

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP160036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

## Beschluss vom 16. Februar 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ SA,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 4. Juli 2016 (FV150157-L)**

**Schlichtungsbegehren:**

(Urk. 1 S. 1 f.)

- "1. Die Beklagte sei zur Zahlung von EUR 84'135.54 zzgl. Zins seit dem 13. März 2015 zu verurteilen. **Mehrforderungen sind ausdrücklich vorbehalten.**
2. Die Beklagte sei zur Bezahlung der Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 2 der Verfügung vom 10. Juni 2015 des Bezirksgerichts Zürich in Höhe von CHF 1'000.00 zu verurteilen.
3. Die Beklagte sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich in Bezugnahme auf Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2015 in Höhe von CHF 2'430.00 zu verurteilen.
4. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

**Rechtsbegehren vor Vorinstanz:**

(Urk. 2 S. 2)

- "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 vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 2 der Verfügung vom 10. Juni 2015 des Bezirksgerichts Zürich in Höhe von CHF 1'000 zu verurteilen.
3. Die Beklagte sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich in Bezugnahme auf Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2015 in Höhe von CHF 2'430 zu verurteilen.
4. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht  
Zürich vom 4. Juli 2016**

(Urk. 44 S. 28 f. = Urk. 50 S. 28 f.):

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 Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'580.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet.
6. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 4'491.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung
8. Rechtsmittelbelehrung [Berufung, Frist 30 Tage]

### **Berufungsanträge:**

#### des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 49 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juli 2016 sei vollständig aufzuheben.
2. Die Berufungsbeklagte sei zur Zahlung von EUR 23'105.84 zzgl. Zins seit dem 13. März 2015 zu verurteilen. Mehrforderungen sind ausdrücklich vorbehalten.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen vor der Vorinstanz seien wie folgt neu zu regeln und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen:
  - 1.3. Die Gerichtskosten der Vorinstanz in Höhe von CHF 3'580.00 seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
  - 2.3. Der Berufungsklägerin sei für das Verfahren vor der Vorinstanz eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 4'974.85 zu Lasten der Berufungsbeklagten zu bezahlen.
4. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens vor dem Friedensrichteramt C.\_\_\_\_\_ in Höhe von CHF 600 seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
5. Die Berufungsbeklagte sei zur Bezahlung der Gerichtskosten des vorsorglichen Beweisverfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich gemäss Ziff. 2 der Verfügung vom 10. Juni 2015 des Bezirksgerichts Zürich in Höhe von CHF 1'000 zu verurteilen.
6. Die /Berufungsbeklagte sei zur Bezahlung einer Parteientschädigung für das vorsorgliche Beweisverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich in Bezugnahme auf Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2015 in Höhe von CHF 2'430 zu verurteilen.
7. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten."

#### Verfahrensantrag des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 49 S. 3):

- "1. Es sei eine mündliche Verhandlung nach Art. 316 Abs. 1 ZPO durchzuführen und es seien die Zeugen D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und

G.\_\_\_\_\_, wie bereits in der Klage vom 15. September 2015 beantragt, als Zeugen gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO zu laden.

2. Die Akten der Vorinstanz seien beizuziehen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 59 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen und der erstinstanzliche Entscheid zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Verfahrensantrag der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 59 S. 2):

"Auf eine mündliche Verhandlung sei zu verzichten;

eventualiter sei auf die Anhörung der vom Kläger offerierten Zeugen zu verzichten."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien stehen sich seit dem 2. Juli 2015 (Anhängigmachung des Schlichtungsverfahrens, vgl. Urk. 1) in einem Forderungsprozess gegenüber. Am 15. September 2015 (Datum Poststempel) reichte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) – nachdem es vor Schlichtungsbehörde zu keiner Einigung gekommen war – vorliegende Klage bei der Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_, vom 20. August 2015 ein (Urk. 1-2).

2. Mit Verfügung vom 6. Oktober 2015 setzte die Vorinstanz der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) Frist zur Erstattung der Klageantwort an (Urk. 9). In der Folge beantragte die Beklagte mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 einen zweiten Schriftenwechsel (Urk. 21). Mit Verfügung vom 6. Januar 2016 setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist zur Replik (Urk. 23) sowie mit Verfügung vom 17. Februar 2016 der Beklagten Frist zur Duplik an (Urk. 33). Das Doppel der Duplik konnte dem Kläger am 18. Mai 2016 zugestellt werden (Urk. 42). Mit Eingabe vom 27. Juni 2016 äusserte sich der Kläger mit einer "Ergänzung aus

gegebenem Anlass", unter Beilage eines Kassensturzbeitrages (Urk. 43). Am 4. Juli 2016 erging das vorgenannte Urteil in begründeter Form (Urk. 44).

3. Mit Schreiben vom 14. September 2016 (hierorts eingegangen am 15. September 2016) erhob der Kläger innert Frist Berufung und stellte die einleitend wiedergegebenen Anträge (Urk. 49 S. 2 f.). Der einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 3'600.– ging fristgerecht ein (Urk. 54 und 57).

4. Die Berufungsantwort datiert vom 18. November 2016 (Urk. 59). Die daraufhin erfolgte Stellungnahme des Klägers vom 9. Dezember 2016 wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 63B). Die Beklagte liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

5. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## II.

1. Mit der Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraumes liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles trotzdem als unzweckmässig erscheint (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 310 N 6 und 36).

2. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend. Aufgrund der allgemeinen Begründungspflicht der Berufung (Art. 310 ZPO) prüft das Berufungsgericht aber nur die ihm vorgetragenen Sachverhaltsrügen. Es ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid von

sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden und die Fehlerhaftigkeit trete klar zu Tage (Hohl, Procédure civile, Tome II, N 2265 und N 2405 ff.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 ZPO N 36; Gehri, OFK-ZPO, ZPO 310 N 3: "im Rahmen der vorgetragenen Berufungsgründe").

### III.

1. Vorab ist über den formellen Antrag des Klägers zu entscheiden, es sei aufgrund der fehlenden mündlichen Verhandlung im vorinstanzlichen Verfahren, eine solche im Berufungsverfahren durchzuführen (Urk. 49 S. 5).

2. Die Rechtsmittelinstanz entscheidet nach Eingang der Berufungsantwort über das weitere verfahrensrechtliche Vorgehen. Sie kann eine Verhandlung durchführen, einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 und 2 ZPO). Dabei kommt ihr ein grosser Gestaltungs- bzw. Ermessensspielraum zu (*OGer ZH LB130059 vom 28.02.2014, E. II/2*; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 10 und 17). In aller Regel wird das Berufungsverfahren als reiner Aktenprozess geführt ohne Durchführung einer Parteiverhandlung und Abnahme von Beweisen (BGE 142 III 413, E. 2.2.1). Eine mündliche Verhandlung ist – nach Abwägung sämtlicher Umstände und in Berücksichtigung des bisherigen Verfahrens – nur dann anzuordnen, wenn eine solche geboten erscheint. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn weitere Beweise abzunehmen sind oder die bisherigen (schriftlichen) Eingaben der Parteien im Berufungsverfahren zu wenig Aufschluss geben für eine Beurteilung der Akten. Überdies, wenn die Berufungsverhandlung zu einer Verfahrensbeschleunigung führt. Von einer Verhandlung kann hingegen abgesehen werden, wenn der Sachverhalt und die Rechtslage klar sind, keine Noven eingebracht wurden oder sich die Streitsache infolge Komplexität nicht für eine mündliche Verhandlung eignet (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 18 mit weiteren Hinweisen).

3. Vorliegend sind – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – keine Gründe ersichtlich, die eine Berufungsverhandlung als geboten erscheinen lassen. Insbesondere sind weder weitere Beweise abzunehmen (insbesondere sind keine Zeugen einzuvernehmen; siehe nachfolgend Ziffer IV), noch erweisen sich die bisherigen Eingaben der Parteien im Berufungsverfahren als zu wenig aufschlussreich. Der Antrag des Klägers auf Durchführung einer Berufungsverhandlung ist daher abzuweisen.

#### IV.

##### 1. Kurzer Sachverhaltsüberblick

Die Beklagte ist Betreiberin der Plattform [www.B.\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.B.____.ch), auf welcher registrierte Nutzer Eventtickets kaufen können. Der Kläger bestellte auf dieser Plattform insgesamt 182 Tickets für zwischen dem 4. April 2015 und dem 6. Juni 2015 stattfindende Fussballspiele. Im Streit liegen vorliegend acht Tickets der Kategorie 1 für das Champions League Finale vom 6. Juni 2015 sowie 20 Tickets der Kategorie 2 für das Spiel von Bayern München gegen den FSV Mainz 05 vom 23. Mai 2015, die der Kläger am 14. Januar 2015 bestellt und bezahlt hatte. Nachdem in der Folge die Tickets nicht geliefert werden konnten, erstattete die Beklagte dem Kläger am 13. März 2015 den von ihm für diese Tickets bezahlten Kaufpreis zurück.

##### 2. Vorinstanzlicher Entscheid

2.1. Vor Vorinstanz machte der Kläger (sinngemäss) geltend, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, ihm im Falle von Lieferschwierigkeiten Ersatztickets zu besorgen. Dies habe sie nicht getan, obwohl am 7. April 2015 noch genügend Tickets für die Spiele vorhanden gewesen seien. Er habe als Tickethändler die von ihm bestellten Tickets bereits an Dritte weiterveräussert gehabt, weshalb er bei Drittanbietern Ersatztickets zu einem höheren Preis habe erwerben müssen. Daraus sei ihm ein Schaden entstanden. Entsprechend sei die Beklagte zu verpflichten, ihm den Differenzbetrag zwischen dem von ihm für die Ersatztickets bezahl-

ten Preis und dem an die Beklagte geleisteten Kaufpreis als Schadenersatz zu ersetzen (vgl. Urk. 2 S. 9 und Urk. 4/7).

2.2. Die Vorinstanz wies die Klage in der Folge (ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie eines Beweisverfahrens) ab. Dazu erwog sie Folgendes:

a) Zwischen den Parteien sei kein Kaufvertrag entstanden. Vielmehr würden die Kaufverträge jeweils direkt zwischen den Nutzern geschlossen, was sich aus Ziffer 1.2 der AGB (siehe zum Wortlaut Urk. 50 E. VIII/1.1) der Beklagten ergebe. Auch die vom Kläger als Beweis offerierte Zeugenaussage von F.\_\_\_\_\_, wonach die Beklagte gesagt habe, sie würde die Tickets selber liefern, vermöge daran nichts zu ändern. Eine solche Abmachung hiesse – insbesondere auch unter Berücksichtigung von Ziffer 2.12 der AGB – noch nicht, dass die Beklagte auch die Verkäuferin der Tickets sei. Im Übrigen ergebe sich auch aus Ziffer 2.11 der AGB, dass die Beklagte nur als Vermittlerin des Kaufgeschäfts aufgetreten sei (Urk. 50 E. VIII/1.).

b) Auch sei es weder zu einem Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR gekommen noch zu einem anderen Vertrag mit dem Inhalt, dass sich die Beklagte verpflichtet habe, im Falle der Nichtleistung durch den ursprünglichen Verkäufer dem Kläger entsprechende Tickets für die fraglichen Spiele zu beschaffen. Vorliegend sei umstritten, ob sich die Beklagte mit ihrer "B.\_\_\_\_\_-Garantie" gemäss Ziffer 1.3 der AGB dazu verpflichtet habe, gleich- oder höherwertige Ersatztickets für den Käufer zu beschaffen, falls der Verkäufer der Tickets seiner Lieferverpflichtung nicht nachkomme. Für die Auslegung der "B.\_\_\_\_\_-Garantie" sei dabei auf die zum Vertragszeitpunkt gültige Version abzustellen. Dabei sei auf den Wortlaut abzustellen, wie ihn die Beklagte selbst in ihrem Schreiben vom 30. März 2015 (Urk. 4/11) zitiert habe und auf deren Stelle sich auch der Kläger berufe. Gemäss dem Wortlaut von Ziffer 1.3 der AGB erkläre die Beklagte, dass sie sich in dem höchst unwahrscheinlichen Fall, dass der ursprüngliche Verkäufer nicht in der Lage sei, die zum Verkauf angebotenen Karten zu liefern, um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz kümmern werde. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung erkläre die Beklagte jedoch nicht, dass sie diesfalls die Verpflichtung des ur-



sprünglichen Verkäufers übernehme und an dessen Stelle in den Vertrag eintrete. Sie erkläre lediglich, dass sie sich um einen Ersatz kümmern werde. Dieser Ausdruck – im Gegensatz zum Begriff "beschaffen" – bringe lediglich eine Absicht bzw. den Willen zum Ausdruck, es zu versuchen. Dies ergebe sich auch aus dem nächsten Satz von Ziffer 1.3 der AGB, in welchem festgehalten werde, dass die Beklagte den Betrag zurückerstatte, falls es ihr nicht gelingen sollte, gleich- bzw. höherwertige Tickets zu beschaffen. Daraus ergebe sich nochmals klar verständlich, wozu sich die Beklagte verpflichtet habe, nämlich zur Rückerstattung des bereits bezahlten Kaufpreises. Im Weiteren könne Ziffer 1.3 der AGB nicht losgelöst von den übrigen Bestimmungen ausgelegt werden. Ziffer 6.2 der AGB sehe bezüglich des Verzichts auf Ersatz von Folgeschäden und der Haftungsgrenze ausdrücklich vor, dass die Beklagte keine Haftung für Folgeschäden übernehme, wobei sie in ihrer Aufzählung explizit die Kosten für bei einem Dritten (oder bei einem anderen Verkäufer auf der B. \_\_\_\_\_-Plattform) gekaufte Ersatztickets als Folgeschaden bezeichne. Zudem sei in Ziffer 1.3 der AGB nie die Rede davon, dass die Beklagte die Mehrkosten von teureren Ersatztickets selber trage. Als halbprofessioneller Tickethändler habe der Kläger denn auch nicht ohne weiteres davon ausgehen dürfen. Dies gelte umso mehr, als die Beklagte für den Fall, dass ihr "Kümmern" um Ersatztickets erfolglos bliebe, einzig und allein die Rückerstattung des Kaufpreises vorsehe und nicht die Übernahme der Mehrkosten aus Deckungskäufen (oder auch nur die Rückerstattung von unnützen Aufwendungen für Reisekosten und dergleichen). Damit ergebe sich bereits aus Ziffer 1.3 der AGB, dass die Beklagte einzig für den direkten Schaden aus einer gescheiterten Transaktion aufkomme, indem sie den bezahlten Ticketpreis zurückerstatte, dass sie aber umgekehrt nicht für Folgeschäden und erst recht nicht für entgangenen Gewinn aufzukommen bereit sei.

Aus allen diesen Gründen hätte ein erfahrener Tickethändler nach der Lektüre von Ziffer 1.3 der AGB nicht davon ausgehen dürfen, dass er im Falle des Scheiterns einer Transaktion von der Beklagten gleich- oder sogar höherwertige Tickets erhalten würde. Daran vermöge auch das auf der Website unter der Rubrik "Über uns" Festgehaltene nichts zu ändern. Auch hier garantiere die Beklagte klarerweise, dass bei einer Nichtlieferung der Tickets der Kaufpreis zurückerstattet

werde. Zwar werde im letzten Abschnitt von einem "Besorgen" von vergleichbaren Ersatzkarten gesprochen, doch ergebe sich wiederum durch den Begriff der "Vergleichbarkeit" der Tickets eine deutliche Einschränkung. Ein Ersatzticket, das zu einem deutlich höheren Preis verkauft werde, sei nicht mit einem ursprünglichen vergleichbar. Der Kläger habe aber bei Dritten gerade teurere – und nicht vergleichbare – Ersatztickets beschaffen müssen. Entsprechend habe der Kläger als erfahrener Tickethändler nicht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte die entsprechenden Mehrkosten trage.

Eine Pflicht zur Lieferung von Ersatztickets bzw. eine Haftung für die Mehrkosten von Deckungskäufen wäre darüber hinaus auch nicht sachgerecht und zudem auch unternehmensfremd, handle es sich doch bei der Beklagten um eine Handelsplattform, über welche Käufer und Verkäufer ihren Tickethandel abwickeln könnten. Nachdem die Beklagte nicht als Ticketverkäuferin auftrete, wäre es wegensfremd, wenn die Plattform beschaffen müsste, was auf ihr von den Nutzern zum Verkauf angeboten werde. Dies könne offenkundig nicht Sinn und Zweck einer solchen Plattform sein und auch deshalb könnten die entsprechenden Bestimmungen nicht im erwähnten Sinne verstanden werden. Dem geschäftserfahrenen Kläger hätte dies klar sein müssen (Urk. 50 E. VIII/2.).

c) Schliesslich lasse sich eine Leistungspflicht der Beklagten auch nicht auf eine Qualifikation der "B. \_\_\_\_\_-Garantie" als Bürgschaft abstützen, zumal die Formerfordernisse von Art. 493 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 13 und 14 OR nicht erfüllt seien. Die Bürgschaft wäre damit ohnehin formungültig und damit nichtig (Urk. 50 E. VIII/3.).

### 3. Anspruch aus Kaufvertrag

3.1. Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz habe sich in diesem Punkt auf eine isolierte Betrachtung von Ziffer 1.3 der AGB versteift, in dem sie sich auf die "an sich klare Aussage in den AGB" berufe. Der Wortlaut dieser Ziffer gehe zwar dahin, dass die Beklagte nicht als Verkäuferin auftrete. Jedoch sei dem Kläger zu keinem Zeitpunkt bekannt gewesen, wer – wenn nicht die Beklagte selbst – sein tatsächlicher Vertragspartner sein solle. Wenn diese Ziffer standhalten solle, so müsste dem Kläger im Einzelfall mitgeteilt werden, wer der effektive Verkäufer der

Tickets sei, ansonsten er nicht wisse, wen er behaften solle. Diese Information sei die Beklagte bis heute schuldig geblieben. Die erwähnte Klausel sei demnach missverständlich und führe zu keinem eindeutigen Ergebnis, weshalb sie im Sinne der Unklarheitenregel zugunsten des Klägers auszulegen sei. Hinsichtlich des von der Vorinstanz erwähnten Art. 32 OR sei im Übrigen zu sagen, dass bei einer Behauptung des Vertretungsverhältnisses die Beklagte sehr wohl berechtigt und verpflichtet würde. Dies, weil sie sich gemäss Art. 32 Abs. 2 OR bei Vertragsschluss nicht als Vertreterin zu erkennen gegeben habe und der Kläger aufgrund des diesbezüglich unklaren Wortlauts der AGB und der mündlichen Zusicherung, dass die Beklagte die Tickets selber liefern würde, nicht auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste. Es komme jedoch vorliegend nicht darauf an, ob die Beklagte selber Verkäuferin gewesen sei oder nicht, da sie mit der B.\_\_\_\_\_-Ticketgarantie eine eigene Garantie abgegeben habe. Zwar habe der Kläger erwähnt, dass er davon ausgehe, die Beklagte sei Verkäuferin. Gleichzeitig habe er aber den viel wichtigeren Fakt vorgebracht, dass die Beklagte eine eigene Garantie abgegeben habe. Und selbst wenn ein Kaufvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger verneint würde, hätte die Beklagte dennoch durch die Abgabe der "B.\_\_\_\_\_-Garantie" die Primärleistungspflicht, die Tickets zu liefern oder Ersatz zu beschaffen (Urk. 49 S. 8 ff.).

3.2. Vorliegend hat der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren weder klare Behauptungen aufgestellt, inwiefern und gestützt worauf zwischen den Parteien ein Kaufvertrag entstanden sein soll (vgl. Urk. 2 S. 2 ff.). Noch vermochte er – wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt (vgl. Urk. 50 E. VIII/1.) – für das Vorliegen eines Kaufvertrags den Beweis zu erbringen. Im Gegenteil ging er offenbar selbst von der Geltung der AGB aus (siehe Urk. 2 S. 3 und 7 ff.), in deren Ziffer 1.2 klar festgehalten wurde, dass die jeweiligen Kaufgeschäfte zwischen den Nutzern (als "Käufer" und "Verkäufer" bezeichnet) zustande kommen und die Beklagte kein Eigentum an den gehandelten Tickets erwirbt (vgl. Urk. 2c). Dem setzt der Kläger in seiner Berufungsschrift denn auch nichts entgegen. Entsprechend erweist sich die Berufung diesbezüglich als unbegründet.

#### 4. Anspruch aus Garantieabrede

##### 4.1. Vorbringen des Klägers

Der Kläger moniert, die Vorinstanz vermittele "wiederum" den Eindruck, dass hinsichtlich der Beurteilung der Tragweite der Ticketgarantie nur auf die AGB abzustellen sei. Die Vorinstanz lasse aus, dass der Kläger auch auf den Gesamtkontext Bezug nehme. Zudem sei verfehlt, dass die Vorinstanz zunächst die AGB für sich isoliert betrachte und erst auf Seite 22 ihres Urteils auf die von der Beklagten auf der Website vorgenommene einschlägige Umschreibung des Inhalts dieser Garantie hinweise. Alle für die Auslegung wichtigen Elemente müssten zunächst beigezogen werden. Dies sei neben der in Ziffer 1.3 der AGB festgehaltenen Ticketgarantie auch die Umschreibung der "B.\_\_\_\_-Garantie" (abgedruckt in Ziff. VIII/2.11 des vorinstanzlichen Urteils) sowie die mündliche Zusicherung der Lieferung durch die Beklagte.

Die Ticketgarantie gemäss Ziffer 1.3 ZGB in ihrer ursprünglichen Form besage klar und deutlich, dass die rechtzeitige Lieferung der Tickets das oberste Ziel sei und alles daran gesetzt werde, dass Ersatztickets besorgt würden. Erst wenn dies nicht greife, gebe es eine Rückerstattung. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach die genannte Ziffer einzig eine rechtlich verbindliche Haftung für den Kaufpreis ohne weitergehende Verpflichtung statuiere, könne nicht gefolgt werden. Zudem lege die Vorinstanz die genannte Ziffer dahingehend aus, dass darin keine weitergehende Verpflichtung enthalten sei als die Rückerstattung des Kaufpreises im Falle des Ausbleibens der Leistung. Denn die Vorinstanz erblicke in der Formulierung "sich um Ersatz kümmern" lediglich die Bekundung einer blossen Absicht der Beklagten. Die Formulierung "beschaffen" hätte aber nach Auffassung der Vorinstanz wohl eine Verpflichtung zum Inhalt. Auf der Website unter der Rubrik "Über uns" heisse es aber unter anderem, B.\_\_\_\_ "besorge" vergleichbare Ersatzkarten oder – sofern im sehr unwahrscheinlichen Fall keine Ersatzkarten vorhanden seien – eine Rückerstattung. Die Beklagte spreche hier nicht von "kümmern", sondern von "besorgen". Dies sei ein Synonym zum Wort "beschaffen", was genau dem Terminus entspreche, den die Vorinstanz als Beispiel für eine

verpflichtende Formulierung angeführt habe. Die Vorinstanz sei auf den von ihr selbst definierten Voraussetzungen zu behaften.

Schliesslich anerkenne die Vorinstanz, dass einzelne Ziffern der AGB nicht losgelöst von anderen Ziffern ausgelegt werden könnten. Sie ziehe in der Folge jedoch nicht in letzter Konsequenz den Schluss, dass auch die AGB in ihrer Gesamtheit bei deren Auslegung nicht losgelöst vom Gesamtauftritt der Beklagten betrachtet werden dürften. Die Vorinstanz führe sodann Ziffer 6.2 der AGB an, der einen Haftungsausschluss (insbesondere bezüglich Ersatz von Folgeschäden) enthalte. Der Beklagten hätte jedoch die Pflicht obliegen, Ersatztickets zu beschaffen. Sie habe aber bis heute keinen Beweis dafür erbracht, dass sie sich auch nur ansatzweise darum bemüht hätte. Tickets habe sie sodann auch keine besorgt, obwohl ihr dies absolut möglich gewesen wäre. Es müsse der Beklagten damit pure Absicht oder zumindest grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Diesfalls könne die Beklagte die Haftung für anfallende Mehrkosten nicht ausschliessen, wie sie es in Ziffer 6.2 der AGB vorsehe. Ziffer 1.3 der AGB könne in dieser Hinsicht nicht losgelöst von Ziffer 6.2 betrachtet werden.

Schliesslich führe die Vorinstanz aus, es werde [auf der Website] zwar von einem "Besorgen" von vergleichbaren Ersatztickets gesprochen, doch ergebe sich wiederum durch den Begriff der "Vergleichbarkeit" der Ersatztickets eine deutliche Einschränkung – Ersatztickets zu einem höheren Preis seien nicht mit dem ursprünglichen Ticket vergleichbar. Hier betrachte die Vorinstanz erstens die Website wiederum isoliert von den AGB, in denen ganz klar die Rede von gleich- bzw. höherwertigem Ersatz sei. Auf den Preis könne es demnach nicht ankommen, was auch ein Vergleich mit der von der Beklagten in der Zwischenzeit erfolgten Abänderung der AGB (siehe zum Wortlaut Urk. 49 Rz. 53 ff.) zeige. Zweitens ziehe die Vorinstanz zum Vergleich einzig den Faktor "Preis" heran und blende andere Vergleichsfaktoren wie "Spiel" und "Kategorie" völlig aus, erwähne diese weiteren Faktoren jedoch wieder an anderer Stelle im Entscheid (Urk. 49 S. 10 ff.).

Schliesslich verkenne die Vorinstanz, dass die offerierte Zeugenaussage von F.\_\_\_\_\_ nicht nur den Beweis dafür erbringen würde, dass die Beklagte die Ti-

ckets selbst liefere und somit Vertragspartei sei (Lieferweg). Vielmehr würde damit der Beweis erbracht werden, dass eine ausdrückliche Zusicherung seitens der Beklagten erfolgt sei, wonach die Tickets auch tatsächlich (überhaupt) geliefert würden (Ticketgarantie). Auf diesen Punkt sei die Vorinstanz nicht eingegangen, weshalb der Verzicht auf die Abnahme des angebotenen Beweismittels ungerichtlich sei und F.\_\_\_\_\_ daher zur Zeugenaussage zuzulassen sei (Urk. 49 S. 9).

#### 4.2. Vorbringen der Beklagten

Dem hält die Beklagte im Wesentlichen entgegen, sie habe zwei Sicherungsmechanismen für den Betrieb der Plattform eingebaut: (1) Dem Käufer werde der Kaufpreis bereits vor dem Event belastet, wohingegen der Verkäufer seine Gutschrift erst nach erfolgreichem Eventbesuch erhalte. (2) Die Beklagte gewähre mit der sogenannten B.\_\_\_\_\_-Garantie einen zusätzlichen Schutz, wobei diese sicherstelle, dass der Käufer im Rahmen des Kaufvertrags mit dem Verkäufer kein ungebührliches Risiko eingehe. Falls der Verkäufer seinen Vertragspflichten nicht nachkomme, wisse der Käufer, dass er entweder Ersatztickets erhalte oder ihm der volle Kaufpreis erstattet werde. Die "B.\_\_\_\_\_-Garantie" bestehe dabei aus einer Verpflichtung sui generis (Erstattung des Kaufpreises bei Nichtlieferung durch den Verkäufer) und aus einer Kulanzleistung ohne rechtlichen Verpflichtungswillen durch die Beklagte (Bemühung der Beklagten, sich um gleich- bzw. höherwertige Ersatztickets zu kümmern). Aufgrund der Formulierung von Ziffer 1.3 der AGB (gemäss Urk. 4/2a) sowie der auf der Website festgehaltenen B.\_\_\_\_\_-Garantie ergebe sich klar, dass sich die Beklagte "nach besten Kräften" (Version AGB) bemühe / sich darum "kümmere" (Version Website), "gleichwertige oder bessere Tickets (Version AGB) / vergleichbare Ersatzkarten (Version Website) zu besorgen. Sei dies der Beklagten nicht möglich, erstatte sie den Käufern "den Kaufpreis in voller Höhe" (Version AGB) / gewähre sie eine "Rückerstattung" (Version Website). Zwar seien der Wortlaut der AGB und jener der Website nicht identisch, vermittele jedoch die gleiche Botschaft: Die Beklagte versuche im Falle einer Leistungsstörung auf Seiten des Verkäufers vergleichbare Ersatzkarten zu besorgen. Darauf habe der Käufer jedoch keinen rechtlichen Anspruch, sondern einzig darauf, dass ihm der Kaufpreis erstattet werde. Je mehr Tickets betroffen

seien, desto schwieriger sei es für die Beklagte, Ersatztickets zu organisieren, und desto wahrscheinlicher sei die Rückerstattung des Kaufpreises. Die Interpretation des Klägers von der Kulanzleistung als eigentliche Leistungspflicht führe denn auch zu einem sinnwidrigen Ergebnis, zumal dem Käufer unterschiedliche Leistungen versprochen würden, je nachdem, ob die Tickets gefälscht gewesen seien oder ob der Verkäufer frühzeitig Lieferschwierigkeiten gemeldet habe.

Vorliegend sei die Beklagte ihrer primären Leistungspflicht, der Rückerstattung des Kaufpreises, vollständig nachgekommen, hingegen sei die vom Kläger behauptete Primärleistungspflicht unbelegt geblieben. Die 182 bestellten Tickets hätten – nach einer ersten Analyse – nicht einfach durch die Beklagte anderweitig organisiert werden können. Entsprechend liege die Rückerstattung des Kaufpreises auf der Hand. Komme hinzu, dass die Beklagte in Ziffer 6.2 der AGB explizit und unmissverständlich darauf hingewiesen habe, dass sie keine Haftung für allfällige Deckungskäufe übernehme. Eine solche Regelung sei marktüblich, für den durchschnittlichen Nutzer von Onlinetauschbörsen – insbesondere für einen halbprofessionellen Broker wie den Kläger – absolut nachvollziehbar und deshalb auch nicht überraschend. Sollte eine solche Freizeichnung als unzulässig erachtet werden, hätte dies weitreichende Konsequenzen für den Onlinehandel. Aus der Tatsache, dass der Kläger ein halbprofessioneller Tickethändler sei, könne lediglich abgeleitet werden, dass dieser die Funktionsweise der Plattform der Beklagten gekannt habe bzw. kennen müsste. Der Kläger sei im Übrigen mit der Praxis der Beklagten betreffend Umgang mit Leistungsstörungen vertraut, schliesslich zeige die im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten gebliebene Aufstellung der Beklagten, dass der Kläger mehrfach solche Situationen erlebt und verursacht habe.

Sollte das Gericht dennoch zur Auffassung gelangen, dass die Beklagte mit der Rückerstattung des Kaufpreises eine vertragliche Pflicht verletzt habe, sei dem Kläger daraus jedoch kein Schaden entstanden, den er aufgrund der vertraglichen Beziehung zur Beklagten geltend machen könnte.

#### 4.3. Rechtliches zum Garantievertrag

Wesensmerkmal eines Garantievertrags ist, dass der Promittent (Versprechensgeber) dem Promissar (Versprechensempfänger) in eigenem Namen die Leistung eines Dritten verspricht und bei deren Ausbleiben mittels Ersatzleistung einsteht (vgl. BK OR-Weber, Art. 111 N 4 ff.). Da Art. 111 OR dispositiver Natur ist, können die Parteien an Stelle des gesetzlich vorgesehenen Schadenersatzes auch vereinbaren, dass der Promittent die Leistung in natura erbringt (BK OR-Weber, Art. 111 N 27). Im Übrigen ist zur Definition eines Garantievertrags auf die korrekten vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 50 E. VIII/2.3).

#### 4.4. Heranzuziehende Version der AGB

Die Vorinstanz hat für die Beurteilung der Klage auf folgenden Wortlaut von Ziffer 1.3 abgestellt (vgl. Urk. 50 E. VIII/2.5):

"Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_ kaufen, garantiert B.\_\_\_\_\_ 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.\_\_\_\_\_ sich um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz kümmern. Sollte es B.\_\_\_\_\_ nicht gelingen, gleich- bzw. höherwertige Tickets zu beschaffen, so erstatten wir Ihnen den gesamten Betrag zurück. Wenn Sie Tickets bei B.\_\_\_\_\_ 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.\_\_\_\_\_, dass Sie für den Verkauf bezahlt werden."

Dass diese Version für die Beurteilung der Klage heranzuziehen ist, wurde von keiner Partei beanstandet. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte zur Begründung der Berufungsantwort auf eine andere Version von Ziffer 1.3 der AGB abstellte (siehe Urk. 59 Rz. 11 mit Hinweis auf Urk. 4/2a). Für die Beurteilung der erhobenen Berufung ist daher ebenfalls auf den erwähnten Wortlaut von Ziffer 1.3 der AGB abzustellen. Ziffer 6.2 der AGB hat keine Änderung erfahren (vgl. Urk. 4/2a und 2c).



#### 4.5. Vorliegen einer Garantieabrede

4.5.1. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist vorliegend von Belang, ob der Versprechensempfänger (der Kläger) unter den gegebenen Umständen annehmen durfte, der Versprechende (die Beklagte) übernehme für den Fall, dass die Drittleistung ausbleiben sollte, eine Haftung in dem Sinne, dass er anstelle des ursprünglichen Verkäufers die entsprechenden Tickets besorge (Urk. 50 E. VIII/2.4). Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Kläger in guten Treuen annehmen durfte, die Beklagte verspreche die Leistung eines Dritten und in einem zweiten Schritt, welche Folgen für die versprochene Leistung vereinbart wurden.

4.5.2. Ziffer 1.3 der AGB hat folgenden Wortlaut: "Wenn Sie Tickets bei B. \_\_\_\_\_ kaufen, garantiert B. \_\_\_\_\_ Ihnen, dass Sie die Tickets rechtzeitig vor der Veranstaltung erhalten. [...]" (vgl. Urk. 4/2c). Dieser Wortlaut legt durchaus nahe, die Beklagte garantiere, dass ein Dritter (der Verkäufer) die vom jeweiligen Käufer bestellten Tickets (tatsächlich) liefern werde. Impliziert doch das Wort "garantieren" bereits, dass etwas versprochen bzw. zugesichert werde. Dieser Eindruck wird durch die auf der Website unter der Rubrik "Unter uns" festgehaltene "B. \_\_\_\_\_-Garantie" (vgl. Urk. 4/17) verstärkt. Gemäss deren Wortlaut "garantiert" die Beklagte jede Bestellung sowie den rechtzeitigen Erhalt der gültigen Karten vor der Veranstaltung. Auch hier vermittelt die Beklagte mit ihrer Wortwahl den Eindruck, sie verspreche die (tatsächliche) Lieferung der Tickets durch den Verkäufer. Gleiches gilt für die auf der Website beworbene "Ticketgarantie". Auch hier verwendet die Beklagte wiederum das Schlagwort "Garantie" in Verbindung mit Tickets. Auch dies kann beim Interessenten durchaus den Eindruck entstehen lassen, dass in jedem Fall mit einem Ticket gerechnet werden könne, mithin sie die Tickets auch tatsächlich durch Lieferung des jeweiligen Verkäufers erhalten werden. Gesamt betrachtet konnte der Kläger damit in guten Treuen davon ausgehen, die Beklagte verspreche die Leistung eines Dritten, nämlich dessen tatsächliche Lieferung des Verkäufers.

4.5.3. Da unbestrittenermassen die Leistung des Dritten, die Lieferung der Tickets durch den Verkäufer, ausblieb (siehe Urk. 2 S. 2, Urk. 29 Rz. 3, Urk. 15 S. 7 Rz. 14 ff., Urk. 40 S. 7 Rz. 14), ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, was die

Parteien für diesen Fall vereinbarten. Nachdem die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren unterschiedliche Standpunkte vertreten hatten, nahm die Vorinstanz korrekterweise eine Auslegung der Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip vor (Urk. 50 E. VIII/2.1 ff.).

Richtig ist, dass sich die Beklagte gemäss Wortlaut von Ziffer 1.3 der AGB im höchst unwahrscheinlichen Fall, dass Probleme auftreten würden und der ursprüngliche Verkäufer nicht in der Lage sei, die zum Verkauf angebotenen Karten zu liefern, lediglich um gleich- bzw. höherwertigen Ersatz "*kümmern*" werde. Der Vorinstanz ist auch zuzustimmen, dass die Wendung "sich um Ersatz kümmern" grundsätzlich einzig den Willen zum Ausdruck bringt, es zu versuchen. Oder mit anderen Worten, sich [um Ersatztickets] *zu bemühen*. Der nachfolgende Satz lautet jedoch sodann folgendermassen: "Sollte es B.\_\_\_\_\_ nicht gelingen, gleich- oder höherwertige Tickets zu beschaffen, so erstatten wir Ihnen den gesamten Betrag zurück." In Verbindung mit dem ersten Satz kann daraus zweierlei abgeleitet und verstanden werden: Zum einen *bemühe* sich die Beklagte bei Liefer-schwierigkeiten um die Beschaffung von Ersatztickets und zum anderen erfolge eine Rückerstattung *erst dann*, wenn die Beschaffungsbemühungen erfolglos blieben. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung kann Ziffer 1.3 der AGB durchaus eine Verpflichtung der Beklagten entnommen werden, nämlich diejenige, sich um die Beschaffung von Ersatztickets *zu bemühen*. Gleiches ergibt sich unter Heranziehung der auf der Website unter der Rubrik "Unter Uns" festgehaltenen "B.\_\_\_\_\_ -Garantie". Hier hält die Beklagte im letzten Abschnitt ebenfalls fest, dass sie sich im Falle von Schwierigkeiten [bei der Lieferung der Tickets] "kümmere" und vergleichbare Ersatztickets "besorge" oder – in dem sehr unwahrscheinlichen Falle, dass keine Ersatztickets verfügbar seien – eine Rückerstattung vornehme. Auch hier verwendet die Beklagte – in Übereinstimmung mit Ziffer 1.3 der AGB – wiederum zunächst die Wendung "sich kümmern". Aufgrund des Gesamtzusammenhangs lässt sich jedoch auch hier der Schluss ziehen, dass die Beklagte sich damit bei allfälligen Schwierigkeiten nicht aus der Verantwortung ziehe (sondern sich eben kümmere) *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) ergibt keinen gegenteiligen Schluss. Denn aus dem Umstand allein, dass Kosten für Ersatztickets als Folgeschäden bezeichnet werden, kann noch nicht abgeleitet werden, dass Ziffer 1.3 der AGB keine weitergehende Verpflichtung der Beklagten als eine Rückerstattung beinhalten soll. Insbesondere findet sich darin – wie die Beklagte vorbringt (vgl. Urk. 59 Rz. 34) – kein expliziter Hinweis auf eine alleinige Rückerstattungspflicht. Vielmehr kann 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. Eine solche Auslegung drängt sich umso mehr auf, als auch die Beklagte nicht in Abrede stellt, dass sie sich gemäss dem Wortlaut von Ziffer 1.3 bei Lieferschwierigkeiten um Ersatztickets bemühe oder – wie sie selbst ausführt – versuche, Ersatztickets zu besorgen (siehe oben Ziffer IV/4.2.). Dass es sich dabei – wie die Beklagte vorbringt – lediglich um eine Kulanzleistung ohne rechtlichen Verpflichtungswillen handeln soll, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen und ergibt sich auch nicht aufgrund der Umstände. Auch die Tatsache, dass der Kläger unbestrit- ternermaßen ein halbprofessioneller Tickethändler ist, führt nicht dazu, dass er Ziffer 1.3 der AGB dahingehend auffassen durfte und musste, dass die einzige Verpflichtung der Beklagten in der Rückerstattung des Kaufpreises liege. Denn vorliegend ist nicht einmal behauptet worden ist, dass der Kläger sich als *Käufer* bereits früher (erfolglos) auf die "B.\_\_\_\_-Garantie" berufen habe. Auch die Tatsache, dass der Kläger nur als unzuverlässiger Verkäufer aufgetreten sein soll (Urk. 59 Rz. 36 und 97), mag zutreffend sein, ändert jedoch nichts, zumal sich der Kläger als *Verkäufer* wohl kaum auf die "B.\_\_\_\_-Garantie" berufen hat und damit mit der Praxis der Beklagten vertraut sein dürfte. Eine Auslegung im vorgenann- ten Sinn erscheint denn auch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. Urk. 50 E. VIII/2.12) – durchaus als sachgerecht, zumal sich die Beklagte gerade mit ihrer propagierten "B.\_\_\_\_-Garantie" von anderen Onlineplattformen wie bei- spielsweise H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ unterscheidet und damit Interessenten anzieht. Darin liegt gerade die Besonderheit der Beklagten. Schliesslich geht auch der Einwand der Beklagten fehl, wonach es sinnwidrig wäre, dass unterschiedliche Leistungen versprochen würden, je nachdem, ob die Tickets gefälscht seien oder

ob der Verkäufer frühzeitig die Lieferschwierigkeiten gemeldet habe (Urk. 59 Rz. 36; vgl. auch Urk. 15 Rz. 25). Es liegt auf der Hand, dass bei gefälschten Tickets keine Ersatztickets mehr beschafft werden können, wird eine Fälschung in den meisten Fällen doch erst an der Veranstaltung selbst bemerkt. Eine unterschiedliche Behandlung ist daher nicht abwegig. Ob sich die Beklagte sodann verpflichtet hat, sich um höherwertige oder lediglich (preislich) vergleichbare Ersatztickets zu bemühen (siehe Urk. 50 E. VIII/2.9), ist erst bei der Frage relevant, ob die Beklagte die vereinbarte Verpflichtung (sich um Ersatztickets zu bemühen) verletzt hat oder nicht.

4.5.4. Zusammenfassend ergibt damit aufgrund einer gesamtheitlichen Betrachtung und Auslegung der AGB nach dem Vertrauensgrundsatz, dass – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – Ziffer 1.3 der AGB nach Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen seitens des Klägers dahingehend verstanden werden durfte und musste, die Beklagte verpflichtete sich im Sinne einer Garantieabrede für den Fall der Nichtleistung seitens des Verkäufers, sich um die Besorgung von Ersatztickets zu *bemühen*.

## 5. Rückweisung

5.1. Ob die Beklagte die Pflicht, sich um Ersatztickets zu bemühen, verletzt hat, hat die Vorinstanz nicht beurteilt, da sie zum Schluss gekommen ist, es liege keine Garantieabrede vor. Ebenso wenig hat sie beurteilt, ob dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden ist bzw. ob seine Schadenersatzforderung begründet ist. Sind solche Ansprüche aufgrund der vorstehenden Erwägungen jedoch zu prüfen, stellt sich die Frage einer diesbezüglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche kann erfolgen, wenn die Vorinstanz einen wesentlichen Teil der Klage nicht beurteilt hat (Art. 318 lit. c ZPO). Diese Gesetzesvorschrift stellt ihrem Wortlaut nach eine Kannvorschrift dar. Die Berufungsinstanz entscheidet von Amtes wegen darüber und kann insbesondere eine Rückweisung auch ohne entsprechenden Parteiantrag vornehmen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 318 N 25 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Anstelle einer Rückweisung kann die Berufungsinstanz auch selber über einen von der Vorinstanz nicht beurteilten Punkt entscheiden. Es ist dabei nach pflichtgemäs-

sem Ermessen eine Abwägung zwischen der Wahrung der Zweistufigkeit des Entscheidungsprozesses und der Prozessbeschleunigung zu treffen, wobei der Regelfall die neue Entscheidung des Berufungsgerichtes darstellt und die Rückweisung die Ausnahme bildet.

5.2. Vorliegend ist noch zu entscheiden, ob die Beklagte die in Ziffer 1.3 der AGB statuierte Pflicht, sich um Ersatztickets zu bemühen, verletzt hat, sowie – falls dies zu bejahen wäre – ob dem Kläger eine Schadenersatzforderung zusteht. Entsprechend ist noch ein wesentlicher Teil der Klage zu beurteilen. Zur Wahrung der Zweistufigkeit des Prozesses ist der angefochtene Entscheid daher aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung sowie zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Vorinstanz zu Recht von einer mündlichen Verhandlung im vereinfachten Verfahren sowie einer Beweisverhandlung absah (Urk. 49 S. 3 Rz. 1 und S. 5 Rz. 10). Die Vorinstanz wird angesichts des Rückweisungsentscheids erneut darüber zu befinden haben.

## V.

1. Schliesslich ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu bestimmen.
2. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens sowie den Entscheid über die Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Die Vorinstanz wird darüber zusammen mit den bei ihr aufgelaufenen Prozesskosten (sowie den Kosten für das Schlichtungs- und das Verfahren um vorsorgliche Beweisführung) nach Massgabe des (endgültigen) Verfahrensausganges zu entscheiden haben (Art. 104 Abs. 4 ZPO).
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der §§ 2 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'600.– festzusetzen. Vorzumerken ist, dass der Kläger im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 3'600.– geleistet hat.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 4. Juli 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Der Antrag des Klägers, es sei im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung durchzuführen, und es seien die von ihm genannten Zeugen zu laden, wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt.

Es wird vorgemerkt, dass der Kläger für das vorliegende Berufungsverfahren einen Gerichtskostenvorschuss von Fr. 3'600.– geleistet hat.

4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- sowie zweitinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'128.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 16. Februar 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:  
kt