

# Bezirksgericht Zürich

10. Abteilung - Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: FV170088-L / U

Mitwirkend: Bezirksrichter lic.iur. P. Dienst  
Gerichtsschreiber lic.iur. F. Utz

## Urteil vom 23. August 2017

in Sachen

A.\_\_\_\_\_,  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw C.\_\_\_\_\_

gegen

B.\_\_\_\_\_ SA,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. D.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren des Klägers:**

(act. 77 S. 1)

- "1. Die Beklagte sei zur Zahlung von EUR 23'105.84 zzgl. Zins seit dem 13. März 2015 zu verurteilen. Mehrforderungen unter Nachklagevorbehalt sind ausdrücklich vorbehalten.
2. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Gerichtskosten des Berufungsverfahrens vor dem Obergericht des Kantons Zürich gemäss Ziff. 3 des Beschlusses vom 16. Februar 2017 des Obergerichts des Kantons Zürich in Höhe von CHF 3'600.– zu verurteilen.
3. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger für das Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'871.53 zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 4 des Urteils vom 4. Juli 2017 des Bezirksgerichts Zürich in der Höhe von CHF 3'580.– zu verurteilen.
5. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'974.85 zu bezahlen.
6. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 2 der Verfügung vom 10. Juli 2015 des Bezirksgerichts Zürich in der Höhe von CHF 1'000.– zu verurteilen.
7. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2015 in der Höhe von CHF 2'430.– zu verurteilen.
8. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Kosten des Schlichtungsverfahrens vor dem Friedensrichteramt E.\_\_\_\_\_ in Höhe vom CHF 600.– zu verurteilen.
9. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren der Beklagten:**

(act. 78 S. 2, Prot. S. 7 sinngemäss)

- " Die Klage sei abzuweisen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Klägers."

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

1. Die Klage über das ursprüngliche Rechtsbegehren (act. 1 S. 1 f.) wurde am 2. Juli 2015 mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs beim Friedensrichteramt E.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 62 Abs. 1 ZPO rechtshängig gemacht (act. 1). Nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung vom 18. August 2015, zu welcher die Beklagte unentschuldigt nicht erschien, wurde dem Kläger am 20. August 2015 die Klagebewilligung erteilt (act. 1 S. 2). Innert der dreimonatigen Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO wurde die Klage am 17. September 2015 (Datum Poststempel: 15. September 2015) unter Beilage der Einlegerakten beim Gericht eingereicht (act. 2 und 4/2a-23). Mit Verfügung vom 23. September 2015 setzte das Gericht sodann der klagenden Partei eine Frist von zehn Tagen zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'580.– an (act. 6). Der Kostenvorschuss ging innert Frist am 1. Oktober 2015 beim Gericht ein (act. 8).

2. Da die Klage begründet eingereicht wurde, wurde der Beklagten mit Verfügung vom 6. Oktober 2015 in Anwendung von Art. 245 Abs. 2 ZPO eine Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 9). Nach zweimal erstreckter Frist ging diese fristgemäss mit Beilagen am 8. Dezember 2015 (Poststempel: 7. Dezember 2015) beim Gericht ein (act. 15 und 17/2-3). Nachdem von der Beklagten auf entsprechende Anfrage bis zum 22. Dezember 2015 keine Rückmeldung über die Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen vor Replik und Duplik eingegangen war, wurden die Akten zur Ansetzung des Hauptverhandlungstermins am 22. Dezember 2015 an die Gerichtskanzlei weitergegeben (act. 20). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2015 beantragte die Beklagte nunmehr die Durchführung des schriftlichen Verfahrens für Replik und Duplik (act. 21). Da mit dem Vertreter der Beklagten bis Ende März 2016 kein Termin für eine Hauptverhandlung gefunden werden konnte und da die Beklagte – gemäss Angaben ihres Vertreters – ohnehin der deutschen Sprache nicht mächtig sei, wurde diesem Antrag stattgegeben und mit Verfügung vom 6. Januar 2016 Frist für die schriftliche Replik angesetzt (act. 22 und 23). Diese ging innert zweimal erstreckter Frist frist-

gemäss am 16. Februar 2016 (Datum Poststempel: 15. Februar 2016) samt Beilagen beim Gericht ein (act. 29 und 31/1-7). Mit Verfügung vom 17. Februar 2016 wurde der Beklagten daraufhin Frist zur Duplik angesetzt, welche ebenfalls innert zweimal erstreckter Frist fristgemäss am 28. April 2016 (Datum Poststempel: 27. April 2016) mit Beilagen beim Gericht einging (act. 40 und 41/1-6). Der Kläger nahm das Doppel der Duplik und der Beilegerakten am 18. Mai 2016 entgegen (act. 42). Am 27. Juni 2016 reichte der Kläger sodann eine Eingabe ein, in welcher er – beziehend auf die Duplik der Beklagten – zum einen einen Kas-sensturz-Bericht einreichte und sich zum anderen über ein standesrechtlich fragwürdiges Vorgehen der Anwälte der Beklagten beschwerte (act. 43). Am 4. Juli 2016 erging daraufhin das erstinstanzliche Urteil, mit welchem die Klage abgewiesen wurde (act. 44).

3.1 Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Schreiben vom 14. September 2016 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Beschluss des Obergerichts vom 16. Februar 2017 hob dieses das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht) vom 4. Juli 2016 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen ans hiesige Gericht zurück (act. 68).

3.2 Vor Obergericht unbestritten blieben aber die Ausführungen im Urteil vom 4. Juli 2016 zur Eingabe des Klägers vom 27. Juni 2016, wonach diese Urkunde wegen fehlender Relevanz erst mit dem Urteil der Beklagten zuzustellen war, und dass diese Eingabe des Klägers überdies als impliziter Verzicht auf eine darüber hinaus gehende Stellungnahme zur Duplik zu würdigen war (vgl. dazu act. 44 Ziff. V.).

4. Am 19. April 2017 gingen die Akten beim hiesigen Gericht ein, und am 12. Mai 2017 wurde die Beweisverfügung erlassen (act. 69). Mit Verfügung vom 31. Mai 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten, und ob sie – im Falle eines Verzichts auf die Hauptverhandlung – schriftliche Schlussvorträge einreichen wollen (act. 72). Mit Eingabe vom 16. Juni 2017 beantragte der Kläger die Durchführung

einer mündlichen Verhandlung (act. 75). Die Hauptverhandlung fand am 23. August 2017 statt (Prot. S. 6 ff.).

## **II. Parteien**

1. Beim Kläger handelt es sich um einen Kunden der Beklagten, der für Fussballspiele zwischen dem 4. April 2015 und dem 6. Juni 2015 insgesamt 182 Tickets auf der Website der Klägerin gekauft hat (act. 2 S. 2).

2. Die Beklagte bezeichnet sich selber als Onlinetauschbörse für Eventtickets und betreibt zu diesem Zweck die Plattform F.\_\_\_\_\_ [Website] (act. 15 S. 4).

## **III. Örtliche und sachliche Zuständigkeit**

1. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in G.\_\_\_\_\_, und die Beklagte hat ihren Sitz in H.\_\_\_\_\_. Die Klägerin beruft sich hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit auf Ziffer 7.4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB), wonach als ausschliesslicher Gerichtsstand Zürich bestimmt ist (act. 2 S. 3). Die örtliche Zuständigkeit des urteilenden Einzelgerichts wird von der Beklagten nicht bestritten (act. 15 S. 4).

2. Ein zwingender oder ein teilzwingender Gerichtsstand liegt nicht vor. Demnach sind auf Grund des oben Gesagten die Gerichte im Bezirk Zürich örtlich zuständig.

3. Der Streitwert beträgt EUR 23'105.84 oder Fr. 25'374.85 (vgl. act. 6), weshalb gemäss § 24 lit. a GOG i.V.m. Art. 243 ZPO das Einzelgericht sachlich zuständig ist.

#### **IV. Unbestrittener Sachverhalt**

1. Es ist unbestritten, dass der Kläger für Fussballspiele zwischen dem 4. April 2015 und dem 6. Juni 2015 insgesamt 182 Tickets auf der Website F.\_\_\_\_\_ der Beklagten bestellt hat. In der vorliegenden Klage geht es jedoch nur um acht Tickets der Kategorie 1 für das Champions League Finale vom 6. Juni 2015 sowie um 20 Tickets der Kategorie 1 für das Spiel von Bayern München gegen den FSV Mainz 05 vom 23. Mai 2015, welche die Beklagte am 14. Januar 2015 bestellt und bezahlt hatte. Da die Lieferung in der Folge nicht zustande kam, wurde dem Kläger der Kaufpreis dieser Tickets mit Überweisung vom 13. März 2015 von der Beklagten zurückerstattet.

2. Der Kläger stützt sich nun auf die sogenannte I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] gemäss Ziffer 1.3 der AGB und macht als Schaden den Differenzbetrag zwischen den später vom ihm getätigten Deckungskäufen und dem ursprünglich von ihm an die Beklagte geleisteten Kaufpreis geltend. Diese Mehrkosten hätten – so macht der Kläger geltend – EUR 23'105.84 betragen.

#### **V. Formelle Erwägungen**

1. Wie eingangs dargelegt, hob das Obergericht mit Beschluss vom 16. Februar 2017 das erstinstanzliche Urteil vom 4. Juli 2016 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zur erneuten Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Die erste Instanz ist dabei an die Erwägungen und an das Dispositiv des Berufungsentscheids gebunden.

2. Im Rückweisungsdispositiv können der ersten Instanz bestimmte Weisungen erteilt werden. Nach erfolgter Rückweisung hat die erste Instanz neu zu entscheiden (BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 4). Das Obergericht kommt aufgrund einer anderen Auslegung von Ziffer 1.3 der AGB zum Schluss, dass sich die Beklagte im Sinne einer Garantieabrede im Falle der Nichtleistung seitens des Verkäufers um die Besorgung von Ersatztickets zu bemühen hatte. Ob sie diese Pflicht verletzt habe, sei – so das Obergericht – durch die Vorinstanz noch zu be-

urteilen, und ebenso die Frage, ob dem Kläger durch das Verhalten der Beklagten ein Schaden entstanden sei bzw. ob dessen Schadenersatzforderung begründet sei (act. 68 S. 20).

3.1 Zu diesen vom Obergericht als relevant bezeichneten Behauptungen wurden mit Beweisverfügung vom 12. Mai 2017 die von den Parteien dazu bezeichneten und bereits bei den Akten liegenden Beweismittel zugelassen (act. 69).

3.2 Von der Beklagten wurde anlässlich der Hauptverhandlung vom 23. August 2017 die neue Behauptung aufgestellt, dass dem Kläger bereits früher einmal von der Beklagten der Kaufpreis für Tickets zurückerstattet worden sei, die jener Verkäufer nicht habe liefern können, weshalb jener Kauf vom 3. September 2013 am 4. September 2013 habe storniert werden müssen (act. 78 S. 4 f.). Diesbezüglich reichte die Beklagte entsprechende Urkunden als act. 79/1 und 79/2 ins Recht.

3.3 Gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven, lit. a), oder bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven, lit. b). Die Beklagte unterliess es aber darzutun, weshalb diese Behauptung und die beiden Urkunden (act. 79/1 und 79/2) erst in der Hauptverhandlung nach dem zweiten Schriftenwechsel erhoben und eingereicht werden konnten, obwohl ein entsprechender Hinweis in der Vorladung auf Art. 229 ZPO ausdrücklich hinweist (act. 76/2) und auch der Kläger dies an der Hauptverhandlung monierte (Prot. S. 11). Die neu erhobene Behauptung und die dazu eingereichten Beweismittel (act. 79/1 und 79/2) müssen deshalb unberücksichtigt bleiben.

3.4 Nach der durchgeführten Hauptverhandlung erweist sich der Prozess nun als spruchreif.

## VI. Parteistandpunkte

1.1 Der Kläger führt in der Klagebegründung aus, dass die Verträge über den Verkauf der 182 Tickets zwischen den Parteien gültig zustande gekommen seien. Der Kläger habe sich – wie er weiter geltend macht – zusätzlich noch telefonisch bei der Beklagten versichert, ob die Tickets geliefert werden könnten. Der Schaden wegen der Nichtlieferung sei deshalb entstanden, weil er die Tickets bereits an seine Kunden weiterveräussert gehabt habe und sich aus diesem Grund bei anderen Händlern mit Tickets habe eindecken müssen. Für diesen Schaden müsse die Beklagte aufkommen, da diese in Ziffer 1.3 der AGB garantiere, sich im höchst unwahrscheinlichen Fall, dass der ursprüngliche Verkäufer nicht in der Lage ist, die zum Verkauf angebotenen Karten zu liefern, um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz zu kümmern. Trotz der Garantieklausel habe sich die Beklagte aber in keiner Weise um gleich- bzw. höherwertigen Ticketersatz gekümmert, obwohl sämtliche Tickets bis zum Schluss in ausreichender Anzahl auf deren Website angeboten worden seien. So habe eine am 7. April 2015 durchgeführte Konsultation der Website der Beklagten ergeben, dass dort weiterhin Tickets für die fraglichen Fussballspiele angeboten worden seien. In ihrem Schreiben vom 30. März 2015 habe die Beklagte bekannt gegeben, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, die bestellten Tickets zu liefern, und sie habe sich dabei – wie folgt – auf die in jenem Schreiben zitierte I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] gemäss Ziffer 1.3 der AGB berufen:

"Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_SA kaufen, garantiert B.\_\_\_\_\_SA Ihnen, dass Sie die Tickets rechtzeitig vor der Veranstaltung erhalten. In dem **höchst unwahrscheinlichen Fall**, dass Probleme auftreten und der ursprüngliche Verkäufer nicht in der Lage ist, die Karten, die zum Verkauf angeboten wurden, zu liefern, wird B.\_\_\_\_\_SA sich um **gleich- bzw. höherwertigen Ersatz** kümmern. Sollte es B.\_\_\_\_\_SA nicht gelingen, gleich- bzw. höherwertige Tickets zu beschaffen, so erstatten wir Ihnen den gesamten Betrag zurück. Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_SA verkaufen – und vorausgesetzt Sie liefern exakt die Tickets, die Sie zum Kauf angeboten haben, und der Käufer erhält erfolgreich Zugang zu der Veranstaltung – garantiert B.\_\_\_\_\_SA, dass Sie für den Verkauf bezahlt werden."

Diese Ziffer sei kurz nach dem Begehren des Klägers vom 7. April 2015 um vorsorgliche Beweissicherung der Website der Beklagten beim Bezirksgericht Zürich von der Beklagten abgeändert worden. Dies nütze dieser aber nichts, da die Tickets ja im Januar 2015 erworben worden seien (siehe zum Ganzen act. 2 S. 3-8).

1.2 Weiter führt der Kläger aus, dass die Beklagte den Vertrag verletzt habe, indem sie sich entgegen ihrer eigenen Garantiezusage in keiner Weise um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz bemüht habe. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Beklagte bereit gewesen sei, den Kaufpreis der Tickets zurückzuerstatten. Sodann sei auch nicht davon auszugehen, dass die Beklagte als Vermittlerin aufgetreten sei; die Beklagte sei vielmehr in der Lage gewesen, Tickets zu liefern, habe dies aber nicht gemocht, da sie die Tickets anderweitig teurer habe verkaufen können (act. 2 S. 9).

2.1 Die Beklagte hält in der Klageantwort fest, dass sie unter der Website F.\_\_\_\_\_ eine sogenannte Peer-to-Peer-Onlinetauschbörse für Eventtickets betreibe. Die Nutzer hätten dort nach entsprechender Registrierung die Möglichkeit, Eventtickets an andere Nutzer zu verkaufen oder von anderen Nutzern zu kaufen. Die entsprechenden Kaufverträge würden jeweils direkt zwischen den Nutzern ("Peers", engl. Gleichgestellte) geschlossen (act. 15 S. 4). Der Verkäufer – und nicht die Beklagte – definiere, zu welchem Preis er bereit sei, das jeweilige Ticket zu verkaufen. Ein kaufwilliger Nutzer ("Käufer") unterbreite dem Verkäufer über die Plattform ein entsprechendes Angebot und autorisiere gleichzeitig die Beklagte zur Belastung des Kaufpreises. Der Verkäufer sende dem Käufer sodann die Tickets zu, damit dieser den gewünschten Event besuchen könne. Im Vergleich mit anderen Onlinetauschbörsen habe die Beklagte aber zwei Sicherheitsmechanismen für den Betrieb der Plattform eingebaut: Einerseits werde dem Käufer der Kaufpreis bereits vor dem Event belastet, wohingegen der Verkäufer seine Gutsschrift erst nach erfolgreichem Eventbesuch erhalte. Andererseits gewähre die Beklagte mit der sogenannten I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] einen zusätzlichen Schutz, welche gemäss Ziffer 1.3 der AGB wie folgt laute:

"Ist der Verkäufer nicht in der Lage, die im Verkauf gelisteten Tickets zu liefern, so werden wir uns nach besten Kräften bemühen, gleichwertige oder bessere Tickets für Sie zu besorgen. Falls (i) wir, wenn der Verkäufer die zum Verkauf gelisteten Tickets nicht liefern kann, nicht in der Lage sind, gleichwertige oder bessere Tickets für Sie zu besorgen; (ii) Ihnen der Eintritt zur Veranstaltung wegen ungültiger Tickets (im Sinne der Definition) verweigert wurde oder (iii) eine Veranstaltung abgesagt wurde (ohne Bekanntgabe eines neuen Termins oder einer neuen Uhrzeit, für den bzw. die die Tickets ihre Gültigkeit behalten), werden wir Ihnen den Kaufpreis in voller Höhe erstatten".

Die I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] stelle sicher, dass der Käufer im Rahmen des Kaufvertrags mit dem Verkäufer kein ungebührliches Risiko eingehe. Sollte der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht einhalten, wisse der Käufer, dass er entweder Ersatztickets erhalte oder ihm der volle Kaufpreis erstattet werde. Die Besorgung von Ersatztickets sei insbesondere dann möglich, wenn der Käufer nur wenige Tickets kaufe – was dem Normalfall entspreche. Je mehr Tickets aber betroffen seien, desto schwieriger werde es für die Beklagte, entsprechende Ersatztickets zu organisieren, und desto wahrscheinlicher werde es, dass anstatt der Lieferung von Ersatztickets der Kaufpreis erstattet werde. Den Käufern werde deutlich gemacht, dass ab dem Zeitpunkt der Rückerstattung keine weiteren Massnahmen für die Besorgung von Ersatztickets vorgenommen werden und dies der Schlusspunkt einer gescheiterten Transaktion darstelle. Eine weitergehende Haftung als die Erstattung des Kaufpreises durch die Beklagte verspreche diese zu keinem Zeitpunkt. Im Gegenteil schliesse sie eine solche Haftung mit Ziffer 6.2 der AGB sogar unmissverständlich aus:

"Verzicht auf Ersatz von Folgeschäden; Haftungsgrenze:

Unsere Haftung ist auf rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die auf welchem Rechtsgrund auch immer basierende Haftung für mittelbare Schäden oder Folgeschäden (auch – wobei dies keine abschliessende Aufzählung ist – für entgangenen Gewinn oder nicht realisierte erwartete Einsparungen, für **Kosten, die Ihnen dafür entstehen, dass Sie als Ersatz für Tickets, die Sie nicht auf der Website kaufen konnten, Tickets von einem anderen Verkäufer oder Dritten gekauft haben**, und für Kosten, die Ihnen durch die Verlegung des Veranstaltungstermins entstehen) oder für Schäden, die auf welche Weise auch immer durch Datenverlust entstehen, ist ausgeschlossen." (Hervorhebung durch die Beklagte)

Der Kläger, welcher unter der Firma J.\_\_\_\_\_ [Website] auftrete, sei auf der Plattform der Beklagten äusserst aktiv und setze ein grosses Ticketvolumen um – nicht nur als Käufer, sondern vor allem auch als Verkäufer. So habe er seit Februar 2015 350 Transaktionen als Verkäufer durchgeführt, wobei er als eher unzuverlässiger Verkäufer aufgetreten und seiner Leistungspflicht oftmals nicht nachgekommen sei. Bei jenen Fällen habe sich die Beklagte durchaus bemüht, den Käufern bei Nichtlieferung der Tickets durch den Kläger Ersatztickets zu beschaffen, was aber verständlicherweise nicht immer gelungen sei. Der Kläger sei mit dieser Praxis also sehr gut vertraut (act. 15 S. 4 ff.).

2.2 Vorliegend habe der Kläger am 14. Januar 2015 die fraglichen Tickets bestellt. Diese Tickets seien alle vom gleichen Verkäufer zur Verfügung gestellt worden. Dieser habe das Kaufangebot zunächst bestätigt, weshalb die Beklagte auch die entsprechenden Bestätigungen an den Kläger versandt habe. In der Folge habe sich jedoch herausgestellt, dass der Verkäufer die Tickets nicht vertragsgemäss habe liefern können, weshalb die Beklagte – wie in solchen Fällen üblich – geprüft habe, ob die Beschaffung von einem vergleichbar grossen Ticketkontingent möglich gewesen sei. Dies sei nicht der Fall gewesen. Die Beklagte habe deshalb am 6. März 2015 den Kläger telefonisch informiert, dass der Verkäufer die Tickets definitiv nicht liefern könne. Mit Überweisung vom 13. März 2015 habe die Beklagte dem Kläger die bereits belastete Summe vollständig zurückerstattet. Damit habe die Beklagte sämtliche vertraglichen Pflichten erfüllt. Der Ersatz von mittelbaren Schäden bzw. Folgeschäden sei in den am 14. Januar 2015 gültigen AGB explizit ausgeschlossen gewesen, und er sei auch nicht von der I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] umfasst (act. 15 S. 7).

2.3 Rechtlich gesehen – so die Beklagte weiter – umfasse ihr Geschäftsmodell zwei Rechtsverhältnisse. Im Verhältnis zwischen den auf der Plattform der Beklagten registrierten Nutzern handle es sich um einen Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer; die Beklagte sei dabei aber in keinem Zeitpunkt Partei des Kaufvertrags. Beim Verhältnis der Käufer und Verkäufer zur Beklagten handle es sich um einen Innominatvertrag (Serviceleistungsvertrag/Verpflichtung *sui generis* mit Kulanzbestimmung). Die I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] bestehe aus einer Ver-

pflichtung *sui generis* und aus einer Kulanzleistung ohne rechtlichen Verpflichtungswillen durch die Beklagte:

- Die Erstattung des Kaufpreises bei Nichtlieferung durch den Verkäufer stelle eine vertragliche Leistungspflicht *sui generis* dar.
- Die Bemühung der Beklagten, sich um Ersatztickets zu kümmern, stelle eine reine Kulanzleistung dar und löse keine rechtliche Leistungspflicht aus.

Der Wortlaut der I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] sei bezüglich Umfang der Leistungspflicht unmissverständlich: Bei Nichtleistung durch den Verkäufer werde der bezahlte Kaufpreis bedingungslos erstattet – weitere Schäden, insbesondere mittelbare Schäden und Folgeschäden, seien hingegen explizit nicht von dieser Garantie umfasst. Das unverbindliche Angebot der Beklagten, sich um Ersatz von gleich- bzw. höherwertigen Tickets zu bemühen, stelle keine vertragliche Leistungspflicht dar. Dieser Verpflichtungsausschluss bezüglich der Kulanzleistung ergebe sich eindeutig aus Ziffer 1.3 der AGB. Da im Umfang der Kulanzleistung keine primäre Leistungspflicht entstehe, könne auch keine sekundäre Leistungspflicht – sprich eine Schadenersatzpflicht aus Haftungsfolge – entstehen. Neben der sachlichen Beschränkung der vertraglichen Leistungspflicht habe die Beklagte in Ziffer 6.2 der AGB ausserdem explizit darauf hingewiesen, dass sie – neben der Erstattung des Kaufpreises – keine weitere Haftung für allfällige Deckungskäufe übernehme (act. 15 S. 8 f.).

2.4 Zur Klageschrift im Einzelnen führt die Beklagte noch aus, dass es nicht zutreffend sei, dass der Kläger die Tickets bei ihr gekauft habe. Diese habe der Kläger vielmehr auf der Plattform von einem anderen Nutzer gekauft. Auch seien die Tickets nicht weiterhin angeboten worden. Korrekt sei, dass zu einem späteren Zeitpunkt Tickets für den gleichen Event in der gleichen Kategorie angeboten worden seien, doch seien diese Angebote durch andere Nutzer erfolgt. So dann treffe es zu, dass im Vorfeld des Kaufs ein Telefonat zwischen dem Kläger und der Beklagten stattgefunden habe. Dem Kläger sei aber zu keinem Zeitpunkt eine von den AGB abweichende Leistung versprochen worden. Die Ausführungen des Klägers bezüglich der nachträglichen Änderung der AGB der Beklagten seien

für das vorliegende Verfahren irrelevant und dementsprechend bestritten (act. 15 S. 10 f.).

3. In der Duplikschrift (*recte* Replikschrift) führt der Kläger aus, dass die Beklagte wohl deshalb so gehandelt habe, weil sie damals in Übernahmeverhandlungen gestanden und sie gegenüber potentiellen Käufern habe Wachstum zeigen wollen, weshalb sie ein grosses Interesse daran gehabt habe, den Umsatz hochzutreiben, um so einen besseren Verkaufserlös erzielen zu können. Deshalb sei ihr wohl das eingebuchte Geld aus nicht erfolgten Ticketverkäufen gerade recht gekommen (act. 29 S. 4). Zu den rechtlichen Ausführungen der Beklagten macht der Kläger geltend, dass es sich vorliegend nicht um ein Peer-to-Peer-Konzept handle, da zwischen Verkäufer und Käufer kein direkter Kontakt stattfindet und vielmehr die Beklagte dazwischen geschaltet sei, wobei aber ohnehin die Beklagte selber der Verkäufer gewesen sei. So habe die Beklagte gesagt, dass sie die Tickets selber liefern würde. Letztlich spiele die Frage, wer die Tickets verkauft habe, aber keine Rolle, da die Beklagte selber eine eigene Garantie für jede Bestellung abgebe (act. 29 S. 5 f.). Da der Käufer völlig im Ungewissen sei, ob der Verkäufer liefern könne, sei er auf die I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] angewiesen, wonach B.\_\_\_\_\_SA im Falle einer Nichtlieferung durch den Verkäufer selber Tickets am Markt besorge. Nur für den "höchst unwahrscheinlichen Fall", dass die Hauptleistung – nämlich die Lieferung von Ersatztickets – nicht möglich sei, würden die AGB vorsehen, dass eine Rückerstattung stattfindet (act. 29 S. 7). Sodann sei die Erklärung einer Garantie unter gleichzeitigem Ausschluss der Haftung nicht möglich. Dies würde Treu und Glauben zuwiderlaufen. Der Beklagten müsse vorgeworfen werden, dass sie mit Absicht keine Tickets geliefert habe, da sie keinerlei Bemühungen für die Beschaffung von Ersatztickets nachweise (act. 29 S. 8). In rechtlicher Hinsicht werde sodann – wie der Kläger weiter ausführt – das Vorliegen eines Innominatvertrags bestritten; vielmehr handle es sich vorliegend um einen Garantievertrag nach Art. 111 OR (act. 29 S. 10).

4. Duplicando macht die Beklagte geltend, dass die Haftung selbst dann, wenn – was zwar bestritten werde – eine vertragliche Pflicht von ihr verletzt worden sei, ausdrücklich auf die Erstattung der Ticketpreise beschränkt gewesen sei.

Auch sei die geltend gemachte Schadenersatzforderung in keiner Weise belegt worden, weshalb die Klage abzuweisen sei. Im Einzelnen wird von der Beklagten ausgeführt, dass Eventtickets unvollkommene Inhaberpapiere seien und der Käufer nur am damit verbundenen Recht interessiert sei, weshalb sie über anonyme Onlineplattformen handelbar seien. Solange die an das (unvollkommene) Inhaberpapier gekoppelten Rechte wahrgenommen werden könnten, sei der Kaufvertrag erfüllt. Die Identität des Vertragspartners stelle keine *essentialia negotii* des Kaufvertrages dar. Im Übrigen werde auch im Rahmen des Stellvertretungsrechts der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn die Gegenpartei aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen könne oder wenn es ihr gleichgültig sei, mit wem sie den Vertrag schliesse (act. 40 S. 4 f.). Ferner sei dem Kläger auch kein Schaden daraus entstanden. Zunächst belege er nicht, dass die im Recht liegenden Rechnungen überhaupt im Zusammenhang mit der erfolgten Stornierung stünden. Weiter lege der Kläger auch nicht dar, inwiefern er zu den Deckungskäufen überhaupt verpflichtet gewesen sei. Selbst bei einer Pflichtverletzung der Beklagten würde aber keine Pflicht zum Ersatz des mittelbaren Schadens bestehen, da die Haftung in den Ziffern 6.1 bis 6.4 der AGB ausgeschlossen worden sei. Der Kläger lege sodann als "Deckungskäufe" deklarierte Rechnungen bzw. E-Mails als act. 4/12.1-4/12.6 ins Recht. Er belege jedoch in keiner Art und Weise, inwiefern diese Dokumente mit den über die Plattform der Beklagten erworbenen Tickets im Zusammenhang stünden. Überdies handle es sich bei act. 4/12.5 und 4/12.6 um selbst erstellte Dokumente ohne jegliche Gegenzeichnung durch eine andere involvierte Partei und ohne entsprechende Zahlungsbelege. Ob die Transaktionen tatsächlich stattgefunden hätten, sei aufgrund dieser Dokumente nicht belegt und werde deshalb bestritten. Weiter werde bestritten, dass die im Recht liegenden Rechnungen tatsächlich die auf der Plattform der Beklagten erworbenen Tickets betreffen würden. Der Kläger lege lediglich Rechnungen als act. 4/6.1-4/6.9 ins Recht, welche belegen sollen, dass er Tickets verkauft habe. Zu welchen vertraglichen Bedingungen dies geschehen sei, bleibe jedoch offen. Es sei gut möglich, dass diese Transaktionen storniert worden seien (act. 40 S. 7 ff.). Zu den Übernahmebehauptungen des Klägers führt die Beklagte aus, dass der vom Kläger eingereichte Artikel sie mit keinem Wort erwähne. Auch

sonst ergebe sich durch nichts, inwiefern sich die Beklagte mit potentiellen Investoren in Verbindung befunden haben sollte. Entgegen den Ausführungen des Klägers hätte dieser sodann als halbprofessioneller Ticketbroker und aktiver Verkäufer auf der Plattform der Beklagten aus den Umständen erkennen müssen, dass nicht die Beklagte selber die Tickets anbietet, sondern andere Nutzer der Plattform. Es werde auch bestritten, dass die Beklagte gesagt haben soll, dass sie die Tickets selber liefere (act. 40 S. 11 ff.). Weiter treffe es nicht zu, dass ein Garantievertrag vorliege. Die Beklagte garantiere gemäss Ziffer 6.1 der AGB ausdrücklich nicht, dass der Verkäufer die Tickets liefere (act. 40 S. 17 f.).

5. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

## **VII. Rechtliche Würdigung**

Wie ausgeführt, geht es vorliegend um die Frage, ob die Beklagte für die Mehrkosten der vom Kläger beschafften Ersatztickets aufzukommen hat. Von der Beklagten wird diese Frage verneint, wobei sich beide Parteien auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) der Beklagten berufen.

### **1. Vertragsparteien der Ticketkäufe**

1.1 Wie erwähnt, macht der Kläger geltend, dass die Beklagte und nicht ein unbekannter Dritter der Verkäufer der fraglichen Tickets gewesen sei (act. 29 S. 5). Die Beklagte führt demgegenüber aus, dass es sich bei ihr um eine Anbieterin einer Ticketplattform bzw. einer Ticketbörse handle; die Nutzer würden nach entsprechender Registrierung Eventtickets an andere Nutzer verkaufen oder von anderen Nutzern kaufen können. Die Kaufverträge würden jeweils direkt zwischen den Nutzern geschlossen, was sich aus Ziffer 1.2 der AGB ergebe (act. 2 S. 4 und act. 40 S. 12). Gemäss den vom Kläger eingereichten AGB (act. 4/2a) lautet Ziffer 1.2 wie folgt:

"Ticket Börse: B.\_\_\_\_\_SA bietet einen Service, der es Mitgliedern, die Tickets kaufen möchten ("Käufer" einschliesslich "Käuferin"), ermög-

licht, Mitglieder zu finden, die die Tickets verkaufen möchten ("Verkäufer" einschliesslich "Verkäuferin"). B.\_\_\_\_\_SA erwirbt kein Eigentum am Ticket, das Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist, und die tatsächlichen Rechtsgeschäfte sind Vereinbarungen, die ausschliesslich zwischen den Käufern und Verkäufern zustande kommen. Käufer und Verkäufer tragen die alleinige Verantwortung für die Abwicklung der zwischen Käufer und Verkäufer bestehenden Vereinbarung, wobei B.\_\_\_\_\_SA sich gemäss der I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] (vgl. Ziff. 1.3) nach besten Kräften bemüht, die Abwicklung der Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer zu unterstützen."

Der Kläger versucht diese an sich klare Aussage in den AGB nun zu widerlegen, indem er ausführt, dass die Beklagte vielmehr gesagt habe, sie würde die Tickets selber liefern. Diese Aussage habe sie auch bei der Ticketbestellung gegenüber K.\_\_\_\_\_ gemacht (act. 29 S. 5). Die Beklagte bestreitet dies (act. 40 S. 13). Zur Behauptung, dass die Beklagte gesagt habe, sie würde die Tickets selber liefern, offeriert der Kläger als Beweismittel den Zeugen K.\_\_\_\_\_ und die Parteibefragung des Klägers.

1.2 Selbst wenn dem Kläger aufgrund dieser angerufenen Beweismittel der Nachweis jener behaupteten Aussage – wonach die Beklagte gesagt habe, sie würde die Tickets selber liefern – gelingen würde, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, dass die Vertragsparteien des vorliegenden Ticketkaufs der Kläger und die Beklagte waren. Selbst eine Abmachung, wonach die Beklagte die Tickets liefert, heisst nämlich noch lange nicht, dass die Beklagte auch die Verkäuferin der Tickets ist. Ziffer 2.12 der vom Kläger eingereichten AGB hält denn auch fest, dass die Tickets "auf dem zum Zeitpunkt des Verkaufs mitgeteilten Lieferweg direkt dem Käufer zugesendet werden" (act. 4/2a). Daraus ergibt sich, dass die Lieferung der gekauften Tickets auch im konkreten Fall durchaus durch die Beklagte hätte erfolgen können; ein allfälliges entsprechendes Versprechen würde also den AGB der Beklagten nicht widersprechen. Auch wenn vorliegend der Lieferweg über die Beklagte erfolgt wäre – und dies entsprechend zugesichert worden wäre –, würde dies nicht eine Stellung der Beklagten als Verkäuferin der fraglichen Tickets begründen. Abgesehen davon ist es auch nicht unüblich, dass gekaufte Waren nicht durch den Verkäufer, sondern durch Dritte – beispielsweise ein Logistikunternehmen wie die Post – geliefert werden; der Kläger durfte dem-

nach auch ein allfälliges Versprechen, wonach die Tickets über die Beklagte geliefert werden, nicht dahingehend verstehen, dass die Beklagte auch die Verkäuferin der Tickets ist. Auf die Abnahme der hier angebotenen Beweismittel (Parteibefragung des Klägers und Einvernahme des Zeugen K.\_\_\_\_\_) kann deshalb verzichtet werden.

1.3 Die Beklagte trat im vorliegenden Fall im Übrigen auch gemäss ihren AGB bloss als Vermittlerin des Kaufgeschäfts auf. Gemäss Ziffer 2.11 der AGB zieht die Beklagte vom Käufer die Zahlung für den zwischen Käufer und Verkäufer vereinbarten Preis ein. Selbst wenn man aus dieser Norm schliessen würde, dass die Beklagte insoweit im Sinne von Art. 32 OR als Stellvertreterin für den Verkäufer handelt, so wird aus dem Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer nicht die Beklagte berechtigt und verpflichtet (vgl. dazu den klaren Wortlaut von Art. 32 Abs. 1 OR).

1.4 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Kläger den Beweis dafür nicht erbracht hat, dass der Kaufvertrag über die fraglichen Tickets zwischen ihm und der Beklagten zustande gekommen ist. Es gehört aber zum Verhandlungsgrundsatz, dass die Parteien ihre Beweismittel für ihre Behauptungen selber vorlegen oder zumindest bezeichnen müssen. Demnach muss, wer eine Tatsache behauptet, den Beweis durch Einreichung verfügbarer Beweismittel oder durch Beweisanträge hierzu erbringen. Tatsachen, welche zwar von einer Partei behauptet, aber von ihr nicht bewiesen werden, bleiben beweislos und werden in der Urteilsfindung des Gerichts ebenso wenig berücksichtigt wie nicht behauptete Tatsachen (vgl. BSK ZPO-Gehri, N 3 zu Art. 55). Die Behauptung des Klägers, wonach die Beklagte die Verkäuferin der fraglichen Tickets war, blieb vorliegend beweislos. Dies gilt unabhängig davon, ob dem Kläger der Beweis für seine Behauptung gelingen würde, dass die Beklagte gesagt hat, dass die fraglichen Tickets über sie bzw. von ihr geliefert werden.

1.5 Das Obergericht bestätigte im Beschluss vom 16. Februar 2017 diese Schlussfolgerung und hielt fest, dass der Kläger den Beweis für das Vorliegen eines Kaufvertrages nicht habe erbringen können, weshalb sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet erweise (act. 68 Ziff. 3.2). Abschliessend ist somit

nochmals festzuhalten, dass die Beklagte nicht als Verkäuferin der fraglichen Tickets auftrat.

## 2. Garantievertrag

2.1 Der Kläger stützt seinen Anspruch auf die sogenannte I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] gemäss Ziffer 3.1 der AGB. Dabei handle es sich – wie der Kläger geltend macht – um einen Garantievertrag gemäss Art. 111 OR, in welchem der Promittent – also die Beklagte – für den Fall, dass der Dritte nicht leiste, eine Lieferung von Ersatztickets garantiere. Die Beklagte verspreche, durch Ersatzleistung für die Erbringung der Leistung durch den Dritten einzustehen. Hierdurch werde für den Fall, dass die Leistung des Dritten ausbleibe, ein Schadenersatzanspruch des Promissars – also des Klägers – begründet (act. 29 S. 10). Die Beklagte bestreitet die Ausführungen des Klägers und führt dazu aus, dass bezüglich der Lieferung von Tickets kein Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR vorliegen würde. So garantiere sie – die Beklagte – ausdrücklich nicht, dass der Verkäufer die Tickets liefere. Die entsprechende Leistung der Beklagten beschränke sich darauf, den bezahlten Kaufpreis vollständig zu erstatten, sofern der Verkäufer die Tickets nicht liefere. Es könne kein Garantievertrag vorliegen, wenn sich der "Promittent" lediglich *bemühe*, die Leistung des Dritten zu ermöglichen. Weiter macht die Beklagte geltend, dass sie selbst dann nicht zur Realerfüllung verpflichtet wäre, wenn eine Garantie bestehen würde; vielmehr bestehe die Haftung auch diesfalls nur im Umfang der im Rahmen der Garantie gewährleisteten Leistung gemäss Ziffer 6.2 der AGB, wo die Haftung für Folgeschäden aber explizit ausgeschlossen worden sei (act. 40 S. 17).

2.2 Umstritten ist demnach, ob sich die Beklagte mit der sogenannten I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] (Ziffer 1.3 der AGB) dazu verpflichtet hat, gleich- oder höherwertige Ersatztickets für den Käufer zu beschaffen, falls der Verkäufer der Tickets seiner Lieferverpflichtung nicht nachkommt.

2.3 Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, gemäss Art. 111 OR zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet. Der Promittent verpflichtet sich dabei in einer selbständigen Ab-

rede, den Promissar für den Fall zu entschädigen, dass sich der Dritte nicht so verhält, wie dies der Promittent versprochen hat. Das Garantieverprechen dient nicht nur für den Abschluss von Verträgen oder deren nachträgliche Genehmigung, sondern auch für jegliches Verhalten, insbesondere für jede Leistung eines Dritten (BSK OR I-Pestalozzi, N 1 ff. zu Art. 111).

2.4 Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist beim Streit über die Auslegung eines Vertrages in erster Linie massgebend, wie sich die Parteien tatsächlich verstanden haben (sogenannter wirklicher Wille oder tatsächlicher Konsens). Demnach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (Peter Gauch/Walter R. Schluemp/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 207). Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, des von den Parteien verfolgten Zweckes oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar (vgl. BGE 128 III 265 E. 3a; BGE 129 III 118 E. 2.5). Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Führt dies zu keinem klaren Ergebnis, müssen mehrdeutige Klauseln subsidiär nach der Unklarheitsregel grundsätzlich zu Lasten des Verwenders ausgelegt werden (BGE 122 III 118). Vorliegend kommt es also darauf an, ob der Versprechungsempfänger unter den gegebenen Umständen annehmen durfte, der Versprechende übernehme für den Fall, dass die Drittleistung ausbleiben sollte, eine Haftung in dem Sinne, dass er anstelle des ursprünglichen Verkäufers die entsprechenden Tickets besorgt (oder sich jedenfalls darum bemüht). Wenn dies der Fall ist, so hätte die Beklagte die entsprechende Haftung zu tragen, und zwar unabhängig davon, ob der entsprechende Vertrag bzw. Vertragsbestandteil als Garantievertrag oder als Vertrag *sui generis* zu qualifizieren ist.

2.5 Da die sogenannte I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] zwischenzeitlich Änderungen erfahren hat, ist für deren Auslegung auf die zum Vertragszeitpunkt gültige Version abzustellen. Der Kläger beruft sich an dieser Stelle auf den Wortlaut der Klausel von Ziffer 1.3 der AGB der Beklagten, wie sie auch die Beklagte selbst in

einem Schreiben vom 30. März 2015 zitiert hat (siehe zum Ganzen act. 2 S. 7 und act. 4/11). Die Beklagte bestreitet die korrekte Wiedergabe der AGB durch die Klägerin denn auch nicht (vgl. dazu act. 15 N 39). Sodann blieb der Sachverhalt insoweit auch vor Obergericht unbestritten (act. 68 S. 16 Ziff. IV 4.4.), weshalb für die Auslegung der sogenannten I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] auf deren Wortlaut in act. 4/11 abzustellen ist, der wie folgt lautet:

"Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_SA kaufen, garantiert B.\_\_\_\_\_SA Ihnen, dass Sie die Tickets rechtzeitig vor der Veranstaltung erhalten. In dem höchst unwahrscheinlichen Fall, dass Probleme auftreten und der ursprüngliche Verkäufer nicht in der Lage ist, die Karten, die zum Verkauf angeboten wurden, zu liefern, wird B.\_\_\_\_\_SA sich um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz kümmern. Sollte es B.\_\_\_\_\_SA nicht gelingen, gleich- bzw. höherwertige Tickets zu beschaffen, so erstatten wir Ihnen den gesamten Betrag zurück. Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_SA verkaufen – und vorausgesetzt Sie liefern exakt die Tickets, die Sie zum Kauf angeboten haben, und der Käufer erhält erfolgreich Zugang zu der Veranstaltung – garantiert B.\_\_\_\_\_SA, dass Sie für den Verkauf bezahlt werden."

2.6 Es fragt sich nach dem Gesagten, wie diese Vertragsbestimmung nach Treu und Glauben auszulegen ist, wobei das Vorliegen eines Verpflichtungswillens des Promittenten eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Garantievertrages ist (Becker, BK OR, Art. 111 N 8). Mit anderen Worten ist also die Frage zu beantworten, ob die Vertragsbestimmung so zu verstehen ist, dass ein Anspruch auf eine Ticketbeschaffung durch die Beklagte besteht, wenn Tickets auf dem Markt (wenn auch zu höheren Preisen) noch erhältlich sind, oder ob sie vielmehr so verstanden werden muss, dass die Beklagte zwar kulant sein *darf*, dass ihre rechtlich verbindliche Haftung aber auf die Rückerstattung des Kaufpreises beschränkt ist.

2.7 Im Beschluss des Obergerichts vom 16. Februar 2017 wird zunächst auf diese zutreffenden Erwägungen zur Definition des Garantievertrages verwiesen (act. 68 S. 16 Ziff. IV. 4.3.). Anders als im angefochtenen Entscheid vom 4. Juli 2016 kommt das Obergericht aber zum Schluss, dass – gesamthaft betrachtet – der Kläger gestützt auf Ziffer 1.3 der AGB und die auf der Website der Beklagten aufgeführte I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] in guten Treuen davon ausgehen konnte, dass die Beklagte die Leistung eines Dritten verspreche, nämlich die tatsächli-

che Lieferung des Verkäufers (act. 68 S. 17 Ziff. IV. 4.5.). Weiter wird im Entscheid des Obergerichts ausgeführt, dass Ziffer 1.3 der AGB und auch der I.\_\_\_\_\_ [Garantieklausel] auf der Website durchaus eine Verpflichtung der Beklagten entnommen werden könne, nämlich diejenige, sich um die Beschaffung von Ersatztickets zu *bemühen*. Aufgrund des Gesamtzusammenhangs lasse sich somit der Schluss ziehen, dass die Beklagte sich bei allfälligen Schwierigkeiten nicht aus der Verantwortung ziehe (sondern sich eben kümmerge) *und* vergleichbare Tickets besorge – und *erst* wenn der unwahrscheinliche Fall eintrete, dass keine Ersatztickets vorhanden seien, eine Rückerstattung vornehme. Auch die Heranziehung von Ziffer 6.2 der AGB (Haftungsgrenze) ergebe keinen gegenteiligen Schluss. Denn aus dem Umstand allein, dass Kosten für Ersatztickets als Folgeschäden bezeichnet würden, könne noch nicht abgeleitet werden, dass Ziffer 1.3 der AGB keine weitergehende Verpflichtung der Beklagten als eine Rückerstattung beinhalten sollte. Insbesondere finde sich darin nicht – wie es die Beklagte vorbringe – ein expliziter Hinweis auf eine alleinige Rückerstattungspflicht. Vielmehr könne Ziffer 6.2 der AGB dahingehend verstanden werden, dass – sofern seitens der Beklagten keine Ersatztickets besorgt werden könnten, mithin ihr Bemühen erfolglos bliebe – für auflaufende Kosten allfälliger Ersatztickets keine Haftung übernommen werde. Abschliessend hält das Obergericht demzufolge fest, dass Ziffer 1.3 der AGB nach Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen seitens des Klägers dahingehend verstanden werden durfte und musste, dass die Beklagte sich im Sinne einer Garantieabrede für den Fall der Nichtleistung seitens des Verkäufers verpflichtet, sich um die Besorgung von Ersatztickets zu *bemühen* (act. 68 S. 19 f. Ziff. IV. 4.5.3. und 4.5.4.). Das Obergericht geht folglich auch davon aus, dass in diesem Falle der Haftungsausschluss gemäss Ziffer 6.2 der AGB nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Beklagte sich nicht um Ersatztickets bemüht hat.

2.8 Das Obergericht kommt aufgrund dieser Auslegung deshalb zum Schluss, dass bislang nicht beurteilt worden sei, ob die Beklagte die Pflicht, sich um Ersatztickets zu bemühen, verletzt habe, und ob dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden sei bzw. ob seine Schadenersatzforderung begründet sei (act. 68 S. 20 Ziff. IV. 5.). Dies gilt es vorliegend nunmehr zu beurteilen.

2.9 Bleibt die garantierte Leistung des Dritten aus, ist der Promittent zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet. Der Promittent hat nach h.L. und Praxis das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen. Vorbehältlich einer anderslautenden Parteivereinbarung sind für die Schadensberechnung und -bemessung die allgemeinen Grundsätze gemäss Art. 99 Abs. 3 OR massgebend. Der Promittent kann sich sodann nicht mit der Einwendung exkulpieren, alles getan zu haben, um die Leistung des Dritten zu bewirken (BSK OR I-Christoph M. Pestalozzi, Art. 111 N 13 f.).

### **VIII. Beweiswürdigung zu den Beweissätzen gemäss der Beweisverfügung vom 12. Mai 2017**

1. Die Beklagte hat deshalb zu beweisen, dass sie sich gemäss der in Ziffer 1.3 der AGB statuierten Pflicht um die Beschaffung von Ersatztickets für die Fussballspiele Bayern München gegen FSV Mainz 05 vom 23. Mai 2015 und den Champions League Final vom 6. Juni 2015 bemüht hat (nachfolgend: Ziffer VIII 2.1.). Falls der Beklagten dieser Beweis nicht gelingt, trifft den Kläger die Beweislast dafür, dass ihm wegen der Ersatzbeschaffung für die Tickets dieser Spiele ein Schaden von EUR 23'105.84 entstanden ist (nachfolgend: Ziffer VIII 2.2.; act. 69).

2.1.1 Die Beklagte führt aus, dass sie – als es sich herausgestellt habe, dass der Verkäufer die Tickets nicht vertragsgemäss liefern konnte – wie in solchen Fällen üblich geprüft habe, ob die Beschaffung von einem vergleichbar grossen Ticketkontingent möglich sei. Dies sei nicht möglich gewesen, wobei sie auf die Zusammentragung vieler kleiner Angebote jeweils verzichten würde, da eine erneute Lieferschwierigkeit auch nur für einen Teil der Tickets die gesamte Bestellung für den Käufer praktisch unbrauchbar machen könnte. Am 6. März 2015 habe sie deshalb den Kläger telefonisch informiert, dass der Verkäufer die Tickets definitiv nicht liefern könne, wobei sie auf act. 4/8 und 4/11 verweist (act. 15 S. 7 f. Ziff. 14 ff.). Im März seien deshalb dem Kläger die Ticketpreise zurückerstattet worden. Auch am 9. April 2015 seien nicht genügend Tickets vorhanden

gewesen, was sich aus act. 4/16 ergebe (act. 40 S. 9 f. Ziff. 29-31). Weitere Beweismittel wurden von der Beklagten nicht genannt.

2.1.2 Wie erwähnt, beruft sich die Beklagte zur Behauptung, dass sie sich um die Beschaffung von Ersatztickets bemüht habe, auf act. 4/8, 4/11 und 4/16. Bei act. 4/8 handelt es sich um ein Schreiben des Vertreters des Klägers an die Beklagte vom 13. März 2015, in welchem er diese auffordert, die Tickets vertragsgemäss zu liefern. Aus act. 4/11 – einem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 30. März 2015 – ergibt sich, dass die Beklagte mit Verweis auf ihre AGB-Bestimmungen weitergehende Ansprüche des Klägers als die Kaufpreisrückerstattung verneint, zumal der Kläger den Kaufpreis bereits zurückerstattet erhalten habe und es im vorliegenden Fall nicht möglich gewesen sei, Ersatztickets zu beschaffen. Bei act. 4/16 geht es sodann um die durch das Bezirksgericht gesicherten Websites, aus denen sich ergibt, dass am 9. April 2015 für die fraglichen Spiele noch Tickets erhältlich gewesen waren. Gemäss der Beklagten seien dies jedoch weniger gewesen als der Kläger klageweise geltend mache (act. 40 S. 9 f.).

2.1.3 Alle diese hier von der Beklagten genannten Beweismittel belegen jedoch nicht, dass sich die Beklagte um solche Tickets tatsächlich auch bemüht hat. Die Beklagte behauptet nicht einmal, welche Schritte sie konkret unternommen hat, um solche Tickets anderweitig zu beschaffen und wer dies allenfalls bezeugen könnte. Der Beweis für irgendwelche Bemühungen lässt sich sodann auch dadurch nicht erbringen, dass sie lediglich bestreitet, dass am 9. April 2015 (Datum der Beweissicherung des Bezirksgerichts Zürich betreffend der an diesem Datum auf der Plattform der Beklagten angebotenen Tickets für die beiden fraglichen Spiele, act. 4/16) nicht genügend solcher Tickets vorhanden gewesen sein sollen. Diese Beweisofferte des Klägers (act. 4/16) belegt vielmehr, dass – zwar zu einem späteren Zeitpunkt – doch gewisse Tickets für die beiden Spiele im Angebot waren (act. 2 S. 5 f.). Der Beweis für irgendein Bemühen der Beklagten, dem Kläger die Tickets zu verschaffen, wurde folglich nicht erbracht, weshalb sich nun die Frage der Schadenersatzpflicht der Beklagten stellt.

2.2 Wie bereits erwähnt, macht der Kläger einen Schaden von EUR 23'105.84 geltend, wobei sich der Schaden aus der Differenz der Deckungskäufe und der Einkäufe bei der Beklagten ergebe (act. 2 S. 9). Zum Beweis für seinen Schaden beruft er sich auf die Verkaufsdokumente (act. 4/6.1 ff.), eine Excel-Liste (act. 4/7) und auf Dokumente über Deckungskäufe bei Dritten (act. 4/12.1 ff.). Die Beklagte wendet zu diesen Unterlagen insbesondere ein, dass der Kläger als "Deckungskäufe" deklarierte Rechnungen bzw. E-Mails als act. 4/12.1-4/12.6 ins Recht gelegt habe, welche jedoch in keiner Art und Weise belegen würden, inwiefern diese Dokumente mit den über die Plattform der Beklagten erworbenen Tickets in Zusammenhang stünden. Überdies handle es sich bei act. 4/12.5 und 4/12.6 um selbst erstellte Dokumente, ohne jegliche Gegenzeichnung durch eine andere involvierte Partei und ohne entsprechende Zahlungsbelege. Ob die Transaktionen tatsächlich stattgefunden hätten, sei aufgrund dieser Dokumente nicht belegt und werde bestritten. Der Kläger lege sodann als act. 4/6.1-4/6.9 lediglich Rechnungen ins Recht, welche belegen sollten, dass er Tickets verkauft habe. Zu welchen vertraglichen Bedingungen dies geschehen sei, bleibe jedoch offen. Es sei gut möglich, dass die entsprechenden Transaktionen storniert worden seien (act. 40 S. 7 f. Ziff. 20-21). Es ist demzufolge zu prüfen, ob die vom Kläger eingereichten Urkunden den von ihm geltend gemachten Schaden belegen können.

2.2.1 Bei act. 4/6.1 ff. handelt es sich um Rechnungskopien ohne Unterschrift, ausgestellt jeweils vom Kläger an diverse Adressaten, für acht Tickets für den Champions League Final vom 6. Juni 2015 in Berlin im Betrag von EUR 26'300.- (EUR 17'400.- + EUR 8'900.-) und für 28 Tickets für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz vom 23. Mai 2015 in München im Betrag von EUR 5'790.- (EUR 2'170.- + EUR 3'620.-). Dies ergibt eine Gesamtsumme von EUR 32'090.-.

2.2.2 Act. 4/7 ist eine Excel-Tabelle des Klägers über die von der Beklagten gekauften Tickets und die entsprechenden Deckungskäufe. Als Kaufpreis der fraglichen Tickets von der Beklagten werden EUR 11'845.60 aufgeführt. Für

die Deckungskäufe werden EUR 34'951.44 aufgeführt, und als Schaden die Differenz von EUR 23'105.84.

2.2.3 Bei act. 4/11 handelt es sich um ein Schreiben von der damaligen Rechtsanwältin der Beklagten an den Rechtsvertreter des Klägers, in welchem die Vertreterin der Beklagten wiederholt, dass die Beschaffung von Ersatztickets nicht möglich gewesen sei.

2.2.4 Act. 4/12.1 und 4/12.4 sind nicht unterschriebene Rechnungen von L.\_\_\_\_\_ [Firma] an den Kläger für 32 Tickets für den Champions League Final 2015 für EUR 51'000.– und für 16 Tickets für das Spiel Bayern München gegen FSV Mainz 05 für EUR 1'680.–. Act. 4/12.5 ist eine Bestellung des Klägers bei M.\_\_\_\_\_ für sechs Tickets für das Spiel Bayern München gegen FSV Mainz 05 für EUR 2'100.–. Bei act. 4/12.6 schliesslich handelt es sich um eine E-Mail des Klägers an N.\_\_\_\_\_ betreffend "Verkäufer Abwicklung: Bayern - Mainz". Dort wird vom Kläger geschrieben: "Hallo N.\_\_\_\_\_, der O.\_\_\_\_\_ bringt für mich vorbei: 2 x Bayern - Mainz Kat. 1, 2 x Bayern - Mainz Kat. 1 und 2 x Bayern - Mainz Kat. 3 / Er bekommt Total 1780 Euro." Abschliessend wird darunter festgehalten: "Gruss A.\_\_\_\_\_." Daneben befindet sich ein schwer lesbarer handschriftlicher Vermerk "Erhalten", wobei darunter noch eine nicht lesbare Unterschrift angebracht ist.

2.2.4.1 Zunächst sind die Beweismittel für die behaupteten Deckungskäufe zu würdigen. Der Kläger beruft sich diesbezüglich auf act. 4/12.1 ff. (act. 2 S. 5). Wie bereits erwähnt (*supra* 2.2), bestreitet die Beklagte hier explizit, dass die Rechnungen über Deckungskäufe in der Lage seien, zu beweisen, dass diese Tickets tatsächlich gekauft worden seien, da Zahlungsbelege fehlen würden, weshalb nicht belegt sei, ob diese Transaktionen tatsächlich stattgefunden haben (act. 40 S. 7 f.). Werden diese Rechnungen explizit bestritten, indem gesagt wird, dass damit eine tatsächliche Transaktion respektive Zahlung nicht bewiesen sei, genügt aber die blossе Vorlage einer solchen Rechnung nicht, um damit einen entsprechenden Vermögensschaden durch deren Bezahlung zu beweisen. Die Deckungskäufe durch den Kläger bei der L.\_\_\_\_\_ [Firma] vom 18. März und 4.

Mai 2015 (act. 4/12.1 und 4/12.4) sind deshalb durch die Vorlage der blossen Rechnungen nicht bewiesen.

2.2.4.2 Auch die Bestellung von J.\_\_\_\_\_ vom 14. April 2015 (act. 4/12.5) genügt diesen Anforderungen nicht. Hier handelt es sich offensichtlich vielmehr um eine Bestellung eines M.\_\_\_\_\_ beim Kläger. Aus dieser Bestellung wird jedoch nicht ersichtlich, woher der Kläger diese Tickets hatte und wie viel er dafür zu bezahlen hatte. Auch belegt dieses Dokument nicht, ob M.\_\_\_\_\_ diese Tickets tatsächlich erhielt, was von der Beklagten ausdrücklich bestritten wird (act. 40 S. 7 f.).

2.2.4.3 Auch die E-Mail des Klägers an N.\_\_\_\_\_ betreffend "Verkäufer Abwicklung: Bayern - Mainz für sechs Tickets für das Spiel Bayern - Mainz" für EUR 1780.– (act. 4/12.6) vermag den Beweis für einen tatsächlich erfolgten Deckungskauf nicht zu erbringen. Offenbar geht es auch hier um eine Ticketlieferung des Klägers an einen N.\_\_\_\_\_ und nicht um einen Deckungskauf des Klägers. Woher der Kläger diese Tickets hatte und was er dafür selber zu bezahlen hatte, geht aus diesem Dokument jedenfalls nicht hervor. Auch führt der Kläger nicht aus, um wessen Unterschrift es sich auf dem Dokument handelt.

2.2.4.4 Alle diese Urkunden sind deshalb nicht in der Lage, einen konkreten Deckungskauf des Klägers zu belegen.

2.2.4.5 Zu den vom Kläger behaupteten Ticketverkäufen führt die Beklagte aus, dass der Kläger hiezu lediglich Rechnungen als act. 4/6.1-4/6.9 ins Recht lege, welche belegen sollten, dass er Tickets verkauft habe. Zu welchen vertraglichen Bedingungen dies geschehen sei, bleibe jedoch offen. Es sei gut möglich, dass die entsprechenden Transaktionen storniert worden seien (act. 40 S. 8). Bei den genannten Aktoren handelt es sich um Rechnungen des Klägers an Dritte, die gemäss den Rechnungen für Tickets für den Champions League Final in Berlin vom 9. Juni 2015 und für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05 vom 23. Mai 2015 ausgestellt worden seien. Ob die Rechnungen aber tatsächlich verschickt wurden und diese Tickets effektiv geliefert wurden, wird damit aber nicht bewiesen. Ein Beweis dafür, dass der Kläger anderweitig Deckungskäufe für

höhere Preise – als zuvor über die Beklagte – getätigt hat, kann mit diesen Beweisstücken ebenfalls nicht erbracht werden.

2.2.5 Da somit nicht bewiesen ist, welche Kosten dem Kläger für die geltend gemachten Deckungskäufe entstanden sind, lässt sich folglich der so geltend gemachte Schaden auch nicht berechnen bzw. beweisen. Daran vermag auch die vom Kläger erstellte Excel-Tabelle (act. 4/7) nichts zu ändern, da sie die Richtigkeit der vom Kläger dort aufgeführten Zahlungen nicht zu belegen vermag.

2.2.6 Abschliessend ist deshalb festzuhalten, dass dem Kläger der Beweis dafür, dass ihm aufgrund der ausgebliebenen Bemühungen der Beklagten, die von ihm bestellten Tickets zu beschaffen, ein Schaden von EUR 23'105.84 entstanden sein soll, nicht gelungen ist. So konnte er nicht rechtsgenügend beweisen, dass er die von ihm geltend gemachten Deckungskäufe zu den von ihm behaupteten Konditionen tatsächlich vorgenommen und auch bezahlt hat.

## **IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Beklagte obsiegt vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Der Kläger hat somit die Gerichtskosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen.

2. Die Höhe der Parteientschädigung für die anwaltlich vertretene Beklagte richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV). § 2 Abs. 1 lit. a und § 4 AnwGebV hält fest, dass sich die Parteientschädigung nach dem Streitwert bemisst.

3. Vorliegend umfasst der Streitwert – gemäss dem präzisierten Rechtsbegehren – EUR 23'105.84 oder Fr. 25'374.85, weshalb die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 3'580.– festzusetzen ist. Der Kläger hat sodann der Beklagten eine volle Parteientschädigung zuzüglich eines Zuschlags von 1/3 für die zusätzliche Hauptver-

handlung im Gesamtbetrag von Fr. 5'988.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 4 und 11 AnwGebV). Überdies hat der Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'600.– zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung für jenes Verfahrens in der Höhe von Fr. 898.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (vgl. § 13 Abs. 4 AnwGebV).

#### **X. Kosten- und Entschädigungsfolgen betr. vorsorgliche Massnahmen**

1. Der Kläger beantragt weiter, dass die Beklagte zur Bezahlung der Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 2 der Verfügung vom 10. Juli 2015 des Bezirksgerichts Zürich in Höhe von Fr. 1'000.– zu verurteilen sei. Ausserdem sei die Beklagte – in Bezugnahme auf Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2015 – zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich in Höhe von Fr. 2'430.– zu verurteilen. Über diese Kosten ist gemäss Art. 104 Abs. 3 ZPO und gemäss dem Entscheid des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 10. Juni 2015 vorliegend zu entscheiden.

2. Dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens entsprechend sind diese Klagebegehren abzuweisen. Der Kläger unterliegt, und es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb diese Kosten in Abweichung der Regelung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der obsiegenden Partei aufzuerlegen wären.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Antrag des Klägers, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich

(Einzelgericht Audienz) gemäss Verfügung vom 10. Juli 2015 in der Höhe von Fr. 1'000.– dem Kläger zurückzuerstatten, wird abgewiesen.

3. Der Antrag des Klägers, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Audienz) eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'430.– zu bezahlen, wird abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'580.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens gemäss Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2017 in der Höhe von Fr. 3'600.– werden der klagenden Partei auferlegt.
7. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'988.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei für das Berufungsverfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von Fr. 898.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (je als Gerichtsurkunde).
10. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 23. August 2017

BEZIRKSGERICHT ZÜRICH  
10. Abteilung - Einzelgericht

Bezirksrichter:

Gerichtsschreiber:

lic.iur. P. Dienst

lic.iur. F. Utz