

**ZPO 118, GVG 144, Protokoll über eine Referentenaudienz.** Anders als über die nur informell erfolgversprechende Vergleichsverhandlung muss über die Referentenaudienz ein Protokoll geführt werden, namentlich über Hinweise des Gerichtes im Sinne von § 55 ZPO.

Ein ursprünglich schriftlich dokumentiertes Darlehen war mehrmals verlängert worden. Nach Ablauf der letzten schriftlich bis 9. Dezember 2005 vereinbarten Laufzeit setzte der Darleiher sein Guthaben in Betreibung. Die Parteien stehen im Aberkennungsprozess.

(Aus den Erwägungen des Obergerichtes:)

(3.) Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe ihm Stundung gewährt. Das Bezirksgericht verwirft das Argument, wogegen der Kläger auch in der Berufung darauf beharrt und bemängelt, es sei ihm nicht Gelegenheit gegeben worden, seine Beweismittel zu nennen und die Behauptung zu beweisen. Was das Prozessuale angeht, ist der Einwand begründet.

Zwar hatte der Kläger die Einrede der Stundung ungenügend substantiiert. Er hatte lediglich vorgetragen, er habe mit der Gläubigerin „eine Stundungsvereinbarung abgeschlossen“, und er habe „mehrere Abzahlungsvorschläge unterbreitet (...) Den letzten Abzahlungsvorschlag habe ich (...) unterbreitet um letztendlich sicher zu sein, dass meine Einzelfirma den Betrag bis ca. Juli/August 2006 zahlen können (...) Die Gläubigerin hat sich damit einverstanden erklärt, mit Zwangsmassnahmen bis Juli 2006 zu warten“. Das war zu wenig präzise, als dass sich die Beklagte hätte sinnvoll dazu äussern und dass dazu ein Beweisverfahren hätte durchgeführt werden können (zur Praxis der Kammer zu dieser Frage grundlegend ZR 90/1991 Nr. 3). Dem Bezirksgericht ist auch insofern Recht zu geben, als dass der Standpunkt des Klägers bei erster Würdigung nicht sehr aussichtsreich scheinen konnte. Er schrieb von mehreren Abzahlungsvorschlägen, „die Sie der Anlage hierzu entnehmen können“ - der Klage lagen aber in Kopie vor allem die Verlängerungen des Darlehens bei, der Replik mit dem identischen Wortlaut gar nichts Derartiges. Wenn der Kläger seinen Abzahlungs-

vorschlag vom 8. Dezember 2005 gemeint haben sollte, wäre die Behauptung des Einverständnisses der Darleiherin widerlegt durch deren Widerspruch auf dem nämlichen vom Kläger selbst vorgelegten Dokument. Gleichwohl blieb objektiv unklar, auf welche tatsächlichen Grundlagen sich der Kläger für die Behauptung der Stundung stützen wolle. In dieser Situation hätte das Bezirksgericht dem Kläger durch Befragung oder eine geeignete Fristansetzung Gelegenheit geben müssen, den Punkt zu klären (§ 55 ZPO). Die Allgemeinen Bestimmungen in der Standard-Verfügung zum Hauptverfahren waren dazu nicht genügend. Insbesondere muss das Bezirksgericht daran erinnert werden, dass das Bezeichnen von Beweismitteln im Rahmen der Sachvorträge ausserhalb des einfachen und raschen Verfahrens eine blosser Ordnungsvorschrift darstellt, deren Verletzung allenfalls mit Kostenfolgen sanktioniert werden kann, aber ein Regel-rechtes Beweisverfahren nicht überflüssig macht. In der Referentenaudienz des Bezirksgerichtes hat die Referentin nach dem darüber erstellten Protokoll wohl „Ausführungen zur Sach- und Rechtslage“ gemacht; einen Hinweis im Sinne von § 55 ZPO auf die mangelnde Substanziierung der Stundung sucht man dort freilich vergebens. In dieser Situation fragt sich nur noch, ob das angefochtene Urteil selbst den Hinweis gibt, der den Kläger hätte veranlassen müssen, in der ersten Rechtsschrift der Berufung die nötige Substanziierung nachzubringen (dazu ZR 100/2001 Nr. 27). Das ist nicht der Fall. Das Bezirksgericht hat an jener Stelle seiner Erwägungen zwar ausgeführt, der Kläger habe die Einrede zu wenig spezifiziert resp. sein Vorbringen sei ungenügend. Gleichzeitig vermengt es mit diesen Hinweisen aber den in diesem Zusammenhang unhaltbaren Vorwurf, der Kläger habe keine Beweismittel genannt, und es verwertet sogar schon ein mögliches Gegenbeweismittel der Beklagten (nämlich deren Widerspruch auf die Anfrage des Klägers vom 8. Dezember 2005), ohne dass es überhaupt erst das Beweisthema formuliert hätte. Diese Mängel und Fehler der Argumentation machen den Abschnitt des angefochtenen Urteils unverwertbar, und zwar auch als Hinweis im Sinne von § 55 ZPO. Das Obergericht musste an Stelle des Bezirksgerichtes der Fragepflicht nachkommen, was in einer Referentenaudienz am 29. Oktober 2007 geschah.

Auf den entsprechenden Hinweis erklärte der Kläger, er habe mit einem Vertreter und massgebenden Organ der Beklagten jeweils die Verlängerungen des Darlehens mündlich besprochen, die Sekretärin habe das dann in eine schriftliche Form gebracht. Er habe erwartet, dass sich im Laufe der zweiten Hälfte des Jahres 2005 so ein Gespräch ergebe, es sei aber nicht dazu gekommen. Damit ist keine Vereinbarung über eine Stundung so konkret behauptet, dass darüber Beweis erhoben werden könnte. Die allgemeine Behauptung, die Gläubigerin habe sich bereit erklärt, mit Zwangsmassnahmen zu warten, bleibt zu wenig substantiiert. Der Frage einer Stundung ist daher nicht weiter nachzugehen. (...)

4. Der unterliegende Kläger wird nach allgemeiner Regel kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 und 68 ZPO). Dass das Obergericht eine Referentenaudienz durchführen musste, beruht allerdings auf dem Mangel, dass in der ersten Instanz wohl ebenfalls eine solche Verhandlung durchgeführt, darüber aber kein genügendes Protokoll erstellt wurde. Die Hälfte der Berufungskosten ist daher auf die Staatskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2).

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 6. November 2007  
LB070043