

DER BEIZUG FEHLERHAFTER SOFTWARE UND BERECHNUNGSHILFEN IM RAHMEN DER ANWALTlichen MANDATS- FÜHRUNG (TEIL II)

GABRIELA TSCHÜMPERLIN

Rechtsanwältin, MLaw, Kessler Landolt Giacomini & Partner, Schwyz

PATRICK SUTTER

Rechtsanwalt, Dr. iur., Partner bei Kessler Landolt Giacomini & Partner,
Wollerau

Stichworte: Verwendung von Software und anderen Berechnungshilfen, prozessuale Möglichkeiten der Korrektur von und damit Schadensminderung aufgrund von fehlerhaften Berechnungen durch den Anwalt, Korrektur aussergerichtlicher Vergleiche

Nach der Darstellung der haftungsrechtlichen Problematik von Fehlern im Zivilprozess und in Vergleichsverhandlungen, die auf die Verwendung von Software und anderen Berechnungshilfen durch den Anwalt zurückzuführen sind, in Heft 4/2020 (S. 151 ff.), beleuchtet dieser Beitrag die Möglichkeiten, ob und, wenn ja, wie in den verschiedenen vor-, ausser- und prozessualen Stadien solche Fehler noch zu korrigieren sind, damit der Schaden gemindert oder verhindert werden kann.

I. Ausgangslage

Der anwaltlichen Sorgfaltspflicht folgend muss der Anwalt die Ergebnisse aus der Anwendung von Software und anderer Berechnungshilfen überprüfen, da diese Automatisierungen keine Gewissheit bieten, dass die Ergebnisse korrekt ausfallen. Sind in der Programmierung fehlerhafte Formeln hinterlegt, die z. B. nicht der aktuellen Lehre und Rechtsprechung zur Schadensberechnung oder zur Unterhaltsberechnung entsprechen, so sind die Anträge der Anwältin in Rechtsschriften, die Grundlagen des Anwalts für Vergleichsgespräche oder die Bemessungsgrundlagen im gerichtlichen Urteil unrichtig.

Falls dieser Fehler in der Software, der sich materiell auswirkt, unbemerkt bleibt, bedeutet dies für die Klientenschaft bzw. die Parteien, dass sie eine Klage basierend auf falscher Grundlage erhoben, einem Vergleich auf falschen Annahmen zugestimmt und ein Urteil auf falschen Grundlagen nicht oder nur teilweise weitergezogen haben.

In Teil I dieses Beitrags,¹ der die Ausgangslage bezüglich der Rechtsverhältnisse zwischen Anwalt und Mandantschaft und zwischen Anwalt und Softwareanbieter analysierte, waren insbesondere Fragen des Ersatzes von solchermassen der Mandantschaft entstandenem Scha-

den zu beantworten, wobei der Anwalt wiederum gegenüber dem Softwareanbieter Rückgriff nehmen möchte.

In Teil II bleibt nun noch darauf einzugehen, mit welchen prozessualen Mitteln der Anwalt *nach* Feststellung eines fehlerhaften Ergebnisses, das er zuvor gestützt auf die fehlerhafte Software und andere Berechnungshilfen in einen Prozess eingebracht hatte, reagieren kann, um den Schaden für den Klienten (und damit seine eigene Schadenersatzpflicht diesem gegenüber) abzuwenden. Der Nachweis der Ausschöpfung aller prozessualen Möglichkeiten, um eine falsche Berechnung noch zu korrigieren und den Schaden für den Klienten und damit die eigene Schadenersatzpflicht gegenüber dem Klienten noch abzuwenden, ist ja zudem auch ein wesentliches Element der Schadensminderungspflicht bzw. Schadensverhinderungspflicht des

¹ GABRIELA TSCHÜMPERLIN/PATRICK SUTTER, Der Beizug fehlerhafter Software und Berechnungshilfen im Rahmen der anwaltlichen Mandatsführung (Teil I), Anwaltsrevue 4/2020, S. 151 ff.

Anwalts gegenüber dem Softwareanbieter als potenziell Schadenersatzpflichtigem im Verhältnis zum Anwalt.

Gleichzeitig wird nachstehend darauf eingegangen, welche formellen Konsequenzen damit verbunden sind, dass eine Korrektur auf prozessualen Weg möglich sein kann.

II. Zeitpunkt der Entdeckung des Berechnungsfehlers

1. Nach Rechtshängigkeit (Klageänderung, Klageerweiterung)

Nach Eintritt der Rechtshängigkeit sind Klageänderungen wegen der *Fixationswirkung* nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO bzw. in der Hauptverhandlung unter den Voraussetzungen von Art. 230 ZPO zulässig.² Klageänderung bedeutet eine Änderung des Streitgegenstands, der sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der Rechtsbegehren und des behaupteten Lebenssachverhalts, d. h. des Tatsachensfundaments, auf das sich die Klagebegehren stützen, beurteilt.

Die Entdeckung eines Berechnungsfehlers nach Eintritt der Rechtshängigkeit führt bloss zu einer Erhöhung (oder Reduktion) der eingeklagten Forderung, womit die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ohne Weiteres erfüllt sind.

Die Veränderung der eingeklagten Forderung ist aber relevant für die Frage des Streitwerts und dessen Auswirkungen auf die Verfahrensart sowie die sachliche und funktionelle Zuständigkeit.

Ein *Teilklagerückzug* und eine damit einhergehende Unterschreitung der Streitwertschwelle von Fr. 30 000.– beeinflusst die Verfahrensart nicht.³ Zudem stellt eine Einschränkung bzw. Reduktion eines Rechtsbegehrens keine Klageänderung dar, ist also unabhängig von Art. 317 ZPO jederzeit möglich (mit den entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen).⁴

Die *Erweiterung* einer Forderungsklage mittels Klageänderung auf einen Betrag von über Fr. 30 000.– ist hingegen *unzulässig*, wenn damit ein Wechsel in das ordentliche Verfahren verbunden wäre.⁵ Sofern das vereinfachte Verfahren Anwendung findet, kann der Rechtsanwalt somit allenfalls den Berechnungsfehler nicht mehr korrigieren.

2. Nach Abschluss Schriftenwechsel

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantzieren sind, ergibt sich gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Der *Behauptungs- und Substanziierungslast* ist in den Rechtsschriften nachzukommen. Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist somit nicht an ihnen, die Beilagen danach zu durchforsten und zu prüfen, ob sich

daraus etwas zugunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt.

Gemäss der soeben zitierten Rechtsprechung genügt ein Anwalt der Substanziierungspflicht nicht, wenn er bloss die Unterhalts- bzw. Schadensberechnungstabellen einreicht und in der Rechtsschrift darauf verweist. Der Anwalt hat die Rechtsbegehren zu stellen, die jeweiligen Einkommens-, Bedarfs- und ggf. Schadenspositionen anzugeben, zu begründen und zu belegen. Die Berechnungen sollen jedoch trotzdem als Beilage zum besseren Verständnis eingereicht werden.

Dies ist innerhalb des vorgesehenen doppelten Schriftenwechsels (Art. 225 ZPO) bzw. zu Beginn der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO) zu tun, wobei im summarischen Verfahren kein Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel besteht, die notwendigen Tatsachen und Beweismittel also grundsätzlich mit der ersten Rechtsschrift vorzubringen sind. Ausgenommen ist in allen Fällen das Replikrecht nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels.

Die strengen Regeln des Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO bezüglich Zulässigkeit von *Noven* nach diesem Zeitpunkt gelten für Berechnungsfehler aus den hier interessierenden Gründen. Somit ist insbesondere der Begriff der «zumutbaren Sorgfalt» wesentlich dafür, ob eine neue Tatsache (zur Korrektur fehlerhafter Berechnungen) noch zulässig ist. Hierzu wird auf nachstehende Ziff. 4 verwiesen.

Die Berechnungsmethode stellt übrigens eine Rechtsfrage dar, weshalb das Gericht nach dem Grundsatz *iura novit curia* die Berechnungen selbstständig und unabhängig vornehmen muss (auf der Basis des Tatsachenvortrags und der Beweismittel der Parteien).

3. Nach vergleichsweiser Erledigung

Gerade im Schadenersatzrecht und im Familienrecht, in welchen die Berechnungshilfen in der Anwaltspraxis bisher am weitesten verbreitet sind, sind auch die Vergleiche zwischen Haftpflichtigen und Geschädigten bzw. zwischen den Ehegatten oder Eltern gemeinsamer Kinder sehr weit verbreitet. Deshalb steht insbesondere die Frage im Fokus, wie bei vergleichsweiser Erledigung mit der nachträglichen Entdeckung von Berechnungsfehlern umzugehen ist.

A) Gerichtliche und aussergerichtliche Vergleiche

Der *aussergerichtliche* Vergleich nach Rechtshängigkeit wird ausserhalb einer Gerichtsverhandlung abgeschlossen und dem Gericht auch nicht eingereicht. Dem Gericht wird nur ein Klagerückzug oder eine Klageanerkennung mitgeteilt. Letztere kann ein definitiver Vollstreckungstitel

2 Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, stellt eine Prozessvoraussetzung dar und ist von Amtes wegen zu prüfen.

3 Art. 219 i. V. m. Art. 227 Abs. 1 und 3 ZPO.

4 REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, Art. 317 N 71.

5 Art. 227 Abs. 1 ZPO; MICHAEL FREY, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Diss. Bern 2017, Rz 194.

sein,⁶ Ersterer hingegen beendet bloss die Rechtshängigkeit der Klage⁷. Der aussergerichtliche Vergleich ist ein Vertrag des Privatrechts. Seine Anfechtung wegen Willensmängeln unterliegt deshalb den allgemeinen Regeln von Art. 23 ff. OR.

Der *gerichtliche* Vergleich hingegen wird vor dem Gericht abgeschlossen oder ihm eingereicht. Er ist in jedem Fall ein den Prozess erledigendes Entscheidsurrogat und nach Auffassung des Bundesgerichts⁸ und der h.L.⁹ sowohl ein Institut des Prozessrechts als auch ein Vertrag des Privatrechts. Der gerichtliche Vergleich untersteht also als Vertrag dem OR und als Prozesshandlung der ZPO.¹⁰ Die Anfechtung des gerichtlichen Vergleichs wegen Willensmängeln ist nur bezüglich *Grundlagen* des Vergleichs, aber nicht bezüglich des *Gegenstands* des Vergleichs möglich.¹¹

Bei den Berechnungsfehlern aufgrund von Software und anderen Berechnungshilfen handelt es sich wohl stets um Tatsachen bezüglich Vergleichsinhalte – also um einen *Gegenstand* des Vergleichs. Somit ist eine Anfechtung von Vergleichen aufgrund von festgestellten Berechnungsfehlern *nicht möglich*.

Für den Fall, dass dies ausnahmsweise anders sein sollte, ist noch auf den Rechtsweg einzugehen: Allen (Klageanerkennung, Klagerückzug oder gerichtlicher Vergleich) ist jedenfalls gemeinsam, dass es sich um sogenannte *Entscheidungsurrogate*, also nicht um Endentscheide i. S. v. Art. 236 ZPO handelt. Hiergegen steht kein Rechtsmittel der Berufung oder Beschwerde, sondern *nur die Revision* zur Verfügung (Art. 328 Abs. 1 ZPO): Demnach kann eine Partei beim Gericht, das als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des rechtskräftigen Entscheids verlangen, wenn sie geltend macht, die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der gerichtliche Vergleich seien aufgrund von Willensmängeln unwirksam.¹² Ist der Abschreibungsbeschluss *noch nicht* ergangen, muss das Gericht nach der hier vertretenen Meinung noch im *selben* Verfahren entscheiden, ob die abgegebenen, aber nachträglich bestrittenen Erklärungen den Prozess beenden oder der Prozess wegen Unverbindlichkeit des Vergleichs (i. S. v. Art. 23 OR) weiterzuführen ist.¹³

B) Die Scheidungskonvention im Besonderen

Eine – im vorliegenden Zusammenhang aufgrund der Unterhaltstabellen – wichtige Ausnahme davon, dass gerichtliche Vergleiche auch privatrechtlichen Charakter haben, ist die *Scheidungskonvention*: Dieser familienrechtliche Vertrag *sui generis* wird mit der gerichtlichen Genehmigung zu einem Entscheid (ist also kein Entscheidsurrogat) – denn mit der Genehmigung ist eine gerichtliche Prüfung durch das Gericht verbunden (Art. 279 Abs. 2 ZPO), und die Scheidungskonvention wird zum Bestandteil des Scheidungsurteils und zwingend in das Entscheiddispositiv aufgenommen.¹⁴

Vor der Genehmigung der Scheidungskonvention durch den Richter sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar.¹⁵ Wie aber sieht es nach der gerichtlichen Genehmigung der Scheidungskonvention aus?

Für den Scheidungspunkt (auf gemeinsames Begehren hin) sieht Art. 289 ZPO als einzige mögliche Rüge die Geltendmachung von Willensmängeln, und zwar mittels *Berufung* (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) vor.

Abgesehen von diesem Statusentscheid, mithin also für alle Scheidungsfolgen, gelten die gewöhnlichen Rügen nach Art. 308 ff. ZPO, also der unrichtigen Rechtsanwendung und der unrichtigen Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO). Bezüglich der *freien Parteidisposition* unterliegenden einvernehmlichen Scheidungsfolgen bedeutet dies eine gerichtliche Prüfung, ob ein Willensmangel vorliegt, ob die Vereinbarung gegen zwingendes Recht verstösst oder ob sie offensichtlich unangemessen ist.¹⁶ Allerdings ist auch hier die Unterscheidung relevant, dass für den Irrtum über den *Gegenstand* des gerichtlichen Vergleichs die Berufung auf Willensmängel *nicht* zulässig ist.¹⁷ Somit wird auch hier in der Regel ein Fehler z. B. aufgrund einer Unterhaltsberechnungstabelle im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime *keine* Unverbindlichkeit der Scheidungskonvention bewirken können.

Da in Scheidungsverfahren bezüglich *Kinderbelange* der *uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz* und die *Offizialmaxime* gelten, akzeptierte die herrschende kantonale Rechtsprechung Noven in der Regel uneingeschränkt bis zum Urteil.¹⁸ Das Bundesgericht hat dies inzwischen bestätigt: «Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC

6 KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 241 N 26.

7 Der Klagerückzug verhindert allerdings auch die Wiedereinreichung einer identischen Klage (KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 241 N 35), unter Vorbehalt des Rückzugs gemäss Art. 63 oder 65 ZPO.

8 BGE 132 III 737 E. 1.3 S. 740.

9 BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 290; KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 241 N 27.

10 BGE 110 II 44; vgl. BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 294 m. w. H.

11 KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 241 N 29. So kommen nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nur «Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 52; BGE 117 II 218 E. 4b S. 226; BGE 82 II 371 E. 2 S. 375 f.). Die Berufung auf Grundlagenirrtum kann zudem nur erfolgreich sein, wenn der Anfechtende sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für ihn notwendige Vertragsgrundlage bildete und der nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als gegeben vorausgesetzt werden durfte (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR; BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 165 f.; BGE 123 III 200 E. 2 S. 202; BGE 118 II 58 E. 3b S. 62, BGE 118 II 297 E. 2 S. 299 ff.). Objektiv wesentlich ist danach eine falsche Vorstellung, die notwendigerweise beiden Parteien bewusst oder unbewusst gemeinsam und bei objektiver Betrachtung eine unerlässliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrages gewesen ist (BGE 113 II 25 E. 1 S. 27 mit Hinweis; vgl. auch BGE 118 II 297 E. 2b S. 300).» (BGE 132 III 737 E. 1.3 S. 740 f.).

12 KUKO ZPO-NAEGELI, Art. 241 N 15; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 291.

13 Gl. M. BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 25 (m. w. H. auch auf a. M.).

14 BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, Art. 241 N 27.

15 BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 295.

16 BSK ZPO-BÄHLER, Art. 289 N 3.

17 BGE 117 II 218 E. 4b S. 226; vgl. auch BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 295.

18 BSK ZPO-BÄHLER, Art. 289 N 3a.

ne sont pas réunies.»¹⁹ Dies bedeutet, dass *entdeckte Fehler aufgrund von Mängeln der Programmierung der Unterhaltstabellen* noch bis zum Urteil berücksichtigt werden müssen, sofern sie *Wirkungen auf das Kindeswohl* zeitigen – wobei genau genommen wiederum nur dann, wenn sich die Korrektur des Fehlers *zugunsten der Kinder* auswirkt, nicht aber, wenn der Fehler dem Parteivertreter der unterhaltspflichtigen Person zu deren Ungunsten passiert ist. Letztere wäre allenfalls auf eine Abänderungsklage zu verweisen, für die sich bei genauerer Betrachtung die Verhältnisse aber eben nicht verändert haben, sondern der frühere Berechnungsfehler im ersten Verfahren Grundlage für eine überhöhte Unterhaltspflicht ist.

C) Korrektur und Berichtigung von Berechnungsfehlern
Berechnungsfehler im Sinne von Art. 24 Abs. 3 OR sind überall dort, wo sich die Berufung auf Grundlagenirrtum nach dem OR richtet, zu korrigieren, hindern aber die Verbindlichkeit des Vergleichs nicht. Diese Korrektur von Berechnungsfehlern ist aber nur dort angezeigt, wo es sich um *offene Rechnungsfehler* handelt, also in dem Fall, in welchem die Berechnungsgrundlage fehlerfrei in die Vertragserklärung einbezogen wurde und damit das Rechnungsergebnis überprüfbar ist – denn nur dann ist die Kalkulationsbasis auch Teil des Vertragskonsenses und ein Rechnungsfehler auf dieser Basis gestützt auf Art. 24 Abs. 3 OR zu berichtigen.²⁰

Die Korrektur von Berechnungsfehlern nach ZPO ergeht dagegen entweder mittels Rechtsmittel (nachfolgend Ziff. 4) oder mittels des Rechtsbehelfs der Berichtigung (Art. 334 ZPO). Letzterer ermöglicht aber nur, Fehler des Gerichts zu korrigieren – nicht des Anwalts.

4. Nach dem Urteil erster Instanz

Im *Berufungsverfahren* können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch Berücksichtigung finden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und *trotz zumutbarer Sorgfalt* nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Es ist ja gerade das Wesen unechter Noven, dass sie sich eigentlich vor dem erstinstanzlichen Urteil verwirklicht haben, es aber Gründe gibt (wie Unsorgfalt, Ungenauigkeit u. a.), warum sie in erster Instanz nicht vorgetragen wurden.²¹ Für die Beurteilung der Sorgfalt ist zu fragen, ob eine Partei, die das vorinstanzliche Verfahren *umsichtig und versiert geführt hat*, die Tatsache oder das Beweismittel schon vor erster Instanz hätte erkennen und in den Prozess einbringen müssen, wenn sie den Prozessstoff und ihr eigenes Umfeld kritisch überblickt.²² Das *massgebliche Kriterium* für die Zulässigkeit von Noven liegt in jedem Fall in der *Entschuldbarkeit der Verspätung*.²³ Diese ist anzunehmen, wenn für die betroffene Partei ein gangbarer Weg fehlte, die fraglichen Tatsachen und/oder Beweismittel aufzufinden und in den Prozess einzubringen. Die erforderliche Sorgfalt bestimmt sich dabei nach einem *objektiven Massstab*.²⁴ Die Anforderungen sind gemäss einzelner Materialien oder Lehrmeinungen streng, da das Hauptverfahren in erster Linie der Beweisabnahme dient.²⁵ Andere Stimmen in der Lehre

vertreten die Auffassung, dass im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung kein allzu strenger Massstab an die zumutbare Sorgfalt zu stellen ist.²⁶

Es ist auf die Ausführungen in Teil I dieses Beitrags im Vorheft zurückzukommen, wonach die Sorgfalt des Anwalts gewisse Plausibilisierungen und in diesem Umfang eigenständige Berechnungen voraussetzt, wenn er sich der Software und anderer Berechnungshilfen bedient.²⁷ Hat er diese Bemühungen angestellt und ist der Fehler dennoch aufgetreten, dürfte eine zulässige neue Tatsache bzw. zulässige neue Beweismittel vorliegen.

In der Regel wird es bei Berechnungsfehlern aber mindestens so sehr wie um die Noventhematik um eine *Klageänderung* gehen. Hierzu sind zwei Vorbemerkungen zu machen: (a) Sofern ein Kläger durch den erstinstanzlichen Entscheid nicht beschwert ist, weil er vollumfänglich obsiegt hat, aber durch einen Berechnungsfehler zu wenig eingeklagt hat, ist eine *Klageänderung* im Berufungsverfahren ausgeschlossen.²⁸ (b) Zudem können die Berufungsanträge im weiteren Fortgang (mangels Anfechtung und damit eingetretener Rechtskraft in diesem Umfang) auch nicht mehr durch *Klageänderung* erhöht werden;²⁹ spricht: wenn der Berechnungsfehler gar erst nach der Einreichung der Berufungsschrift entdeckt wird, dann kann dies im Rahmen der Berufung nicht mehr durch *Klageänderung* korrigiert werden.

Die *Klageänderung* nach Art. 317 Abs. 2 ZPO im Berufungsverfahren setzt einerseits die Erfüllung der Voraussetzungen der *Klageänderung* im erstinstanzlichen Verfahren (Art. 227 Abs. 1 ZPO) voraus; andererseits müssen neue Tatsachen oder neue Beweise Anlass dafür sein – was wiederum voraussetzt, dass diese nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO überhaupt noch im Berufungsverfahren vorgebracht werden können. Es kann also auf das vorstehend dazu Ausgeführte verwiesen werden.

Bezüglich der Nichtgeltung von Art. 317 ZPO im Anwendungsbereich des *uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes* und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Kinderbelangen kann auf vorstehende Ziff. 3 verwiesen werden. Im Anwendungsbereich der *sozialen Untersuchungsmaxime* hingegen gilt das Novenrecht nach Art. 317 ZPO;³⁰ allerdings ist die Rechtsprechung, bis

¹⁹ 144 III 349 E. 4.2.1 S. 352.

²⁰ Zum Ganzen BK OR-SCHMIDLIN, Art. 23/24 N 435 ff., m. w. H.

²¹ Vgl. etwa BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 5; BK ZPO-STERCHI, Art. 317 N 5.

²² REETZ/HILBER: in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Aufl., Art. 317 N 62.

²³ ERIC PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Art. 229 N 12.

²⁴ PAHUD (Fn. 23), N 14; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 229 N 32.

²⁵ Botschaft ZPO, BBl 2006 7340 f.; BK ZPO-KILLIAS, Art. 229 N 10.

²⁶ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 7.

²⁷ Vgl. TSCHÜMPERLIN/SUTTER (Fn. 1), S. 151 f. und 154.

²⁸ BK ZPO-STERCHI, Art. 317 N 14.

²⁹ BK ZPO-STERCHI, Art. 317 N 15.

³⁰ BGE 144 III 349, E. 4.2.1 S. 352.

wann diese Noven noch eingebracht werden dürfen, sehr uneinheitlich.³¹

Im *Beschwerdeverfahren* sind solche neuen Tatsachen und Beweismittel ausgeschlossen; im vorliegenden Zusammenhang anwendbare gesetzliche Ausnahmen von dieser Regeln (Art. 326 Abs. 2 ZPO) sind nicht ersichtlich. Das *Novenverbot ist umfassend*, das heisst, es gilt für echte und unechte Noven und *ebenfalls* für diejenigen Fälle, in denen die *Untersuchungsmaxime* gilt.³²

5. Vor Bundesgericht

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen im Verfahren vor Bundesgericht nur insoweit vorgebracht werden, als dass erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.³³ Diese unechten Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die im vorangegangenen Verfahren – obwohl sie bereits vorhanden waren – nicht vorgebracht und auch von den Vorinstanzen nicht festgestellt worden sind. Unzulässig sind hingegen neue Tatsachen, die bereits der Vorinstanz hätten vorgelegt werden können.³⁴

6. Nach Eintritt der Rechtskraft

Eine Partei kann beim Gericht, das als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des rechtskräftigen Entscheides verlangen, wenn sie nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel findet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte; ausgeschlossen sind Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind.³⁵

Die Revision zielt darauf ab, die mangelhafte Sachverhaltsgrundlage des Entscheides zu korrigieren. Sowohl neue Tatsachen und als auch neue Beweismittel können jedoch nur geltend gemacht werden, wenn der Revisionskläger sie *trotz der gebotenen Sorgfalt im früheren Verfahren nicht beibringen konnte*. Das Revisionsverfahren dient nicht dazu, die Folgen einer unsorgfältigen Prozessführung nach Prozessabschluss noch zu korrigieren.³⁶ Ein Revisionsgrund liegt folglich nur bei unechten Noven vor.

Zwar ist in Fällen, in welchen die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommt, wohl ein strengerer Massstab an die prozessuale Sorgfaltspflicht anzulegen, als wenn die Untersuchungsmaxime gilt. Missachtet der Revisionskläger die Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten in vorwerfbarer Weise, wird ihm das Gericht die Revision jedoch in aller Regel nicht bewilligen.³⁷

Zwar kann dem Gericht bei der Anwendung von Unterhaltsberechnungstabellen bei Kinderbelangen eine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorgeworfen werden. Doch wäre dieser Mangel mit Erhebung eines ordentlichen Rechtsmittels zu rügen gewesen und ändert nichts am Ergebnis, das der Revisionskläger bei Anwendung gehöriger Sorgfalt bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens hätte in Erfahrung bringen können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gerichte den Revisionsgrund gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO zur Korrektur von Berechnungsfehlern in der Regel verneinen werden.

Sollte bezüglich einer neuen Tatsache *weder die Berufung noch die Revision* zulässig sein, wäre eine neue Klage zu erheben.³⁸ Dies dürfte aber bei auf Berechnungsfehlern beruhenden Nachklagen aufgrund der *res iudicata*-Problematik nie der Fall sein.

III. Schluss

Die Korrektur von Berechnungsfehlern, die aufgrund von mangelhafter Programmierung von Software und anderen Berechnungshilfen einmal in einen rechtshängigen Prozess eingebracht worden sind, erweist sich als sehr anspruchsvoll und je nach Konstellation als gar nicht oder in sehr unterschiedlichem Umfang möglich. Auch hier gilt aber, dass mit einem geeigneten Spiel auf der Klaviatur des Prozessrechts die Chancen erhöht werden können, einen Schaden noch abzuwenden oder wenigstens zu mindern.

³¹ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 8.

³² FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Aufl., Art. 326 N 3 ff.; STAUBER, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, Basel 2013, Art. 326, N 3–5 und 12; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2017, N 381; BGer 5A_405/2011 vom 27. 9. 2011, E. 4.5.3.

³³ Art. 99 Abs. 1 BGG.

³⁴ BGE 136 III 123 E. 4.4.3 S. 129; BGE 138 II 169 E. 3.2 S. 171.

³⁵ Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO.

³⁶ BK-STERCHI, Art. 328 ZPO N 10 ff.; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 3. Aufl., Art. 328 N 13.

³⁷ BK-STERCHI, Art. 328 ZPO N 14.

³⁸ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 21.