

3. Verfahren

3.1 Zivilprozess

3267

Appellation. Anschlussappellation.

Unmöglichkeit des Rückzugs der Anschlussappellation nach Rückweisungsentscheid des Bundesgerichtes (Art. 269 ZPO, Art. 66 Abs. 1 OG)

Der Beklagte hat nach Kenntnisnahme des Urteils des Bundesgerichtes seine Appellation vom 13. Mai 1994 zurückgezogen. Nach seiner Auffassung fällt die Anschlussappellation dahin und bleibt es beim Urteil des Kantonsgerichtes, das die Klage im Betrage von Fr. 58'720.-- nebst 5% Zins seit 1. März 1990 zugesprochen hat. Es ist im folgenden zu prüfen, ob der Rückzug der Appellation in diesem Verfahrensstadium möglich ist.

Bezüglich Wirkung der Rückweisung im Berufungsverfahren vor Bundesgericht gilt gemäss Art. 66 Abs. 1 OG, dass die kantonale Instanz neue Vorbringen berücksichtigen darf, soweit es nach kantonalem Prozessrecht noch zulässig ist, dass jedoch die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, der neuen Entscheidung zugrunde zu legen ist. Gestützt auf diese Bestimmung hat das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall den Rückzug der Appellation nach dem den Standpunkt der Anschlussappellation teilweise gutheissenden Berufungsentscheid als unzulässig erklärt (BGE 83 II 550 E. 2 = Pr. 47 Nr. 41). Das Obergericht hat beim neuen Entscheid die Anweisungen des Bundesgerichtes auszuführen (vgl. *Sträuli-Messmer*, Komm. N. 13 vor § 259 ZPO). Das bedeutet vorliegend, dass die Klage im Betrag von Fr. 77'372.-- definitiv zugespro-

chen ist und ein neuer Entscheid des Obergerichtes lediglich noch über den Teilbetrag von Fr. 12'033.20 ergehen kann und ergehen muss. Für die staatsrechtliche Beschwerde gilt bezüglich der Bindungswirkung im Rückweisungsverfahren ebenfalls der in Art. 66 OG niedergelegte Grundsatz (BG 104 Ia 63).

Dem steht Art. 269 ZPO, auf den sich der Beklagte beruft, nicht entgegen. Diese Bestimmung besagt, dass eine Appellation oder eine Anschlussappellation solange zurückgezogen werden kann, als der Endentscheid des Obergerichtes nicht eröffnet worden ist. Gemäss Art. 279 Abs. 1 ZPO vom 24.04.1955 war ein Rückzug nur bis zur Appellationsverhandlung zulässig. Ein Grund, weshalb diese Bestimmung revidiert wurde, ist den Materialien nicht zu entnehmen (vgl. auch *M. Ehrenzeller*, Komm. N. 1 zu Art. 269 ZPO). Sinn und Zweck der geltenden Regelung ist es zu vermeiden, dass eine Partei den Entscheid des Gerichtes dadurch unterläuft, dass sie ihr Rechtsmittel noch zurückzieht, wenn sie von einem für sie ungünstigeren Ausgang des Verfahrens Kenntnis hat. Genau darauf käme es vorliegend hinaus, wenn der Rückzug der Appellation auch insoweit als zulässig betrachtet würde, als davon auch der gemäss Bundesgerichtsurteil nicht mehr strittige Teil der Klage betroffen wäre. Ein Endentscheid im Sinne von Art. 269 ZPO liegt insoweit nicht vor, als das Bundesgericht für die kantonale Instanz verbindlich entschieden hat.

OGer 21.02.95

(Das Bundesgericht hat eine staatsrechtliche Beschwerde gegen dieses Urteil am 14.05.1996 abgewiesen.)

3268

Kosten. Gegenstandslosigkeit.

Verlegung der Kosten bei Gegenstandslosigkeit eines Baueinspracheprozesses infolge Rückzugs des Baugesuches (Art. 83 ZPO).

1. Bei diesem Verfahrensausgang verlegt der Richter die amtlichen Kosten nach Ermessen (Art. 83 Abs. 1 ZPO), wobei er insbesondere