



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht Linz

16 R 255/09x

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch die Richter
Dr. _____ als Vorsitzenden sowie Dr. _____ und
_____ in der Rechtssache der klagenden Partei **Bundeskammer für
Arbeiter und Angestellte**, Prinz-Eugen-Straße 20-22, 1040 Wien, vertreten
durch **Stenitzer & Stenitzer Rechtsanwälte OEG**, 8430 Leibnitz, Hauptplatz
32-34, gegen die beklagte Partei
Star-Light-Models, Wiener Straße 268, 4030 Linz, vertreten durch

Rechtsanwälte in 4020 Linz, _____ wegen € 4.569,72 s.A. über die
Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse € 4.324,07 s.A.) und den
Kostenrekurs der klagenden Partei (Kostenrekursinteresse € 1.084,76) gegen
das Urteil des Bezirksgerichtes Linz vom 26.8.2009, 16 C 463/04t-108, in
nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der beklagten Partei wird **nicht Folge** gegeben.

Dem Kostenrekurs der klagenden Partei wird **teilweise Folge** gegeben.

Die Kostenentscheidung wird dahin **abgeändert**, dass das angefochtene
Urteil einschließlich des unbekämpften und bestätigten Teils zu lauten hat:

*„Die beklagte Partei ist binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution
schuldig, der klagenden Partei € 4.569,72 samt 4 % Zinsen seit 2.9.2003 zu
bezahlen sowie die mit € 15.875,17 (darin enthalten € 1.876,59 USt und
€ 4.615,65 Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.“*

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit € 652,32 bestimmten Kosten des Berufungs- und Kostenrekursverfahrens (darin enthalten € 108,72 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Begründung:

Unstrittiger Sachverhalt:

Die beklagte Partei betreibt in Linz unter der Bezeichnung **[REDACTED]** (AS 59) ein Unternehmen. Um zu erreichen, dass sich Personen als Models bei der beklagten Partei melden, in deren Model-Kartei aufgenommen werden und mit der beklagten Partei eine Vermittlungsvereinbarung treffen, nimmt sie in Österreich und Deutschland Werbeschaltungen vor. Die beklagte Partei verlangte, dass eine Foto-Präsentation, entweder Fotomappe oder sog. „Sed-Card“ hinsichtlich der in die Kartei aufgenommenen Models vorhanden ist, wobei die beklagte Partei dann, wenn das Model noch keine Fotomappe oder Sed-Card hatte, sich regelmäßig anerbote, selber für deren Erstellung zu sorgen. Den Models war freigestellt, sich anderswo Fotomappen bzw. Sed-Cards anfertigen zu lassen, auch bereits vorhandene Fotos für die Gestaltung zu verwenden. In Fällen, in denen die Models dieses Anerbieten der beklagten Partei angenommen haben - dies war bei sehr vielen Models der Fall, so auch bei den Models, die ihre Forderungen an die klagende Partei abgetreten haben, nämlich

hat die Beklagte mit ihr bekannten Fotografen zusammengearbeitet und diese direkt bezahlt. Die beklagte Partei hat die Fotomappen bzw. „Sed-Cards“ mit den vom Model ausgewählten Fotos selber gestaltet und hergestellt, sowie in Fällen, in denen vom Model auch eine Internet-Präsentation gewünscht war, für dieselbe die von den Models dazu ausgewählten Fotos verwendet. Die Models haben das Honorar an die beklagte Partei, die dieses für „Sed-Card“-Gestaltung bzw. Internet-Präsentation verrechnete, bezahlt.

Diejenigen Personen, die ihre Forderungen an die klagende Partei abgetreten haben (in Hinkunft Zedenten genannt) haben sich ebenfalls für die Anfertigung von Fotomappen bzw. „Sed-Cards“ und einige auch für die Internet-Präsentation durch die beklagte Partei entschieden und dafür an die Beklagte die in Klammern genannten Beträge zu dort genannten Zeitpunkten direkt bezahlt, nämlich (€ 508,72 am 21.3.2001),
€ 508,72 am 29.3.2001), (€ 545,05 am 7.6.2001), (€ 472,38 am 23.6.2001),
(€ 472,38 am 23.6.2001), (€ 472,38 am 30.8.2001 und für die Internetpräsentation € 145,34 am 24.9.2001), (€ 472,38 am 30.8.2001 und für die Internetpräsentation € 145,34 am 24.9.2009),
(€ 581,38 am 30.11.2001) und (€ 545,10 am 5.6.2001, welcher ihr am 26.9.2003 rückerstattet wurde).

Die genannten neun Personen haben jeweils eine Vermittlungsvereinbarung mit der beklagten Partei geschlossen und wurden innerhalb des einen Vertragsjahres kein einziges Mal als Model vermittelt. Bis auf welcher durch ausdrückliche schriftliche Zusatzvereinbarung zugesagt war, dass sie zumindest einmal im Vertragsjahr vermittelt werden würde, was aber auch bei ihr nicht zutraf, hat keiner der genannten Personen die für die Fotomappen bzw. „Sed-Cards“ und die für die Internet-Präsentation getätigten Aufwendungen von der beklagten Partei ersetzt erhalten, obwohl die beklagte Partei dazu aufgefordert wurde.

Die beklagte Partei verwendete bei der Vermittlungsvereinbarung mit den Models einen schriftlichen Formularvertragstext, der ab Aufnahme der Tätigkeit der Model-Agentur bis zum Abschluss der mit den genannten Personen getroffenen Vermittlungsvereinbarungen textgleich blieb, in welcher angekreuzt werden konnte, in welcher Sparte der Einsatz vorgesehen war, nämlich „Modelle“, „Künstler“, „TV-Produktion“, „Werbungen aller Art“, „Messe-Personal“. Der Vertragstext trug die Überschrift „Vermittlungsvereinbarung“ und lautet wie folgt:

„Abgeschlossen zwischen der Firma Star-Light-Models“, Wiener Straße 268, 4030 Linz und Herrn/Frau, wohnhaft in PLZ, Ort, Straße (im nachfolgenden Text als Vertragspartner titulierte).

Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Regelung von sämtlichen betrieblichen und die damit zusammenhängenden Angelegenheiten. Die Vereinbarung ist für ein Jahr gültig. Vor diesem Zeitpunkt kann die Vereinbarung jederzeit schriftlich vom obig genannten Vertragspartner gekündigt werden. Die Firma Star-Light-Models verpflichtet sich nach Erhalt der Sed-Card bzw. nach Erhalt der Fotomappe mit der Vermittlung des Vertragspartners an potentielle Kunden im Bereich seriöse Werbe- und Modeaufnahmen. Sollte der Vertragspartner einen Auftrag als nicht annehmbar halten, so ist er berechtigt, diesen ohne weitere Erklärung abzulehnen. Der Vertragspartner ist daher berechtigt, nicht jedoch verpflichtet, einen Auftrag anzunehmen. Auf wirtschaftliche Rentabilität kann keine Zusicherung gemacht werden. Die Kosten für die Fotomappe bzw. Sed-Card werden vom Vertragspartner selbst getragen. Häufigkeit der Aufträge richtet sich nach Angebot und Nachfrage des jeweiligen Typs und obliegt dem Kunden. Der Vertragspartner nimmt zur Kenntnis, dass die Kosten für Sed-Card bzw. Fotos selbst zu tragen sind und diese nicht rückerstattet werden können und somit an die Firma Star-Light-Models nicht Forderungen jeglicher Art gestellt werden können. Bei jeder Vermittlung steht der Firma Star-Light-Models eine Provision in Höhe von 20 % zu. Der Vertragspartner bestätigt, dass er als selbständiges Model arbeitet. Die Firma Star-Light-Models garantiert dem Vertragspartner nur an seriöse Werbe- und Modefirmen anzubieten. Diese Vereinbarung wird in zwei Ausfertigungen errichtet, wovon der Vertragspartner und die Firma Star-Light-Models eine erhält.

Unterschrift/Firmenstempel

Unterschrift/Model

Für den Fall, dass sich ein Model dafür entschieden hat, auch per Internet vermittelt werden zu wollen, war vereinbart, dass pro Monat ATS 250,- oder im Jahres-Abo ATS 2.000,- inkl. MWSt zu zahlen sind.

Die klagende Partei stützte ihr Klagebegehren auf die Abtretung der Ansprüche von

Diese seien von der

beklagten Partei bewusst und listig über die Geschäftsverbindungen und Möglichkeiten der beklagten Partei, sie als Model vermitteln zu können, über ihre Bereitschaft, hierzu gewisse Bemühungen anzustellen sowie über die tatsächlichen Kosten der verlangten Fotomappe und über die wirklichen Absichten der Beklagten, nämlich nach dem Empfang der Zahlungen der Bewerber keine weiteren Leistungen mehr zu erbringen, in Irrtum geführt und zum Abschluss der Verträge sowie zur Zahlung des begehrten, wesentlich überhöhten Entgelts veranlasst worden.

Die beklagte Partei habe diese Irreführung insbesondere dadurch bewirkt, dass sie schon in der Formulierung der Zeitungsinserate den falschen Eindruck erweckt habe, es sei praktisch jedermann als Fotomodell geeignet, dass sie anlässlich der Vorstellungsgespräche völlig aus der Luft gegriffen, jedem einzelnen, unabhängig von der Erscheinung, die Eignung als Model ausdrücklich versichert habe und sie innerhalb der nächsten Zeit mit ein bis zwei, teilweise drei Aufträgen pro Monat rechnen könnten und so die von der Agentur verlangte Zahlung sofort wieder hereinkommen würde. Weiters habe die beklagte Partei einen bedeutenden Kundenstock vorgetäuscht, indem sie behauptet habe, sie vermittle Modelle an namhafte Firmen. Zur Unterstreichung der vorgetäuschten Bedeutung ihres Unternehmens hätte die beklagte Partei auch die tatsachenwidrige Behauptung aufgestellt, sie hätte bekannte Persönlichkeiten bereits als Models vermittelt. Die beklagte Partei habe diese Irreführung auch dadurch bewirkt, dass sie vorgab, jeder Bewerber müsste von sich unbedingt eine Fotomappe, sog. „Sed-Card“ erstellen lassen, welche nur von einem bestimmten, ausgewählten von der Beklagten namhaft gemachten Fotostudio hergestellt werden könnte und welche zwischen € 436,04 und € 581,- kosten würde, obwohl es sich um wesentlich überteuerte dilettantische Lichtbildaufnahmen gehandelt habe, die tatsächlich nur einen Bruchteil des von der beklagten Partei geforderten Betrages gekostet hätten und wodurch sich die beklagte Partei einen erheblichen Vermögensvorteil verschafft habe, weil das Inkasso von ihr selbst vorgenommen worden sei.

Soweit sich die beklagte Partei auf die Bestimmung des jeweiligen schriftlichen Vertrages, wonach auf wirtschaftliche Rentabilität keine Zusicherung gemacht werden könne, Kosten für die Fotomappe bzw.

Sed-Cards vom Vertragspartner selbst zu tragen seien, die Häufigkeit der Verträge sich nach Angebot und Nachfrage des jeweiligen Typs richte und dem Kunden obliege, dass der Vertragspartner zur Kenntnis nehme, dass die Kosten für Sed-Cards bzw. Fotos selbst zu tragen seien und diese nicht rückerstattet werden könnten und somit an die Firma [REDACTED] keine Forderung jeglicher Art gestellt werden könnten, berufe, sei entgegenzuhalten, dass diese Bestimmungen nicht Inhalt der Erklärungen der Verbraucher geworden seien, weil die Beklagte aufgrund ihrer ausdrücklichen oben wiedergegebenen gegenteiligen Zusicherungen die Unterfertigung der Urkunde durch die Verbraucher nicht so interpretieren dürfe, als hätten sich jene diesen Vertragsbestimmungen unterworfen. Die Festlegung des Inhaltes der Urkunde sei allein der Beklagten überlassen. Die beklagte Partei sei sich bewusst gewesen, dass sie ihre Vertragspartner durch die vorausgegangenen Erklärungen in Irrtum geführt hätte und habe sich bewusst sein müssen, dass der andere Teil eine Unterschrift leiste, ohne sich selbst eine genaue Vorstellung vom Inhalt zu machen. Die beklagte Partei, die den Irrtum ihrer Kunden erkannt habe, weil sie ihn selbst herbeigeführt habe, könne sich auf diese Vertragsbestimmungen nicht berufen. Es gelte nur das tatsächlich von den Verbrauchern gewollte, wie ihnen dies von der beklagten Partei vorgegaukelt worden sei.

Die Zedenten seien nicht als Models geeignet gewesen, eine Vermittlung durch die beklagte Partei sei von Anfang an für nicht möglich erachtet worden.

Die Qualität der Foto-Sed-Cards, die die Zedenten bezahlt hätten, sei nicht so professionell, dass zu erwarten sei, dass die Fotomodelle auch tatsächlich an seriöse Firmen vermittelbar seien. Die Oberfläche der angefertigten Foto-Sed-Cards habe gezeigt, dass es der beklagten Partei nicht vordringlich darum gegangen sei, die Kunden später zu vermitteln, sondern nur darum, das zu hoch angesetzte Entgelt für die Sed-Cards einzunehmen. Die bloße Herstellung der Sed-Cards sei für die Zeugen sinnlos gewesen. Der Zweck der Sed-Cards habe darin bestanden, dass die Sed-Cards einer erfolgreichen Vermittlung der Kunden der beklagten Partei an verschiedene Firmen dienen sollten. Die Mangelhaftigkeit der von der beklagten Partei erbrachten Leistung sei erst später hervorgekommen, nicht bereits zum

Zeitpunkt der Übermittlung der Sed-Cards an die Kunden der beklagten Partei. Die Sed-Cards würden nicht den Qualitätskriterien seriöser Unternehmen mit dem Unternehmenszweck, also der Vermittlung prinzipiell geeigneter Personen, für entgeltliche Aufträge durch Darstellung bzw. Zurverfügungstellung des eigenen Bildes, entsprechen. Diese Qualitätsmängel seien dadurch ersichtlich, dass einerseits bei vielen Fotos die nötige Schärfe der Aufnahmen fehle und die Oberflächenbeschaffenheit des Trägermaterials von mangelhafter Professionalität zeuge. Dies deutet daraufhin, dass die billigst mögliche Herstellung gewählt worden sei, um Kosten zu sparen und den Gewinn aus der Herstellung der Sed-Cards zu maximieren. Auch zeige sich an vielen Aufnahmen, dass die Darstellung der Personen in äußerst nachteiliger Art und Weise erfolgt sei. Dies zeige, dass es der beklagten Partei nur darum gegangen sei, Personen dazu zu bringen, unter der Vorspiegelung, sie seien als Model vermittelbar, diese Sed-Cards zu bestellen.

Die Zedenten hätten keine Gegenleistung von der beklagten Partei erhalten, weil ein tatsächlicher Vermittlungsversuch der beklagten Partei für diese Personen nicht durchgeführt worden sei. Die Einnahmen aus den Sed-Cards seien in Wahrheit die einzigen Einnahmen der beklagten Partei gewesen. Eine Vermittlung habe nicht stattgefunden.

Die klagende Partei stützt das Klagebegehren schließlich auch noch ausdrücklich auf den Anspruchsgrund der „laesio enormis“ (AS 308), § 15 MaklerG und § 879 ABGB, insbesondere Wucher.

Die beklagte Partei schulde den Klagsbetrag auch deshalb, weil sie die Zedenten nicht aufgeklärt habe, dass es unterschiedliche Vermittlungserfolge, je nach Aussehen eines Models, gebe und es schwierig sei, bei durchschnittlichem Aussehen als Fotomodell vermittelt zu werden.

Für den Fall, dass die beklagte Partei die Sed-Cards versendet habe oder sonstige Vermittlungsbemühungen entfaltet habe, seien diese Bemühungen nicht geeignet gewesen, die Pflichten der Beklagten aus den Vermittlungsverträgen einzuhalten. Die bloße Versendung von an sich schon für die Vermittlung ungeeigneten Sed-Cards stelle keine ausreichende Vermittlungstätigkeit dar. Die Versendung von Sed-Cards an Firmen habe daher bloß zum Schein stattgefunden.

Die beklagte Partei bestritt, beantragte kostenpflichtige Klagsabweisung und wendete ein, dass sie nicht den Erfolg schulde, nämlich nicht eine geglückte Vermittlung, sondern nur das Bemühen darum. Es habe sich die beklagte Partei auch um die Vermittlung der unter Vertrag genommenen Personen bemüht.

Es sei im Vertragstext bereits ausgeführt, dass keine Erfolgsgarantie abgegeben werde. Die beklagte Partei habe sehr wohl einen Vermittlungswillen gehabt und nicht bloß einen solchen vorgeschoben.

Es sei ihr nicht bloß darum gegangen, zu erreichen, dass sie über Wunsch der Models die Anfertigung von Fotos für die Herstellung von Fotomappen bzw. der Sed-Cards vermittele. Teilweise seien sogar bei der Anfertigung der Sed-Cards eigene Tätigkeiten der Beklagten entfaltet worden. Es habe drei, später zwei, bevorzugte Fotografen gegeben, mit denen die Beklagte zusammengearbeitet habe. Es haben sehr wohl auch erfolgreiche Fotomodel-Vermittlungen stattgefunden.

Die beklagte Partei entfalte eine nachhaltige Tätigkeit auf dem Markt der Model-Agenturen. Es hänge allerdings die Nachfrage nach Models von der Marktlage ab. Es sei auch keineswegs so, dass nur Personen mit landläufig schönem Aussehen als Fotomodelle vermittelbar seien, zumal in verschiedenen Einsatzgebieten, wie etwa in der Werbung, auch immer wieder sog. „Typen“ gefragt seien. Irreführende Versprechungen seien den Models nicht gemacht worden.

Hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche aus Gewährleistung, Irrtum, Laesio enormis, wendete die beklagte Partei Verjährung ein.

Mit dem Urteil im ersten Rechtsgang wies das Erstgericht das Begehren der klagenden Partei mit Ausnahme des die Zedenten¹ betreffenden Teilbetrages von € 245,65 s.A. ab und sprach die klagende Partei schuldig, der beklagten Partei die Verfahrenskosten zu bezahlen.

In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, dass es keinesfalls zwingend mit dem Vertragsabschluss bei der beklagten Partei gefordert gewesen sei, dass die Zedenten über die beklagte Partei Sed-Cards

anfertigen lassen. Es sei den Zedenten frei gestellt gewesen, ob sie selbst für Fotoaufnahmen sorgen und diese verwenden oder gleich eine eigene Sed-Card beibringen oder, dass die beklagte Partei Sed-Cards anfertige. Eine Rüge innerhalb der Verjährungsfrist, was die schlechte Qualität der Sed-Cards anlangte, sei durch die Personen gar nicht erfolgt, ebenso wenig eine Rüge der Verkürzung über die Hälfte. Innerhalb der Verjährungsfrist sei lediglich geltend gemacht worden, dass es der beklagten Partei an Vermittlungswillen fehle. Diesen Nachweis habe aber die beklagte Partei nicht erbringen können. Die beklagte Partei schulde aufgrund der abgeschlossenen Verträge nicht den Erfolg, also nicht die erfolgreiche Vermittlung als Fotomodell, insbesondere nicht in der Modebranche, sondern das Evidenthalten in ihrer Model-Kartei und Vermittlung. Die beklagte Partei habe mit den abgeschlossenen Vermittlungsvereinbarungen keine über den schriftlichen Vertragstext hinausgehenden Verpflichtungen übernommen und seien die übernommenen Verpflichtungen gering. Dass nur zum Schein ein Vermittlungsbemühen vorgelegen habe, sei von der klagenden Partei nicht nachgewiesen. Auch habe nicht nachgewiesen werden können, dass den Zedenten vorgegaukelt worden sei, überdurchschnittlich schön zu sein oder alle Vorzüge für die Modebranche zu haben. Im Gegenteil sei gesagt worden, dass auch Menschen mit Durchschnittsaussehen eine Chance hätten, in der Werbung oder als Komparsen vermittelt zu werden. Dass dafür die Zedenten nicht geeignet seien, habe das Beweisverfahren nicht ergeben. Es sei kein Vorbringen erstattet worden, dass die Zedenten dahingehend in Irrtum geführt worden seien, dass es nötig sei, dass sie in der Werbung oder als Komparsen eine Fotomappe oder Sed-Card haben müssten. Die mangelnde Qualität von Fotos und Fotomappen bzw. Sed-Cards bzw. Internet-Präsentationen sei von den Zedenten nicht gerügt worden. Es sei daher Verjährung eingetreten.

Das Landesgericht Linz als Berufungsgericht gab mit Beschluss vom 1.7.2009 zu 16 R 105/09p der Berufung der klagenden Partei im Sinne des Aufhebungsantrages Folge und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung auf. In seiner Begründung stellte das Berufungsgericht zunächst klar, dass unbekämpft feststehe, dass

sich die vorliegenden Sed-Cards für die Vermittlung als Fotomodel in der Modebranche nicht eignen, eine Eignung für den Bereich der Vermittlung als Komparsen aber gegeben ist. Für die Eignung der von der beklagten Partei hergestellten Sed-Cards zur Vermittlung der Zedenten in den Bereich als Fotomodel für die Werbung liege hingegen keine eindeutige Feststellung vor. Es gehe aus der getroffenen Feststellung in Zusammenschau mit der damit korrespondierenden Beweiswürdigung nicht klar hervor, ob das Erstgericht meinte, dass sich die Sed-Cards generell für die Vermittlung in der Werbung, also als Fotomodell und als Komparsen eignen, oder aber bloß für den Bereich Komparserie und zwar über die Modebranche hinaus auch im Bereich der (sonstigen) Werbung. Dass es aber auch in der Werbung die Unterscheidung in echte Fotomodell und Komparsen gibt, bringe der Sachverständige [REDACTED] [REDACTED] in seiner Gutachtenserörterung zum Ausdruck. Da es somit an einer (klaren) Feststellung dazu fehle, ob die vorliegenden Sed-Cards für die Vermittlung der Zedenten als Fotomodel in der Werbung und nicht bloß als Komparsen in der Werbung geeignet sind, liege somit kein primären Feststellungsmangel vor, sondern - da dies im Rahmen einer Irrtumsanfechtung von rechtlicher Relevanz sei und mit dem erstgerichtlichen Vorbringen der klagenden Partei korrespondiere - ein sekundärer. Die klagende Partei habe ihr Vorbringen ausdrücklich auf den Rechtsbehelf der Irrtumsanfechtung gestützt, wobei sie unterschiedlichste konkrete Angaben machte, wie und worüber die beklagte Partei die Zedenten bei Vertragsabschluss in die Irre geleitet habe. Unter anderem führe die klagende Partei bereits in der Klage aus, dass die beklagte Partei die Irreführung auch dadurch bewirkt habe, dass sie vorgab, jeder Bewerber müsse eine Sed-Card erstellen lassen, obwohl es sich dabei um eine wesentlich überbewertete dilettantische Lichtbildaufnahme gehandelt habe. Dies sei in weiterer Folge durch das Vorbringen ergänzt worden, dass die Qualität der Foto-Sed-Cards nicht so professionell gewesen sei, dass die Fotomodelle auch tatsächlich an seriöse Firmen vermittelbar gewesen wären. Die klagende Partei gebe damit klar zu erkennen, dass die Zedenten von der beklagten Partei über die Tatsache der Qualität der von ihr erstellten Sed-Cards dahin in Irrtum geführt wurde, als diese in Wahrheit gar nicht für die vereinbarte Vermittlung geeignet

waren. Die klagende Partei habe daher - entgegen der Ansicht des Erstgerichts - ihr Anfechtungsbegehren unter anderem auch auf einen Irrtum über die Eigenschaft der Sed-Cards gestützt, für dessen Beurteilung im konkreten Fall auch die Frage nach der Eignung der Sed-Cards für die Vermittlung in der Werbebranche rechtlich relevant sei.

Das Berufungsgericht führte weiters aus, dass zu hinterfragen sei, von welchen gewöhnlichen Eigenschaften der Sed-Cards die Zedenten nicht zuletzt aufgrund der Erklärungen der beklagten Partei bei Bestellung, also im Abschlusszeitpunkt des Vertrages, ausgehen konnten. Der Vermittlungsvertrag stehe in einem direkten sachlichen Zusammenhang mit der Beauftragung der Sed-Cards und sei der Grund dafür gewesen, dass die Zedenten die Sed-Cards in Auftrag gaben (gekoppeltes Vertragsverhältnis). Aus dem Inhalt des Vermittlungsvertrages ergebe sich klar, dass die von der beklagten Partei hergestellten Sed-Cards jene Eigenschaften haben müssen, um damit die vereinbarte Vermittlung zu ermöglichen. Nach dem Vermittlungsvertrag habe sich die beklagte Partei zur Vermittlung des Vertragspartners verpflichtet, also der Zedenten an potentielle Kunden „im Bereich der seriösen Werbe- und Modeaufnahmen“, also nicht bloß - wie vom Erstgericht überdies festgestellt - zur Vermittlung in der Modebranche. Da die beklagte Partei für die Vermittlung das Vorhandensein von Sed-Cards (bzw. Fotomappen) vorausgesetzt habe und die Vermittlungstätigkeit erst „nach Erhalt“ dieser beginnen habe wollen, hätten die Zedenten auch davon ausgehen können, dass eine Vermittlung ausschließlich im Bereich der Komparserie nicht angedacht war, weil dort - wie das Erstgericht auf Urteilsseite 19 feststellt habe - Sed-Cards für die Vermittlung nicht erforderlich und daher eine „Fleißaufgabe“ seien. Es sei schon angedacht gewesen, dass die Models zumindest auch in Bereichen eingesetzt werden, in denen für die Vermittlung bzw. Buchung der Models Sed-Cards erforderlich sind. Dadurch dass die beklagte Partei die Notwendigkeit von Sed-Cards im Vermittlungsvertrag hervor gestrichen und sie sich angeboten habe, für die vereinbarte Vermittlung geeignete Sed-Cards gegen Entgelt herzustellen, habe sie die Vorstellung bei den Zedenten hervorgerufen, dass die beauftragten Sed-Cards für eine solche Vermittlung in einem Bereich, in dem für die Bewerbung Sed-Cards auch üblicherweise eingesetzt werden, auch

geeignet seien. Diese Vorstellung sei auch noch dadurch verstärkt worden, dass die beklagte Partei den Zedenten eine Referenzmappe mit Sed-Cards vorlegte und darauf hinwies, dass in diesen Fällen die Vermittlung auch tatsächlich „funktionierte“.

Maßgeblich sei, welche Eigenschaften üblicherweise von den Sed-Cards aufgrund der Erklärungen der beklagten Partei bei Vertragsschluss zu erwarten gewesen sind. Bereits aus dem Vorbringen, dass jeder Zedent eine Sed-Card als Bewerbungsunterlage haben muss, um von der beklagten Partei vermittelt zu werden, habe bei den Zedenten die Vorstellung hervorgerufen, dass sich die angebotenen und in weiterer Folge von den Zedenten beauftragten Sed-Cards auch für jene Bereiche tatsächlich eignen, in denen für die Vermittlung auch üblicherweise Sed-Cards als Bewerbungsunterlagen benötigt werden. Dass das nicht der Fall sei, hätte daher von der beklagten Partei bekanntgegeben werden müssen. Dazu gebe es aber kein Vorbringen ihrerseits.

Das Berufungsgericht trug daher dem Erstgericht auf, nach allfälliger Beweisergänzung festzustellen, ob sich die Sed-Cards für die Vermittlung der Zedenten als Fotomodels im Bereich der Werbebranche im Vermittlungszeitraum eignen oder nicht. Dies sei für die abschließende Beurteilung, ob im gegenständlichen Fall ein beachtlicher Eigenschaftsirrtum vorliege, noch erforderlich. Sollte sich herausstellen, dass die Sed-Cards nicht geeignet waren, um zur Vermittlung der Zedenten als Fotomodel in der Werbe- und Modebranche zu dienen, wird von einem beachtlichen Eigenschaftsirrtum auszugehen sein, dem die Zedenten bei Vertragsschluss unterlagen. Dies unabhängig davon, ob die Sed-Cards zur Vermittlung der Zedenten als Komparsen geeignet gewesen sind.

Die vom Erstgericht aufgezeigten Bedenken, dass der Rückforderungsanspruch aus dem Titel der Irrtumsanfechtung bereits im Zeitpunkt der Geltendmachung verjährt gewesen sei, teilte das Berufungsgericht nicht. Nachdem das Vorbringen zur Irrtumsanfechtung und zwar auch zum Eigenschaftsirrtum bereits in der Klage erhoben und in der Folge bloß ergänzendes Vorbringen erstattet worden sei, sei die 3-jährige Verjährungsfrist knapp noch nicht abgelaufen gewesen. Die Verträge seien

nach den Feststellungen am 21.3.2001 oder später geschlossen worden, die Klage sei aber schon am 18.3.2004 eingebracht worden.

Im nunmehr angefochtenen Urteil im zweiten Rechtsgang gab das Erstgericht ohne ergänzende Beweisaufnahme dem Klagebegehren im Sinne der Berufungsentscheidung zur Gänze statt und verpflichtete die beklagte Partei zum Ersatz der Verfahrenskosten in Höhe von € 15.383,88 (darin € 1.862,15 USt und € 4.211,20 Barauslagen).

Das Erstgericht legte seiner Entscheidung folgenden, entscheidungswesentlichen Sachverhalt (Urteilsseiten 16 bis 25) zugrunde, auf den im Übrigen gemäß § 500a ZPO verwiesen wird:

Es kann bis auf [REDACTED] nicht festgestellt werden, dass die Zedenten entgegen den von ihnen unterfertigten Vermittlungsverträgen von Seiten der beklagten Partei zugesichert erhalten haben, dass sie in dem einen Vertragsjahr zumindest einmal als Fotomodell vermittelt werden. Bei keiner dieser 8 Personen war es so, dass ihnen vor Unterschriftsleistung auf der Vermittlungsvereinbarung gesagt wurde, dass sie hier unterschreiben, dass ihnen garantiert wird, dass sie mindestens einmal im Vertragsjahr als Fotomodell vermittelt werden.

Es kann nicht festgestellt werden, dass einer der genannten neun Personen vor Vertragsunterzeichnung von der beklagten Partei bzw. ihren Angestellten vorgegaukelt worden wäre, sie habe große Erfolgsaussichten in der Modebranche erfolgreich vermittelt zu werden, obwohl das Aussehen der Person bereits zeigte, dass dem nicht so war. Keineswegs alle der neun Personen kommen schon vom Aussehen her nicht für die Modebranche in Betracht, außerdem war ja von allen neun Personen auch oder hauptsächlich angestrebt, z.B. Vermittlung in der Werbung, keineswegs angestrebt „nur Modebranche“. In den Verträgen ist keine Sparte extra angekreuzt, offenbar wollten alle vielseitig eingesetzt werden und war ihnen jede Sparte recht.

Es kann nicht festgestellt werden, wie viel die beklagte Partei an die befassten Fotografen, nämlich [REDACTED] und [REDACTED], bezahlt hat. Hinsichtlich der neun genannten Personen sind die von der beklagten Partei angefertigten Sed-Cards schlecht im Sinne von provinziell und für eine Vermittlung in der

Modebranche ungeeignet. Zur Vermittlung als Komparse sind sie sehr wohl geeignet.

Es war nie so, dass von der beklagten Partei gesagt worden sei, dass zwingend für den Abschluss des Vermittlungsvertrages notwendig sei, dass über die beklagte Partei eine Fotomappe bzw. Sed-Card-Anfertigung zu organisieren sei. Ganz im Gegenteil wurde den Personen, die als Model unter Vertrag genommen wurden bzw. werden wollten, gesagt, dass es ihnen freistehe, ob sie sich selber Sed-Cards bzw. Fotoaufnahmen besorgen oder aber dies über die beklagte Partei organisieren lassen wollen. Viele Personen, so auch die Zedenten, entschieden sich dafür, die Fotomappen bzw. Sed-Cards über von der Beklagten empfohlene Fotografen anfertigen zu lassen.

Die beklagte Partei hat selber Fotomappen bzw. Sed-Cards von den aufgesuchten Fotografen angefertigten Fotos gestaltet und selber gedruckt, darüber gesondert von der Vermittlungsvereinbarung Rechnung gelegt und kassiert.

Vereinbart war, dass das Recht auf die hergestellten Bilder beim Model liegt und nicht beim Fotografen bleibt. Von den in einer Anzahl von etwa 200 Stück angefertigten Fotomappen bzw. Sed-Cards wurden einige an das jeweilige Model übergeben, die übrigen wurden von der Beklagten an verschiedene Firmen übersendet, um zu erreichen, dass eine Buchung erfolgt und zusätzlich wurden auch noch die vom Model als „nicht schön“ empfundenen und nicht für die Fotomappe bzw. Sed-Card ausgewählten Fotos dem Model übergeben, sowie auch Abzüge von ausgesuchten Fotos für private Zwecke je nach Wunsch erstellt und übergeben.

Die Zedenten haben gegenüber der Beklagten vor dem gegenständlichen Verfahren die Qualität der hergestellten Fotomappen bzw. Sed-Cards als schlecht, provinziell, für erfolgreiche Vermittlung ungeeignet, oder überteuert in dem Sinne, dass sie nicht einmal die Hälfte des gezahlten Preises wert seien, nicht genug und keine Verbesserung begehrt.

Die Beklagte hat sehr wohl Bemühungen entfaltet, um zu erreichen, dass die von ihr unter Vertrag genommenen Modelle auch tatsächlich als Fotomodelle erfolgreich vermittelt werden. Sie hat die angefertigten Sed-Cards

an verschiedene Firmen versendet, jedoch kam es nie zu einer geglückten Vermittlung. Es kann nicht festgestellt werden, dass es der Beklagten in Wahrheit gar nicht darum gegangen ist, die unter Vertrag genommenen Models an verschiedene Firmen zu vermitteln und, dass es ihr in Wahrheit nur darum gegangen ist, zu erreichen, dass die unter Vertrag genommenen Personen Fotomappen bzw. Sed-Cards über die beklagte Partei anfertigen lassen, die Fotos die Beklagte direkt an die Fotografen zahlt und die festgestellten Beträge von den Models einhebt und dann keine Vermittlungsbemühungen mehr entfaltet. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Zedenten völlig ungeeignet sind, als Model vermittelt zu werden.

Die von der beklagten Partei erstellten Fotomappen bzw. Sed-Cards sind zwar für die erfolgreiche Vermittlung in der Modebranche wegen ihrer Provinzialität nicht geeignet, aber durchaus zur erfolgreichen Vermittlung etwa als Komparse oder in der Werbung.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die von den Zedenten gezahlten Preise für die von der beklagten Partei erstellten Fotomappen bzw. Sed-Cards und Internet-Präsentationen aufgewendeten Beträge von der Höhe her so sind, dass sie höher als doppelt so viel als der angemessene Preis sind. Eine Verkürzung über die Hälfte kann nicht positiv festgestellt werden.

Es trifft nicht zu, dass zwischen den Parteien vereinbart war, dass dasjenige, was die Zedenten an die beklagte Partei für Sed-Cards bezahlt haben, auch der Abgeltung der von der beklagten Partei erbrachten Leistungen, nämlich Vermittlungsbemühungen wie Evidenzhaltung, Aussenden etc. dienen sollte. Laut Vertragsvereinbarung schulden die Zedenten der beklagten Partei hierfür nichts. Umgekehrt kann die Beklagte aus den abgeschlossenen Vermittlungsvereinbarungen Direktansprüche nur dann geltend machen, wenn es zu einer erfolgreichen Vermittlung des Models gekommen ist und stehen ihr dann 20 % des Honorars zu.

Dass die beklagte Partei bzw. Angestellte der Beklagten bei den Zedenten eine irrige Vorstellung erweckt haben, dass sie als Fotomodelle für die Modebranche besonders geeignet seien, kann nicht festgestellt werden. Es kann bei ihnen nicht gesagt werden, dass sie alleine vom Aussehen her für die Modebranche nicht in Frage kommen.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Zedenten nach Abschluss der von ihnen getroffenen Vereinbarungen innerhalb von zwei Jahren oder auch nur von drei Jahren gegenüber der beklagten Partei bemängelt haben, dass das für die verrechneten Fotomappen bzw. Sed-Cards und für die Internet-Präsentation gezahlte Entgelt mehr als doppelt so hoch sei, als das angemessene Entgelt hierfür. Gleichermasse gilt, dass nicht festgestellt werden kann, dass innerhalb von zwei oder auch nur drei Jahren ab Vertragsabschluss diese neun Personen gegenüber der beklagten Partei die Qualität der Fotoaufnahmen, der Sed-Cards oder der Internet-Präsentation gerügt und eine Verbesserung begehrt haben.

Die beklagte Partei betreibt nicht zum Schein eine Modell-Agentur, nur um zu erreichen, dass Fotomodelle sich unter Vertrag nehmen lassen, sondern sie versuchte tatsächlich, die unter Vertrag genommenen Personen an Firmen zu vermitteln, sodass tatsächlich auch erfolgreiche Vermittlungen als Fotomodelle zu Stande kommen. Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Personen und auch der übrigen als Zeugen einvernommenen unter Vertrag genommenen Models ist ihr dies jedenfalls nicht geglückt. Die Beklagte betreibt allerdings bereits seit 2001 ihre Fotomodell-Agentur und hat auch tatsächlich bereits mehrfach erfolgreich Fotomodelle vermittelt.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte bzw. deren Mitarbeiter den neun Personen einen Kundenstock vorgegaukelt hat bzw. haben, den die Beklagte nicht hatte.

Das Erstgericht ergänzte im Sinne der Berufungsentscheidung im zweiten Rechtsgang folgende Feststellung:

Die von der beklagten Partei für die verfahrensgegenständlichen Zedenten erstellten Fotomappen und Sed-Cards sind ungeeignet und waren im Vermittlungszeitraum ungeeignet zur erfolgreichen Vermittlung dieser Zedenten als Model, und zwar nicht nur im Bereich der Modebranche, sondern auch für den Bereich der Werbung. Auch für den Bereich der Werbung waren sie nur geeignet zur Vermittlung als Komparse, wobei für die Vermittlung als Komparse eine Fotomappe oder Sed-Card weder erforderlich noch üblich ist.

Diese Feststellung stütze das Erstgericht auf das mündlich erörterte, schlüssige und widerspruchsfreie Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] sowie auch auf das Gutachten des Sachverständigen [REDACTED].

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass ein noch nicht verjährter, beachtlicher Eigenschaftsirrthum hinsichtlich der Eignung der von der beklagten Partei für die Zedenten angefertigten Sed-Cards für die Vermittlung als Fotomodels, sei es in der Modebranche oder in der Werbung, vorliege. Laut festgestelltem Sachverhalt fehle diese Eigenschaft der Sed-Cards jedoch. Die irrige Vorstellung über diese Eigenschaft bei den Zedenten habe die beklagte Partei durch den Vertragstext der Vermittlungsvereinbarung samt Überschrift und der damit in direktem sachlichen Zusammenhang stehenden Beauftragung zur Erstellung der Fotomappen und Sed-Cards hervorgerufen.

Gegen das Urteil im zweiten Rechtsgang richtet sich nunmehr die Berufung der beklagten Partei aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren im angefochtenen Umfang abzuweisen, in eventu die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Weiters stellte der Berufungswerber den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung.

Die klagende Partei strebt in ihrer Berufungsbeantwortung die Bestätigung des Ersturteils an und erhebt ebenfalls eine Tatsachenrüge.

Gegen die Kostenentscheidung richtet sich weiters der Kostenrekurs der klagenden Partei mit dem Antrag, die Prozesskosten mögen mit € 16.468,64 anstatt mit € 15.383,88 bestimmt werden.

Die beklagte Partei erstattete keine - auch nicht in ihrer Berufung - Kostenrekursbeantwortung.

Die Berufung der beklagten Partei ist nicht berechtigt.

Der Kostenrekurs der klagenden Partei ist teilweise berechtigt.

I. Zur Berufung der beklagten Partei:

Die Berufung konnte gemäß § 480 Abs 1 ZPO idF BGBl I 2009/52 mangels Notwendigkeit einer Beweiswiederholung in einer nicht öffentlichen Sitzung behandelt werden.

1. Verfahrensmangel:

a.) In Ausführung dieses Berufungsgrundes kritisiert die Berufungswerberin, dass das Erstgericht ohne Durchführung einer weiteren Verhandlung und Beweisaufnahme ein Urteil im zweiten Rechtsgang fällte und die Berufungswerberin von der ergänzten Feststellung und der dadurch geänderten Rechtsansicht des Erstgerichts im Sinne der §§ 182, 182a ZPO überrascht worden sei. Die Berufungswerberin habe den Verfahrensmangel mangels Durchführung einer Verhandlung auch nicht rügen können. Weiters sei der Berufungswerberin dadurch die Gelegenheit genommen worden, zur geänderten Rechtsansicht des Erstgerichtes Stellung zu nehmen und mit einem entsprechenden zusätzlichen Vorbringen sowie weiteren Beweisanträgen zu reagieren. Außerdem sei die Fragestellung an die Zedenten als Zeugen im erstinstanzlichen Verfahren nicht darauf ausgerichtet gewesen, welche Eigenschaften sie sich von den Sed-Cards erwartet haben.

Das Gericht hat gemäß § 182a ZPO das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat.

Die Berufungswerberin verkennt hier, dass die klagende Partei ihr Klagebegehren bereits in der Klage (siehe dort Punkt 2.4) auf den Anfechtungstatbestand Irrtum gestützt hat. Zugegeben verwendete die klagende Partei im erstinstanzlichen Verfahren nicht den Begriff „Eigenschaftsirrturn“. Dies allein ist jedoch nicht ausschlaggebend. Die

klagende Partei machte unterschiedlichste Angaben, wie und worüber die Zedenten von der Berufungswerberin in die Irre geführt worden seien. Wie in der vorangegangenen Berufungsentscheidung bereits ausführlich dargelegt, stützte sich die klagende Partei in der Klage (siehe Punkt 2.4.5) auch darauf, dass die Berufungswerberin die Irreführung auch dadurch bewirkt habe, dass sie vorgab, jeder Bewerber müsste eine Sed-Card erstellen lassen, obwohl es sich dabei um eine wesentlich überbeuerte dilettantische Lichtbildaufnahme gehandelt habe. Dieses Vorbringen wurde in der mündlichen Streitverhandlung vom 15.12.2004 (ON 15) dahin ergänzt, dass die Qualität der Foto-Sed-Cards nicht so professionell gewesen sei, dass die Fotomodelle auch tatsächlich an seriöse Firmen vermittelbar gewesen wären.

Die klagende Partei gibt damit klar zu erkennen, dass die Zedenten von der beklagten Partei über die Tatsache der Qualität der von ihr erstellten Sed-Cards dahin in Irrtum geführt wurde, als diese in Wahrheit gar nicht für die vereinbarte Vermittlung geeignet waren. Die klagende Partei hat daher ihr Anfechtungsbegehren erkennbar auch auf einen Irrtum über die Eigenschaft der Sed-Cards gestützt.

Spätestens mit der ausführlichen mündlichen Erörterung des Gutachten des Sachverständigen [REDACTED] müssen der Berufungswerberin die sich aus der fehlenden Eignung der Sed-Cards ergebenden rechtlichen Gesichtspunkte bewusst geworden sein. Bereits der Sachverständige [REDACTED] wies in seinem Gutachten (ON 22) darauf hin, dass die Sed-Cards für eine Vermittlung im professionellen Bereich nicht geeignet erscheinen. Während der mündlichen Erörterung des Gutachtens des Sachverständigen [REDACTED] wurde ausführlich über die Qualität der Sed-Cards und deren Eignung für die Vermittlung als Fotomodell gesprochen. Der Sachverständige stellte während der Erörterung mehrmals klar, dass die vorliegenden Sed-Cards von schlechter Qualität und scheußlich fotografiert seien. Sie würden zu schlecht sein, um der Vermittlung als echtes Fotomodell zu dienen. Zur Vermittlung als Komparsen würden sie jedoch ausreichen. Sed-Cards würden jedoch im Bereich der Komparserie eine Fleißaufgabe darstellen. Später führte der Sachverständige über Befragen durch den Klagevertreter noch aus, dass die Sed-Cards nicht einmal dem Durchschnitt jener Sed-Cards entsprechen

würden, welche für die Vermittlung von Fotomodells erforderlich seien. Auf dem Markt (für Fotomodells) könne man mit den vorliegenden Sed-Cards - auch schon im Jahr 2001 - nicht erfolgreich sein.

Nach dieser aussagekräftigen und umfangreichen Erörterung durch den Sachverständigen musste für die Berufungswerberin jedenfalls unübersehbar erkennbar gewesen sein, dass es der klagenden Partei auf die fehlende Eignung der Sed-Cards für die Vermittlung als Fotomodell ankam und ihr Vorbringen auch darauf gestützt hat, dass die Zedenten von der Berufungswerberin im Zuge der Auftragserteilung zur Erstellung einer Sed-Card (in Kombination mit dem Vermittlungsvertrag) über diese Eigenschaft in Irrtum geführt wurden.

Der Einwand der Berufungswerberin, sie hätte im erstinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit gehabt, sich zu dieser Rechtsansicht zu äußern, zusätzliches Vorbringen und Beweisanträge zu stellen bzw. die Zedenten diesbezüglich zu befragen, geht daher ins Leere. Die Berufungswerberin hatte im erstinstanzlichen Verfahren ein uneingeschränktes Fragerecht bei der Befragung der Zedenten als Zeugen. Da die fehlende Eignung der Sed-Cards für die Vermittlung als Fotomodell von der klagenden Partei vorgebracht und auch umfassend erörtert wurde, beinhaltet das angefochtene Ersturteil keine überraschende Rechtsansicht. Die Berufungswerberin führt im Übrigen nicht aus, welches zusätzliche Vorbringen sie erstattet bzw. welche ergänzenden Fragen sie gestellt hätte.

b.) Die Berufungswerberin rügt weiters, dass die nunmehr im zweiten Rechtsgang ergänzte Feststellung bzw. die geänderte rechtliche Beurteilung im Widerspruch zu den vorgelegten Urkunden Sammelbeilagen ./3, ./8 und ./13 stehen würden, aus welchen hervorgehe, dass aufgrund von Sed-Cards der Berufungswerberin eine Vielzahl von erfolgreichen Vermittlungen als Modelle erfolgt sei. Zur Untermauerung legte die Berufungswerberin ihrer Berufung drei weitere Bestätigungen von Unternehmen vor, die im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Modelle für Mode und Werbung von ihr gebucht hätten. Diese Unternehmer hätte die Berufungswerberin in einer allfälligen Verfahrensergänzung auch als Zeugen beantragt.

Die Berufungswerberin übersieht hier, dass es in diesem Verfahren nicht generell um die von ihr hergestellten Sed-Cards geht bzw. ob damit bereits jemand erfolgreich als Modell vermittelt wurde, sondern konkret um die neun für die Zedenten angefertigten Sed-Cards. Nur diese wurden vom Sachverständigen [REDACTED] begutachtet.

Es ist nicht ausschlaggebend, ob jemand jemals aufgrund von Sed-Cards der Berufungswerberin als Modell vermittelt wurde, da dies keinen Rückschluss bzw. schon gar keinen Beweis dafür darstellt, die verfahrensgegenständlichen Sed-Cards der neun Zedenten wären für die Vermittlung als Modell geeignet. Hierzu gibt es eine eindeutige, gegenteilige Aussage des Sachverständigen [REDACTED].

Die Berufungswerberin stützte sich bereits im Verfahren erster Instanz auf dieses Vorbringen und hat hierzu auch Beweise geführt und Urkunden vorgelegt. Das Erstgericht hat sich daher - bereits im Urteil im ersten Rechtsgang - mit diesem Vorbringen der Berufungswerberin und den Beweisen dazu auseinandergesetzt und auch festgestellt (Urteilsseite 23), dass es tatsächlich erfolgreiche Vermittlungen als Fotomodelle durch die Berufungswerberin gegeben hat. Dies ändert jedoch nichts an der Feststellung, dass sich die konkreten neun Sed-Cards der Zedenten nicht für die Vermittlung als Modells eignen. Diese Feststellung stützte das Erstgericht auf das schlüssige und nachvollziehbare Gutachten des Sachverständigen [REDACTED].

Die Vorlage weiterer Urkunden bzw. die Einvernahme weiterer Zeugen „zur Untermauerung“ dieses Vorbringens würde an dieser Beurteilung nichts ändern und ist im Berufungsverfahren überdies aufgrund des Neuerungsverbot es nicht zulässig. Werden erst im Berufungsverfahren neue Beweismittel vorgelegt, die die Unrichtigkeit einer entscheidungswesentlichen Tatsachenfeststellung belegen sollen, ist darin eine Verletzung des in § 482 Abs 2 ZPO geregelten Neuerungsverbot es und nicht bloß eine erlaubte Dartuung eines geltend gemachten Berufungsgrundes zu erblicken (RS0105484). Der Berufung konnte daher in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

c.) Die Berufungswerberin moniert darüber hinaus, dass bei einer Erörterung der Sach- und Rechtslage, die das Erstgericht jedoch unterlassen habe, auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hingewiesen werden hätte können, wonach die Anfechtung eines Vertrages wegen listiger Irreführung zwar eine solche wegen veranlassten Irrtums, nicht jedoch wegen eines gemeinsamen Irrtums oder Geschäftsirrtums beinhalte.

Die von der Berufungswerberin zitierte Judikatur des Obersten Gerichtshofes besagt, dass die Anfechtung eines Vertrages wegen listiger Irreführung zwar eine solche wegen veranlassten Irrtums einschließt, nicht jedoch wegen gemeinsamen Irrtums. Eine Anfechtung wegen gemeinsamen Irrtums ist nämlich mit der Behauptung, getäuscht worden zu sein, begrifflich unvereinbar, sodass sie besonders geltend gemacht werden muss (5 Ob 144/98g). Damit ist gemeint, dass die Geltendmachung von Arglist die Anfechtung wegen Irrtums grundsätzlich (nicht jedoch wegen gemeinsamen Irrtums) enthält, wenn das Tatsachenvorbringen auch den Voraussetzungen für die Irrtumsanfechtung entspricht (vgl RS0014810).

Die Berufung enthält leider keine Ausführungen dazu, wie diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anzuwenden sei. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes bezieht sich nicht - wie in der Berufung fälschlich zitiert - auf den Geschäftsirrtum. Auf einen gemeinsamen Irrtum hat sich die Berufungswerberin nie berufen und stand dieser im erstinstanzlichen Verfahren auch nie zur Diskussion. Aus diesen Gründen kann auf diesen Punkt der Berufung nicht näher eingegangen werden.

2. Tatsachenrüge:

Die Berufungswerberin bekämpft die vom Erstgericht im zweiten Rechtsgang ergänzte Feststellung, dass *„die von der beklagten Partei für die verfahrensgegenständlichen Zedenten erstellten Fotomappen und Sed-Cards ungeeignet sind und im Vermittlungszeitraum ungeeignet waren zur erfolgreichen Vermittlung dieser Zedenten als Model, und zwar nicht nur im Bereich der Modebranche, sondern auch für den Bereich der Werbung. Auch für den Bereich der Werbung waren sie nur geeignet zur Vermittlung als*

Komparse, wobei für die Vermittlung als Komparse eine Fotomappe oder Sed-Card weder erforderlich noch üblich ist."

Die Berufungswerberin wendet sich auch gegen „weitere dahingehende sinnesgleiche Feststellungen“. Dazu ist auszuführen, dass die Tatsachenrüge in diesem Punkt nicht gesetzmäßig ausgeführt ist, da hier keine konkrete Feststellung des Erstgerichtes bekämpft wird. Es ist nicht Aufgabe des Berufungsgerichtes im Ersturteil nach „sinnesgleichen“ Feststellungen zu suchen. Die Berufungswerberin führt zudem nicht aus, aufgrund welcher unrichtiger Beweiswürdigung die sinnesgleichen Feststellungen unrichtig seien und welche Ersatzfeststellung aufgrund welcher Beweisergebnisse richtig wäre.

a.) Die Berufungswerberin rügt zunächst, das Erstgericht habe zugestanden, dass in den Zeugenaussagen Hauptthema gewesen sei, ob es falsche Versprechungen an die Zedenten zu ihrer persönlichen Eignung als Modell gegeben habe. Betreffend dieses Hauptthema habe das Erstgericht völlig zu Recht ausgesprochen, dass nicht festgestellt werden kann, dass die Berufungswerberin bei den Zedenten eine irrige Vorstellung erweckt habe, dass sie als Fotomodelle für die Modebranche besonders geeignet seien.

Die Berufungswerberin vermischt hier in ihrer Argumentation den Irrtum über die Eignung der Sed-Cards für die Vermittlung als Modell und den Irrtum über die Eignung der Zedenten als Modelle. Es ist sinngemäß festgestellt worden, dass den Zedenten von Seiten der Berufungswerberin weder versprochen noch zugesichert wurde, dass sie große Erfolgsaussichten als Modell haben werden. Es wurde also tatsächlich bei den Zedenten keine irrige Vorstellung darüber erweckt, sie seien als Fotomodell besonders geeignet. Diese Feststellung steht jedoch nicht im Widerspruch zu der bekämpften Feststellung. Es geht hier nicht darum, ob die Zedenten als Person geeignet sind, sondern um die Eignung der von der Berufungswerberin hergestellten Sed-Cards. Die Zedenten haben bei der Berufungswerberin Sed-Cards zum Zweck, ~~ihre~~ Vermittlung in Auftrag gegeben. Ungeachtet dessen, ob die Berufungswerberin die Zedenten für die Vermittlung als Fotomodelle für geeignet hält, haben die Zedenten Anspruch auf ordentliche Sed-Cards, die jene Eigenschaften haben, die solche üblicherweise, den Umständen entsprechend haben sollten. Maßgeblich ist hier, welche Eigenschaften im

Zeitpunkt des Vertragsabschlusses üblicherweise von den Sed-Cards aufgrund der Vorgaben („Sed-Card haben müssen“) und Erklärungen der Berufungswerberin in Kombination mit dem Vermittlungsvertrag zu erwarten gewesen sind. Bei den Zedenten wurde - ohne dass sie in diesem Zeitpunkt bewusst daran gedacht hätten - durch das Gesamtverhalten der Berufungswerberin die Vorstellung hervorgerufen, die in Auftrag gegebenen Sed-Cards würden sich auch für jene Bereiche eignen, in denen sie laut Vermittlungsvertrag vermittelt werden sollen („seriöse Werbe- und Modeaufnahmen“) und in denen üblicherweise Sed-Cards als Voraussetzung für die Vermittlung benötigt werden. Der Argumentation der Berufungswerberin kann daher nicht gefolgt werden.

Die Berufungswerberin rügt weiters die bekämpfte Feststellung stehe im Widerspruch zu den Feststellungen, die Berufungswerberin betreibe bereits seit 2001 eine Fotomodelagentur, habe bereits mehrfach erfolgreich Fotomodelle vermittelt, bekomme Honorare von Firmen, die Modelle gebucht haben, habe Eingänge und bezahle dies auch an Modelle aus.

Es ist unbestritten, dass das Erstgericht diese Feststellungen getroffen hat. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb diese im Widerspruch zu der bekämpften Feststellung stehen sollten. Wie bereits unter Punkt 1.b.) dargelegt sind tatsächliche Vermittlungen von Fotomodellen an Unternehmen kein Beweis dafür, dass die konkreten neun Sed-Cards der Zedenten für die Vermittlung als Modell in der Werbe- und Modebranche geeignet sind. Ebenso lässt die Tatsache, dass die Berufungswerberin eine Modellagentur betreibt, Eingänge hat und diese auch an Modelle ausbezahlt, keinen Rückschluss auf die Qualität der verfahrensgegenständlichen Sed-Cards zu.

Weiters rügt die Berufungswerberin, es würden keine Beweisergebnisse dazu vorliegen, dass sie Sed-Cards unterschiedlicher Qualität erstellt hätten, und zwar einerseits jene, mit denen Personen tatsächlich als Modelle vermittelt wurden und jene der Zedenten. Der Sachverständige [REDACTED] habe hierfür keine schlüssige Erklärung, weshalb das Gutachten unrichtig und logisch nicht nachvollziehbar sei.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dies nunmehr erstmals von der Berufungswerberin behauptet wird und sie den Sachverständigen [REDACTED]

██████████ in der mündlichen Erörterung seines Gutachtens dazu nicht befragt hat, obwohl die Eignung der konkreten Sed-Cards ausführlich thematisiert wurde und die Berufungswerberin damals schon darauf beharrte, bereits mehrfach Modelle - mit ihren Sed-Cards - erfolgreich vermittelt zu haben. Sollte dies für die Berufungswerberin widersprüchlich und un schlüssig sein, so hätte sie dies in der mündlichen Erörterung klären müssen. Tatsächlich stellt dies jedoch keinen Widerspruch dar, da der Sachverständige die Sed-Cards der Zedenten begutachtete - und nichts anderes ist in diesem Verfahren von Relevanz - und nicht die der von der Berufungswerberin vermittelten Personen. Da es in diesem Verfahren lediglich um die Sed-Cards der neun Zedenten geht, ist es unerheblich, ob die bisher erfolgreich vermittelten Modelle tatsächlich qualitativ hochwertigere Sed-Cards oder einfach nur Glück hatten und trotz der schlechten Sed-Cards gebucht wurden.

Die Berufungswerberin weist weiters darauf hin, dass der Sachverständige ██████████ in seinem Gutachten (ON 54, Seite 7) festhält, dass man im Bereich der Komparserie immer mehr auf die ausschließliche Präsentation via Internet übergehe, wenngleich fallweise auch Foto-Posters und Fotomappe eingesetzt würden. Dies beziehe sich wohl auf das Jahr 2006 (Gutachtenserstattung). Im Jahr 2001 (Abschluss der Verträge mit den Zedenten) sei das Internet bei weitem noch nicht so verbreitet und gängig gewesen.

Die Berufungswerberin führt nicht nachvollziehbar aus, worauf es ihr mit dieser Rüge ankommt. Im Verfahren geht es nicht um die Komparserie, sondern um die Vermittlung im Bereich der Werbe- und Modeaufnahmen, die auch die Vermittlung als Fotomodell miteinschließt. Die Zedenten gaben nicht an, dass sie nur als Komparsen vermittelt werden wollten. Im Übrigen wäre es der Berufungswerberin offen gestanden, diese Thematik während der mündlichen Erörterung des Gutachtens zu klären. So könnten auch Mutmaßungen über das Jahr, auf das sich das Gutachten bezieht, unterbleiben.

Es erübrigt sich ein nochmaliges ausführliches Eingehen auf die Rüge, es sei unter Berücksichtigung des Ablaufs der Vertragsgespräche nicht nachvollziehbar, dass bei den Zedenten, den „Durchschnittstypen“, ein Irrtum

Über die Vermittlungsfähigkeit als „Modell“ und über die Eigenschaften der Sed-Cards hervorgerufen worden sei, zumal ihnen nicht vorgegaukelt worden sei, dass sie mit den Sed-Cards einen Erfolg als Modell in der Mode- und Werbebranche haben würden. Hierzu wird auf das oben Ausgeführte verwiesen. Klarzustellen ist noch, dass das Erstgericht aussprach, dass „nicht festgestellt werden kann, dass einem der Zedenten vor Vertragsunterzeichnung von der beklagten Partei bzw. ihren Angestellten vorgegaukelt worden wäre, er habe große Erfolgsaussichten in der Modebranche erfolgreich vermittelt zu werden.“ Es entspricht also insofern nicht dem festgestelltem Sachverhalt, wenn die Berufungswerberin nunmehr behauptet, den Zedenten sei nie vorgegaukelt worden, sie hätten mit den erstellten Sed-Cards einen Erfolg als Modell in Mode- und Werbebranche.

Darüber hinaus moniert die Berufungswerberin, es fehle an jeglichem Beweisergebnis, dass sich die Zedenten in einem Eigenschaftsirrturn befunden hätten. Unter lebensnaher Betrachtung sei dieser Schluss des Erstgerichtes nicht nachvollziehbar.

Die Berufungswerberin verkennt, dass sich bereits aus der besonderen Verschränkung des Vermittlungsvertrages mit dem Werkvertrag auf Herstellung von (für die Vermittlung) geeigneter Sed-Cards und aus den damit im Zusammenhang von den Zedenten abgegebenen Willenserklärungen implizit auf eine klare Vorstellung der Zedenten zur Eigenschaft der Sed-Cards im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geschossen werden kann. Zu den abgeschlossenen Verträgen liegen aber ausreichende Beweisergebnisse vor. Wie bereits oben erörtert, wurde bei den Zedenten durch das Gesamtverhalten der Berufungswerberin (wie z.B. die Vorgabe „Sed-Card haben müssen“ und Erklärungen der Berufungswerberin in Kombination mit dem Vermittlungsvertrag) die Vorstellung hervorgerufen, die in Auftrag gegebenen Sed-Cards würden sich auch für jene Bereiche eignen, in denen sie laut Vermittlungsvertrag vermittelt werden sollen („seriöse Werbe- und Modeaufnahmen“) und in denen üblicherweise Sed-Cards als Voraussetzung für die Vermittlung benötigt werden. Aus dem Abschluss des Werkvertrages ergibt sich bereits, dass die Zedenten die Vorstellung hatten, dass die von der beklagten Partei hergestellten Sed-Cards für Vermittlung geeignet sind. Diese

Vorstellung entsprach aber letztlich nicht der Wirklichkeit, da die gelieferten Sed-Cards, wie auch festgestellt, zur bedungenen Vermittlung nicht geeignet waren. Darin liegt der beachtliche Irrtum.

Die Beweisergebnisse, aus denen sich in einer Gesamtschau diese Schlussfolgerung nachvollziehbar ableiten lässt, sind der vorgelegte Vermittlungsvertrag, die Aussagen der Zedenten sowie die Gutachten der Sachverständigen [REDACTED] und [REDACTED]. Das Berufungsgericht kann der Argumentation der Berufungswerberin daher auch in diesem Punkt nicht beitreten.

b.) Die Berufungswerberin rügt auch, die bekämpfte Feststellung stehe im Widerspruch zu der Feststellung, dass die Zedenten nicht einmal in den Vermittlungsverträgen eine Sparte extra angekreuzt haben, in der sie tätig sein wollen. Die Feststellung des Erstgerichtes im zweiten Rechtsgang, die Zedenten hätten darauf vertraut, dass eine erfolgreiche Vermittlung als Modelle in der Werbebranche oder Modebranche erfolgt, stehe daher im Widerspruch zu den Beweisergebnissen. Dies umso mehr, als bei Zedenten im Zuge der Verkaufsgespräche keine irrige Vorstellung erweckt worden sei, sie seien als Fotomodelle besonders geeignet. Die Zedenten seien auch vom Sachverständigen [REDACTED] als Komparsen beurteilt worden. Es sei vom Sachverständigen nicht schlüssig dargelegt worden, worin sich die von Komparsen fallweise zur Präsentation ~~verwendeten~~ Fotoposters und Fotomappen von Sed-Cards unterscheiden. Es werde daher auch ausdrücklich die Feststellung des Erstgerichtes auf Urteilsseite 31 bekämpft, wonach *„die Eignung der von der Beklagten erstellten Fotomappen und Sed-Cards zur erfolgreichen Vermittlung der Zedenten als Model in Mode- und Werbebranche fehlt und die Beklagte bei den Zedenten den Irrtum hervorgerufen hat, sie seien dazu geeignet, weshalb die Zedenten die Rechnungen der Beklagten bezahlten.“*

Die Berufungswerberin will hier offenbar darauf hinaus, dass die Zedenten nur als Komparsen vermittelt werden wollten (und daher die Sed-Cards die fehlende Eignung zur Vermittlung als Modelle in der Werbe- und Modebranche gar nicht haben müssen?), da sie keine Sparte angekreuzt haben und ihnen nicht gesagt wurde, sie seien als Modelle in der Werbe- und

Modebranche besonders geeignet. Die von der Berufungswerberin bekämpfte Passage findet sich in der Beweiswürdigung des Ersturteils. Selbst wenn man der Ansicht der Berufungswerberin folgt und diese Passage als ergänzende Feststellung ansieht, ist auszuführen, dass die Berufungswerberin diesen Satz offenbar missversteht. In dem Teil *„bei den Zedenten den Irrtum hervorgerufen hat, sie seien dazu geeignet“* bezieht sich das „sie“ nicht auf die Zedenten und deren Eignung als Modelle in der Mode- und Werbebranche, sondern auf die zuvor erwähnten Fotomappen und Sed-Cards und deren (fehlende) Eignung zur Vermittlung von Modellen in der Mode- und Werbebranche. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Zusammenhang mit den vorherigen Ausführungen des Erstgerichtes. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass sich im Ersturteil keine Feststellung des Erstgerichtes findet, die Zedenten hätten darauf vertraut, dass eine erfolgreiche Vermittlung als Modelle in der Werbebranche oder Modebranche erfolgt. Die ebenfalls von der Berufungswerberin zitierte Feststellung des Erstgerichtes lautet im exakten Wortlaut: *„In den Verträgen ist keine Sparte extra angekreuzt, offenbar wollten alle vielseitig eingesetzt werden und war ihnen jede Sparte recht.“* Daraus kann nicht abgeleitet werden, die Zedenten wollten nur als Komparsen vermittelt werden. Ganz im Gegenteil sagt bereits die Feststellung selbst aus, dass die Zedenten vielseitig, somit in jeder Sparte eingesetzt werden wollten. Zum Vorwurf, das Gutachten des Sachverständigen **██████████** sei nicht schlüssig, wird wiederum darauf verwiesen, dass die Berufungswerberin in der mündlichen Erörterung die Möglichkeit gehabt hätte, für sie unschlüssige Punkte des Gutachtens zu klären. Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass in diesem Punkt der Berufung nicht im Detail ausgeführt wird, worauf die Rüge abzielt und welche Konsequenz sie bei Erfolg auf die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Verfahrens hätte.

c.) Im letzten Punkt der Tatsachenrüge weist die Berufungswerberin darauf hin, dass für das Vorliegen eines Eigenschaftsirrturns entscheidend sei, welche Tatsachenvorstellungen die Zedenten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hatten. In den Zeugeneinvernahmen der Zedenten sei eine solche Tatsachenvorstellung jedoch nicht enthalten. Richtigerweise habe das Erstgericht festgestellt, dass die Berufungswerberin bei den Zedenten

keine irige Vorstellung erweckt habe, sie seien als Fotomodelle für die Modebranche besonders geeignet. Von den Zedenten sei auch keineswegs nur die Modebranche angestrebt worden, da sie in den Verträgen keine Sparte extra angekreuzt haben.

Wiederum kann hier weitgehend auf das unter Punkt 2.b.) bereits Ausgeführte verwiesen werden. Die Tatsachenvorstellung der Zedenten kann aus den Gesamtumständen - wie unter Punkt 2.a.) ausführlich geschildert - abgeleitet werden. Das Verhalten der Berufungswerberin wie z.B. die Vorgabe „Sed-Card haben müssen“ und ihre Erklärungen in Kombination mit dem Vermittlungsvertrag haben bei den Zedenten die Vorstellung hervorgerufen, die in Auftrag gegebenen Sed-Cards würden sich auch für jene Bereiche eignen, in denen sie laut Vermittlungsvertrag vermittelt werden sollten („seriöse Werbe- und Modeaufnahmen“) und in denen üblicherweise Sed-Cards als Voraussetzung für die Vermittlung benötigt werden. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war dies den Zedenten sicher nicht bewusst in dem Sinne, dass sie explizit darüber nachgedacht haben. Es war jedoch im Nachhinein aufgrund der Gesamtumstände für sie selbstverständlich. Insofern ist eine diesbezügliche Aussage der Zedenten dazu nicht zielführend und auch nicht erforderlich.

Abschließend führt die Berufungswerberin aus, dass das Erstgericht insgesamt bei richtiger Beweiswürdigung somit die Feststellung treffen hätte müssen, dass *nicht festgestellt werden kann, dass sich die Sed-Cards für die Vermittlung der Zedenten als Modelle im Bereich der Modebranche sowie im Bereich der Werbung nicht eignen*. Dies hätte zur Konsequenz, dass das Klagebegehren bis auf den unbekämpften Teil in Höhe von € 245,65 s.A. abzuweisen und die klagenden Partei zum Ersatz der Kosten zu verpflichten wäre.

Die begehrte Ersatzfeststellung widerspricht dem eindeutigen Ergebnis des Sachverständigengutachten [REDACTED] worauf sich die bekämpfte Feststellung stützt. Das abgeführte Beweisverfahren und die Bedenken der Berufungswerberin konnten dieses Beweisergebnis in keiner Weise erschüttern. Die Tatsachenrüge war daher nicht aufzugreifen.

3. Rechtsrüge:

a.) Die Berufungswerberin weist hier darauf hin, das Erstgericht habe im Rahmen der rechtlichen Beurteilung richtigerweise darauf verwiesen, dass die klagende Partei kein Vorbringen dazu erstattet habe, dass die Zedenten insofern in Irrtum geführt wurden, dass es auch bei einer Tätigkeit als Komparsen nötig sei, eine Fotomappe oder Sed-Card zu haben. Weiters verweise das Erstgericht auch darauf, dass nicht als wahr zugrunde gelegt werden könne, dass den Zedenten ein Erfolg als Modell in der Modebranche oder Werbebranche vorgegaukelt worden wäre, sodass auch gar nicht davon auszugehen sei, dass sie sich gegen die Anfertigung von Sed-Cards entschieden hätten. Dies sei eine Fleißaufgabe der Zedenten gewesen.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

Es ist richtig, dass die klagende Partei kein Vorbringen dazu erstattet hat, die Zedenten seien von der Berufungswerberin insofern in Irrtum geführt worden, als ihnen gesagt worden sei, dass es auch als Komparsen nötig sei, eine Sed-Card oder Fotomappe zu haben. Ein solches Vorbringen ist jedoch nicht erforderlich, um das Vorliegen eines Eigenschaftsirrturns zu bejahen. Maßgeblich ist, welche Eigenschaften im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses üblicherweise von den Sed-Cards aufgrund der Vorgaben und Erklärungen der Berufungswerberin in Kombination mit dem Vermittlungsvertrag zu erwarten gewesen wären. Bei den Zedenten wurde - wie bereits ausgeführt - durch das Gesamtverhalten der Berufungswerberin unbewusst die Vorstellung hervorgerufen, die in Auftrag gegebenen Sed-Cards würden sich auch für jene Bereiche eignen, in denen sie laut Vermittlungsvertrag vermittelt werden sollen („seriöse Werbe- und Modeaufnahmen“) und in denen üblicherweise Sed-Cards als Voraussetzung für die Vermittlung benötigt werden. Eine Vermittlung lediglich als Komparsen wurden von den Zedenten nie beabsichtigt, weshalb die Sed-Cards nicht als freiwillige Fleißaufgabe angesehen werden können. Selbst wenn man dies annehmen würde, so würden man davon ausgehen können, dass als Fleißaufgabe in Auftrag gegebene Sed-Cards die üblicherweise zu erwartenden Eigenschaften aufweisen und zwar, dass sie sich

für die Vermittlung in jenen Bereichen eignen, in denen sie normalerweise zur Vermittlung erforderlich sind.

Richtig ist auch, dass das Erstgericht aussprach, es könne nicht festgestellt werden, dass einem der Zedenten von der Berufungswerberin vorgegaukelt worden wäre, sie hätten große Erfolgsaussichten, in der Modebranche erfolgreich vermittelt zu werden (Urteilsseite 17 oben). Daraus kann jedoch keinesfalls der - offenbar von Berufungswerberin beabsichtigte - Schluss gezogen werden, die Zedenten hätten daher von den für sie angefertigten Sed-Cards nicht die Eigenschaften erwartet, die diese üblicherweise haben sollten. Die Zedenten wollten als Fotomodell in der Mode- und Werbebranche vermittelt werden und ließen sich hierfür Sed-Cards anfertigen. Ob die Zedenten große Erfolgsaussichten in Bezug auf die beabsichtigte Vermittlung hatten, ihnen diese vorgegaukelt oder versprochen worden sind oder nicht bzw. ob die Zedenten tatsächlich vermittelt wurden, spielt für die Frage, welche Eigenschaften solche Sed-Cards üblicherweise haben sollten, keine Rolle. Wie bereits ausgeführt durften die Zedenten erwarten, dass sich die Sed-Cards für jene Bereiche eignen, in denen sie laut Vermittlungsvertrag vermittelt werden sollen und in denen üblicherweise Sed-Cards als Voraussetzung für die Vermittlung benötigt werden.

Dies war laut festgestelltem Sachverhalt nicht der Fall. Die Zedenten irrten darüber, dass die Sed-Cards diese Eigenschaft nicht hatten, was ihnen jedoch erst im Laufe des Verfahrens bewusst wurde, weshalb der Eigenschaftsirrturn im Ergebnis zu bejahen war.

b.) Weiters rügt die Berufungswerberin, dass bei richtiger rechtlicher Beurteilung das Erstgericht das Vorliegen eines Geschäftsirrtums verneinen hätte müssen, da ein Irrtum eingewendet werden müsse und nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Entscheidend seien die Tatsachenvorstellungen der maßgeblichen Organe der Berufungswerberin zu jenem Zeitpunkt, in dem diese ihren Willen gegenüber den Zedenten der klagenden Partei kund getan hat. Die klagende Partei treffe die Behauptungs- und Beweislast auch hinsichtlich der Faktoren, die für sie für den Vertragsabschluss maßgebend gewesen seien. Die Berufungswerberin sei aufgrund der vorvertraglichen Aufklärungspflichten nicht verpflichtet, über alle Umstände aufzuklären, die auf

die Entscheidung des Vertragspartners Einfluss haben könnten. Es fehle an einer konkreten, von der Berufungswerberin bei den Zedenten veranlassten irrigen Tatsachenvorstellung. Weiters rügt die Berufungswerberin, die Irrtumsanfechtung sei wegen verspätetem bzw. nicht erfolgtem diesbezüglichem Vorbringen verjährt.

Zu diesen Einwänden wird im Wesentlichen auf die bisherigen Ausführungen verwiesen. Der Irrtum wurde nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern von der klagenden Partei im Verfahren erster Instanz vorgebracht (siehe unter Punkt 1.a.). Zur zitierten Judikatur zur vorvertraglichen Aufklärungspflicht ist auszuführen, dass diese nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar ist, da es hier auf die üblicherweise zu erwartende Eigenschaft ankommt (siehe unter Punkt 3.a.). Dass sich die Sed-Cards für die Vermittlung als Fotomodell nicht eignen, hätte von der Berufungswerberin bekannt gegeben werden müssen (siehe Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 1.7.2009, Seite 32). Zum neuerlichen Zitat der Entscheidung des OGH zu 5 Ob 144/98g wird auf die Ausführungen zur Mängelrüge unter Punkt 1.c.) verwiesen.

In Bezug auf die eingewendete Verjährung wird nochmals darauf hingewiesen, dass die Klage, in welcher der Irrtum bereits geltend gemacht wird, am 18.3.2004 eingebracht wurde und die Verträge mit den Zedenten am 21.3.2001 oder später geschlossen wurde. Die dreijährige Verjährungsfrist war daher noch nicht abgelaufen.

c.) Der weitere Einwand der Berufungswerberin, es fehle an den Voraussetzungen einer erfolgreichen Anfechtung wegen eines gemeinsamen Irrtums sowie die klagende Partei hätte kein diesbezügliches Vorbringen erstattet, geht ins Leere, da von der Berufungswerberin selbst ein gemeinsamer Irrtum im erstinstanzlichen Verfahren nie behauptet wurde. Es fehlt daher nicht nur ein Vorbringen der klagenden Partei dazu, sondern auch eines der Berufungswerberin. Auch das Erstgericht geht in seiner rechtlichen Beurteilung nicht von einem gemeinsamen Irrtum aus. In der Berufung wird auch nicht erklärt, warum die Berufungswerberin nunmehr einen gemeinsamen Irrtum annimmt und wie diese Ansicht mit dem Verfahren erster Instanz in Einklang zu bringen ist. Der Berufung konnte daher auch in diesem Punkt - allein aufgrund des Neuerungsverbot - kein Erfolg zukommen.

II. Zur Berufungsbeantwortung:

Die Berufungsgegnerin führt in ihrer Berufungsbeantwortung aus, dass sie aufgrund der Tatsachenrüge der Berufungswerberin selbst zu einer Tatsachenrüge veranlasst sei. Die Berufungswerberin beziehe sich - zur Untermauerung ihres Standpunktes - auf die vom Erstgericht getroffenen Feststellung, die Zedenten hätten im schriftlichen Vermittlungsvertrag nicht angekreuzt, in welcher Sparte sie tätig sein möchten. Diese Feststellung sei tatsachenwidrig und überdies überschießend. Die der Aufzählung der verschiedenen Sparten vorangestellten Kreise würden nicht dazu dienen, angekreuzt zu werden, sondern stellen lediglich eine grafische Betonung des Bedeutungsinhalts dar. Zum Beweis dafür legte die Berufungsgegnerin eine Empfehlungskarte der Berufungswerberin vor, auf welcher ebenfalls diese Kreise vor den Sparte zu sehen sind.

Die von der Berufungsgegnerin erhobene Tatsachenrüge richtet sich gegen eine Feststellung, die für die rechtliche Beurteilung des Verfahrens nicht von Relevanz ist, weshalb darauf nicht näher eingegangen wird.

Darüber hinaus erhebt die Berufungsgegnerin eine weiterführende Tatsachenrüge, die wortgleich ist mit ihrer Tatsachenrüge in der Berufung gegen das Ersturteil im ersten Rechtsgang.

Insofern die Feststellungen - weil vom Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nicht umfasst - bereits als abschließend erledigt anzusehen sind, ist die Rüge als unzulässig zu betrachten. In dem Umfang, in welchem die Berufungsgegnerin im Sinne des § 468 Abs 2 ZPO überhaupt berechtigt ist, eine Tatsachenrüge zu erheben, wird auf die umfassenden Ausführungen zu der identen Tatsachenrüge im Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 1.7.2009 zu 16 R 105/09p verwiesen.

III. Zum Kostenrekurs der klagenden Partei:

In ihrem Kostenrekurs führt die klagende Partei nicht aus, in welchen Punkten die Kostenentscheidung des Erstgerichtes unrichtig sei, sondern legt erneut ein Kostenverzeichnis, welches jedoch zum Teil von jenem im Verfahren erster Instanz gelegten Verzeichnis abweicht.

Gemäß § 54 ZPO hat die Partei, welche Kostenersatz anspricht, bei sonstigem Verluste des Ersatzanspruches das Verzeichnis der Kosten samt den zur Bescheinigung der Ansätze und Angaben dieses Verzeichnisses etwa erforderlichen Belegen vor Schluss der der Entscheidung über den Kostenersatzanspruch unmittelbar vorangehenden Verhandlung dem Gerichte zu übergeben.

Der nunmehr verzeichnete Schriftsatz vom 22.6.2007 (ON 66a) ist im Kostenverzeichnis, welches im erstinstanzlichen Verfahren gelegt wurde, nicht enthalten, weshalb diese Kosten zu streichen waren. Ebenso waren die Kosten für die Streitverhandlung vom 28.11.2007 (ON 77) zu streichen, da diese Streitverhandlung zwar in der Kostennote im erstinstanzlichen Verfahren angeführt ist, jedoch nicht beziffert wurde. Es wurden also keine Kosten dafür verzeichnet. Die Kosten für die Streitverhandlung am 9.9.2008 hat die Berufungswerberin hingegen richtig mit € 309,80 verzeichnet.

Die Kostenvorschüsse für die Sachverständigengebühren in Höhe von € 1.500,- und € 1.150,- hat die klagende Partei wiederum - obwohl vom Erstgericht bereits korrigiert - in voller Höhe verzeichnet. Der Kostenvorschuss in Höhe von € 1.150,- wurde bereits zur Gänze an den Klagevertreter rücküberwiesen (ON 73). Der Kostenvorschuss in Höhe von € 1.500,- wurde lediglich in Höhe von € 814,- verbraucht (ON 28 und ON 62). Der noch bei Gericht erliegende Rest in Höhe von € 686,- wird vom Erstgericht noch rücküberwiesen werden.

Insgesamt war daher dem Kostenrekurs, insbesondere da das Erstgericht bei ihrer Kostenentscheidung offenbar die Pauschalgebühr in Höhe von € 467,- für die Berufung der klagenden Partei im ersten Berufungsverfahren nicht als Kosten zugesprochen hat, teilweise zu folgen.

IV. Zu den Kosten des Rechtsmittelverfahrens:

Da der Berufung der beklagten Partei kein Erfolg zukam, hat die klagenden Partei Anspruch auf Ersatz der Kosten ihrer Berufungsbeantwortung. Das Kostenverzeichnis musste insofern korrigiert werden, als lediglich 180 % Einheitssatz anstatt 240 % zuzusprechen waren, da

keine mündliche Berufungsverhandlung stattgefunden hat. Weiters war die verzeichnete Pauschalgebühr in Höhe von € 467,- zu streichen.

Mit ihrem Kostenrekurs obsiegt die klagende Partei mit rund 45 %. Die beklagte Partei hat jedoch keine Kostenrekursbeantwortung erstattet, weshalb ihr keine Kosten zugesprochen werden können. Die Nichtbeteiligung ändert jedoch nichts daran, dass das Rechtsmittelverfahren zweiseitig ist, weshalb die Kosten nicht wie im einseitigen Rechtsmittelverfahren (Kosten auf Basis des Werts des Teilerfolges) berechnet werden können. Bei Hälfte- oder geringerem Erfolg des Rechtsmittels und keiner Beteiligung des Gegners erfolgt daher Kostenaufhebung (vgl. *Obermaier*, Kostenhandbuch, Rz 297; Rz 305 E1). Die klagende Partei erhält somit keine Kosten für ihren Kostenrekurs.

Der Revisionsrekurs ist gemäß § 528 Abs 2 Z 3 ZPO jedenfalls unzulässig.

Gemäß § 502 Abs 5 Z 3 ZPO gelten die Revisionsbeschränkungen der Abs 2 und 3 leg. cit. nicht, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein zur im § 29 KSchG genannter Verband einen ihm zur Geltendmachung abgetretenen Anspruch klagsweise geltend macht. Die ordentliche Revision ist aber gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig, da die Entscheidung von keiner Rechtsfrage des materiellen oder formellen Rechts abhängt. Vielmehr war die irrumsrechtliche Betrachtung von Umständen des Einzelfalles abhängig.

Landesgericht Linz, Abteilung 16,

am 28.1.2010

Dr. Werner Gratzl

Richter

*Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG*