

BGHR!



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 140/99

vom

8. Oktober 2002

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Dr. Bergmann

am 8. Oktober 2002

beschlossen:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 25. März 1999 wird nicht angenommen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 40.803, 23 € (= 79.804,19 DM) festgesetzt.

Gründe:

Die Revision wirft keine ungeklärten Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf und verspricht im Endergebnis keinen Erfolg (§ 554 b ZPO a.F.).

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, der Klägerin sei kein Schaden entstanden, weil die Bürgschaftsforderung durch die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde nicht erloschen sei. Die von der Revision formulierte Frage, ob die Bestimmung in einer Bürgschaftserklärung, wonach die Bürgschaft mit

Rückgabe der Bürgschaftsurkunde erlischt, dahingehend auszulegen ist, daß das Erlöschen auch bei einer nicht vom Bürgschaftsgläubiger - hier: von dem als Treuhänder eingeschalteten Notar - veranlaßten Rückgabe eintritt, stellt sich nicht. Allerdings kann die Rückgabe durch einen Dritten zum Erlöschen der Bürgschaft nur dann führen, wenn der Dritte ermächtigt ist, mit Wirkung für den Bürgschaftsgläubiger einen Erlaßvertrag abzuschließen (Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. § 765 Rn. 114, 226) oder den Besitz an der Bürgschaftsurkunde "willentlich zu übertragen" (Schmitz, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 91 Rn. 109). Wird die Bürgschaftsurkunde von einem Notar treuhänderisch verwahrt, kann die von seinen Auftraggebern verliehene Rechtsmacht auch die Befugnis umfassen, die Verwahrung aufzuheben und die Urkunde zurückzugeben. Ob sich die Klägerin als Bürgschaftsgläubigerin - falls sie nicht selbst Auftraggeberin, sondern an dem Verwahrverhältnis nur mittelbar, als mitgeschützter Dritte beteiligt war - die Rückgabe ebenfalls zurechnen lassen muß, braucht der Senat im vorliegenden Fall nicht zu beantworten. Wenn die Bürgschaft nicht erloschen wäre, könnte der Klägerin ein Vorgehen gegen die Bürgin nicht zugemutet werden. Den damit verbundenen Risiken darf der verklagte Notar, der das Verwahrverhältnis pflichtwidrig beendet hat, die Klägerin nicht aussetzen. Der Beklagte könnte deswegen allenfalls

nach § 255 BGB Abtretung der Ansprüche aus der Bürgschaft verlangen, um dann selbst gegen die Bürgin vorzugehen. Insofern hat er aber in den Tatsacheninstanzen kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Kreft

Ganter

Raebel

Kayser

Bergmann