

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die
Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer und Dr. S. Janssen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Urteil vom 8. August 2018

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 23. August 2017 (FV170088-L)**

Rechtsbegehren:

(vgl. das angefochtene Urteil, Urk. 86 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom

23. August 2017:

(Urk. 86 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 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.]
10. [Rechtsmittel.]"

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 85 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 sei vollständig aufzuheben.
2. Die Berufungsbeklagte sei zur Zahlung von EUR 23'105.84 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 13. März 2015 zu verurteilen. Mehrforderungen sind ausdrücklich vorbehalten.
3. Eventualiter sei der Schadenersatzanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten durch das Gericht zu schätzen.

4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen vor der Vorinstanz seien wie folgt neu zu regeln und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen:
 - 1.4 Die Gerichtskosten der Vorinstanz in Höhe von CHF 3'580.00 seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
 - 2.4 Der Berufungsklägerin sei für das Verfahren vor der Vorinstanz eine Parteientschädigung in Höhe von insg. CHF 7'246.45 zu Lasten der Berufungsbeklagten zu bezahlen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens gemäss Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 2017 in der Höhe von CHF 3'600.00 seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Eventualiter seien diese Kosten dem Kanton aufzuerlegen. Dem Berufungskläger sei von der Beklagten für jenes Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 3'871.53 zu bezahlen.
6. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zürich in Höhe von CHF 600 seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
7. 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.
8. 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.
9. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten.
10. Im Falle des Unterliegens des Klägers in den Rechtsbegehren Ziff. 1 bis Ziff. 3 hiervor, seien sämtliche Prozesskosten gem. Ziff. 4-9 hiervor nach Ermessen des Gerichts angemessen zu verteilen."

Formeller Antrag des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 85 S. 3):

"11. Die Akten der Vorinstanz seien beizuziehen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 93 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten des Klägers."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 15. September 2015 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) gegen die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens und Ausstellung der Klagebewilligung (Urk. 1) vor Vorinstanz eine Forderungsklage (Urk. 2). Nach erfolgtem Schriftenwechsel (vgl. Urk. 9, 11, 13 und 15) und nachdem die Beklagte keine Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen vor Replik und Duplik signalisiert hatte, wurden die Akten zur Ansetzung des Hauptverhandlungstermins am 22. Dezember 2015 an die Gerichtskanzlei weitergegeben (Urk. 20). In der Folge ersuchte die Beklagte um Durchführung des schriftlichen Verfahrens für Replik und Duplik (Urk. 21). Diesem Begehren gab die Vorinstanz statt (siehe Urk. 22 und 23). Nach erfolgter Replik (Urk. 29) und Duplik (Urk. 40) sowie einer weiteren Eingabe des Klägers (Urk. 43) erliess die Vorinstanz am 4. Juli 2016 ein Urteil, womit sie die Klage abwies (Urk. 44). Dagegen erhob der Kläger Berufung (Urk. 49). Betreffend den Verlauf des ersten Rechtsmittelverfahrens kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im ersten Rechtsmittelentscheid verwiesen werden (Urk. 66 E. I./3.-4.). Mit Beschluss vom 16. Februar 2017 hob das Zürcher Obergericht das Urteil auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens sowie zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urk. 66). Die Vorinstanz erliess daraufhin am 12. Mai 2017 die Beweisverfügung (Urk. 69). Die Hauptverhandlung fand am 23. August 2017 statt (Urk. 76 und Prot. I S. 6 ff.). Gleichentags erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 81 = Urk. 86).

2. Dagegen erhob der Kläger innert Frist Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 85 S. 2 f.). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (Urk. 90 und 91). Die fristgerecht erstattete Berufungsantwort datiert vom 23. April 2018 (Urk. 92 und 93). Auf sein Ersuchen hin wurde dem Kläger mit Verfügung vom 23. Mai 2018 Frist zur Stellungnahme zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 95A, 95B und 96). Innert Frist nahm er Stellung (Urk. 97). Die Stellungnah-

me wurde am 8. Juni 2018 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 97 S. 1, Urk. 98). Die Beklagte liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-84). Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese für die Entscheidungsfindung relevant sind.

II.

1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis hinsichtlich der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und Tatfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413

E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts im Berufungsverfahren dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen).

2. Neue Tatsachen (Behauptungen und Bestreitungen) und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.).

III.

1. Rückweisungsbeschluss

Mit Beschluss vom 16. Februar 2017 hob das Zürcher Obergericht das ergangene Urteil der Vorinstanz vom 4. Juli 2016 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens sowie zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Es kam zusammengefasst zum Schluss, aufgrund einer gesamtheitlichen Betrachtung und Auslegung der AGB nach dem Vertrauensgrundsatz hätte Ziffer 1.3 der AGB nach Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen seitens des Klägers dahingehend verstanden werden dürfen und müssen, dass sich die Beklagte im Sinne einer Garantieabrede für den Fall der Nichtleistung seitens des Verkäufers um die Besorgung von Ersatztickets zu bemühen verpflichte. Ob die Beklagte dieser Pflicht nachgekommen sei, habe die Vorinstanz (noch) nicht beurteilt. Ebenso wenig habe die Vorinstanz beurteilt, ob dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden bzw. ob seine Schadenersatzforde-

rung begründet sei. Es sei daher zu entscheiden, ob die Beklagte die in Ziffer 1.3 der AGB statuierte Pflicht, sich um Ersatztickets zu bemühen, verletzt habe, sowie – falls dies zu bejahen wäre – ob dem Kläger eine Schadenersatzforderung zustehe (vgl. Urk. 68 E. IV./4.5.4 und 5.).

2. Vorinstanzlicher Entscheid (nach Rückweisung)

2.1. Im angefochtenen Urteil vom 23. August 2017 erwog die Vorinstanz, dass der Kläger den Beweis nicht habe erbringen können, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag über die fraglichen Tickets zustande gekommen sei. Diese Schlussfolgerung habe das Obergericht in seinem Beschluss vom 16. Februar 2017 bestätigt und festgehalten, dass der entsprechende Beweis nicht habe erbracht werden können. Es sei abschliessend somit nochmals festzuhalten, dass die Beklagte nicht als Verkäuferin der fraglichen Tickets aufgetreten sei (Urk. 86 E. VII./1.). Im Weiteren erwog die Vorinstanz, dass die Beklagte den Beweis für ein Bemühen, dem Kläger (Ersatz-)Tickets zu verschaffen, nicht erbracht habe, weshalb sich die Frage der Schadenersatzpflicht der Beklagten stelle (Urk. 86 E. VIII./2., insbesondere 2.1.3). Diesbezüglich erwog sie im Wesentlichen Folgendes:

2.2. Der Kläger mache einen Schaden von insgesamt EUR 23'105.84 geltend, wobei sich dieser aus der Differenz der Deckungskäufe und der Einkäufe bei der Beklagten ergebe. Zum Beweis berufe sich der Kläger auf die Verkaufsdokumente (Urk. 4/6.1 ff.), eine Excel-Liste (Urk. 4/7) und auf Dokumente über Deckungskäufe bei Dritten (Urk. 4/12.1 ff.). Mit Blick auf die Einwendungen der Beklagten hierzu (vgl. Urk. 86 E. VIII./2.2.) sei zu prüfen, ob die vom Kläger eingereichten Urkunden den von ihm geltend gemachten Schaden belegen könnten.

- Bei Urk. 4/6.1 ff. handle es sich um vom Kläger ausgestellte Rechnungskopien ohne Unterschrift für acht Tickets für den Champions League Final vom 6. Juni 2015 über insgesamt EUR 26'300 und für 28 Tickets für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05 vom 23. Mai 2015 über insgesamt EUR 5'790, die an diverse Adressaten gerichtet seien.

- Urk. 4/7 sei eine vom Kläger selbst erstellte Excel-Tabelle. Darin sei eine Aufstellung über den Kaufpreis der Tickets von der Beklagten (EUR 11'845.60), die Deckungskäufe (EUR 34'951.44) sowie den als Schaden geltend gemachten Differenzbetrag von EUR 23'105.84 aufgeführt.
- Urk. 4/11 sei ein Schreiben der damaligen Rechtsanwältin der Beklagten an den Rechtsvertreter des Klägers, in dem Erstere wiederhole, dass die Beschaffung von Ersatztickets nicht möglich gewesen sei.
- Urk. 4/12.1 und 4/12.4 seien nicht unterschriebene Rechnungen der "C. _____ GmbH" 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 den Fussballsportverein (FSV) Mainz 05 für EUR 1'680. Urk. 4/12.5 sei eine Bestellung des Klägers bei D. _____ für sechs Tickets für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05 für EUR 2'100. Urk 4/12.6 schliesslich sei eine E-Mail des Klägers an E. _____ betreffend "Verkäufer Abwicklung: Bayern - Mainz". Dort werde vom Kläger geschrieben "Hallo E. _____, der F. _____ 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 werde darunter festgehalten: "Gruss A. _____." Daneben befinde sich ein schwer lesbarer handschriftlicher Vermerk "Erhalten", wobei darunter eine nicht lesbare Unterschrift angebracht sei.

2.3. Hinsichtlich der Deckungskäufe berufe sich der Kläger auf die Urkunden 4/12.1 ff. als Beweismittel. Die Beklagte bestreite explizit, dass diese Rechnungen zu beweisen vermöchten, dass die Tickets tatsächlich gekauft worden seien, da Zahlungsbelege fehlen würden. Entsprechend sei nicht belegt, dass diese Transaktionen tatsächlich stattgefunden hätten. Würden diese Rechnungen aber – so die Vorinstanz weiter – explizit damit bestritten, dass sie eine tatsächliche Transaktion respektive Zahlung nicht zu beweisen vermöchten, genüge die blosse Vorlage einer solchen Rechnung nicht, um damit einen entsprechenden Vermögensschaden durch deren Bezahlung zu beweisen. Die Deckungskäufe durch den Kläger bei der C. _____ GmbH vom 18. März und 4. Mai 2015 (Urk. 4/12.1 und 4/12.4) seien deshalb durch die Vorlage der blossen Rechnungen nicht bewiesen.

Auch die Bestellung von "G._____" vom 14. April 2015 (Urk. 4/12.5) sowie die E-Mail des Klägers an E._____ (Urk. 4/12.6) vermöchten die Deckungskäufe des Klägers nicht zu beweisen. Hierbei handle es sich offensichtlich um Bestellungen beim Kläger und nicht um Bestellungen des Klägers.

2.4. Hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Ticketverkäufe wende die Beklagte ein, der Kläger habe hierzu lediglich Rechnungen als Urk. 4/6.1-6.9 ins Recht gelegt, die 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 (mit Verweis auf Urk. 40 S. 8). Bei den Urkunden handle es sich um Rechnungen des Klägers an Dritte für die Spiele. Es sei jedoch nicht bewiesen, dass die Rechnungen tatsächlich verschickt und die Tickets tatsächlich geliefert worden seien. Ein Beweis dafür, dass der Kläger anderweitig Deckungskäufe für höhere Preise als diejenigen bei der Beklagten getätigt habe, könne mit diesen Beweisstücken ebenfalls nicht erbracht werden.

2.5. Da nicht bewiesen sei, welche Kosten dem Kläger für die geltend gemachten Deckungskäufe entstanden seien, lasse sich folglich der so geltend gemachte Schaden ebenfalls nicht berechnen bzw. beweisen. Daran könne auch die vom Kläger erstellte Excel-Tabelle (Urk. 4/7) nichts ändern, denn sie vermöchte die Richtigkeit der vom Kläger dort aufgeführten Zahlen nicht zu belegen. Es sei daher 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 sei, nicht gelungen sei. Er habe nicht rechtsgenügend beweisen können, dass er die von ihm geltend gemachten Deckungskäufe zu den von ihm behaupteten Konditionen tatsächlich vorgenommen und auch bezahlt habe (Urk. 86 E. VII. f.)

3. Rügen des Klägers

3.1. Der Kläger moniert in Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz zu den Deckungskäufen Folgendes:

3.1.1. Diese seien jeweils gegen Barbezahlung und ohne Ausstellung einer Quittung erfolgt. Dies stelle für ihn den üblichen Geschäftsusus dar. Der Tickethandel zwischen ihm und seinen Geschäftspartnern finde insbesondere relativ formlos statt und basiere auf Vertrauen. Die beigebrachten Dokumente würden den in dieser Branche üblichen Standard darstellen und einen genügenden Beweis erbringen. Zusätzlich sei zu sagen, dass er eine gegen sich gerichtete Betreibung riskieren würde, wenn er die Rechnungen tatsächlich nicht bezahlt hätte. Entsprechend sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer tatsächlich erfolgten Bezahlung auszugehen. Insbesondere sei nach gesundem Menschenverstand nicht davon auszugehen, dass er einen Prozess angehoben hätte, wenn ihm der geltend gemachte Schaden nicht entstanden wäre. Die Vorinstanz versteife sich auf eine strikte Beweiswürdigung "aus Sicht ex post", ohne zu würdigen, dass gewichtige Gründe dafür sprächen, dass vernünftigerweise keine andere Möglichkeit in Betracht falle, als dass der Schaden tatsächlich entstanden sei (Urk. 85 Rz. 19 ff.).

Der Kläger legt nicht dar, wo er im vorinstanzlichen Verfahren die wiedergegebenen Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Abwicklung der Ticketkäufe (Barbezahlung ohne Quittungsausstellung) bereits erhoben hatte und diese von der Vorinstanz unberücksichtigt gelassen wurden oder inwiefern es sich um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt. Der Verweis auf vorinstanzliche Beilagen in der Kurzreplik vom 7. Juni 2018 (Urk. 97 S. 2) genügt nicht. Abgesehen davon ist diese Kurzreplik, soweit sie der Ergänzung der Kritik am vorinstanzlichen Entscheid dient, nach dem unter Ziff. II./1. Dargelegten unbeachtlich. Entsprechend haben diese Behauptungen unberücksichtigt zu bleiben. Auch die weiteren Vorbringen des Klägers erweisen sich als unbehelflich. Dass vorliegend eine Ausnahme vom für das vereinfachte Verfahren grundsätzlich geltenden Regelbeweismass des strikten Beweises (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 219 N 9) vorliegen und das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen soll, ist nicht ersichtlich. Insbesondere macht der Kläger keine Beweisnot geltend. Vielmehr räumt er selbst ein, dass keine Beweisnot vorliegt (Urk. 97 S. 3).

3.1.2. Hinsichtlich der Bestellung "G._____" / D._____ bringt der Kläger vor, es sei unstrittig, dass er mit Tickets handle und aufgrund des von der Beklagten verschuldeten Ausfalls sich anderweitig habe Tickets besorgen müssen. Die ins Recht gelegte, von ihm gegenüber einem seiner Kunden ausgestellte Rechnung habe Tickets des gleichen Events (Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05) und der gleichen Kategorie (Kategorie 1) betroffen wie die von der Beklagten nicht gelieferten Tickets. Diese Bestellung sei ein weiteres Indiz dafür, dass er anderweitig Deckungskäufe tätigen müssen, um seine Kunden zu befriedigen. Als kleiner Tickethändler sei er denn auch auf gute Geschäftsbeziehungen zu seinen Kunden angewiesen, weshalb er es sich nicht leisten könne, diese durch Nichtlieferung zu enttäuschen (Urk. 85 Rz. 24 f.).

Nach der Darstellung des Klägers im Berufungsverfahren handelt es sich bei Urk. 4/12.5 um eine Rechnung für die Bestellung seines Kunden D._____ und nicht um eine Bestellung von "G._____" bei einem Drittanbieter im Rahmen eines Deckungskaufs (Urk. 85 Rz. 25), womit er eine entsprechende Annahme der Vorinstanz (vgl. Urk. 86 E. VIII./2.2.4.2) bestätigte. Allerdings scheint seine im Berufungsverfahren vorgebrachte Darstellung in Widerspruch zur von ihm eingereichten Excel-Tabelle (Urk. 4/7) zu stehen, in der unter "D._____" ein Deckungskauf für sechs Tickets der Kategorie 1 für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05 aufgeführt ist. Da der Kläger geltend macht, für dieses Spiel 20 Tickets der Kategorie 1 bei der Beklagten gekauft und in der Folge für diese 20 Tickets wegen der nicht erfolgten Lieferung die in der Excel-Tabelle aufgeführten Deckungskäufe getätigt zu haben, kann es sich auch nicht um andere Tickets handeln – denkbar ist höchstens, dass es sich um zwei verschiedene "D.____s" handelt, was allerdings schon ein sehr grosser Zufall wäre. Handelt es sich um den gleichen D._____, wäre nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger bei diesem sechs Tickets für EUR 335.50 pro Stück gekauft und er umgekehrt diesem sechs Tickets für das gleiche Spiel und für die gleiche Kategorie für EUR 350 pro Stück verkauft hätte. Zudem liegt insoweit ein Widerspruch zwischen diesen beiden Urkunden vor als in der Excel-Tabelle aufgeführt ist, die 20 Tickets für das Spiel Bayern München gegen den FSV Mainz 05 in der Kategorie 1 seien vom Kläger für Preise zwischen EUR 210 und EUR 220 verkauft worden, während Urk. 4/12.5

einen Verkaufspreis von EUR 350 pro Ticket ausweist. Dass es sich entgegen der Behauptung des Klägers im Berufungsverfahren und der Annahme der Vorinstanz doch um einen Beleg für einen Deckungskauf für sechs Tickets handelt, wie sich aus der Excel-Tabelle implizit durch den beim Deckungskauf angebrachten Verweis auf Urk. (4/12.5 ergibt, kann aber auch nicht ohne Weiteres angenommen werden, denn der Kläger macht in der Excel-Tabelle für die sechs Tickets "D._____" einen Kaufpreis von EUR 335.80 pro Ticket geltend, weshalb der Preis pro Ticket nicht mit dem in Urk. 4/12.5 genannten Preis übereinstimmt. Wie es sich damit verhält, kann indes offen bleiben. Auch in diesem Zusammenhang ist nämlich nicht ersichtlich, aus welchem Grund eine Ausnahme vom Regelbeweismass des strikten Beweises vorliegen und das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen soll. Eine Beweisnot macht der Kläger nicht geltend (siehe hierzu auch vorstehend Ziffer III./3.1.1.). Bei der Bestellung "G._____" / D._____ handelt es sich wiederum um ein vom Kläger selbst erstelltes Dokument, dessen Inhalt überdies von der Beklagten bestritten wird und von dem der Kläger selber geltend macht, dass es nur ein Indiz darstellt. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dieses Dokument nicht als rechtsgenügenden Beweis für die behaupteten Deckungskäufe betrachtete.

3.1.3. Mit Bezug auf die E-Mail des Klägers an E._____ moniert der Kläger, es sei unstrittig, dass er (der Kläger) Tickets bei der Beklagten bestellt habe, um diese weiterzuverkaufen. Es sei selbstredend, dass er (der Kläger) als Tickethändler sich mit Ersatztickets habe eindecken müssen, zumal die Beklagte nicht geliefert habe und auch ihrer Pflicht, sich um Ersatztickets zu bemühen, nicht nachgekommen sei. Der konkrete Ablauf für die getätigten Deckungskäufe sei hier folgender gewesen: Er habe über Kleinanzeigen eine Privatperson (hier F._____), welche entsprechende Tickets besessen habe, im Raum München gesucht. Diesem sei mitgeteilt worden, dass er die Tickets an der Rezeption des Hotels H._____ in München dem Concierge E._____ abgeben könne und dafür in bar bezahlt werde. Er habe dem Concierge dafür das nötige Bargeld für die Tickets überlassen und die Tickets seien in der Folge von seiner Vertrauensperson abgeholt worden. Die E-Mail habe als Quittung gedient und sei von E._____ im Hotel H._____ in München mit dem Vermerk "Erhalten" unterschrieben worden. Diese

Vorgehensweise sei in der Branche üblich. Event und Kategorie würden auch hier übereinstimmen (Urk. 85 Rz. 26 ff.).

Mit seinen Vorbringen macht der Kläger geltend, dass er mithilfe von E. _____ die (Ersatz-)Tickets (von F. _____) gekauft habe und nicht Tickets – wovon die Vorinstanz ausging (vgl. Urk. 86 E. 2.2.4.3) – an E. _____ verkauft habe. Der Kläger legt jedoch nicht dar, wo er im vorinstanzlichen Verfahren die Behauptungen betreffend den konkreten Ablauf des Ticketkaufs und die sich auf dem Dokument befindliche Unterschrift bereits aufgestellt hatte und diese von der Vorinstanz nicht korrekt gewürdigt wurden, oder inwiefern es sich um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handeln soll. Entsprechend haben diese Behauptungen unberücksichtigt zu bleiben. Damit hat es auch insoweit mit den vorinstanzlichen Erwägungen sein Bewenden.

3.1.4. Auch die Vorbringen des Klägers hinsichtlich der Excel-Tabelle gehen ins Leere, räumt er diesbezüglich doch selbst ein, dass sie keinen strikten Beweis für die darin aufgeführten Zahlungen erbringe (Urk. 85 Rz. 37).

3.2. Im Weiteren rügt der Kläger hinsichtlich der behaupteten Ticket-*Weiterverkäufe*, es sei nicht einzusehen, weshalb er die eingereichten Rechnungen hätte erstellen sollen, wenn er diese nicht tatsächlich verschickt habe. Nach der Begründung der Vorinstanz und der Beklagten hätte er sich mit der Einreichung der Rechnungen einer Urkundenfälschung sowie eines versuchten Betruges schuldig gemacht. Er würde sich so einem enormen Risiko aussetzen, wovon nicht ohne Weiteres ausgegangen werden dürfe. Insbesondere sei er vorstrafenfrei, weshalb kein Anlass bestehe, daran zu zweifeln, dass die Tickets auch tatsächlich geliefert worden seien. Im Übrigen habe er beantragt, dass die entsprechenden Personen, welche die Deckungskäufe respektive die Ticketweiterverkäufe hätten bezeugen können, vorzuladen seien. Die Vorinstanz habe es jedoch nicht für notwendig erachtet, auf diese Beweisofferten einzugehen. Jetzt zu behaupten, der Beweis sei nicht genügend erbracht worden, stelle ein widersprüchliches Verhalten dar (Urk. 85 Rz. 31 ff.).

Bei den Rechnungen handelt es sich um vom Kläger selbst erstellte Urkunden und somit grundsätzlich lediglich um Parteibehauptungen. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diese nicht als rechtsgenügenden Beweis für die behaupteten Weiterverkäufe betrachtete. Dies auch angesichts dessen, dass die Beklagte vorbrachte, dass offen sei, zu welchen vertraglichen Bedingungen dies geschehen sei und dass die entsprechenden Transaktionen möglicherweise storniert worden seien. Was die von ihm angesprochene Offerte von Zeugen zu den behaupteten Deckungskäufen resp. Ticket-Weiterverkäufen angeht, legt der Kläger nicht dar, wo er im vorinstanzlichen Verfahren diese offeriert hätte und wo diese Beweisofferte von der Vorinstanz (zu Unrecht) unberücksichtigt geblieben sein soll. Es bleibt sogar unklar, welche Zeugen der Kläger meint, zumal er keine Namen nennt. Die Beurteilung der Vorinstanz, dass die Rechnungen keinen rechtsgenügenden Beweis darstellen, führt schliesslich keineswegs zwangsläufig zum Schluss, dass sie gefälscht sind oder gar ein versuchter Betrug vorliegt. Die Rügen des Klägers hinsichtlich der Ticket-Weiterverkäufe gehen damit ebenfalls ins Leere.

3.3. Zusammengefasst erweisen sich die Rügen des Klägers im Rahmen seiner Hauptbegründung damit als unbegründet. Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass nicht ersichtlich ist, dass die Vorinstanz implizit einen entstandenen Schaden anerkannt hat (Urk. 85 Rz. 35).

3.4. Der Kläger bringt als "Eventualbegründung" vor, der Schaden sei gemäss Art. 191 Abs. 3 OR als Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis zur Erfüllungszeit zu bestimmen (Urk. 85 Rz. 40 ff.). Der Kläger stützt sich dabei indes auf eine Norm des Kaufvertragsrecht. Dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag vorliegen soll, hat die Vorinstanz bereits im Urteil vom 4. Juli 2016 als nicht rechtsgenügend bewiesen beurteilt (Urk. 44 E. VIII./1. = Urk. 50 E. VIII./1.). Das Obergericht sah die dagegen erhobenen Rügen in seinem Beschluss vom 16. Februar 2017 als unbegründet an (Urk. 66 E. IV./3. = Urk. 68 E. IV./3.). Ob die Berufungsinstanz an ihre im Rückweisungsentscheid niedergelegte Auffassung gebunden ist, ist zwar umstritten (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46 m.w.H.). Dies kann jedoch offen bleiben, denn der Kläger setzt sich in seiner Be-

rufungsschrift mit der erneuten diesbezüglichen Feststellung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ohnehin nicht auseinander (Urk. 86 E. VII./1). Entsprechend bleibt es dabei, dass vorliegend zwischen den Parteien kein Kaufvertrag vorliegt. Im Weiteren macht der Kläger in seiner Berufungsbegründung auch nicht geltend, dass Art. 191 Abs. 3 OR vorliegend zur Bestimmung des Schadenersatzes analog zur Geltung komme. Seine Ausführungen gehen schon deshalb ins Leere. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass er im Zusammenhang mit Art. 191 Abs. 3 OR mehrere Tatsachenbehauptungen aufstellt (insbesondere zum Erfüllungszeitpunkt sowie zum Marktpreis, vgl. Urk. 85 Rz. 45 ff.). Er legt jedoch nicht dar, wo er diese Tatsachenbehauptungen im vorinstanzlichen Verfahren bereits erhoben hatte oder inwiefern es sich diesbezüglich um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handeln soll. Entsprechend haben diese Tatsachenbehauptungen ohnehin unbeachtlich zu bleiben (vgl. hierzu vorne Ziffer II./2.). Demzufolge fehlt es mit Bezug auf Art. 191 Abs. 3 OR an den anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen. Entsprechend geht seine neue rechtliche Begründung auch aus diesem Grund ins Leere.

3.5. Schliesslich beantragt der Kläger eventualiter, dass der von ihm erlittene Schaden durch das Gericht zu schätzen sei, sollte dieses davon ausgehen, dass die eingeforderte Summe in der Höhe von EUR 23'105.84 nicht seinem tatsächlichen Schaden entspreche oder dieser lediglich ziffernmässig nicht nachweisbar sei (Urk. 85 Rz. 55).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger den geltend gemachten Schaden nicht rechtsgenügend zu beweisen vermochte. Art. 42 Abs. 2 OR sieht für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden eine Beweiserleichterung vor, was voraussetzt, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (BGE 144 III 155, E. 2.3 mit Verweis auf BGE 132 III 379 E. 3.1; 131 III 360 E. 5.1; 128 III 271 E. 2b/aa). In solchen Fällen liegt eine sogenannte Beweisnot vor (vgl. Frey, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, ZStP-Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 278, Rz. 224). Art. 42 Abs. 2 OR zielt dabei lediglich auf eine Beweiserleichterung ab (vgl. CHK-Ch. Müller, OR 42 N 4; Frey,

a.a.O., Rz. 224), eine Beweislastumkehr findet nicht statt. Es obliegt der beweisbelasteten Partei nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR gegeben sind (BSK OR I-Heierli/Schnyder, Art. 42 N 11; Frey, a.a.O., Rz. 276). Der Kläger legt in seiner Berufungsschrift nicht dar, weshalb ein strikter Beweis vorliegend nicht möglich oder unzumutbar sein soll, mithin eine Beweisnot vorliegen soll. Er stellt hierzu keinerlei Behauptungen auf (wobei fraglich wäre, ob diese im Berufungsverfahren novenrechtlich zulässig wären) und verweist auch nicht auf etwaige vorinstanzlich bereits aufgestellte Behauptungen. Eine offenkundige Beweisnot ist nicht ersichtlich, zumal er insbesondere hinsichtlich seiner behaupteten Deckungskäufe zumindest die entsprechenden Verkäufer (welche ihm die Tickets letztlich verkauft hatten) im Prozess als Zeugen hätte offerieren und hinsichtlich der behaupteten Weiterverkäufe (an seine Kunden) wohl die entsprechenden Bankbelege als Beweismittel hätte einreichen können (vgl. hierzu Urk. 4/6.1.-6.9., wonach die Rechnungen offensichtlich per Banküberweisungen zu bezahlen waren). Damit gehen auch diese Vorbringen des Klägers ins Leere.

4. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Vorinstanz erwog, dass die Beklagte vollumfänglich obsiege. Ausgangsgemäss seien die Prozesskosten im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Der Kläger habe somit die Gerichtskosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Urk. 86 E. IX/1.).

4.2. Der Kläger bringt vor, dass die Vorinstanz verkenne, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten gemäss Art. 107 ZPO nach Ermessen verteilen könne. Vorliegend liege eine Prozessführung in guten Treuen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO vor. Er habe vorprozessual von der Beklagten verlangt, dass sich diese um die Beschaffung von Ersatztickets bemühe. Hätte die Beklagte diesen Nachweis damals erbracht, hätte er auf die Prozessführung verzichten können. Da die Beklagte jedoch bestritten habe, dass ihr irgendeine Pflicht zukomme, sei ihm keine andere Wahl geblieben als das Verfahren einzuleiten. Die Beklagte habe mit ihrem Verhalten insbesondere auch Mehrkosten im Verfahren verursacht. Einerseits sei er gezwungen gewesen, ein vor-

sorgliches Beweisverfahren durchzuführen (die Beklagte habe z.B. versucht, ihre AGB zu ihren Gunsten zu ändern, vgl. Urk. 4/16). Andererseits habe die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren einen zweiten Schriftenwechsel verlangt, obwohl er eine mündliche Verhandlung gefordert habe, was in einem vereinfachten Verfahren eigentlich die Norm sein müsste. Er habe sodann in der Grundsatzfrage obsiegt. Das Obergericht habe anerkannt, dass die Beklagte eine Pflicht getroffen hätte, sich um Ersatztickets zu bemühen. Die Vorinstanz habe sodann anerkannt, dass die Beklagte diese Pflicht verletzt habe und schadenersatzpflichtig sei. Allein der Beweis des Schadens stehe nach Ansicht der Vorinstanz noch aus. Dass ein Schaden entstanden sei und dass dafür gehaftet werden müsse, stehe ausser Frage. In Anbetracht der Konstellation sei davon auszugehen, dass eine Verurteilung der Beklagten bei Beweis des Schadens erfolgen würde. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach der Schaden nicht genügend substantiiert worden sei, vermöge dies nicht umzustossen. Die Beklagte habe mit ihrem fehlerhaften Verhalten das Verfahren veranlasst respektive ihn zur Prozessführung gezwungen. Dies ergebe sich auch aus den bislang ergangenen Urteilen des Bezirks- und Obergerichts, die der Beklagten klar ein Verschulden anlasten würden. Eventualiter lägen jedenfalls unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO besondere Umstände vor, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als absolut unbillig erscheinen liessen. Dies insbesondere angesichts des groben Verschuldens der Beklagten. Alternativ könne das Gericht die Kosten in diesem Fall somit auch gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO nach Ermessen verteilen (Urk. 85 Rz. 56 ff.).

4.3. Vorliegend ist kein Verhalten seitens der Beklagten ersichtlich, das eine abweichende Regelung rechtfertigen würde. Es stand und steht der Beklagten grundsätzlich frei, einen anderen (Rechts-)Standpunkt als der Kläger einzunehmen, ohne dass sie dabei einen Nachteil zu gewärtigen hat. Auch liegt es in der Natur der Sache, zur Durchsetzung eines (abweichenden) Rechtsstandpunktes allenfalls ein Verfahren einleiten zu müssen, in welchem eine Seite letztlich unterliegt. Inwiefern die Beklagte schliesslich versucht haben soll, die AGB (heimlich) zu ändern und dadurch ein vorsorgliches Beweisverfahren nötig gemacht haben soll, legt der Kläger nicht dar und ist auch nicht ohne Weiteres aus Urk. 4/16, auf

welche der Kläger verweist, ersichtlich. Hinsichtlich des zweiten Schriftenwechsels ist sodann der Beklagten zuzustimmen, dass die Verfahrensführung dem Gericht obliegt (vgl. Urk. 93 Rz. 135). Ob die Beklagte bei rechtsgenügendem Nachweis des Schadens zu dessen Zahlung zu verpflichten gewesen wäre, ist offen, da dies angesichts des Ausgangs des Beweisverfahrens nicht beurteilt werden musste. Nach dem Ausgeführten und angesichts des vollumfänglichen Unterliegens des Klägers ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich dem Kläger auferlegt hat. Mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen betreffend das vorsorgliche Beweisverfahren (siehe Urk. 85 Rz. 70 ff.) gilt grundsätzlich ebenfalls das zuvor Ausgeführte. Es ist diesbezüglich zudem daran zu erinnern, dass die Vorbringen des Klägers hinsichtlich des Marktpreises der Tickets (siehe Urk. 85 Rz. 72) im vorliegenden Verfahren unbeachtlich zu bleiben haben (vgl. vorstehend Ziffer III./3.4). Da die Berufung abzuweisen ist und der Kläger somit unterliegt, ist ihm auch keine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen (vgl. Urk. 85 Rz. 73). Damit kann offenbleiben, ob es sich beim geltend gemachten Honorar um ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handelt.

5. Kosten des ersten Rechtsmittelverfahrens

5.1. Die Vorinstanz entschied ferner, der Kläger habe die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'600.– zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung für jenes Verfahren in Höhe von Fr. 898.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 86 E. IX./3.).

5.2. Der Kläger argumentiert unter Hinweis auf Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, N 657, dass beispielsweise bei einer Rückweisungsentscheid, in welchem die obere Instanz zum Schluss gelange, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Klage eingetreten sei, der Rechtsmittelkläger grundsätzlich als obsiegend gelte. Vorliegend seien die Kosten nur deshalb entstanden, weil die Vorinstanz eine falsche Entscheidung gefällt habe. Sie habe fälschlicherweise angenommen, dass seitens der Beklagten keine Garantie zur Bemühung um Ersatztickets abgegeben worden sei. Darauf basierend habe die Vorinstanz fälschlicherweise gefolgert, dass die Beklagte somit keine Haftung tref-

fe und habe wesentliche Fragen der Klage nicht weiter beurteilt. Angesichts dieser Fehler in der Entscheidungsfindung wäre es stossend, die Kosten des (vormaligen) Berufungsverfahrens, in welchem ihm genau in diesen entscheidenden Punkten Recht gegeben worden sei, ihm aufzuerlegen. Er habe dieses Verfahren anstrengen müssen, um zu seinem Recht zu kommen. Hätte die Vorinstanz direkt den jetzt vorliegenden Entscheid gefällt, hätte er (der Kläger) entscheiden können, ob er eine Berufung einreichen wolle oder nicht. Es dürfe in dieser speziellen Konstellation nicht angehen, dass nur der Ausgang des Verfahrens massgebend sein solle. Vielmehr müsse eine gerechte Kostenverteilung erreicht werden. Eventualiter zur Auferlegung der Kosten des ersten Berufungsverfahrens zulasten der Beklagten seien diese somit im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton aufzuerlegen (Urk. 85 Rz. 67 ff.).

5.3. Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die obere Instanz in einer Rückweisungsentscheid die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen. Dabei berücksichtigt sie im Rahmen des für die Kostenverteilung grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips (Art. 106 Abs. 1 ZPO) den Prozessausgang in der Sache und nicht denjenigen in jenem Rechtsmittelverfahren, ansonsten die Regelung von Art. 104 Abs. 4 ZPO keinen Sinn machen würde. Bezogen auf jenes Rechtsmittelverfahren wird das Unterliegerprinzip mithin relativiert, indem nicht massgebend ist, welche Partei mit ihren Rechtsmittelanträgen obsiegt hat, sondern welche Partei später mit ihren ursprünglichen Begehren in der Sache obsiegt (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4). Vorliegend unterliegt der Kläger in der Sache. Es ist damit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Kosten des ersten Rechtsmittelverfahrens dem Kläger auferlegt hat. Eine abweichende Verteilung entsprechend Art. 107 ZPO drängt sich vorliegend nicht auf (siehe auch vorstehend Ziffer III./4.3). Insbesondere liegt keine Justizpanne, die eine Kostenaufgabe an den Kanton rechtfertigen würde, vor (siehe Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 13 mit Verweis auf BGer 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2). Dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, vermag für eine solche Kostenaufgabe nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgte (BGer 4A_364/2013 vom 5. März

2014, E. 15.4). Damit bleibt es bei der diesbezüglichen Kostenverlegung der Vorinstanz.

6. Fazit

Zusammengefasst erweisen sich die in der Berufungsschrift erhobenen Rügen als unbegründet. Weitere Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO werden in der Berufungsschrift nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid. Die Berufung ist abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017 ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 3'600.– festzusetzen.

2. Überdies ist der Kläger ausgangsgemäss zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren antragsgemäss eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Deren Höhe ist in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'985.– (inklusive Mehrwertsteuer) festzusetzen.

V.

Da Oberrichterin Dr. M. Schaffitz altershalber ausgeschieden ist, wirkt neu Oberrichterin Dr. S. Janssen in der Gerichtsbesetzung mit.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 23. August 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'985.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 8. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
am