimiert werden. Unrichtig wird in der Klagebeantwortung weiters ausgeführt, der Kläger habe von Anfang an den Mangel dem Grunde nach anerkannt und einer sofortigen Verbesserung zugestimmt. Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens wurde das Feststellungsinteresse zur Gänze bestritten.

Nach Befund und Gutachten des Sachverständigen Dr. Armin Konrad im Verfahren 18 Cg 42/02c Landesmootcourt wurde über Anraten der Beklagten im Jänner 2003 ein außergerichtlicher Vergleich abgeschlossen. Damit verpflichtete sich der Kläger, den Käufern Fischer einen Pauschalbetrag von € 96.000,-- sowie Verfahrenskosten von € 16.186,07 zu bezahlen. Mit Bezahlung seien alle wechselseitigen Ansprüche bereinigt und verglichen. Vereinbarungsgemäß durfte der Kläger den Prozess auf eigene Kosten fortsetzen, was in der Folge in Hinblick auf Regressansprüche gegen die Lieferantin William Baker Ltd., der

mit Schriftsatz vom 9.1.2003 der Streit verkündet worden war, auch geschah.

Nach Verständigung vom Mottenbefall an der im Frühjahr 1998 mit Dämmmaterial belieferten Hauptschule Schwaz im April 2003 *sagte der Kläger aufgrund der zuvor von der Beklagten erfolgten Rechtsbelehrung, wonach eine Haftung für 30 Jahre bestünde, auch in diesem Fall Sanierung zu.* Der Schulwart wünschte eine Sanierung in den Sommerferien 2003. Eine Überprüfung von Materialproben durch die Pharma AG ergab einen durchschnittlichen Eulan HFL-Gehalt von 0,302 % und damit eine mangelhafte Imprägnierung. Über Anraten des damaligen Geschäftsführers der Beklagten Mag. Gergely wurde am 18.7.2003 beim Bezirksmootcourt zu 24 Nc 7/03d gegen die Antragsgegnerin William Baker Ltd. ein Beweissicherungsverfahren zur Vorbereitung allfälliger Regressschritte eingeleitet. Die Sanierung an der Hauptschule Schwaz wurde in den Sommerferien 2003 durchgeführt. Der Kläger bezahlte dafür inklusive Kosten des Beweissicherungsverfahrens € 18.503,75.

*Hätte der Kläger Kenntnis davon gehabt, dass die ihm vorgetragene Rechtsmeinung (Haftung für Schäden über 30 Jahre lang) nicht richtig war, hätte er die Sanierungen in den Geschäftsfällen Fischer und Hauptschule Schwaz nicht im tatsächlich stattgehabten Ausmaß durchgeführt. Allenfalls hätte er versucht, mit den Kunden Kulanzlösungen, etwa in Form der Zurverfügungstellung von Dämmmaterial, zu finden.*

In rechtlicher Beurteilung dieses Sachverhalts vertrat das Erstgericht im Wesentlichen die Auffassung, die Beklagte habe dem Kläger unrichtige und unvertretbare Rechtsberatung erteilt. Haftung nach dem PHG wäre ausgeschieden. Zwar sei der Kläger als Verarbeiter eines Naturprodukts anzusehen, weshalb der Ausnahmetatbestand des § 4 Satz PHG idF BGBl Nr. 99/1988 nicht vorgelegen sei. Doch sei nach § 1 PHG nur der durch ein fehlerhaftes Produkt an anderen Sachen verursachte Folgeschaden zu ersetzen, wozu reine Vermögensschäden und auch Kosten der Mängelbehebung nicht zählten. Die vom Kläger in

beiden Geschäftsfällen aufgewendeten Beträge stellten ausschließlich Mängelbehebungskosten dar.

Auch scheidet Schadenersatz nach ABGB aus. Der Kläger als Produzent des von ihm verkauften Isoliermaterials haftete für seinen Zulieferer nicht wie für Erfüllungsgehilfen iSd § 1313a ABGB. Seinen Kontrollpflichten betreffend die ausreichende Imprägnierung der an ihn gelieferten Ware sei er nachgekommen, habe er doch für jede gelieferte Charge entsprechende Bestätigungen verlangt. Bis zum Mottenbefall im eigenen Lager im Herbst 1998 sei er mangels Hinweises auf die Unrichtigkeit der Bestätigungen nicht zu weitergehenden Kontrollen verpflichtet gewesen. Die Bestätigungen hätten bis dahin dem Mindestanforderungsmerkmal der damals vom Internationalen Wollsekretariat herausgegebenen Liste entsprochen. Nach dem Mottenbefall im Herbst 1998 habe der Kläger ein besonderes Sicherheitssystem durch Überprüfung jeder gelieferten Charge durch die Pharma AG eingeführt. Darüber hinaus habe er die gesamte vorhandene Ware nachimprägnieren lassen. Tatsächlich sei die im Jahr 1996 den Käufern Fischer gelieferte Isolierwolle nicht ausreichend gegen Mottenschutz imprägniert gewesen, sehr wohl aber die Lieferung aus Februar 1999. Mangels Verletzung von Kontrollpflichten liege ein Verschulden des Klägers nicht vor. Der Kläger haftete daher nicht für die sich aus dem Einbau eines mangelhaften Produkts ergebenden Sanierungskosten. Dies sei zum Zeitpunkt der rechtlichen Beurteilung der Haftung des Klägers durch die Beklagte bereits gefestigte und herrschende Ansicht gewesen, die von der Beklagten dem Kläger dargelegte Rechtsauffassung daher unvertretbar.

Für die 1996 und 1998 gelieferten Materialien habe noch die 6-monatige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen nach § 933 ABGB aF gegolten. Die Käufer Fischer hätten den Mottenbefall im Sommer 2001 bemerkt, ihre Klage sei am 27.2.2002 bei Gericht eingelangt. Der Kläger hätte Verfristung der Gewährleistungsansprüche nachzuweisen gehabt. Mangels

entsprechenden Einwands sei diese Frage nicht geprüft worden. Zwar sei fraglich, ob dem Kläger der Nachweis der Verfristung der Ansprüche der Käufer Fischer gelungen wäre. Allerdings hätte die Beklagte die Haftung des Klägers für allfällige Schadenersatzforderungen bestreiten und einwenden müssen, dem Kläger sei Verbesserungsmöglichkeit nicht gewährt worden. Denn mit der Klage sei primär der Ersatz des Deckungskapitals für die Vornahme der Gesamtsanierung und der Ersatz der den Käufern entstandenen Schäden begehrt worden, was die Gewährleistungsverpflichtung des Klägers überschritten hätte.

Hätte der Kläger nicht aufgrund der ihm von der Beklagten erteilten Rechtsbelehrung ein Anerkenntnis abgegeben und wären im genannten Verfahren die Ansprüche der Käufer bestritten worden, wäre eine Haftung des Klägers für die Sanierungskosten und der sonstigen Schäden entfallen. Dieselben Überlegungen gelten auch für den Geschäftsfall Hauptschule Schwaz. Die Beklagte hafte dem Kläger daher aus der Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten für die dem Kläger im Verfahren Fischer (€ 166.498,15) und für die Sanierung Hauptschule Schwaz (€ 18.503,75) entstandenen Schäden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger und mangelhafter Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Aufhebung und Zurückverweisung an das Erstgericht; in eventu wird Abänderung in eine vollständige Klagsabweisung begehrt.

Der Kläger beantragt mit seiner Berufungsbeantwortung, der Berufung der Beklagten nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Festzuhalten ist zunächst, dass die Beklagte in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 29.10.2008 im Hinblick auf eine entsprechende Urteilsfeststellung (US 7 unten) erklärte, ihre Ausführungen in Seite 1 und 2 der Berufungsschrift (betreffend die Frage der Richtigkeit der Übertragung des

Tonbandprotokolls über die Streitverhandlung vom 26.11.2007) seien gegenstandslos.

1. Zur Verfahrensrüge:

Einen Verfahrensmangel erblickt die Beklagte darin, dass das Erstgericht ihren Beweisantrag auf Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Schädlingsbekämpfung in Gebäuden nicht nachkam. Bei Aufnahme dieses Beweises hätte sich herausgestellt, dass der Kläger zu spät Qualitätssicherungsmaßnahmen eingeleitet habe.

Die Beklagte stellte den in Rede stehenden Beweisantrag mit Schriftsatz ON 16. Sie brachte dazu vor, der Kläger habe im September 1998 die letzte Wolllieferung von William Baker Ltd. erhalten. Im selben Monat sei Mottenbefall im Lager des Klägers aufgetreten. Erst im Sommer 1999 habe er Qualitätssicherungsmaßnahmen eingeleitet. Allerdings habe er im Februar 1999 den Ehegatten Fischer Wolle von William Baker Ltd. verkauft. Diese Wolle sei als Dämmmaterial im Dachstuhl "eingestopft" worden. Im Hause Fischer habe sich der Mottenbefall im Juli 2001 gezeigt. Der Zeitraum von ca. 2 Jahren sei biologisch gut kompatibel "zur Zuordnung der Ursache des Mottenbefalls aus der Wolle, die der Kläger Anfang September 1998 von William Baker angekauft und im Februar 1999 an Fischer verkauft" habe. Der Kläger habe daher in Kenntnis des Mottenbefalls im eigenen Lager darin gelagerte Ware an die Ehegatten Fischer verkauft, was zumindest grob fahrlässig sei.

Das Erstgericht hat in US 19f seine Gründe, die es zur Abstandnahme von diesem Beweismittel bewogen haben, umfassend dargelegt. Diesen Ausführungen ist beizutreten. Abgesehen davon, dass das Vorbringen des Beklagten, mit dem er diesen Beweisantrag zu untermauern versuchte, schon insofern unschlüssig ist, als zwischen September 1998 (Ankauf von Wolle bei William Baker Ltd.) und Juli 2001 (Auftreten von Motten im Haus Fischer) nicht 2 Jahre, sondern 2 Jahre und 10 Monate vergingen, läuft der Beweisantrag darauf hinaus, lediglich eine Hilfstatsache, nämlich die biologische Möglichkeit des

Auftretens von im Februar 1999 eingeschleppten Motten (erst) im Juli 2001 zu beweisen. Zur Rekonstruktion wäre der Sachverständige allerdings auf die ohnehin auch dem Erstgericht zur Verfügung gestandenen und von diesem auch verwerteten Beweisgrundlagen angewiesen gewesen, die letztendlich auch einer richterlichen Beweiswürdigung zu unterziehen waren, die dem Sachverständigen nicht zugestanden wäre. Ist nämlich - wie bei Behandlung der Feststellungsrüge noch ausführlich zu behandeln sein wird - davon auszugehen, dass von den 2 vom Kläger im September 2001 im Haus Fischer entnommenen Proben eine (nur) mit 0,0318 % Eulan SPA (Wirkstoff Permethrin; vgl Beilage ./G), die andere aber, nämlich das Muster 1809KK mit 2,2 % Eulan HFL (Wirkstoff Sulcofuron; vgl Beilage ./F) aufwies; und ist im Weiteren davon auszugehen, dass der Kläger nach dem Mottenbefall im eigenen Lager im September 1998 den gesamten Warenbestand von einem inländischen Unternehmer mit Eulan HFL nachbehandeln ließ; wohingegen die erste Lieferung an Fischer von September 1996 mit dem Mottenschutzmittel Eulan SPA ausgestattet gewesen war, so ist der einzig sichere Schluss, der daraus zu ziehen ist, jener, dass die den Ehegatten Fischer im Februar 1999 gelieferte Ware ausreichend mit Insektizid behandelt war. Dem in der Berufung dazu vertretenen Standpunkt, der Kläger habe zu spät Qualitätssicherungsmaßnahmen eingeleitet, ist zu entgegnen, dass es darauf, ab welchem Zeitpunkt der Kläger neue Lieferungen bei Einlangen chemisch untersuchen ließ, überhaupt nicht ankommt, wenn mit der für den Zivilprozess nötigen hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die im Februar 1999 an die Ehegatten Fischer verkaufte Ware ausreichend mit Insektizid behandelt war.

Richtig ist, dass die Beklagte in ihrem Beweisantrag ON 16 auch vorgebracht hat, dass "die Bestimmung und Konzentration des Insektizides (Imprägnierungsmittels) vom jeweiligen Besteller herrühren müsse, was sich schon daraus ergebe, dass länderspezifisch und klimaspezifisch unterschiedliche

Ausrüstungserfordernisse bestünden". Sie übersieht allerdings, dass ohnehin unstrittig ist, dass der Kläger von seiner Lieferantin die Ausrüstung der Wolle mit einem bestimmten Insektizid in einer bestimmten Konzentration verlangte (vgl US 6: "Der Kläger wünschte dabei die Verwendung des Mittels Eulan SPA in einer Konzentration von 0,6 %."), sodass die Beiziehung eines Sachverständigen aus dem Gebiet der Schädlingsbekämpfung in Gebäuden zum Beweis dieser Tatsache nicht notwendig war. Soweit die Beklagte im Weiteren argumentiert, das Erstgericht habe sich nicht mit der in englischer Sprache gehaltenen Seite 4 in Beilage ./B begnügen dürfen, übersieht sie, dass sie in erster Instanz den Sachverständigenbeweis nicht zur Frage beantragte, welches Insektizid in welcher Konzentration für welche Länder nach dem seinerzeitigen Stand der Technik anzuwenden gewesen wäre, um Schutz vor Mottenbefall zu gewährleisten. Im Gegenteil hat sie zur Richtigkeit der von der Klägerin vorgelegten Beilage ./B - dabei handelt es sich um Rechnungen von William Baker Ltd. vom 14.5. und 7.6.1996 samt einer Bestätigung der Wäscherei Fitzgerald vom 10.6.1996, wonach die Wolle mit einer 100%igen Lösung von Eulan ETS zu 1 % des Warengewichts behandelt worden war, und [als Seite 4] einem Auszug der Empfehlungen des Internationalen Wollsekretariats - auf das eigene Vorbringen verwiesen (vgl Streitverhandlungsprotokoll vom 5.2.2007, ON 7/2). Diese Empfehlungen des Internationalen Wollsekretariats von Oktober 1994 lauten - wie vom Erstgericht auch in US 6 zutreffend festgestellt - dahin, dass die Insektizide Eulan ETS und Eulan SPA der Pharma AG in allen Ländern (mit Ausnahme Australiens, Neuseelands und Südafrikas) mit gemäßigttem Klima in einer Konzentration von 0,036 empfohlen wurden. Ein anders lautendes Vorbringen hat die Beklagte in erster Instanz nicht erstattet. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf Seite 84 des Sachverständigengutachtens Konrad vom 6.9.2002, 18 Cg 42/02c-10 Landesmootcourt, einem E-Mail einer Mitarbeiterin der Pharma AG vom 3.9.2002 an den

Sachverständigen, wonach die "absolute Mindestmenge für Mottenschutz bei 0,035 % Eulan SPA 01 oder Eulan ETS 01 auf der Ware" liege. Hinzuweisen ist auch auf das Schreiben der Pharma AG vom 26.10.1998 an den Kläger (Beilage ./36 neu = Beilage ./39 alt), in dem auf angefügte Tabellen des "IWS", also des Internationalen Wollsekretariats, verwiesen und festgehalten wird, dass die aktuelle "IWS-Broschüre" von Oktober 1994 datiere. Eine Zusammenschau dieser Beweisergebnisse zeigt die Maßgeblichkeit der Seite 4 der Beilage ./B, weshalb das Erstgericht diese zu Recht seinen Tatsachengrundlagen zugrunde gelegt hat.

Somit leidet das erstinstanzliche Verfahren nicht an dem behaupteten Verfahrensmangel.

Auf den im Weiteren behaupteten Verfahrensmangel wird bei Behandlung der Rechtsrüge einzugehen sein.

## 2. Zur Feststellungsrüge:

Vorauszuschicken ist, dass der Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung nach ständiger Rechtsprechung nur dann dem Gesetz gemäß ausgeführt ist, wenn der Berufungswerber zumindest deutlich zum Ausdruck bringt, welche konkrete Feststellung bekämpft wird, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (Pimmer in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 467 ZPO Rz 40; Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 471 ZPO Rz 8). Festzuhalten ist weiters, dass der geltend gemachte Berufungsgrund nicht schon dann vorliegt, wenn das Erstgericht aufgrund des Beweisverfahrens auch Feststellungen treffen hätte können, die für den Rechtsstandpunkt des Berufungswerbers günstiger wären. Der Berufungsgrund liegt vielmehr nur dann vor, wenn das Erstgericht eine Begründung, wieso es zu bestimmten Feststellungen gelangt, unterlässt; wenn sich die getroffenen Feststellungen auf unschlüssige Überlegungen und

Schlussfolgerungen des Erstgerichtes gründen oder wenn die Beweiswürdigung und die sich darauf gründenden Tatsachenfeststellungen den Denkgesetzen widersprechen. Das Berufungsgericht hat im Zuge der Feststellungsrüge immer nur zu überprüfen, ob das Erstgericht die ihm vorgelegenen Beweisergebnisse nach der Aktenlage schlüssig gewürdigt hat, nicht aber, ob die getroffenen Feststellungen objektiv wahr sind (Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 146; Kodek aaO § 482 ZPO Rz 3). Eine unschlüssige oder unrichtige Würdigung der Beweisergebnisse liegt nicht vor, wenn das Erstgericht einer von zwei einander widersprechenden Erkenntnisquellen Glauben geschenkt hat, nicht jedoch der anderen, solange es seiner Begründungspflicht nach § 272 Abs 3 ZPO nachkommt und dabei die Gründe darlegt, aus denen es die festgestellten Tatsachen als erwiesen und andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angenommen hat (Rechberger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III § 272 ZPO Rz 11 mwN). Die Erledigung einer Feststellungsrüge durch das Berufungsgericht erfordert logisch nachvollziehbare Erwägungen, die sich mit den Kernargumenten des Rechtsmittelwerbers befassen, wobei auch eine knappe Begründung genügt, es also nicht erforderlich ist, sich mit allen Einzelheiten der Feststellungsrüge auseinanderzusetzen. Es können daher Umstände unerwähnt bleiben, die noch hätten erwähnt werden können, oder Erwägungen, die noch möglich gewesen wären, nicht angestellt werden, solange die tragenden Überlegungen des Berufungsgerichtes dargelegt werden (Zechner aaO Rz 145 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; RIS-Justiz RS0043371; RS0043268; RS0043162; 6 Ob 63/04i).

Im Einzelnen ist zu den Argumenten der Feststellungsrüge auszuführen:

Zunächst (in Seite 11 bis 15 der Berufung) bekämpft die Beklagte die Feststellungen des Erstgerichtes, wonach - zusammengefasst - der Kläger erstmals am 6.3.2002 über Anraten des Rechtsvertreters Mag. Gergely, nicht aber bereits früher,

und zwar weder gegenüber den Ehegatten Fischer noch gegenüber deren Rechtsvertretern, ein Anerkenntnis seiner Haftung abgegeben hat. Ersatzlos zu eliminieren sei die Feststellung, wonach der Rechtsvertreter der Ehegatten Fischer anlässlich der Befundaufnahmen vom 6.2. und 6.3.2002 den Kläger mehrmals auf Abgabe eines Haftungsanerkennnisses drängte, dies jedoch vom Kläger noch am 6.2.2002 abgelehnt wurde. Begehrt wird eine Ersatzfeststellung, wonach der Kläger gegenüber den Ehegatten Fischer bereits vor Befassung der Beklagten eine Verbesserungszusage erklärt habe. Zur Begründung verweist die Beklagte einerseits auf ein Schreiben des Klägers vom 27.12.2001 an die Rechtsvertreter der Ehegatten Fischer (Seite 70 des schriftlichen Befundberichtes des Sachverständigen Konrad vom 11.4.2002 im Beweissicherungsverfahren 7 Nc 36/01f Bezirksmootcourt), die vom Rechtsvertreter der Ehegatten Fischer, Dr. Franz Kinkel, verfassten Schriftsätze (insbesondere die Klage zu 18 Cg 42/02c Landesmootcourt) und schließlich die Angaben des Zeugen Mag. Robert Gergely sowie die Parteienvernehmung des Geschäftsführers der Beklagten Dr. Franz Lechner.

Damit vermag die Beklagte allerdings keine Umstände aufzuzeigen, die die Beweiswürdigung des Erstgerichtes und die darauf gegründeten Tatsachenfeststellungen ernstlich in Frage stellen könnten. Das Erstgericht hat die dazu vorliegenden Beweisergebnisse einer umsichtigen und sorgfältigen Beweiswürdigung unterzogen (vgl. US 14 bis 18), der vollinhaltlich beizutreten ist. Zu dem darin nicht erwähnten, aber nunmehr in der Berufung der Beklagten ins Treffen geführten, im Beweissicherungsakt 7 Nc 36/01f Bezirksmootcourt liegenden Schreiben des Klägers vom 27.12.2001, in dem der Kläger den Rechtsvertretern der Ehegatten Fischer unter Bezugnahme auf den Beweissicherungsantrag einen Sanierungsvorschlag unterbreitete, der allerdings erst die Entwicklung eines speziellen Geräts zur nachträglichen Aufbringung eines Insektizids beinhaltete, ist zu sagen, dass

dieses Lösungsangebot des Klägers den Rechtsstandpunkt der Beklagten schon deshalb nicht zu stützen vermag, hat sie doch in erster Instanz damit argumentiert, der Kläger habe bereits vor der ersten Beratung durch Dr. Lechner am 24.8.2001 den Ehegatten Fischer gegenüber seine Haftungsverpflichtung anerkannt und Sanierung zugesichert, weshalb beim Beratungsgespräch eine allfällige Ablehnung der Haftung nicht zur Diskussion gestanden sei. Entscheidend ist daher, ob aufgrund der Beweisergebnisse Tatsachenfeststellungen zu treffen sind, die rechtlich als konstitutives Anerkenntnis des Klägers im Sinne eines selbständigen Verpflichtungsgrundes (vgl für viele Neumayr in KBB<sup>2</sup> § 1375 ABGB Rz 2ff mwN) vor der ersten Befassung der Beklagten im August 2001 zu werten sind.

Maßgeblich sind dabei vor allem die Aussagen der Zeugen Andreas und Isabella Fischer, denen schon deshalb erhöhte Beweiskraft zukommt, weil sie kein wirtschaftliches Interesse am Ausgang dieses Rechtsstreits haben. Der Zeuge Andreas Fischer schilderte, bei seinem Anruf im Sommer 2001 habe der Kläger geäußert, er könne sich den Mottenbefall nicht vorstellen, er werde jedoch vorbeischauen. Anlässlich seines Besuches habe er erklärt, man müsse sich die Sache zunächst anschauen; eine Zusage habe der Kläger damals nicht gemacht. Die Haltung des Klägers sei grundsätzlich in Ordnung gewesen, weil er gekommen sei, sich die Sache angeschaut und auch getestet habe. Über Vorhalt des Inhaltes des Beweissicherungsantrages - in dem auf ein Anerkenntnis des Klägers Bezug genommen wird - gab der Zeuge an, der Kläger habe nichts zugesichert (ON 18/2 bis 4). Damit übereinstimmend deponierte die Zeugin Isabella Fischer, der Kläger habe ihnen gegenüber vor Einleitung von gerichtlichen Verfahren seine Haftung nicht anerkannt. Er habe nicht gesagt, dass dies seine Schuld sei. Er habe zugesagt, zu kommen und sich die Sache anzusehen. Damit habe er ein ordentliches Verhalten gezeigt, wenn er "natürlich nicht hoch erfreut" gewesen sei. Bei seinem Besuch im September 2001 habe er gesagt, die Sache müsse

überprüft werden. Es sei klar gewesen, dass er nicht sage, dass er die Sache richten werde. Das Verhalten des Klägers sei für sie im Moment ausreichend gewesen (ON 18/5). Von wesentlicher Bedeutung ist schließlich auch noch der Inhalt des Aktenvermerkes Beilage ./A, den Dr. Lechner über die Unterredung vom 24.8.2001 mit dem Kläger und dessen Ehefrau Elfriede Bauer anfertigte, worin mit keinem Wort erwähnt wird, der Mandant habe erklärt, bereits seine Haftung anerkannt zu haben. Vielmehr findet sich unter Punkt 10.) die in Seite 9 dieser Entscheidung wiedergegebene rechtliche Bewertung der Situation durch Dr. Lechner. Wenn das Erstgericht bei dieser Sachlage den Angaben des Klägers Glauben schenkte, (insbesondere) beim Telefonat mit Andreas Fischer seine Haftungsverpflichtung nicht anerkannt zu haben (ON 18/10), sondern erst im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren über Anraten des Mag. Gergely beim zweiten Termin mit dem Sachverständigen (ON 18/12), so erachtet das Berufungsgericht dies als unbedenklich. Es ist im Weiteren die Auffassung des Erstgerichtes zu teilen, den Angaben des Geschäftsführers der Klägerin, Dr. Lechner, und des Zeugen Mag. Georg Lechner komme geringere Glaubwürdigkeit zu und es ergebe sich der Verdacht, die Beklagte sei offensichtlich bemüht gewesen, dem Kläger ein bereits vor Befassung der Beklagten gegenüber den Ehegatten Fischer abgegebenes Anerkenntnis "unterzuschieben", um allfällige Problematiken bezüglich der bei der Besprechung am 24.8.2001 abgegebenen rechtlichen Beurteilung entkräften zu können (US 18). Die Darstellung des Dr. Lechner, er habe das ihm vom Kläger geschilderte Haftungsanerkenntnis deshalb nicht in den Aktenvermerk Beilage ./A aufgenommen, um seine Mitarbeiter bei der nachfolgenden Bearbeitung und rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes nicht festzulegen, ist ebenso wenig plausibel wie die Darstellung des Zeugen Mag. Gergely, er habe in der Korrespondenz im Jahr 2003 mit den zu diesem Zeitpunkt schon vom Kläger beigezogenen Rechtsanwälten Dr. Paul Felderer und Dr. Renate Weiß deshalb das Anerkenntnis des

Klägers nicht erwähnt, weil er zu diesem Zeitpunkt wegen der Infragestellung der von der Beklagten gesetzten rechtlichen Schritte dieses offensichtlich vergessen habe, weil er "damals nicht mehr so motiviert gewesen sei, diesbezüglich genau zu recherchieren" (ON 14/5f). Wie das Erstgericht zutreffend aufgezeigt hat, wäre allerdings nichts naheliegender gewesen, als die von Dr. Felderer im Schreiben vom 10.10.2003 aufgeworfenen Fragen (Beilage ./O) mit dem Hinweis auf ein vom Kläger verbindlich abgegebenes Anerkenntnis zu beantworten, weil sich dann die Fragen nach Überlegungen und Strategien bezüglich des Vergleiches mit der Familie Fischer und dem allfälligen Fristablauf von Gewährleistungsrechten erübrigt hätten.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die vom Berufungsgericht anzustellende Plausibilitätsprüfung die Unbedenklichkeit der bekämpften Tatsachenfeststellung des Erstgerichtes ergibt.

Soweit damit im Zusammenhang die Feststellung bekämpft wird (Seite 16 der Berufung), dass sich der Kläger gegenüber Andreas Fischer Anfang August 2001 telefonisch dahin geäußert hat, er könne sich den Mottenbefall nicht vorstellen; und dazu die Ersatzfeststellung begehrt wird, der Kläger habe sofort gewusst, dass es schon vorher einen derartigen Fall gegeben habe und er viele Häuser mit derartigen Dämmstoffen ausgestattet habe; ist zu sagen, dass die gewünschte Ersatzfeststellung nicht zwingend auf ein vor Befassung der Beklagten gegenüber den Ehegatten Fischer abgegebenes Haftungsanerkentnis des Klägers schließen lässt. Zudem bestand - wie die Berufung richtig argumentiert - die Befürchtung, angesichts der Ausstattung vieler Häuser mit derartigen Dämmstoffen durch den Kläger, es könnte das "Schiff untergegangen" sein, wie die Zeugin Elfriede Bauer deponierte (ON 14/13). Angesichts der möglichen Existenzbedrohung entspricht nun das vom Erstgericht festgestellte Verhalten des Klägers, nämlich einerseits zur Klärung der Sachlage bei den

reklamierenden Kunden Proben zu entnehmen und andererseits zur Klärung der Rechtslage anwaltlichen Rat zu suchen, der Lebenserfahrung mehr als die Abgabe eines konstitutiven Anerkenntnisses noch vor einer juristischen Beratung.

Ferner bekämpft die Beklagte die Feststellung des Erstgerichtes, dass der Kläger auch im Fall der Hauptschule Schwaz aufgrund der zuvor von der Beklagten erfolgten Rechtsbelehrung, es bestünde eine Haftung für 30 Jahre, Sanierung zusagte (Seite 15 der Berufung). Begehrt wird eine Feststellung, dass der Kläger im Fall der Hauptschule Schwaz mit Ausnahme der Einleitung des Beweissicherungsverfahrens vor dem Bezirksmootcourt nicht von der Beklagten beraten worden sei. Abgesehen davon, dass die Berufung insoweit nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt ist, als nicht dargelegt wird, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes unschlüssig sein soll, ergibt sich diese Feststellung zwanglos und lebensnah aus der Parteienvernehmung des Klägers (ON 18/14), er sei im Fall der Hauptschule Schwaz deshalb tätig geworden, weil er die Information erhalten habe, er würde 30 Jahre lang haften. Der Ursachenzusammenhang zwischen der Beratung der Beklagten und dem Tätigwerden des Klägers liegt somit auf der Hand. Unterstrichen wird dies noch dadurch, dass - wie vom Erstgericht festgestellt und in der Berufung auch zugestanden - das Beweissicherungsverfahren 24 Nc 7/03d des Bezirksmootcourts über Anraten des damaligen Geschäftsführers der Beklagten Mag. Gergely mit Eingabe vom 18.7.2003 eingeleitet und mit der Notwendigkeit der Vorbereitung allfälliger Regressschritte gegenüber der Antragsgegnerin William Baker Ltd. begründet wurde.

Zuletzt widmet sich die Feststellungsrüge (Seite 16 bis 22 der Berufung) einer Reihe von Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes im Zusammenhang mit der Imprägnierung der bei William Baker Ltd. bezogenen Schafwolle.

Hier ist erläuternd vorzuschicken, dass zwischen den den Wirkstoff Permethrin (ein Kontaktgift) enthaltenen

Insektiziden Eulan ETS und Eulan SPA einerseits und den den Wirkstoff Sulcofuron (Fraßgift) enthaltenden Insektiziden Eulan HFL, Eulan HFC und Eulan CA 41102 andererseits zu unterscheiden ist. Nach unwidersprochenen Ergebnissen des Beweisverfahrens hat der Kläger am 18.9.2001 im Haus Fischer zwei Proben entnommen und diese mit 1809K (aus der Deckenisolierung) und 1809KK (aus der Fußbodenisolierung) bezeichnet. Unbekämpft festgestellt hat das Erstgericht, dass der Kläger im Jahr 1996 die Verwendung des Mittels Eulan SPA (in einer Konzentration von 0,6 %) wünschte. Die Untersuchungen der Pharma AG ergaben für das Muster 1809K Werte von 0,0318 % Permethrin und 0,002 % Eulan HFL (also Sulcofuron), für das Muster 1809KK dagegen eine verschwindende Menge von 0,0014 % Trans-Permethrin, jedoch 2,2 % Eulan HFL (also Sulcofuron) Beilagen ./F und ./G). Dies übersieht die Beklagte, wenn sie in Seite 16 4. Absatz die Feststellung bekämpft, dass die Lieferung von Februar 1999 an die Ehegatten Fischer eine Konzentration von 2,2 % Eulan HFL aufwies. Vielmehr entspricht diese Tatsachenfeststellung den Ergebnissen des Beweisverfahrens.

Zur bekämpften Feststellung, wonach der Kläger die im Lager befindliche Wolle nach dem Mottenbefall im September 1998 nachträglich imprägnieren ließ, führt die Beklagte aus, der Kläger habe den einfachsten Nachweis dieser Behauptung, nämlich die Vorlage einer Rechnung über die Insektizidbehandlung, nicht erbracht. Begehrt wird die ersatzlose Entfernung dieser Feststellung, womit nach ständiger Rechtsprechung eine Feststellungsrüge nicht ordnungsgemäß ausgeführt ist (8 Ob 337/97k). Hinzu kommt, dass die Zivilprozessordnung feste Beweisregeln nicht kennt, im Gegenteil vom Prinzip der freien Beweiswürdigung des Richters beherrscht wird, sodass die Nichtvorlage einer Rechnung angesichts der im Gegensatz zum Standpunkt der Beklagten glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben der Zeugin Elfriede Bauer (ON 18/7) nicht dagegen spricht, dass die im

Lager vorhandene Ware bei einem inländischen Unternehmen nachimprägniert wurde. Bei lebensnaher Betrachtung ist es mehr als nachvollziehbar, dass im Unternehmen des Klägers danach getrachtet wurde, noch vorhandene Vorräte nicht nur zum Schutz des eigenen Lagers, sondern auch im Hinblick auf Verpflichtungen Kunden gegenüber, zumindest nachträglich ausreichend gegen Mottenbefall zu sichern.

Rechtlich nicht relevant ist die Feststellung, wonach die im Februar 1999 den Ehegatten Fischer verkaufte Wolle auch aus einer Lieferung eines Nachfolgelieferanten stammen könnte, hat das Erstgericht im Zuge dieses Feststellungskomplexes doch als mögliche Alternative auch eine Herkunft aus der von William Baker Ltd. bezogenen und nachträglich imprägnierten Wolle angeführt und dies in seiner Beweiswürdigung auch begründet.

Angesichts der unbedenklichen, vom Insektizidhersteller, der Pharma AG, stammenden Schreiben vom 10.10. und 10.12.2001 (Beilagen ./F und ./G), denen - wie bereits erläutert - zu entnehmen ist, dass eine der beiden am 18.9.2001 im Haus Fischer gezogenen Proben 0,0318 % Permethrin (also Eulan SPA oder Eulan ETS) enthielt, die andere hingegen 2,2 % Eulan HFL (mit dem Fraßgift Sulcofuron) ist nicht verständlich, auf welcher Grundlage die Beklagte eine Non-liquet-Feststellung über die Konzentration oder den Insektizidtyp des im Oktober 1996 und im Februar 1999 an die Ehegatten Fischer gelieferten Materials wünscht (Seite 17 vorletzter Absatz der Berufung).

Auf Grundlage dieser beiden Urkunden ist die des Weiteren bekämpfte Feststellung, wonach nach dem Ergebnis der Überprüfung durch die Pharma AG das Material im Fußbodenbereich ausreichend und das Material im Deckenbereich zu wenig imprägniert war, unbedenklich.

Wie bei Behandlung der Verfahrensrüge bereits dargelegt, entspricht die weitere bekämpfte Feststellung, dass seit Oktober 1994 vom Internationalen Wollsekretariat für das Mittel Eulan SPA beim Verkauf der Wolle in der Zone 2 (alle Länder außer Australien) eine Konzentration von 0,036 % als

Mindestkonzentration vorgeschlagen wurde, nicht nur der Seite 4 der Beilage ./B, sondern auch den bereits zitierten Mitteilungen der Herstellerfirma Pharma AG (Seite 84 des Gutachtens Konrad ON 11 in 18 Cg 42/02c Landesmootcourt; sowie Beilage ./36 neu = 39 alt).

Die bekämpfte Feststellung des Erstgerichtes, dass der Kläger (im Jahr 1996) vom Lieferanten William Baker Ltd. bezogen auf die jeweils gelieferten Materialien einen schriftlichen Nachweis der tatsächlichen Behandlung der Wolle mit Mottenschutzmittel verlangte, ist auf Basis der zahlreichen vorgelegten Rechnungen der William Baker Ltd. an den Kläger, denen entsprechende Zertifikate der Fitzgerald & Son Ltd. angeschlossen sind (vgl. Beilage ./2 neu = Beilage ./42 alt, Beilage ./7 neu = Beilage ./43 alt, Beilage ./13 neu = Beilage ./44 alt, Beilage ./15 neu = ./45 alt, Beilage ./16 neu = ./46 alt ua) sowie der Parteienvernehmung des Klägers (ON 18/8) unbedenklich. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger erst nach dem Mottenbefall im eigenen Lager von seiner Lieferantin entsprechende schriftliche Nachweise verlangt hätte, sind im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten nicht vorhanden.

Dass, wie die Beklagte festzustellen wünscht, im Schreiben des Klägers an die Pharma AG vom 9.8.1996 (Beilage ./4 = ./2 alt) und dem Antwortschreiben der Pharma AG vom 19.8.1996 (Beilage ./6 neu = ./3 alt) auf die notwendige Konzentration der Insektizide nicht Bezug genommen wird, ist vor dem Hintergrund verständlich, dass es dem Kläger bei diesem Vorgang um die Abklärung der Unterschiede zwischen den Mottenschutzmitteln Eulan ETS, Eulan SPA und Eulan HSC ging, um "kompetent auf Kundenanfragen antworten zu können" und - wie er in seiner Parteienvernehmung ON 18/9 erläutert - dem Vorwurf eines Mitbewerbers zu begegnen, das Mittel HFC bzw. HFL sei besser geeignet (als ETS bzw. SPA).

Das im Schreiben des Vertreters der William Baker Ltd., Henning Wolf, vom 19.11.1996 (Beilage ./14 neu = ./8 alt) nur

generell auf eine Vorgabe des Mittels "Eulan" Bezug genommen wird, lässt im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten keinen zwingenden Schluss darauf zu, dass der Kläger nicht eine konkrete Konzentration - wie vom Erstgericht festgestellt 0,6 % Eulan SPA - gefordert hätte, wobei in diesem Zusammenhang auch von Interesse ist, dass die Beklagte selbst vorgebracht hat (Schriftsatz ON 5/6), den Rechnungen der William Baker Ltd. vom 7.6.1996 und 27.8.1996 seien Bestätigungen über eine Ausrüstung mit 1 % Eulan ETS angeschlossen gewesen.

Die bekämpfte Feststellung des Erstgerichtes, wonach die Klägerin noch im Jahr 1998 ein Qualitätssicherungssystem einführte, findet ihre unbedenkliche Grundlage in den Angaben der Zeugin Elfriede Bauer, es sei möglich, dass dies ab Herbst 1998 angewendet worden sei (ON 14/15). Selbst wenn in einem E-Mail der Elfriede Bauer vom 9.5.2003 als Zeitpunkt der Einführung der Qualitätsstandards 1999 genannt wird, so spricht dies ebenso wenig wie die von der Beklagten begehrte Ersatzfeststellung (Seite 19 2. Absatz der Berufung), wonach die Qualitätssicherung 1999 eingeführt worden sei, dagegen, dass bereits vor der Lieferung an die Ehegatten Fischer im Februar 1999 derartige Sicherungsmaßnahmen angewandt wurden. Überdies kommt es - wie bereits dargelegt - darauf im Zusammenhang mit der zweiten Lieferung an Fischer nicht entscheidend an, weil nach den unbedenklichen Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes davon auszugehen ist, dass diese ohnehin ausreichend, nämlich mit 2,2 % Eulan HFL, mit Mottenschutz ausgerüstet war. Nicht ersichtlich ist die Relevanz der Frage, ob das "beidseitige Besäumen" erst 2000 eingeführt wurde oder bereits früher, würde auch durch eine derartige Bearbeitung der Wolle keine Änderung ihrer Zweckbestimmung und Brauchbarkeit bzw. Verwendung bewirken und damit den Kläger nicht zum Hersteller im Sinn des § 3 PHG machen.

Die bekämpfte Feststellung, dass die dem Kläger übermittelten Bestätigungen der Wäscherei Fitzgerald & Son

Ltd. im Zeitraum Mai bis August 1996 eine Verwendung des Mittels Eulan ETS mit einer Konzentration von 1 % ergaben, finden ihre unbedenkliche Grundlage in den Rechnungen samt angeschlossenen Bestätigungen Beilagen ./2 neu = 42 alt und ./7 neu = ./43 alt, wie dies - wie schon erwähnt - im eigenen Vorbringen der Beklagten (Schriftsatz ON 5/6) eingeräumt wird. Den Bestätigungen ist im Gegensatz zur Argumentation der Beklagten nicht etwa zu entnehmen, die Wolle wäre mit 1 %-igem Eulan ETS behandelt worden; vielmehr wurde bestätigt, dass die Wolle mit einer 100%igen Lösung von Eulan ETS zu 1 % des Warengewichts behandelt wurde. Dies kann sprachlich nicht anders interpretiert werden als eine Konzentration von 1 % Eulan ETS in Bezug auf das Warengewicht.

Schließlich wird die Feststellung bekämpft, dass der Kläger in Kenntnis des Umstandes, dass die ihm erteilte Rechtsbelehrung nicht richtig war, Sanierungen in den Fällen Fischer und Hauptschule Schwaz jedenfalls nicht im tatsächlich stattgehabten Ausmaß durchgeführt hätte, sondern allenfalls Kulanzvereinbarungen (Zurverfügungstellung von Dämmmaterial) mit den Kunden zu treffen versucht hätte. Diese Feststellung findet allerdings eine unbedenkliche Grundlage in der Parteienvernehmung des Klägers (ON 18/15f) und hält einer lebensnahen Betrachtung stand. Denn es kann wohl nicht ernsthaft angenommen werden, der Kläger hätte bei einer Rechtsbelehrung, in der seine Haftungsverpflichtung verneint worden wäre, im Fall Fischer rund € 150.000,-- an Sanierungskosten, Sachverständigengebühren und gegnerischen Rechtsvertretungskosten bezahlt oder im Zusammenhang mit der Hauptschule Schwaz rund € 18.500,-- an Sanierungskosten und Kosten des Beweissicherungsverfahrens aufgewandt. Es ist daher nicht ersichtlich, auf welcher Beweisgrundlage die gewünschte Feststellung getroffen werden sollte, der Kläger hätte auch im Fall der Hauptschule Schwaz unabhängig von der Rechtsberatung der Beklagten "ordnungsgemäß" saniert. Ob die dem Kläger von der Beklagten erteilte Rechtsbelehrung richtig war oder nicht,

ist dem Bereich der rechtlichen Beurteilung zuzuordnen und einer Tatsachenfeststellung nicht zugänglich.

Was die zuletzt begehrten "ergänzenden Feststellungen" in Richtung einer unzureichenden Befassung mit der Kontrolle der den Rechnungen beigelegten Zertifikaten bis zum Mottenbefall im eigenen Lager anlangt, hat das Erstgericht andere als die von der Beklagten gewünschte Tatsachenfeststellungen getroffen, die bei gesetzmäßiger Ausführung der Feststellungsrüge zu bekämpfen gewesen wären. Soweit sie in den vorgehenden Ausführungen der Feststellungsrüge bekämpft wurden, hat eine Befassung mit diesen Argumenten bereits im Rahmen der Behandlung der Feststellungsrüge stattgefunden. Richtig ist, dass verschiedene Bestätigungen insofern nicht der Vorgabe des Klägers (Eulan SPA) entsprachen, als darin das Insektizid Eulan ETS angeführt wird, doch entsprechen diese Insektizide einander durch den verwendeten Wirkstoff Permethrin; nach den Empfehlungen des Internationalen Wollsekretariats per Oktober 1994 (Seite 4 in Beilage ./B) waren beide Mittel in derselben Konzentration (0,036 %) aufzubringen. Die von der Beklagten ins Treffen geführte Passage des Schreibens des Klägers an Henning Wolf vom 27.10.1998 (Beilage ./37 neu = ./30 alt) bezieht sich auf Lieferungen ab 4.11.1996 und betreffen somit den ersten Verkauf an Fischer (September 1996) nicht. Weiters ist dem von der Beklagten angeführten Schreiben des Klägers vom 27.10.1998 an Henning Wolf zu entnehmen, dass ihm vor dem Mottenbefall im eigenen Lager im September 1998 nicht bekannt war, dass Fitzgerald & Son Ltd. das Insektizid "nicht homogen auf die Faser aufbringen" könne, sodass nicht ersichtlich ist, welchen Vorwurf die Beklagte daraus abzuleiten versucht, zumal - wie bei Darlegung der rechtlichen Erwägungen dargelegt werden wird - davon auszugehen ist, dass der Kläger ohne konkrete Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der ihm vorgelegten Bestätigungen der Fitzgerald & Son Ltd. nicht verpflichtet war, die ihm von William Baker Ltd. gelieferte Ware

stichprobenweise zur chemischen Analyse einzusenden, wie er dies ab Herbst 1998 handhabte.

Zusammenfassend ist somit zur Feststellungsrüge der Beklagten festzuhalten, dass Unschlüssigkeiten der Beweiswürdigung des Erstgerichtes nicht aufgezeigt werden. Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellungen des Erstgerichtes als das Ergebnis einer sorgfältigen und nachvollziehbaren Beweiswürdigung, die auch keine Widersprüche in sich aufweist und als lebensnah zu bezeichnen ist.

### 3. Zur Rechtsrüge:

Es ist zweckmäßig, die folgenden rechtlichen Überlegungen voranzustellen:

Der Vertrag zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten ist grundsätzlich ein Bevollmächtigungsvertrag, auf den in erster Linie die Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung (RAO), hilfsweise die Bestimmungen des ABGB für die Bevollmächtigung anzuwenden sind (Völkl/Völkl in ÖJZ 1998, 906; 2 Ob 224/97y). Gemäß § 9 RAO ist der Rechtsanwalt verpflichtet, die Rechte seiner Partei mit Gewissenhaftigkeit zu vertreten. Diese Bestimmung ergänzt § 1009 ABGB, der den Gewaltgeber verpflichtet, das ihm durch den Bevollmächtigungsvertrag aufgetragene Geschäft umsichtig und redlich zu besorgen (4 Ob 607/98; 2 Ob 224/97y ua). Dementsprechend hat der Rechtsanwalt nach § 1299 ABGB Nachlässigkeit bei der Besorgung der ihm übertragenen Aufgaben und das Nichterkennen der für die Ausübung seines Berufes erforderlichen Kenntnisse zu vertreten. Zu den wichtigsten Aufgaben des Rechtsanwaltes, der eine Vertretung übernimmt, gehört die erforderliche Belehrung seines Mandanten (6 Ob 226/97x; 7 Ob 316/01y; RIS-Justiz RS0038682), hat doch der Rechtsanwalt alle zur Vermeidung eines Rechtsverlustes seines Mandanten erforderlichen Maßnahmen zu treffen (9 Ob 327/97x; 7 Ob 316/01y; RIS-Justiz RS0026535). Aus § 9 RAO iVm § 1009 ABGB ergeben sich für den Anwalt eine Reihe von Pflichten, wie ua Warn-, Aufklärungs-, Informations- und Verhütungspflichten, die alle Ausprägung der

Kardinalspflicht des Rechtsanwalts sind, nämlich der Pflicht zur Interessenswahrung und zur Rechtsbetreuung (2 Ob 224/97y; 6 Ob 292/00k; 7 Ob 316/01y; RIS-Justiz RS0112203). Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Anwaltes nicht überspannt und von ihm nur der Fleiß und die Kenntnis verlangt werden, die seine Fachkollegen gewöhnlich haben (RIS-Justiz RS0026584; RS0026535). Wer einen Rechtsanwalt betraut, darf annehmen, dass dieser im besonderen Maße geeignet ist, ihn vor Nachteilen zu schützen, und daher alle zur Wahrung der Interessen seines Auftraggebers notwendigen und zweckmäßigen Schritte zu unternehmen (stRsp: für viele 6 Ob 740/87 mwN). Der Rechtsanwalt ist somit verpflichtet, die von ihm vertretene, meist rechtsunkundige Partei in rechtlicher Hinsicht vollständig und zutreffend zu belehren, vor Nachteilen zu bewahren und für ihre rechtliche Absicherung Sorge zu tragen (SZ 46/66; 1 Ob 516/89 uva). Der Anwalt als Rechtsvertreter hat grundsätzlich die Aufgabe, den an ihn herangetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu prüfen und die nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Verwirklichung des ihm bekannten Geschäftszwecks zu unternehmen (RIS-Justiz RS0026566). Der Rechtsanwalt muss auch bestrebt sein, den Mandanten zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes zu befragen, weil keineswegs erwartet werden darf, dass der juristische Laie die relevanten Umstände von sich aus mitteilt (2 Ob 44/89 = RIS-Justiz RS0038682 [T1]; 6 Ob 740/87 = RIS-Justiz RS0026566 [T2]). Ein Schaden des Mandanten bei Vernachlässigung dieser Pflichten tritt aber nur dann ein, wenn bei entsprechender Aufklärung oder bei sorgfältiger Durchführung der dem Rechtsanwalt erteilten Aufträge ein anderer Erfolg zu erwarten gewesen wäre. Der infolge mangelnder Aufklärung unterbliebene Prozess oder der Erfolg eines aus Verschulden des Rechtsanwaltes unterbliebenen Rechtsmittels ist daher hypothetisch nachzuvollziehen. Es ist dabei zu beurteilen, wie das Verfahren mit überwiegender

Wahrscheinlichkeit geendet hätte (RZ 1977/27; SZ 56/181; 6 Ob 740/87 ua; RIS-Justiz RS0022706). Rechtsanwälte schulden keinen bestimmten Erfolg, sondern lediglich fachgemäße Beratung und Vertretung des Klienten. Die Nichterfüllung besteht im Fall solcher Sorgfaltsverbindlichkeiten in der Sorgfaltsverletzung. Diese ist als Ursache des entstandenen Schadens vom Kläger zu beweisen (1 Ob 87/99x). Der Kläger ist somit für die Behauptung beweispflichtig, dass der Schaden bei einem bestimmten und möglichen pflichtgemäßen Handeln des Rechtsanwaltes nicht eingetreten wäre (RIS-Justiz RS0022700).

Die Beklagte vertritt in ihrer Rechtsrüge erkennbar den Standpunkt, ihre Rechtsberatung sei richtig gewesen, weil der Kläger nach dem Produkthaftungsgesetz (PHG) oder nach allgemeinem Schadenersatzrecht gehaftet hätte.

a) Schadenersatz:

Den Ausführungen des Erstgerichtes ist grundsätzlich beizutreten.

Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger habe sich gegenüber den Ehegatten Fischer verpflichtet, mottenresistentes Material zu liefern. Seine Lieferantin sei ihm daher als Erfüllungsgehilfin nach § 1313a ABGB zuzurechnen, er habe für ihr Verschulden zu haften. Darüber hinaus hätte der Kläger den Ehegatten Fischer auch wegen Vernachlässigung seiner nachvertraglichen Produktbeobachtungspflicht gehaftet. Schließlich sei ihm auch vorzuwerfen, dass er nicht von Anfang an, also ab 1996, bereits die später eingeführte Qualitätssicherungsmaßnahmen vorgenommen habe. In Hinblick auf die Konsequenzen unzureichend behandelter Wolle hätte bei der Überprüfung einlangender Ware erhöhte Sorgfalt angewendet werden müssen.

Was zunächst eine Haftung des Klägers im Rahmen des § 1313a ABGB anlangt, so ist festzuhalten, dass Erfüllungsgehilfe ist, wer zur Erfüllung einer bereits bestehenden Sonderverbindung eingesetzt wird (Karner in KBB<sup>3</sup>, § 1313a ABGB mwN). Auch selbständige Unternehmer können

Erfüllungsgehilfen sein, wobei es nur darauf ankommt, dass der Unternehmer vom Geschäftsherrn zur Erfüllung herangezogen wurde. Entscheidend ist die vertragliche Vereinbarung des Geschäftsherrn mit dem Dritten und die interpretative Ermittlung der jeweils übernommenen Leistungs- und Sorgfaltspflichten, zu deren Erfüllung man sich eines Gehilfen bedient. In diesem Sinn ist der Produzent nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, da dieser nicht zur Herstellung verpflichtet ist; auch ein Zulieferer von Rohstoffen oder Bestandteilen ist regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Produzenten (Kärner aaO, Rz 4 mwN aus der Rsp).

So hat der Oberste Gerichtshof in der von der Beklagten ins Treffen geführten Entscheidung 1 Ob 265/03g festgehalten, dass der Endhersteller eines Produkts, der dessen fehlerhafte Teile nicht selbst erzeugte, im Allgemeinen nur dann haftbar ist, wenn er den von einem Dritten gelieferten Teil nicht ausreichend kontrollierte oder den Zulieferer nicht sorgfältig auswählte, weshalb der Endhersteller wegen eines bei der Produktion selbst unterlaufenen Mangels gewöhnlich nicht in Anspruch genommen werden könne. Im Anlassfall wurde deshalb eine Haftung des Werkunternehmers angenommen, weil Vertragsinhalt die „Abdichtung eines Hallenschwimmbadbeckens“ war, sodass der Werkunternehmer sich nicht nur zu einer Werkleistung verpflichtete, sondern auch zur Bereitstellung eines geeigneten Produktes eines selbständigen, weisungsfreien Dritten, den er in die Leistungserbringung einbezog (vgl dazu Kärner aaO). Die Ergebnisse dieser Entscheidung sind allerdings auf den vorliegenden, anders gelagerten Sachverhalt nicht übertragbar, war der Kläger doch seinen Kunden gegenüber nicht zu Werkleistungen oder zur Herstellung verpflichtet, sondern lediglich zur Übergabe grundsätzlich geeigneter Ware (vgl RIS-Justiz RS0022662). Der Kläger haftete daher nicht iSd § 1313a ABGB für Verschulden seiner Lieferantin.

Den Kläger traf aber eine Pflicht zur Kontrolle der gehandelten Ware. Für den Sorgfaltsmaßstab ist § 1299 ABGB maßgebend, wobei das Ausmaß der Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden darf. Insbesondere muss nicht jeder einzelne Zwischenhändler kostspielige Maßnahmen zur Kontrolle der Produktion treffen (vgl. RIS-Justiz RS0026094). In diesem Sinn hat etwa der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 7 Ob 2361/6y festgehalten, es hieße die Sorgfaltspflicht des Händlers überspannen, würde ihm die Verpflichtung auferlegt, die vom Erzeuger zugesicherten bestimmten Eigenschaften (Frostbeständigkeit) der vom Händler bloß vertriebenen Waren durch eigene Tests überprüfen zu müssen. Mangels besonderer Umstände oder konkreter Verdachtsmomente müsse der Händler sich auf die Auskunft des Produzenten verlassen können.

Nach den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes überprüfte der Kläger anhand der Lieferscheine die ausreichende Mottenschutzbehandlung der ihm von seiner Lieferantin gelieferten Ware. Bei Abweichungen von den von ihm erteilten Vorgaben holte er Erkundigungen bei der Herstellerin des Mottenschutzmittels ein, woraus sich ergab, dass das verwendete Produkt dem von ihm - entsprechend den Empfehlungen des Internationalen Wollsekretariats - gewünschten Mittel entsprach. Dass ausreichender Schutz erst bei höherer Konzentration gewährleistet sei, war dem Kläger zum Zeitpunkt des Verkaufes in beiden hier gegenständlichen Geschäftsfällen nicht bekannt, sondern wurde ihm von der Herstellerin des Mottenschutzmittels erst nach September 1998 mitgeteilt. Bis zum Auftreten des Mottenbefalls im eigenen Lager im September 1998 bestand für den Kläger kein Anlass, die ihm von seiner Lieferantin zur Verfügung gestellten Bestätigungen betreffend die Imprägnierung der Ware in Zweifel zu ziehen. Bis dahin war daher von ihm nicht zu verlangen, jede Lieferung einer Kontrolle durch chemische Überprüfung zu unterziehen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten war der Kläger auch nicht verpflichtet, im Rahmen einer nachvertraglichen

Produktbeobachtung die bereits vor Kenntnis der Unzuverlässigkeit der ausgestellten Bestätigungen verkaufte Ware nachträglich zu kontrollieren. In der von der Beklagten ins Treffen geführten Entscheidung 2 Ob 309/99a hätte die Lieferantin vier Monate vor dem Unfall anlässlich einer Prüfung des Vertragsgegenstandes den zusätzlichen Einbau von Schutzvorrichtungen empfehlen können. Mangels nachvertraglichen Kontakts zwischen dem Kläger und seinen Abnehmern ist die genannte Entscheidung nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Hinzu kommt, dass nach dem Einbau der vom Kläger gelieferten Ware durch eine nachträgliche Kontrolle die später im Zusammenhang mit der Beseitigung der Isolierung und dem Einbau einer neuen Isolierung entstandenen Aufwendungen nicht geringer ausgefallen wären.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Beklagte den Kläger darüber aufklären hätte müssen, dass er aus dem Titel des Schadenersatzes nicht in Anspruch genommen werden konnte, und ihm auch nicht zur Abgabe eines Anerkenntnisses raten hätte dürfen.

b) Produkthaftung:

Gemäß § 1 Abs 1 PHG 1988 in der zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens (1996 und 1998) geltenden Fassung haften primär der Unternehmer, der das schadensstiftende fehlerhafte Produkt hergestellt und in den Verkehr gebracht hat (Z 1) sowie der Unternehmer, der es zum Vertrieb in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt und hier in den Verkehr gebracht hat (Importeur).

Da Großbritannien zum Europäischen Wirtschaftsraum gehörte, scheidet eine Inanspruchnahme des Klägers als Importeur aus. Zu prüfen ist daher, ob der Kläger als Produzent (Erzeuger, Hersteller) iSd § 1 Abs 1 Z 1 PHG anzusehen ist. Nach § 3 PHG ist Hersteller im Sinn des § 1 Abs 1 Z 1 leg. cit. derjenige, der das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt erzeugt hat, sowie jeder, der

als Hersteller auftritt, indem er seinen Namen, seine Marke oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt. Hersteller ist somit in erster Linie der Erzeuger eines Produkts iSd § 4 PHG, nicht aber Personen, die an einer körperlichen Sache bloß Arbeiten verrichten, die nicht in deren Herstellung bestehen (Welser, PHG [1988] § 3 Rz 3). In Hinblick auf die Verwendung des Begriffs „Verarbeitung“ in § 4 zweiter Satz PHG (idF vor der Novelle BGBl I 1999/185) wird zwischen „Verarbeitung“ iSd § 414 ABGB und bloßer „Bearbeitung“ einer Sache iSd § 312 ABGB unterschieden. Während es bei einer Verarbeitung einer Sache zu einer rechtserheblichen Wesensveränderung durch Umgestaltung oder Änderung ihrer äußeren Form und damit zu einer Änderung ihrer Zweckbestimmung und Brauchbarkeit bzw. Verwendung kommt, damit also eine „neue“ Sache mit anderem Namen entsteht, lässt die bloße Bearbeitung die Natur und Zweckbestimmung der Sache unverändert (vgl Barchetti/Formanek, PHG 51 f). In den Bereich des Bearbeitens gehört das Portionieren, Verpacken und Abfüllen ansonsten unveränderter Produkte, aber auch das Zubereiten im Sinn eines Fertigmachens zum Gebrauch (Barchetti/Formanek aaO 52; Welser aaO, § 3 Rz 8). In diesem Sinne zählt zur Bearbeitung land- und forstwirtschaftlicher Produkte etwa das Pasteurisieren und Abfüllen von Milch oder das Waschen von roher Schafwolle, weil in diesen Fällen das Wesen der Produkte nicht grundlegend verändert wird, während das Verspinnen von Schafwolle eine erste Verarbeitung darstellt (Barchetti/Formanek aaO 65; Preslmayr, PHG [1993] 55).

Nach den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes wurde im Unternehmen des Klägers die in Ballen verpackt gelieferte Schafwolle in einem mechanischen Kämmprozess „parallelisiert“, wodurch das Material nicht verändert wurde. Die Schafwolle wurde weder erwärmt noch gewaschen oder in einer anderen Form chemisch behandelt. Die dem Kläger angelieferte Schafwolle könnte auch in ihrem Rohzustand als Dämmmaterial verwendet

werden, was manche Kunden des Klägers auch wünschten. Durch den Bearbeitungsvorgang im Unternehmen des Klägers wurde die Schafwolle in eine manchen anderen Anwendern angenehmere und besser handhabbare Form gebracht, wobei die Wolle je nach gewünschter Breite abgelegt, zusammengelegt und nachfolgend aufgerollt wurde. Der Kläger bot die so bearbeitete Schafwolle in unterschiedlicher Dicke und unterschiedlichen Dämmwerten an. Dabei war auf der Verpackung die Bezeichnung "Isoalpha" bzw. "Isobeta" nicht angebracht.

Auf Grundlage der dargelegten rechtlichen Leitlinien war der Kläger somit nicht als Produzent iSd § 1 Abs 1 Z 1 PHG anzusehen, hat er die Ware doch nicht im dargelegten Sinn verarbeitet, sondern bloß bearbeitet. Mangels Anbringung eines den Anschein der Erzeugerschaft hervorrufenden, unterscheidungskräftigen Zeichens auf der Verpackung war der Kläger auch nicht als Anscheinshersteller im Sinn des § 3 2.Fall PHG anzusehen. In Betracht käme daher lediglich die subsidiäre Haftung als Händler iSd § 1 Abs 2 PHG, von der sich der Kläger allerdings durch Nennung des Erzeugers befreien hätte können, sofern nicht überhaupt die vom Kläger vertriebene Ware in Hinblick auf die Ausnahmebestimmung des § 4 Satz 2 PHG 1988 in der damals gültigen Fassung (als landwirtschaftliches Naturprodukt, das noch keiner ersten Verarbeitung unterzogen worden war) von der Produkthaftung ausgenommen war. Der Kläger hätte daher bei umfassender und richtiger Rechtsbelehrung von der Beklagten darüber aufgeklärt werden müssen, dass er eine Inanspruchnahme nach dem PHG durch Nennung des Erzeugers iSd § 1 Abs 2 PHG abwenden konnte. Dass der Kläger bei einer solchen Rechtsbelehrung kein Anerkenntnis abgegeben hätte, liegt auf der Hand.

Von diesen rechtlichen Überlegungen ausgehend leidet das erstinstanzliche Verfahren entgegen dem Standpunkt der Beklagten nicht an dem in Seite 6 der Berufung relevierten Verfahrensmangel, der darin erblickt wird, dass das Erstgericht für die Parteien überraschend die vom Kläger in

beiden Geschäftsfällen aufgewendeten Beträge als nicht iSd § 1 Abs 1 PHG ersatzfähige Sachschäden qualifiziert hat. Denn darauf, ob überhaupt ersatzfähige Schäden vorlagen, kommt es bei der hier vertretenen Auffassung, dass der Kläger nicht als Produzent iSd § 1 Abs 1 Z 1 PHG anzusehen war, nicht mehr entscheidend an. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die Schafwolle allenfalls kein Naturprodukt iSd § 4 Abs 2 PHG mehr darstellte, weil sie vom Lieferanten des Klägers mit Insektizid behandelt worden war (vgl Seite 7 der Berufung).

Aus den dargelegten Erwägungen war der Berufung ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der ordentlichen Revision nach § 502 Abs 1 ZPO liegen vor, weil zum Begriff der Verarbeitung im Sinn des § 4 2.Satz PHG, der für die Beurteilung der Herstellereigenschaft des Klägers im Sinn der §§ 1 und 3 PHG entscheidend ist, eine Judikatur des Obersten Gerichtshofs nicht ersichtlich ist und dieser Rechtsfrage über den vorliegenden Fall hinaus Bedeutung zukommt.

Oberlandes - Mootcourt, Abt. 2,  
am 18.2.2009  
**Dr. Franziska Hofer**