



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XII ZR 35/06

vom

29. November 2006

in dem Rechtsstreit

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 29. November 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne, die Richter Fuchs und Dr. Ahlt, die Richterin Dr. Vézina und den Richter Dose

beschlossen:

Die Anhörungsrügen der Beklagten gegen den Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2006 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rügeverfahrens haben die Beklagte zu 1 32 %, der Beklagte zu 2 68 % zu tragen.

Gründe:

- 1 Die Anhörungsrügen sind unbegründet. Der Senat hat in den Beschluss vom 5. Oktober 2006 die mit der Anhörungsrüge der Beklagten erneut vorgebrachten Angriffe bereits in vollem Umfang geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Sie geben keinen Anlass, den Beschluss zu ändern.
- 2 a) Dass bei der Werkabnahme zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 keine Vereinbarung über die Besitzübergabe an die Beklagte zu 1 getroffen wurde, wie die Beklagte zu 1 unter Beweis stellt, steht der Würdigung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1 habe den unmittelbaren Besitz an der Mietsache erlangt und diesen der Klägerin vermittelt, nicht entgegen. Da die Beklagte zu 1 ihrerseits untervermietet und Untermieteinnahmen erzielt hat, durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, dass sie als Untermieterin ihrer eigenen Vermieterin den Besitz vermittelte.

- 3            b) Das Berufungsgericht hat - verfahrensrechtlich korrekt - den Übergang der Bürgschaftsforderung nach § 774 BGB nicht berücksichtigt. Die Zahlung des Bürgen erfolgte, wie die NZB selbst geltend macht, zur Abwendung der Zwangsvollstreckung und hatte damit keine Erfüllungswirkung (Palandt/Grüneberg BGB 65. Aufl. § 362 Rdn. 12). Eine etwaige Erfüllung nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, die die NZB darin sieht, dass sich die Beklagte ausdrücklich auf die Erledigung des Rechtsstreits berufen habe, durfte das Berufungsgericht nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung nicht berücksichtigen. Die nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung eingetretene Erfüllung ist im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO geltend zu machen.
- 4            Dem steht nicht entgegen, dass das Oberlandesgericht die Zahlung im Verhältnis zum Beklagten zu 2 berücksichtigt hat. Insoweit haben beide Parteien - Klägerin und Beklagter zu 2 - übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Daran war das Gericht gebunden. Übereinstimmende Erledigungserklärungen sind bis zum Erlass der Entscheidung möglich (Thomas/Putzo ZPO 27. Aufl. § 91 a Rdn. 10). Damit war der Prozess gegen den Beklagten zu 2 in der für erledigt erklärten Höhe beendet (Thomas/Putzo aaO Rdn. 17). Im Verhältnis zur Beklagten zu 1 hat die Klägerin den Rechtsstreit nicht für erledigt erklärt, lagen somit übereinstimmende, das Berufungsgericht bindende Erledigungserklärungen nicht vor. Soweit die Beklagte zu 1 auch im Verhältnis zu ihr den Rechtsstreit für erledigt erklären wollte, war diese - einseitige - Erklärung ohne jede Wirkung.
- 5            c) Mit seiner Auslegung, dass der Beklagte zu 2 als Bürge für die durch Untermieten nicht gedeckte Miete entstehen sollte, hat das Berufungsgericht

nicht gegen Verfahrensgrundrechte verstoßen. Die von ihm vertretene Auslegung ist vertretbar.

Hahne

Fuchs

Ahl

Vézina

Dose

Vorinstanzen:

LG Erfurt, Entscheidung vom 01.09.2004 - 7 O 557/03 -

OLG Jena, Entscheidung vom 01.02.2006 - 7 U 826/04 -