

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

zu berücksichtigen hat, ob der Kläger zur Klage bzw. der Beklagte zur Bestreitung veranlasst war sowie welche Partei die Gegenstandslosigkeit zu vertreten hat (*M. Ehrenzeller*, Kommentar ZPO, N. 3 zu Art. 83 ZPO).

Zweifellos hat der Beklagte durch den Rückzug des Baugesuches das Gegenstandsloswerden der Klage zu vertreten. Nach Meinung des beschliessenden Gerichtes war der Kläger sodann trotz des Entscheides des Bundesgerichtes Pra. 73 Nr. 111 zur Klageerhebung veranlasst. Zwischen dem Wortlaut der vorliegend im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit ("es dürfen zu keinen Zeiten irgendwelche Bauten erstellt werden") und der durch das Bundesgericht ausgelegten Servitut ("Beschränkung des Rechts zu bauen"), bestehen Unterschiede, die unter Umständen eine andere Beurteilung als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Demnach sind die amtlichen Kosten dem Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr wird gestützt auf Art. 17 lit. a i.V.m. Art. 4 Gebührenordnung auf Fr. 800.-- festgesetzt.

2. Die unterliegende Partei ist gestützt auf Art. 86 Abs. 1 ZPO zu verpflichten, der obsiegenden Partei alle durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Aufgrund der Erwägungen unter Ziffer 1 gilt vorliegend der Beklagte als unterliegende Partei.

a) Das Anwaltshonorar bemisst sich in erster Linie nach dem Streitwert einer Klage (vgl. Art. 6 Abs. 1 Anwaltstarif). Es richtet sich, sofern die Klage nicht auf Geldzahlung geht, nach dem Wert, den die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen. Sind sich die Parteien nicht einig, wird er vom Gericht bestimmt (Art. 115 Abs. 2 ZPO). Praxisgemäss wird dabei vom Beizug eines Experten abgesehen und nach freiem Ermessen entschieden (vgl. *J. Rhyner*, Die Kostenregelung nach sanktgallischem Zivilprozessrecht, Diss. 1987, S. 7).

Bei Unterlassungsklagen entspricht der Streitwert dem Wert der geforderten Unterlassung; entscheidend ist dabei der Vorteil, der aus der Unterlassung für den Kläger resultiert. Bei Baueinsprachen liegt es nahe, den Streitwert allgemein nach den Grundsätzen zu bestimmen, die für Klagen betreffend Grunddienstbarkeiten Geltung haben. Beim Streit um eine Grunddienstbarkeit ist der Wert massgebend, den sie für das herrschende Grundstück hat bzw. der Minderwert, der für das dienende Grundstück aus der Grunddienstbarkeit resultiert,

und zwar der höhere Betrag von beiden (vgl. *M. Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 109, N. 14 lit. b, und 110).

Bei der vorliegenden Klage handelt es sich klar um eine Unterlassungsklage, wollte der Kläger mit ihr doch ein seines Erachtens unzulässiges Bauvorhaben verhindern. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, für die Streitwertberechnung auf das Interesse des Klägers und nicht auf dasjenige des Beklagten abzustellen. Mithin gilt es also je den Wert zu ermitteln, der dem Grundstück des Klägers mit bzw. ohne Servitut zukommt. Die Differenz zwischen den beiden Werten entspricht alsdann dem Streitwert der Klage.

b) Wie der Kläger zu Recht festhalten liess, wirkt sich das vereinbarte Bauverbot grundsätzlich sicherlich positiv auf den Wert seiner Liegenschaft aus. Aus dem vom Kläger eingereichten Übersichtsplan sowie den Bauplänen ergibt sich aber auch, dass die geplante Tiefgarage nur sehr geringfügig und nur bei dem von der Liegenschaft des Klägers abgewandten Teil des Nachbargrundstückes aus dem Boden geragt wäre. Auch von der Einfahrt in die Tiefgarage von der Zufahrtsstrasse her wären von den örtlichen Gegebenheiten kaum nennenswerte Immissionen zu verzeichnen gewesen. Der Streitwert der vorliegenden Klage beträgt deshalb maximal Fr. 5'000.--.

KGer 15.11.95

3269

Kosten. Kostenrisiko der obsiegenden Partei bei Konkurs der Gegenpartei.

Ist die kostenpflichtige Partei infolge Konkurses nicht mehr belangbar, sind die amtlichen Kosten im Rahmen der geleisteten Vorschüsse von der obsiegenden Partei zu tragen (Art. 85 Abs. 1 ZPO).

Die Verfahrenskosten sowohl des erstinstanzlichen wie des obergerichtlichen Verfahrens treffen die Klägerin (Art. 81 und 83 ZPO). Diese ist freilich infolge Konkurses nicht mehr belangbar. Art. 85 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass Einschreibgebühren und Vorschüsse in der Regel angerechnet werden, auch wenn sie von der andern Partei bezahlt