

Dora Valenta | Mery Canella

# Die Wiedererwägung im Zivilprozess



## INHALTSÜBERSICHT

- I. Ein Beispiel aus der Praxis
- II. Dogmatische Grundlagen der Wiedererwägung im Zivilprozess
  - A. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Wiedererwägung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege
  - B. Die Wiedererwägung in der ZPO
  - C. Zwischenfazit
- III. Die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung
  - A. Wiedererwägungsobjekt: Prozessleitende Verfügung
  - B. Wiedererwägungsgründe
  - C. Verhältnismässigkeit
  - D. Fristen
  - E. Verhältnis zur ZPO-Beschwerde
- IV. Fazit

## I. Ein Beispiel aus der Praxis

In einem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht ersuchte die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 62 Abs. 2 BGG um Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung durch den Beschwerdeführer. Das Gericht gab dem Kautionsantrag statt und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur Sicherheitsleistung an. Nachdem dieser die Kauti- on innert Frist nicht erbracht hatte, setzte ihm das Gericht eine Nachfrist an unter explizitem Hinweis, dass bei Nicht- leistung ein Nichteintretensentscheid gefällt werde (Art. 62 Abs. 3 BGG). Der Beschwerdeführer stellte in der Folge ge- stützt auf vermeintliche Noven ein Wiedererwägungsgesuch, womit er beantragte, der Kautionsentscheid sei auf- zuheben.

Das Gericht nahm dem Beschwerdeführer die Nach- frist zur Leistung der Kauti- on vorerst nicht ab. In Bezug auf das Wiedererwägungsgesuch verfügte es die Einreichung weiterer Belege.

Der Beschwerdeführer reichte am letzten Tag der Nachfrist die geforderten Belege ein, ohne jedoch die Si- cherheitsleistung zu erbringen. In den Augen der Beschwer- degegnerin eine Unsorgfalt, würde doch das Gericht nun die angedrohte Rechtsfolge von Art. 62 Abs. 3 BGG umset- zen, d.h. einen Nichteintretensentscheid fällen. Zum Er- staunen der Beschwerdegegnerin nahm das Gericht jedoch dem Beschwerdeführer rückwirkend die Nachfrist zur Si- cherheitsleistung ab und forderte die Beschwerdegegnerin auf, sich zum Wiedererwägungsgesuch zu äussern. Nach erfolgter Stellungnahme lehnte das Gericht das Wiederer- wägungsgesuch ab und setzte dem Beschwerdeführer eine zweite Nachfrist zur Leistung der Kauti- on an.

Das Bundesgericht kam also auf seine prozessleiten- de Verfügung betreffend (erste) Nachfrist zurück und nahm diese dem Beschwerdeführer rückwirkend ab; es zog sie in Wiedererwägung.

Aus Sicht der Beschwerdegegnerin schaffte es der Be- schwerdeführer, das Verfahren betreffend Sicherheitslei- stung durch Einleitung eines Wiedererwägungsverfahrens

**Dora Valenta**, MLaw, Rechtsanwältin, Pestalozzi  
Rechtsanwälte AG.

**Mery Canella**, MLaw, Rechtsanwältin, Pestalozzi  
Rechtsanwälte AG.

zu torpedieren. Insbesondere setzte das Gericht nicht die Rechtsfolge um, die das Nichtleisten einer Sicherheitsleistung innert (erster und eigentlich letztmaliger) Nachfrist von Gesetzes wegen hätte: Nichteintreten.<sup>1</sup>

Dieses Praxisbeispiel gibt Anlass, sich in der vorliegenden Publikation mit dem Institut der Wiedererwägung unter der Herrschaft der ZPO auseinanderzusetzen.<sup>2</sup>

Ist die Wiedererwägung überhaupt anerkannt im Zivilprozessrecht? Ist sie in der ZPO kodifiziert? Was sind die Grundlagen? Welche Entscheide können wiedererwogen werden und unter welchen Voraussetzungen? Scheinbar einfache Fragen.

Diese Publikation bespricht die dogmatische Herleitung der Wiedererwägung im Zivilprozess (II.) und bietet eine Prüfliste der Voraussetzungen der Wiedererwägung spezifisch von prozessleitenden Verfügungen der ZPO (III.). Die Folgerungen sind im letzten Kapitel festgehalten (IV.).

## II. Dogmatische Grundlagen der Wiedererwägung im Zivilprozess

In der Rechtsprechung, die kurz nach Inkrafttreten der Eidgenössischen ZPO ergangen ist, bestand Zweifel darüber, ob die Wiedererwägung «*der ZPO fremd sei*»<sup>3</sup> bzw. «*unter der Herrschaft der ZPO zulässig ist*».<sup>4</sup>

Was es nicht einfacher macht, die Wiedererwägung als zulässiges Instrument der ZPO zu bezeichnen, ist die Tatsache, dass weder der Begriff der Wiedererwägung noch generelle Prinzipien dazu in der ZPO zu finden sind.<sup>5</sup>

Das Bundesgericht äussert sich zu den dogmatischen Grundlagen der Wiedererwägung vor allem im Zusammenhang mit Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege (II.A.). Eine Analyse der ZPO zeigt weiter, dass die Wiedererwägung punktuell kodifiziert ist und damit allgemeine Geltung hat (II.B.).

### A. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Wiedererwägung im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege

Das Bundesgericht äussert sich zur Wiedererwägung vor allem in seiner Rechtsprechung zu Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege. Diese Rechtsprechung wird zunächst untersucht (II.A.1.) und die daraus gezogenen Schlüsse werden festgehalten (II.A.2.).

#### 1. Entscheide zur unentgeltlichen Rechtspflege

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht die Möglichkeit, einen die unentgeltliche Rechtspflege abweisenden Entscheid mittels Wiedererwägungsgesuch von derselben Instanz überprüfen zu lassen.<sup>6</sup> Das Bundesgericht anerkennt demnach das Institut der Wiedererwägung bei Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich.

Ein «*Anspruch auf Wiedererwägung*» besteht nach Bundesgericht jedoch nur, wenn der Gesuchsteller «*[...] erhebliche Tatsachen oder Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand*».<sup>7</sup> In rechtliche Begrifflichkeit gepackt, bedeutet dies, dass der Gesuchsteller unechte Noven vorbringen muss.

Den Anspruch auf Wiedererwägung bejaht das Bundesgericht aufgrund des «*unbedingten verfassungsmässigen Anspruchs auf Revision*» bei Vorliegen von unechten Noven.<sup>8</sup> Dies mag auf den ersten Blick nicht sonderlich bemerkenswert erscheinen. Es ist aber auf den zweiten Blick interessant, wie das Bundesgericht vom Anspruch auf Revision auf den Anspruch auf Wiedererwägung im Zivilverfahren schliesst.

Originär wurde der «*unbedingte verfassungsmässige Anspruch auf Revision*» im Verwaltungsverfahren entwickelt. Gemäss diesem Grundsatz ist eine Verwal-

<sup>1</sup> Vgl. Art. 62 Abs. 3 BGG; BSK BGG-GEISER, Art. 62 N 35, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN), gemäss dem eine zweite Nachfrist «*nicht zulässig*» ist; GRÉGORIE BOVEY, in: Florence Aubry Girardin/Yves Donzallaz/Christian Denys/Grégory Bovey/Jean-Maurice Frésard, Commentaire de la LTF, 3. A., Bern 2022, Art. 62 N 7, der die Nachfrist als «*ultime délai*» bezeichnet; vgl. BGer, 2C\_1114/2013, E. 2; 8C\_844/2013, E. 1; 2C\_399/2013; 2C\_305/2014; 6B\_1210/2014, E. 1; 6B\_394/2012, E. 1.

<sup>2</sup> Art. 101 Abs. 3 ZPO und Art. 62 Abs. 3 BGG entsprechen einander weitgehend. So verweist die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO 2006), 7295 betreffend Länge der Nachfrist auf die Bestimmung im BGG; vgl. auch ADRIAN URWYLER/MYRIAM GRÜTTER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016 (zit. DIKE-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 101 ZPO N 5; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, Art. 101 N 2 ff., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

<sup>3</sup> BGer, 5D\_112/2015, E. 4.2 mit Verweis auf den Entscheid der Vorinstanz.

<sup>4</sup> BGer, 5A\_655/2013, E. 2.2.

<sup>5</sup> CAROLE MULLER, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen, Zürich 2015, 33; PETER REETZ, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, in: Sutter-Somm et al.), Vor Art. 308–318 ZPO/O.–DD., N 57; OLIVER M. KUNZ, in:

Oliver M. Kunz/Urs H. Hoffmann-Nowotny/Demian Stauber (Hrsg.), ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde: Kommentar zu den Art. 308–327a ZPO, Basel 2013 (zit. ZPO-Rechtsmittel Kommentar-KUNZ), Vor Art. 308 ff. N 115; JAKOB STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2019 (= ZPR 31), N 748.

<sup>6</sup> BGer, 4A\_375/2020, E. 3.1; 5D\_112/2015, E. 4.4.2; 5A\_299/2015, E. 3.2; 5A\_430/2010, E. 2.4.

<sup>7</sup> BGer, 4A\_375/2020, E. 3.1; 5D\_112/2015, E. 4.4.2; 5A\_299/2015, E. 3.2.

<sup>8</sup> Vgl. FN 7.

tungsbehörde von Verfassungs wegen verpflichtet, auf einen rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen, wenn ein klassischer Revisionsgrund vorliegt, mithin bei Vorliegen unechter Noven.<sup>9</sup> Begründet wird dies wiederum damit, dass es die materielle Wahrheitsfindung im Prozessrecht gebietet, auf einen materiell und formell rechtskräftigen Entscheid zurückzukommen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass dieser auf einer falschen tatsächlichen Grundlage getroffen wurde. Dieser Anspruch wurde aus

**Eine Analyse der ZPO zeigt, dass die Wiedererwägung punktuell kodifiziert ist und damit allgemeine Geltung hat.**

Art. 4 aBV<sup>10</sup> (Rechtsgleichheit) abgeleitet und behielt unter Art. 29 Abs. 1 und 2 BV seine Gültigkeit.

In BGE 127 I 133 erklärte das Bundesgericht diese Rechtsprechung erstmals für das Strafprozessrecht anwendbar. Um es in den Worten des Bundesgerichts auszudrücken, stellt die materielle Wahrheitsfindung *«eine grundlegende, grundsätzlich in allen Prozessverfahren in gleicher Weise Geltung beanspruchende Verfahrensgarantie dar»*.<sup>11</sup>

Schliesslich – unter Berufung auf dieses strafprozessrechtliche Urteil betreffend den Anspruch auf *Revision* im Strafprozessrecht – wendet das Bundesgericht mit BGer 5A\_299/2015 den Anspruch auf *Wiedererwägung* erstmals auch unter der Herrschaft der Eidgenössischen ZPO an – ohne weitere dogmatische Begründung.<sup>12</sup>

Das Vorgehen des Bundesgerichts ist bemerkenswert, weil die rechtliche Konzeption der drei Verfahrensordnungen (Verwaltungs-, Straf- und Zivilverfahrensrecht) sowie der Institute der Revision und Wiedererwägung verschieden sind.

Der Anspruch auf Wiedererwägung im Zivilverfahren wurde im Rahmen der Rechtsprechung zur Revision als ausserordentliches Rechtsmittel entwickelt. Die Revision ist bekanntlich für Entscheide konzipiert, die formell und materiell rechtskräftig sind. Die Anfechtung eines *«Entscheid[s] über die Gewährung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege als prozessleitender Entscheid»*, der *«nur formell, jedoch nicht materiell in Rechtskraft erwächst»*,<sup>13</sup> ist mittels Revision aber nicht zulässig.<sup>14</sup> Das Bundesgericht nimmt nun aber in BGer 5A\_299/2015 den *«unbedingten verfassungsmässigen Anspruch auf Revision»* und

münzt ihn in einen *«Anspruch auf Wiedererwägung»* um.<sup>15</sup> Damit schafft es einen (neuen) Anspruch auf Überprüfung von prozessleitenden Verfügungen, der sich ebenso aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ableitet. Das Bundesgericht anerkennt demnach das Institut der Wiedererwägung bei Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. prozessleitenden Verfügungen an, sofern unechte Noven vorliegen.

Falls keine unechte Noven vorliegen, besteht *kein* Anspruch auf Wiedererwägung, sondern liegt es im Ermessen des Gerichts, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten.<sup>16</sup>

Von der Wiedererwägung zu unterscheiden ist sodann ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im selben Zivilverfahren. Ein solches ist möglich bei Geltendmachung echter Noven.<sup>17</sup> Die Zulässigkeit begründet das Bundesgericht mit der mangelnden materiellen Rechtskraft von prozessleitenden Verfügungen, wozu auch Entscheide der unentgeltlichen Rechtspflege gehören.<sup>18</sup>

## 2. Folgerungen

Aus dem obigen Kapitel ergeben sich drei Folgerungen für die Wiedererwägung, deren Voraussetzungen und die Anwendung auf andere prozessleitenden Verfügungen nach der ZPO.

Die Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen kann als Pendant zur Revision von materiell rechtskräftigen Entscheiden verstanden werden. Das Bundesgericht übernimmt den Gehalt des Revisionsanspruchs für das Institut der Wiedererwägung und ermöglicht damit den verfassungsmässigen Anspruch auf Überprüfung von Entscheiden für prozessleitende Verfügungen im Zivilverfahrensrecht.

Dabei sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unechte Noven begriffsnotwendig für den Anspruch auf Wiedererwägung und stellen somit eine Voraussetzung dar.

Schliesslich liegt gemäss Bundesgericht bei Geltendmachung von echten Noven im Rahmen des Verfahrens um unentgeltliche Rechtspflege kein Wiedererwägungsgesuch vor, sondern ein neues Gesuch. Damit sagt das Bundesgericht auch, dass echte Noven eben gerade nicht unter den Begriff der Wiedererwägung fallen.

## B. Die Wiedererwägung in der ZPO

In der Rechtsprechung und Lehre ist die Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen nach Art. 124 Abs. 1 ZPO (II.B.1.) sowie von Entscheiden der freiwilligen Gerichtsbarkeit (II.B.2.) anerkannt. Die Natur und die (teilweise) explizit vorgesehene Abänderbarkeit der verschiedenen prozess-

<sup>9</sup> BGE 127 I 133 E. 6.

<sup>10</sup> BGE 127 I 133 E. 6; vgl. auch BGE 109 Ia 103 E. 2.

<sup>11</sup> BGE 127 I 133 E. 6.

<sup>12</sup> BGer, 5A\_299/2015, E. 3.2.

<sup>13</sup> BGer, 5D\_112/2015, E. 4.4; 5A\_299/2015, E. 3.2.

<sup>14</sup> STEINER (FN 5), N 752; OGer ZH, PD190013, 27.8.2019, E. 4.3.

<sup>15</sup> BGer, 5A\_299/2015, E. 3.2.

<sup>16</sup> Vgl. STEINER (FN 5), N 755.

<sup>17</sup> Vgl. FN 6.

<sup>18</sup> Vgl. FN 6.

leitenden Verfügungen und der gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit sprechen zudem für die allgemeine Geltung der Abänderbarkeit von prozessleitenden Verfügungen in der ZPO.

## 1. Prozessleitende Verfügungen

Die Wiedererwägung wird in der Lehre insbesondere im Zusammenhang mit prozessleitenden Verfügungen im Rahmen der Verfahrensleitung des Gerichts diskutiert. Die «prozessleitende Verfügung» wird unter dem Kapitel «Prozessleitung» in Art. 124 Abs. 1 ZPO erwähnt, der für alle Verfahren und Verfahrensarten die formelle Verfahrensleitung regelt.<sup>19</sup> Diese liegt beim Gericht.

Es ist in der Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass prozessleitende Verfügungen grundsätzlich wiedererwogen werden können,<sup>20</sup> z.B. bei Sicherheitsleistungen für die Parteientschädigung.<sup>21</sup> Für verschiedene prozessleitende Verfügungen wird die Möglichkeit der Abänderbarkeit sodann explizit im Gesetz vorgesehen, z.B. Art. 154 Satz 3 ZPO betreffend die Beweisverfügung (vgl. III.A. für weitere explizit wiedererwägungsfähige prozessleitende Verfügungen).<sup>22</sup>

Die Möglichkeit der Wiedererwägung prozessleitender Verfügungen macht Sinn, erwachsen diese ja nicht in materielle Rechtskraft.<sup>23</sup> Eine weitere Besonderheit, die die Wiedererwägung gebietet, ist die Verpflichtung des Gerichts, den Prozess effizient, flexibel und ordnungsgemäss zu leiten.<sup>24</sup> Das Gericht nimmt dabei die Rolle des Prozessmanagers ein und bedient sich hierfür der prozessleitenden Verfügungen.<sup>25</sup>

Die Besonderheit eines effizienten Prozesses erfordert die Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen nach Art. 124 ZPO über den Anspruch, wie er bei Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelt wurde (II.A.1.), hinaus. Im Unterschied zur unentgeltlichen Rechtspflege sind prozessleitende Verfügungen u.E. auch ohne Vorliegen von Noven abänderbar, und zwar infolge des pflichtgemässen Ermessens des Gerichts im Interesse einer sachgerechten Verfahrensleitung.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege, wonach das Vorbringen echter Noven kein Wiedererwägungsgesuch, sondern ein neues Gesuch darstellt (II.A.1.),<sup>26</sup> kann u.E. nicht allgemein für alle prozessleitenden Verfügungen gelten. So wird im Falle eines gutgeheissenen Kautionsantrags die Gesuchsgegnerin bei Vorliegen echter Noven (z.B. Wohnsitzwechsel) kein neues Gesuch einreichen, sondern um eine Wiedererwägung bzw. Herabsetzung oder Aufhebung der Kautionsantrag ersuchen.<sup>27</sup> Nur die Gesuchstellerin kann in diesem Szenario ein neues Gesuch gestützt auf echte Noven stellen, insbesondere nach Ablehnung ihres ersten Gesuchs.<sup>28</sup> Eine Abänderung einer prozessleitenden Verfügung ist deshalb u.E. je nach Fallkonstellation bzw. Parteirollenverteilung sowohl aufgrund unechter sowie echter Noven möglich.

## 2. Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Ein weiteres Beispiel der Wiedererwägung im Zivilprozessrecht findet sich im Bereich der gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>29</sup> In Art. 254 Abs. 2 ZPO ist die Wiedererwägung ausdrücklich festgehalten: Erweist sich eine Anordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Nachhinein als unrichtig, so kann sie von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben oder abgeändert werden, es sei denn, das Gesetz oder die Rechtssicherheit stünden dem entgegen.

Die explizite Kodifizierung der Wiedererwägung in Art. 254 Abs. 2 ZPO spricht für die allgemeine Geltung des Instituts der Wiedererwägung in der ZPO. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Schnittstellen zum Verwaltungsrecht aufweist, die besonders sind.<sup>30</sup> Deshalb kann die Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen nicht einfach gleichgesetzt werden mit der Wiedererwägung von Entscheiden der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Sodann steht bei Entscheiden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht die Beurteilung einer kontradiktorischen Streitigkeit, sondern die Rechtsfürsorge, d.h. die behördliche

19 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7223 und 7245; statt vieler: BSK ZPO-GSCHWEND (FN 2), Art. 124 N 1.

20 MULLER (FN 5), 34 m.w.H.; STEINER (FN 5), N 749 m.w.H.; vgl. für Rechtsprechung unten III.A. (FN 41 ff.).

21 Vgl. FN 46.

22 Vgl. MULLER (FN 5), 33; STEINER (FN 5), N 748.

23 BSK ZPO-HERZOG (FN 2), Art. 328 N 33; REETZ, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Vor Art. 308–318 ZPO/O.-DD., N 57; BGer, 5A\_299/2015, E. 3.2; 5A\_430/2010, E. 2.4; FN 6.

24 OGer ZH, PS160245-O/U, 24.1.2017, E. 3.4; MULLER (FN 5), 35.

25 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7305; statt vieler: ROGER WEBER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-BEARBEITER/IN), Art. 124 N 3.

26 Vgl. FN 6.

27 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7294; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 2), Art. 100 N 3; THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021 (zit. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER), Art. 100 N 11; DIKE-Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 2), Art. 100 ZPO N 5; SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 100 ZPO N 17.

28 Vgl. KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN (FN 25), Art. 100 N 11; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 100 N 8; SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 100 ZPO N 15.

29 MULLER (FN 5), 33; STEINER (FN 5), N 748.

30 Vgl. BSK ZPO-MAZAN (FN 2), Art. 256 N 9; KLINGLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 256 ZPO N 7; BSK ZGB II-KLEY, Art. 54 SchlT N 3 und 8 ff., in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, 7. A., Basel 2023.

Mitwirkung bei der Begründung, Erhaltung, Änderung oder Aufhebung privater Rechte, im Vordergrund, woraus sich ein praktisches Bedürfnis nach erleichterter Korrekturmöglichkeit ergibt (z.B. Korrektur eines fehlerhaften Erbscheins).<sup>31</sup>

In seiner Rechtsprechung hält das Bundesgericht denn auch fest, dass Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit «*analog zu den Verfügungen des Verwaltungsrechts*» berichtigt bzw. wiedererwogen werden können.<sup>32</sup>

Nennenswert ist, dass Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch mit den ordentlichen Rechtsmitteln Berufung<sup>33</sup> und Beschwerde<sup>34</sup> angefochten werden können. Weil Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit jedoch jederzeit weitgehend abänderbar sind bzw. materiell generell nicht rechtskräftig werden,<sup>35</sup> ist die Revision unzulässig.<sup>36</sup>

### Die Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen kann als Pendant zur Revision von materiell rechtskräftigen Entscheiden verstanden werden.

Bei laufender Rechtsmittelfrist steht alternativ sowohl das ordentliche Rechtsmittel als auch die Wiedererwägung offen. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist nur noch, aber immerhin die Wiedererwägung möglich.<sup>37</sup>

Gemäss Bundesgericht kann die Wiedererwägung also alternativ vor Ablauf der Rechtsmittelfrist (ursprüngliche Unrichtigkeit) oder nach deren Ablauf (nachträgliche Unrichtigkeit) ersucht werden.<sup>38</sup> Unrichtig ist ein Entscheid somit dann, wenn im Nachhinein Noven geltend gemacht werden können; unrichtig ist er aber auch bei falscher Rechtsanwendung.<sup>39</sup> Damit kann ein Entscheid der freiwilligen

Gerichtsbarkeit auch ohne zulässige Noven wiedererwogen werden.

Für prozessleitende Verfügungen gilt dies indes nicht. Wird die Fehlerhaftigkeit prozessleitender Verfügungen nicht auf zulässige Noven, sondern auf andere Gründe (z.B. fehlerhafte Rechtsanwendung) gestützt, steht die Wiedererwägung nicht zur Verfügung und ist die Unrichtigkeit mit Beschwerde oder zusammen mit dem Endentscheid geltend zu machen (III.E.).

### C. Zwischenfazit

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege zeigt, dass die Wiedererwägung im Zivilprozessrecht anerkannt ist, ein Anspruch darauf besteht bei Vorliegen unechter Noven und dieses Institut aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf Revision hergeleitet wird. Die weitere Analyse der Rechtsprechung und Lehre zur Wiedererwägung zeigt auch, dass die Wiedererwägung aus den gleichen Überlegungen wie bei Entscheiden der unentgeltlichen Rechtspflege für andere prozessleitende Verfügungen Geltung beansprucht. Auch Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit können wiedererwogen werden, wobei hier Besonderheiten zu beachten sind. Zurückkommend auf die eingangs gestellte Frage, ob die Wiedererwägung ein unter der Herrschaft der ZPO anerkanntes Institut ist, hat die Analyse ergeben, dass dieses Instrument von Gerichten angewandt wird und damit faktisch ein anerkanntes Instrument der ZPO ist, welches in der ZPO selbst punktuell normiert und damit u.E. generell für prozessleitende Verfügungen gelten muss. Daher kommen wir zum Schluss, dass die Wiedererwägung der ZPO gerade «nicht fremd» ist.<sup>40</sup>

## III. Die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung

Dieses Kapitel dient als Checkliste für die Prüfung der Voraussetzungen der Wiedererwägung von prozessleitenden Verfügungen der ZPO und gibt praktizierenden Anwältinnen eine Orientierung, wann ein Wiedererwägungsgesuch mit Aussicht auf Erfolg gestellt werden kann. Die Voraussetzungen sind unterteilt in das Wiedererwägungsobjekt (III.A.), die Wiedererwägungsgründe (III.B.), Verhältnismässigkeit (III.C.) und zu beachtende Fristen (III.D.). Schliesslich wird das Verhältnis der Wiedererwägung zur ZPO-Beschwerde behandelt (III.E.).

31 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7258 und 7351; BSK ZPO-VOCK/NATER (FN 2), Art. 1 N 6; BSK ZPO-MAZAN (FN 2), Art. 256 N 9; BGE 136 III 178 E. 5.2; BGer, 5A\_925/2021 (zur Publikation vorgesehen), E. 3.1.

32 BGer, 5A\_570/2017, E. 5.2: «L'art. 256 al. 2 CPC prévoit, pour des raisons pratiques et par analogie aux décisions administratives auxquelles elles peuvent être assimilées [...]»; zudem verwendet das Bundesgericht den Begriff der Berichtigung («*rectification*») und Wiedererwägung («*reconsidération*») synonym.

33 BSK ZPO-SPÜHLER (FN 2), Art. 308 N 2 und 7; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER (FN 25), Art. 308 N 1; vgl. BGE 139 III 225.

34 BSK ZPO-SPÜHLER (FN 2), Art. 319 N 4; KUKO ZPO-BRUNNER/VISCHER (FN 25), Art. 319 N 4; Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7376.

35 BGE 136 III 178 E. 5.2; 128 III 318 E. 2.2.1; BGer, 5A\_554/2016, E. 3.3; vgl. BGE 141 I 241 E. 3.1; 141 III 43 E. 2.5.2; BGer, 5A\_570/2017, E. 5.2; a.A. DIKE-Komm.-KAUFMANN (FN 2), Art. 256 ZPO N 34 mit Verweis auf BGer, 4A\_143/2013, E. 2.3.

36 BGE 143 III 43 E. 2.5.

37 BGer, 5A\_570/2017, E. 5.3; OGer ZH, LF220088-O/U, 14.2.2023, E. 4.2.

38 Vgl. FN 37. Dies im Unterschied zu prozessleitenden Verfügungen, die mit Beschwerde anfechtbar sind, wonach gemäss Rechtsprechung die Wiedererwägung nicht dazu dienen darf, Rechtsmittelfristen zu umgehen, vgl. FN 69.

39 DIKE-Komm.-KAUFMANN (FN 2), Art. 256 ZPO N 35.

40 Vgl. vom Bundesgericht aufgeworfene Frage mit Verweis auf Entscheid der Vorinstanz in FN 3.

## A. Wiedererwägungsobjekt: Prozessleitende Verfügung

Nachfolgend wird dem Lesenden eine nicht abschliessende Liste wiedererwägungsfähiger prozessleitender Verfügungen an die Hand gegeben,<sup>41</sup> jeweils mit dem Hinweis, ob sich die Möglichkeit der Wiedererwägung aus der ZPO selbst ergibt. Zu beachten gilt, dass die Qualifikation gewisser Entscheide als prozessleitende Verfügungen nicht immer unumstritten ist. In der Auflistung wird ebenfalls vermerkt, ob die prozessleitende Verfügung jeweils von Gesetzes wegen mit Beschwerde angefochten werden kann (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

- *Entscheid über die Zulassung oder Ablehnung der Nebenintervention (Art. 74 ff. ZPO).*<sup>42</sup> Die Wiedererwägung eines solchen Entscheids ist denkbar, würde aber (zumindest bei Zulassung der Nebenintervention) aus Gründen der Rechtssicherheit wohl abgelehnt werden.<sup>43</sup> Der Entscheid ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 75 Abs. 2 ZPO).
- *Entscheid über die Zulassung oder Ablehnung der Streitverkündungsklage (Art. 81 ff. ZPO).* Das Bundesgericht geht beim positiven Zulassungsentscheid von einer prozessleitenden Verfügung aus.<sup>44</sup> Überlegungen der Rechtssicherheit sprechen u.E. gegen eine Wiedererwägung.<sup>45</sup> Die Beschwerde ist möglich (Art. 82 Abs. 2 ZPO).
- *Verfügungen betreffend Kostenvorschüsse (Art. 98 ZPO) und Vorschüsse für Beweiserhebung (Art. 102 ZPO).*<sup>46</sup> Die Beschwerde ist möglich (Art. 103 ZPO).
- *Verfügung über Sicherheitsleistung (Art. 99 ZPO).*<sup>47</sup> Art. 100 Abs. 2 ZPO sieht deren Abänderbarkeit ausdrücklich vor. Die Beschwerde ist möglich (Art. 103 ZPO).

- *Verfügungen betreffend die Vereinfachung des Prozesses (Art. 125 ZPO).*<sup>48</sup> Die Wiedererwägung ist denkbar, wobei hier der Aspekt der Rechtssicherheit und der ordnungsgemässen Verfahrensgestaltung besonderer Berücksichtigung bedarf.<sup>49</sup>
- *Verfügung über die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO).*<sup>50</sup> Die Beschwerde ist möglich (Art. 121 ZPO).
- *Sistierungsverfügungen (Art. 126 ZPO).*<sup>51</sup> Die Beschwerde ist bei Gutheissung möglich (Art. 126 Abs. 2 ZPO). Die Anfechtung der Verweigerung der Sistierung hingegen ist nur erschwert möglich (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).
- *Verfügung betreffend die Überweisung bei zusammenhängenden Verfahren (Art. 127 ZPO).*<sup>52</sup> Im Sinne der Rechtssicherheit und eines effizienten Prozesses wird ein Wiedererwägungsgesuch in der Regel keinen Erfolg haben. Die Überweisung ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 127 Abs. 2 ZPO). Dagegen ist die Ablehnung der Überweisung nur erschwert anfechtbar (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).
- *Beweisverfügung (Art. 154 ZPO).*<sup>53</sup> Der letzte Satz von Art. 154 ZPO hält explizit fest, dass diese Verfügung in Wiedererwägung gezogen werden kann.<sup>54</sup>
- *Verfügung über die aufschiebende Wirkung (Art. 315 und 325 ZPO).* Verfügungen über den Suspensiveffekt können in Wiedererwägung gezogen werden.<sup>55</sup>

Das Bundesgericht hat *den Entscheid über den Ausstand einer Gerichtsperson (Art. 49 ff. ZPO)* als einen «anderen erstinstanzlichen Entscheid» i.S.v. Art. 319 lit. b ZPO qualifiziert.<sup>56</sup> Stimmen in der Lehre befürworten die Qualifizie-

E. 3.2; vgl. 5A\_521/2021.

48 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7305; statt vieler: BSK ZPO-GSCHWEND (FN 2), Art. 125 N 3.

49 Vgl. KUKO ZPO-WEBER (FN 25), Art. 124 N 13; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 8.

50 Vgl. FN 6; vgl. auch Art. 120 ZPO für die Wiedererwägung gutheissender Entscheide der unentgeltlichen Rechtspflege.

51 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7305; statt vieler: BSK ZPO-GSCHWEND (FN 2), Art. 126 N 17a; BGE 141 III 270 E. 3; BGer, 5D\_182/2015, E. 1.1 und E. 1.3.

52 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7305; statt vieler: BSK ZPO-GSCHWEND (FN 2), Art. 127 N 2.

53 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7341 f. und 7377; statt vieler: BSK ZPO-GUYAN (FN 2), Art. 154 N 1; OGer ZH, PP190052, 31.1.2020, E. 2.2.3; vgl. BGer, 4A\_453/2014, E. 5.3.

54 Für Beispiele, wann eine Wiedererwägung nötig sein könnte: BSK ZPO-GUYAN (FN 2), Art. 154 N 8; KUKO ZPO-BAUMGARTNER (FN 25), Art. 154 N 12; HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 154 ZPO N 31.

55 BSK ZPO-SPÜHLER (FN 2), Art. 325 N 8; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 315 ZPO N 24; MYRIAM A. GEHRI, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2015 (zit OFK-BEARBEITER/IN), Art. 325 ZPO N 2; BGer, 5A\_350/2013, E. 2.1.4 und 2.2; 5A\_403/2015, E. 7.2.

56 BGE 145 III 469 E. 3.2; 147 III 582 E. 4.3; vgl. BGer, 4A\_573/2021, E. 4; so auch CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 50 N 6; OFK-URBACH

41 Für weitere Beispiele vgl. z.B. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 3.

42 Gemäss h.L. Qualifikation als prozessleitende Verfügung; statt vieler: BSK ZPO-GRABER (FN 2), Art. 75 N 8.

43 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 8; MULLER (FN 5), 35; STEINER (FN 5), N 749.

44 BGE 146 III 290 E. 4.3.2; vgl. für einen Überblick über die verschiedenen Lehrmeinungen: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 82 N 11; differenzierend: KUKO ZPO-DOMEJ (FN 25), Art. 82 N 9 f.; MELANIE HUBER-LEHMANN, ZZZ 2020, 273 f.; für die Qualifikation des negativen Ablehnungsentscheids als Endentscheid: BSK ZPO-FREI (FN 2), Art. 82 N 7; KUKO ZPO-DOMEJ (FN 25), Art. 82 N 9.

45 In BGer, 5A\_1018/2019, E. 4.2, nicht publiziert in BGE 146 III 290, äussert sich das Bundesgericht nicht zu dem vom Beschwerdeführer vorgebrachten Argument, eine Wiedererwägung des Entscheids über die Zulassung der Streitverkündungsklage sei nicht möglich. Der Beschwerdeführer argumentierte zugunsten eines Zwischenentscheids; vgl. CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 8.

46 Statt vieler: BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 2), Art. 98 N 5; OGer ZH, RB180015, 14.8.2018, E. 3.2; BGer, 4A\_226/2014, E. 2.1.

47 Statt vieler: BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG (FN 2), Art. 100 N 4; OGer ZH, RB180015, 14.8.2018, E. 3.2; BGer 4A\_71/2007, Sachverhalt D. und E. 4; 5A\_385/2011,

zung als prozessleitende Verfügung.<sup>57</sup> Ohne zu überprüfen, ob eine Wiedererwägung von «anderen erstinstanzlichen Entscheiden» im Grundsatz möglich ist, müsste eine solche bei Ausstandsentscheiden ohnehin aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt werden.<sup>58</sup>

## B. Wiedererwägungsgründe

### 1. Anspruch auf Abänderung bei Vorliegen unechter Noven

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht bei Vorliegen unechter Noven ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung (II.A.1.). Unechte Noven liegen dann vor, wenn der Gesuchsteller «*erhebliche Tatsachen oder Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand*».<sup>59</sup>

### 2. Abänderung bei echten Noven

Im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Wiedererwägung von Verfügungen über die unentgeltliche Rechtspflege hält das Bundesgericht fest, dass das Wiedererwägungsgesuch vom neuen Gesuch gestützt auf echte Noven zu unterscheiden ist. Bei Vorliegen echter Noven ist kein Wiedererwägungsgesuch, sondern ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen (II.A.1.).<sup>60</sup> Echte Noven liegen vor, «*wenn sich die Verhältnisse seit dem Entscheid über das erste Gesuch aufgrund neuer nach dem ersten Entscheid eingetretener Tatsachen und Beweismittel geändert haben*».<sup>61</sup>

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach bei Vorliegen echter Noven ein neues Gesuch gestellt werden muss, kann nicht automatisch für alle prozessleitenden Verfügungen gelten, sondern hängt von der Rollenverteilung ab bzw. welche Partei den ursprünglichen Antrag gestellt hat (II.B.1.).

### 3. Abänderung im Interesse eines ordnungsgemässen Prozesses

Selbst wenn keine zulässigen unechten Noven vorliegen sollte u.E. bei Vorliegen schutzwürdiger Interessen zugunsten eines ordnungsgemässen Prozesses die Möglichkeit bestehen, eine prozessleitende Verfügung auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen durch das Gericht wiederzu-erwägen. In diesem Fall besteht jedoch kein Anspruch auf Wiedererwägung. Vielmehr liegt es alleine im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts, ob es das Gesuch um Wiedererwägung behandeln will.

## C. Verhältnismässigkeit

Die Wiedererwägung ist nur möglich, wenn das Interesse an der Durchsetzung der materiellen Wahrheit oder an einem ordnungsgemässen Prozess die Rechtssicherheit überwiegt.<sup>62</sup> Entsprechend können gewisse prozessleitende Verfügungen nicht erfolgreich wiedererwogen werden. So sollte eine einmal gewährte Fristerstreckung<sup>63</sup> oder ein einmal gutgeheissenes Nebeninterventionsgesuch aus Überlegungen der Rechtssicherheit nicht nachträglich verweigert werden.<sup>64</sup>

Im Eingangsbeispiel (I.) haben wohl auch Überlegungen der Verhältnismässigkeit das Bundesgericht dazu bewogen, eine zweite Nachfrist zur Zahlung der Kaution zu gewähren, statt die gesetzlich geregelte Rechtsfolge des Nichteintretens zu verwirklichen (Art. 62 Abs. 3 BGG). Tatsächlich finden sich ähnlich gelagerte Fallkonstellationen im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege.<sup>65</sup> Praktizierenden ist daher geraten, die Erfolgsaussichten eines Wiedererwägungsgesuchs im Lichte der Grundrechte und der Verhältnismässigkeit zu prüfen.

## D. Fristen

Die Wiedererwägung ist grundsätzlich nicht an Fristen gebunden.<sup>66</sup> Das schutzwürdige Interesse an der Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuchs könnte aber bei Zuwarten verneint werden. Entsprechend sollte bei Vorliegen zulässiger Noven

(FN 55), Art. 50 ZPO N 6; CR CPC-TAPPY, Art. 50 N 25, in: François Bohnet/Jaques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code de Procédure Civile, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2019.

57 KUKO ZPO-KIENER (FN 25), Art. 50 N 4; vgl. WULLSCHLEGER, in: Sutter-Somm et al. (FN 5), Art. 50 ZPO N 6; DAVID RÜETSCHI, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149, Bern 2012 (zit. BK-BE-ARBEITER/IN), Art. 50 ZPO N 3.

58 CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 8; MULLER (FN 5), 35; STEINER (FN 5), N 749.

59 Vgl. FN 7.

60 Vgl. FN 6; BGer, 4A\_375/2020, E. 3.1.

61 Vgl. FN 6.

62 STEINER (FN 5), 365; MULLER (FN 5), S. 35.

63 Botschaft ZPO 2006 (FN 2), 7377; MULLER (FN 5), 35; STEINER (FN 5), N 749.

64 MULLER (FN 5), 35.

65 Vgl. BGer 2C\_4/2018 E. 2.1: «[...] Nur wenn das innert der Nachfrist gestellte Gesuch eine hinreichende Begründung enthält, es sich aber als materiell unbegründet erweist (Bedüftigkeitsbeweis nicht erbracht), ist nach Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege allenfalls nochmals eine Zahlungsfrist anzusetzen»; BSK BGG-GEISER (FN 1), Art. 62 N 35; DIKE-Komm.-URWYLER/GRÜTTER (FN 2), Art. 101 ZPO N 5; vgl. auch BGer, 8C\_844/2013, E. 1; 2C\_399/2013; 2C\_1097/2012, E. 2; 2C\_242/2012; 6B\_615/2013.

66 STEINER (FN 5), N 748.

ein Gesuch u.E. «ohne Verzug» vorgebracht werden im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 229 Abs. 1 ZPO.

## E. Verhältnis zur ZPO-Beschwerde

Bei prozessleitenden Verfügungen müssen Anwältinnen stets prüfen, ob eine Beschwerde als primäres oder zusätzliches Rechtsmittel eingelegt werden kann.

Mit der Beschwerde können grundsätzlich keine Noven vorgebracht werden (vgl. Art. 326 ZPO). Sofern also keine Beschwerdegründe (Art. 320 ZPO) vorliegen, ist die Wiedererwägung bei gegebenen Voraussetzungen der einzige Weg, um die Abänderung oder Aufhebung einer prozessleitenden Verfügung zu erwirken.<sup>67</sup> Das gilt auch für Fälle, in denen die Beschwerde mangels eines drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) nicht offensteht.

Denkbar sind Konstellationen, in denen zusätzlich zum Wiedererwägungsgrund auch andere Rügegründe vorliegen, die einzig mittels Beschwerde geltend gemacht werden können. In diesen Szenarien sollten Anwälte die Beschwerde ergreifen und sich überlegen, ob zusätzlich ein Wiedererwägungsverfahren angezeigt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich bei einer Abänderung oder Aufhebung der prozessleitenden Verfügung durch die Rechtsmittelinstanz das Wiedererwägungsverfahren erübrigen könnte. Umgekehrt könnte im Beschwerdeverfahren das schutzwürdige Interesse am Rechtsmittel entfallen, wenn die Verfügung von der Erstinstanz abgeändert oder aufgehoben wird, noch bevor die Beschwerdeinstanz einen Entscheid fällt.<sup>68</sup>

Entscheidet sich eine Partei gegen die mögliche Beschwerde und lässt sie die Beschwerdefrist unbenützt ablaufen, so erwächst die prozessleitende Verfügung in formelle Rechtskraft und kann die Wiedererwägung nicht dazu dienen, Beschwerdefristen zu umgehen.<sup>69</sup> Entsprechend sind das Gericht, das die prozessleitende Verfügung erlassen hat, und die Parteien grundsätzlich an diese gebunden.<sup>70</sup> Die Wiedererwägung ist dann nur noch bei Vorliegen zulässiger Noven<sup>71</sup> oder ermessensweise im Interes-

se eines ordnungsgemässen Prozesses möglich. Dasselbe gilt auch, wenn die Partei Beschwerde ergreift und ein Entscheid der Rechtsmittelinstanz vorliegt. Die Vorinstanz und die Parteien sind an den Entscheid der Beschwerdeinstanz gebunden,<sup>72</sup> ausser es bestehen zulässige Noven oder der Prozess gebietet es.<sup>73</sup> Die Wiedererwägung dient nicht dazu, den Entscheid der Beschwerdeinstanz zu ändern.

## IV. Fazit

Die Wiedererwägung ermöglicht die Korrektur einer prozessleitenden Verfügung durch das Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei. Falls unechte Noven vorgebracht werden, wird mit der Wiedererwägung der verfassungsmässige Anspruch auf Revision und damit die materielle Wahrheit verwirklicht. Bei prozessleitenden Verfügungen nach Art. 124 ZPO gebietet ausserdem ein flexibler Prozess das Zurückkommen auf Verfügungen. Bei Entschieden der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Wiedererwägung aufgrund des besonderen Praxisbedürfnisses gerechtfertigt.

Zusammengefasst setzt die Wiedererwägung bei prozessleitenden Verfügungen das Vorliegen unechter Noven, Verhältnismässigkeit sowie ein Gesuch innert Frist, d.h.

**Die Wiedererwägung bei prozessleitenden Verfügungen setzt das Vorliegen unechter Noven, Verhältnismässigkeit sowie ein Gesuch innert Frist voraus.**

ohne Verzug voraus. Auch echte Noven können je nach Rollenverteilung der Parteien im Prozess eine Wiedererwägung rechtfertigen.

Die Wiedererwägung ist in der ZPO punktuell kodifiziert, hat aber allgemeine Geltung in der ZPO. Praktizierende Anwältinnen und Anwälte tun gut daran, dieses fast unscheinbare Werkzeug im richtigen Moment hervorzuholen, aber auch als möglicher nächster Schachzug der Gegenpartei vorherzusehen.

Im Sinne der Rechtssicherheit und aus Praxissicht wäre es schliesslich wünschenswert, Wiedererwägungsent-scheide explizit als solche zu bezeichnen.

<sup>67</sup> STEINER (FN 5), N 754.

<sup>68</sup> Vgl. STEINER (FN 5), N 749 m.w.H.

<sup>69</sup> OGer ZH, RB180015, 14.8.2018, E. 3.2 (im Kontext einer Kostenvorschuss- und Kautionsverfügung nach ZPO); BSK BV-WALDMANN, Art. 29 N 25, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (im Kontext von Verfügungen des Verwaltungsrechts); BGE 127 I 133 E. 6 (im Kontext von Revisionsgesuchen).

<sup>70</sup> ZPO-Rechtsmittel Kommentar-KUNZ (FN 5), N 17; STEINER (FN 5), 365 f.

<sup>71</sup> CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER (FN 27), Art. 124 N 8; DIKE-Komm.-KAUFMANN (FN 2), Art. 124 ZPO N 25 (Grundsätze); BK-FREI (N 57), Art. 124

N 16; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Bern 2016, 211.

<sup>72</sup> STEINER (FN 5), N 749.

<sup>73</sup> Vgl. FN 77.