

# §1 Einführung

## 1. Kapitel: Problemstellung

Bilder und Metaphern sind auch unter Juristen<sup>1</sup> ein beliebtes Stilmittel zur Veranschaulichung eines ansonsten nur schwer verständlichen Sachverhaltes. Manchmal aber tragen sie nicht zur Veranschaulichung bei, sondern führen zur bewussten oder unbewussten Verschleierung eines juristischen Problems, bei dessen Lösung man anhand der gesetzlichen Begrifflichkeiten und Instrumentarien an seine Grenzen zu stoßen scheint. Ein mustergültiges Beispiel für eine solche Verschleierung ist die seit langem von Rechtsprechung und Literatur weitgehend unkritisch postulierte „Umwandlung“ des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch.

### A. Untersuchungsgegenstand: Der unübersichtliche Status Quo

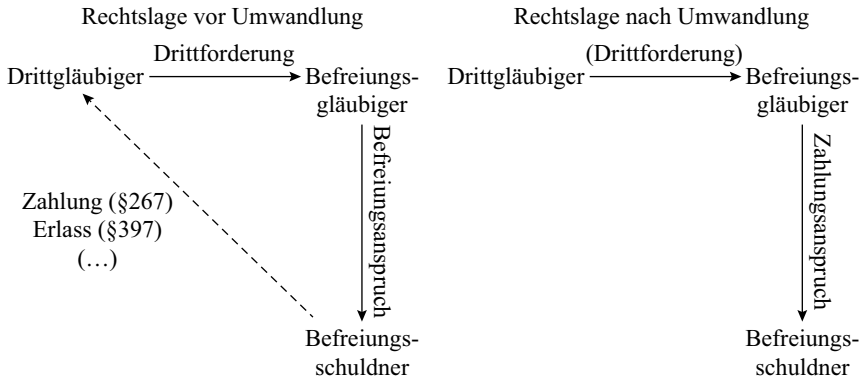
Der Befreiungsanspruch zeichnet sich durch eine besondere Rechtsfolge aus, die auf ganz verschiedenen Rechtsgründen (z. B. § 249 I, § 257 S. 1, § 426 I 1, § 775 I BGB) beruhen kann.<sup>2</sup> Der Gläubiger eines Befreiungsanspruchs (Befreiungsgläubiger) kann von seinem Schuldner (Befreiungsschuldner) verlangen, ihn von einer Verbindlichkeit (Drittforderung) zu befreien, der er sich einem Dritten (Drittgläubiger) gegenüber ausgesetzt sieht. In diesem Ursprungszustand steht dem Schuldner frei, wie er die Befreiung seines Gläubigers bewirken kann, sei es durch eine Zahlung an den Drittgläubiger, eine Schuldübernahme oder die Vereinbarung eines Aufrechnungs- oder Erlassvertrages mit dem Drittgläubiger. Dabei entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass sich der Befreiungsanspruch unter bestimmten Umständen in einen Zahlungsanspruch „umwandelt“. An die Stelle der zuvor bestehenden Befreiungsverpflichtung soll eine Zahlungsverpflichtung in Höhe der Drittforderung treten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Zur vereinfachten Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten für beide Geschlechter. Die in den Fußnoten zu den Gerichtsentscheidungen zitierten Randnummern folgen der Nummerierung in Juris.

<sup>2</sup> Statt vieler: *Gerhardt* (1966), S. 3; *von Tuhr* (1895), S. 84 f.; *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 216; *Holzmann* (2016), S. 1; *Hoffmann*, KTS 2018, 89.

<sup>3</sup> Eingehend sogleich § 1 2. Kapitel.



In den vergangenen Jahrzehnten ist eine umfangreiche und nur schwer überschaubare Kasuistik dazu entstanden, in welchen Situationen sich eine derartige Umwandlung des Befreiungsanspruchs vollziehen soll. Auf gesetzlich vorgesehene Übergangstatbestände wie § 250 S. 2 BGB oder § 281 BGB wird dabei nur begrenzt zurückgegriffen. Vielmehr hat sich die Rechtsprechung in weiten Teilen von der Terminologie und den Voraussetzungen des Gesetzes entfernt. Nicht nur für die von ihr angestrebte Rechtsfolge der Umwandlung verwendet sie einen Begriff, der im positiven Recht keinen Niederschlag findet. Gleiches gilt für die Umstände, die eine Umwandlung begründen sollen. Aus keiner gesetzlichen Vorschrift lässt sich ableiten, dass sich die Leistungspflichten des Schuldners verändern, wenn der gegen ihn gerichtete Anspruch abgetreten wird,<sup>4</sup> sein Gläubiger insolvent wird<sup>5</sup> oder dessen Inanspruchnahme „mit Sicherheit zu erwarten“ ist.<sup>6</sup>

Auch das juristische Schrifttum hat bislang wenig zum dogmatischen Verständnis beigetragen. Obwohl der Befreiungsanspruch schon früh Gegenstand mehrerer Monographien<sup>7</sup> und zahlreicher Aufsätze<sup>8</sup> war und gerade in den letzten Jahren in versicherungs- und insolvenzrechtlichen Arbeiten vermehrt thematisiert wurde,<sup>9</sup> hat sich die Literatur mit der spezifischen Problematik der

<sup>4</sup> So BGHZ 7, 244; 12, 136, 141; BGH, NJW 2016, 2407 Rn. 15.

<sup>5</sup> So BGHZ 57, 78; BGH, NJW 1994, 49 ff.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2018, 1873 Rn. 23; jüngst bestätigt in BGH BeckRS 2019, 6119 Rn. 2.

<sup>7</sup> von Tuhr (1895), S. 82 ff.; Ruhs (1930); Haase (1944); Gerhardt (1966); Trinkl (1966); Güntner (1967); Görmer (1992).

<sup>8</sup> Trinkl, NJW 1968, 1077; Rimmelspacher, JR 1976, 89; ders., JR 1976, 183; Bischof, ZfP 1984, 1444; Wilhelm, FuR 2000, 353; Muthorst, AcP 209 (2009), 212; Görmer, JuS 2009, 7; Ayad/Schnell, BB 2011, 1745; Schlappa, DGVZ 2011, 21; Rohlfing, MDR 2012, 257; Ostendorf, JZ 2013, 654; Schweer/Todorow, NJW 2013, 2072; dies., NJW 2013, 3004; Mayer, ZfPw 2015, 226; Weber, NJW 2015, 1841; Hilgard, BB 2016, 1218; Schütt, NJW 2016, 980; Wiesbrock/Frank, BB 2018, 3014.

<sup>9</sup> Vgl. Holzmann (2016) zur Insolvenz des Befreiungsschuldners sowie Körner (2013) zur Insolvenz des Befreiungsgläubigers. In der Schnittstelle von Versicherungs- und Insolvenzrecht liegen die Arbeiten von Gnauck (2016), S. 7 ff. und Hofmann (2018), S. 231 ff.

Umwandlung in den Zahlungsanspruch bislang allenfalls am Rande auseinandergesetzt. Sie konzentriert sich entweder auf einzelne Umwandlungskonstellationen,<sup>10</sup> oder stellt sämtliche Fälle, in denen eine Umwandlung angenommen wurde, überblicksartig dar.<sup>11</sup> Soweit der Versuch unternommen wurde, die Rechtsprechung in Fallgruppen zu systematisieren, diente dies lediglich der ordnenden Beschreibung des Ist-Zustandes, ohne dass hieraus auch inhaltliche Schlussfolgerungen gezogen wurden.<sup>12</sup>

Die Umwandlungs-Thesen der Rechtsprechung und ihre bisherige wissenschaftliche Rezeption sind von zwei zentralen Schwächen geprägt, aus denen sich zugleich die wesentlichen Handlungsanweisungen für die Bestimmung der Ziele und des Gangs dieser Untersuchung ableiten lassen.

### 1. Fehlende Sensibilität für die Interessen des Befreiungsschuldners

Der fehlende Gesetzesbezug verdeckt den Umstand, dass der Begriff der Umwandlung nicht nur bildhaft auf eine rechtstechnische Veränderung hinweist, sondern eine Rechtsfolge beschreibt, die das Ergebnis einer (zumeist unausgesprochenen) Abwägungsentscheidung ist: Dem Interesse des Befreiungsgläubigers am Übergang zum Zahlungsanspruch wird gegenüber dem Interesse des Befreiungsschuldners am Erhalt seiner Befreiungsverpflichtung der Vorrang eingeräumt.<sup>13</sup>

Aus Sicht des Befreiungsgläubigers, der einen Zahlungsanspruch anstrebt, ist die fehlende gesetzliche Verortung der Umwandlungs-Thesen nicht weiter problematisch. Anders ist dies für den Befreiungsschuldner, da durch die Veränderung seiner Leistungspflicht – wie im weiteren Verlauf der Arbeit noch ausführlich gezeigt werden wird – in seine schützenswerte Rechtsposition eingegriffen wird. So verliert er beispielsweise die Möglichkeit, die Befreiung kostensparender herbeizuführen als durch die vollständige Tilgung der Drittforderung, indem er mit dem Drittgläubiger einen Vergleich zu günstigen Konditionen abschließt. Abhängig vom Rechtsgrund des Befreiungsanspruchs droht ihm gar eine doppelte Inanspruchnahme, wenn er sich (bei § 426 I 1 BGB oder § 775 I BGB) infolge einer Umwandlung sowohl einem Zahlungsanspruch des Drittgläubigers als auch des Befreiungsgläubigers ausgesetzt sieht.

<sup>10</sup> Besonders häufig steht die Insolvenz des Befreiungsgläubigers im Mittelpunkt, zuletzt bei *Körner* (2013), S. 1 ff.; *Gnauck* (2016), S. 75 ff. Zur Abtretung an den Drittgläubiger: *Gerhardt* (1966), S. 55 ff.

<sup>11</sup> *Görmer*, JuS 2009, 7 ff.; *Bruns*, LMK 2017, 400108; *Dörr*, MDR 2011, 333 ff.

<sup>12</sup> Beispielhaft *Görmer*, JuS 2009, 7, 9 ff.; *Dörr*, MDR 2011, 333 ff.

<sup>13</sup> Etwas vorsichtiger *Dörr*, MDR 2011, 333: Es liege nicht fern, dass sich „hinter dem Topos der ‚Umwandlung‘ wertende Gesichtspunkte verbergen, die es interessengerecht erscheinen lassen, dem Befreiungsgläubiger zu gestatten, seinen Schuldner unmittelbar auf Zahlung in Anspruch zu nehmen“. Ebenfalls von einer „Wertentscheidung“ der „Umwandlung“ spricht *Gnauck* (2016), S. 82. Offen bleibt bei beiden jedoch, *welche* Wertungen genau betroffen sind.

Betrachtet man die mit der Umwandlung verbundenen Beeinträchtigungen des Schuldners mit einer verbreiteten Auffassung hingegen als „marginal“,<sup>14</sup> mag man geneigt sein, für ihre Rechtfertigung auf außergesetzliche Tatbestände zurückzugreifen. Hierdurch drohen jedoch die Schutzmechanismen unterlaufen zu werden, welche die im Gesetz ausdrücklich geregelten Übergangstatbestände zugunsten des Schuldners vorsehen. So wird dem Befreiungsschuldner durch das Fristsetzungserfordernis der §§ 250 S. 2, 281 BGB eine zweite Chance eröffnet, durch geschickte Verhandlungen mit dem Drittgläubiger Kosten zu sparen.

## *II. Fehlende Problematisierung des Verhältnisses von Anspruchsinhalt und Entstehungsgrund*

Die Rechtsprechung durchzieht eine mangelnde Sensibilität für das zugrundeliegende Rechtsverhältnis. Oftmals bleibt unklar, ob eine Umwandlung auf die für ein bestimmtes Urteil entscheidungserhebliche Anspruchsgrundlage begrenzt ist oder eine allgemeingültige Aussage für sämtliche Typen von Befreiungsansprüchen getroffen werden soll. Eine konsistente Rechtsprechungsentwicklung wird zudem dadurch erschwert, dass wegen der Vielfalt der Entstehungsgründe unterschiedliche Rechtsgebiete betroffen sind und sich verschiedene Senate des BGH mit der Umwandlung auseinandersetzen müssen. Dies soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden:

Während der IX. Senat im Jahre 1999<sup>15</sup> eine Umwandlung im Falle einer „feststehenden“ Inanspruchnahme des Bürgen (= Gläubiger eines Befreiungsanspruchs aus § 775 I BGB) verneinte, sprach sich der III. Senat im Jahre 2017<sup>16</sup> erstmals für eine Umwandlung des Befreiungsanspruchs eines Treuhänders (§§ 670 I, 675, 257 S. 1 BGB) aus, wenn dessen Inanspruchnahme „mit Sicherheit zu erwarten“ sei. Bedeutet dies einen klaren Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen? Oder lassen sich die unterschiedlichen Ergebnisse damit begründen, dass es einmal um den Anspruch eines Treuhänders, und das andere Mal um den eines Bürgen ging? Falls ja, welche rechtsgrundabhängigen Wertungsgesichtspunkte könnten eine solche Differenzierung rechtfertigen? Auf diese Fragen fehlt bislang jede Antwort, zumal der IX. Senat seine ablehnende Haltung nicht nur auf bürgschaftsrechtliche Gesichtspunkte, sondern auch auf die Charakteristika *aller* Befreiungsansprüche stützte. Der III. Senat wiederum beschränkte seine Aussagen weder auf die Eigenarten des Treuhandverhältnisses, noch setzte er sich in irgendeiner Weise mit den allgemeinen Ar-

<sup>14</sup> So *Körner* (2013), S. 128. Auch *Gernhuber* (1994), S. 482 spricht von „minimalen“ praktischen Beschränkungen. In der Tendenz ähnlich: BGH, NJW 1994, 49, 50; *Lohmann*, FS Ganter 2010, 257, 265 f.

<sup>15</sup> BGHZ 140, 270.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2018, 1873 Rn. 23; bestätigt von BGH, BeckRS 2019, 6119 Rn. 2.

gumenten des (von ihm nicht einmal erwähnten!) Urteils des IX. Senats auseinander.<sup>17</sup>

Ähnliche Divergenzen bestehen zwischen dem IV. und dem V. Senat. Der V. Senat ließ im Jahre 2002 die Umwandlung eines im Rahmen eines Grundstückskaufs vereinbarten Freistellungsanspruchs nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) für den Fall zu, dass der Befreiungsgläubiger die gegen ihn gerichtete Drittforderung erfüllt hat, ohne seinem Schuldner zuvor die Möglichkeit einzuräumen, seiner Befreiungsverpflichtung nachzukommen.<sup>18</sup> Hingegen versagte der IV. Senat einem Rechtsschutzversicherten – ebenfalls ein vertraglicher Freistellungsgläubiger – im Jahr 2018 in einer vergleichbaren Situation sämtliche Ausgleichsansprüche.<sup>19</sup> Eine Umwandlung scheidet aus, da der Versicherungsnehmer dem Versicherer (Befreiungsschuldner) keine Gelegenheit gegeben habe, seine Freistellungsverpflichtung zu erfüllen, bevor er die Drittforderung getilgt habe. Wiederum fragt sich, ob diese Abweichung einen unauflösbaren Widerspruch begründet oder sich mit den Besonderheiten der jeweils zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse rechtfertigen lässt.

In diesen Fragen spiegelt sich ein Grundproblem wider, das bei näherer Betrachtung nicht auf den speziellen Bereich der Umwandlung beschränkt ist, sondern die Funktionsfähigkeit der gesamten dogmatischen Kategorie des Befreiungsanspruchs betrifft. Zwar besteht im Ausgangspunkt Einigkeit, dass der Befreiungsanspruch nicht seiner Entstehung nach, sondern „nur durch den Inhalt der Leistung zu einem Begriff erhoben wird.“<sup>20</sup> Ungeklärt ist aber, ob sich der Aussagegehalt dieser Klassifizierung in ihrem gemeinsamen Anspruchsinhalt erschöpft, oder sie darüber hinaus strukturelle Gemeinsamkeiten ausdrückt, aus denen sich rechtsgrundunabhängige Antworten zur Lösung bestimmter Folgeprobleme – wie beispielsweise der Umwandlung in den Zahlungsanspruch – entwickeln lassen.

Solche Überlegungen sind für vergleichbare Gebiete des Privatrechts keineswegs neu. So sind für die Kategorie „Schadensersatzanspruch“, die ebenfalls eine Vielzahl denkbarer Anspruchsgrundlagen (z. B. §§ 280 ff., 823 ff. BGB) anhand ihrer übereinstimmenden Rechtsfolge zusammenfasst, rechtsgrundunabhängige Einzelfragen vor die Klammer gezogen worden (§§ 249 ff. BGB). In ähnlicher Weise wurden für Bereicherungsansprüche übergreifende Prinzipien normiert bzw. von Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelt.<sup>21</sup> Die Liste ließe sich beliebig fortführen. Für den Bereich der Befreiungsansprüche hängt

<sup>17</sup> Ähnliche Kritik bereits jüngst bei *Lieder*, WuB 2018, 107, 110.

<sup>18</sup> BGH, NJW 2002, 2382.

<sup>19</sup> BGH, NJW 2018, 1971.

<sup>20</sup> von *Tuhr* (1895), S. 84 f.; *Gerhardt* (1966), S. 6; *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 216; *Holzmann* (2016), S. 1.

<sup>21</sup> Vergleiche hierzu die Vorschrift des § 818 BGB und die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung.

die dogmatische Entwicklung bislang hingegen hinterher.<sup>22</sup> Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass Befreiungsansprüche im BGB nur rudimentär geregelt sind und es an „rechtsgrundübergreifenden“ Vorschriften (wie etwa den §§ 249 ff. BGB für das Schadensrecht) gänzlich fehlt. Die Zivilrechtswissenschaft hat erst in den letzten Jahren begonnen, sich vertiefter mit dem Verhältnis von Entstehungsgrund und den spezifischen Rechtsfolgen des Befreiungsanspruchs zu beschäftigen.<sup>23</sup>

Einen ersten Schritt in die richtige Richtung hat *Oliver Muthorst* im Jahre 2009 unternommen. *Muthorst* setzte sich kritisch mit der vom BGH<sup>24</sup> aufgestellten und heftig umstrittenen These auseinander, dass der Befreiungsschuldner zur Abwehr unbegründeter Drittforderungen verpflichtet sei, und sprach sich für eine differenzierende Lösung aus. Es müsse einzeln geprüft werden, ob eine derartige Verpflichtung des Befreiungsschuldners aus der Auslegung der einem Befreiungsanspruch jeweils zugrundeliegenden Rechtsnorm abgeleitet werden könne.<sup>25</sup> Im Jahre 2015 ist *Claudia Mayer* diesen Überlegungen entschieden entgegnetreten. Der differenzierende Ansatz *Muthorsts* führe zu einer „unklaren und undurchsichtigen Rechtslage.“ Vielmehr sei *jedem* Befreiungsanspruch eine „typisierte Interessenlage“ immanent, die dazu führe, dass der Befreiungsgläubiger von seinem Schuldner auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche verlangen könne.<sup>26</sup>

Ein ähnlicher Konflikt ist in jüngster Zeit zwischen *Manuel Holzmann* und *Jan Felix Hoffmann* aufgetreten. *Holzmann* untersuchte in seiner 2016 erschienenen Monographie die Auswirkungen der Insolvenz des Befreiungsschuldners auf den Befreiungsanspruch und die haftungsrechtliche Stellung des Befreiungsgläubigers.<sup>27</sup> In einer Rezension dieser Arbeit kritisierte *Hoffmann* 2018, diese Themenstellung sei „nicht glücklich gewählt“. Die Entstehungsgründe des Befreiungsanspruchs seien „derart heterogen, dass sich gemeinsame Aussagen über den ‚charakteristischen‘ Anspruchsinhalt hinaus schon in materiell-rechtlicher Hinsicht kaum treffen“ ließen.<sup>28</sup> Die „dogmatische Leis-

<sup>22</sup> Ähnlich *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 213: „Im Schrifttum erhält der Befreiungsanspruch noch immer nicht die Aufmerksamkeit, die er aufgrund der besonderen, sich aus seinem Inhalt ergebenden dogmatischen Schwierigkeiten an sich verdient. Sein Inhalt und seine Rechtsfolgen sind aber bislang nur in den Grundzügen geklärt“. A. A. *Gnauck* (2016), S. 7: Die Dogmatik zum vertraglichen Freistellungsanspruch habe sich „in den letzten Jahrzehnten weitgehend gefestigt.“

<sup>23</sup> Die frühen Untersuchungen zum Befreiungsanspruch konzentrierten sich auf einige Kernfragen des Anspruchsinhalts, beispielsweise der Abtretbarkeit und der (fehlenden) Aufrechenbarkeit: *Gerhardt* (1966), S. 40 ff., 72 ff.; *Güntner* (1967), S. 223 ff., 233 ff.

<sup>24</sup> Statt vieler: BGH, NJW-RR 2008, 256 Rn. 22. Eingehend zu diesem Problem: § 2 I. Kapitel C. I.

<sup>25</sup> *Muthorst*, AcP 209 (2009), 212, 219 ff.

<sup>26</sup> *Mayer*, ZfPW 2015, 226, 232 f.

<sup>27</sup> *Holzmann* (2016), S. 2.

<sup>28</sup> *Hoffmann*, KTS 2018, 89, 92.

tungsfähigkeit der Kategorie des Befreiungsanspruchs“ dürfe nicht überschätzt werden.<sup>29</sup>

## B. Ziele der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung strebt an, die seit Reichsgerichtszeiten in unzähligen gerichtlichen Entscheidungen herangezogenen Umwandlungs-Thesen auf ein solides rechtsdogmatisches Fundament zu stellen.<sup>30</sup> Konkret soll die Frage beantwortet werden, unter welchen Voraussetzungen und bei welchen Arten von Befreiungsansprüchen die Interessen des Befreiungsgläubigers an der Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs die Interessen des Befreiungsschuldners, an seiner ursprünglich begründeten Herstellungsverpflichtung festhalten zu dürfen, überwiegen – oder umgekehrt formuliert, in welchen Fällen die Interessen des Schuldners es gebieten, dem Gläubiger eine Umwandlung zu versagen oder sie nur unter bestimmten Einschränkungen zuzulassen.

Zugleich soll die These verifiziert werden, dass sich diese Antwort anhand der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Übergangsmechanismen entwickeln lässt, ohne dass es eines Rückgriffs auf die von der Rechtsprechung *praeter legem* entwickelten Fallgruppen bedarf. Diese These beruht im Kern auf der Beobachtung, dass das positive Recht zur Zeit der Begründung der gesetzlich nicht erklärbaren Fallgruppen durch das Reichsgericht noch keine ausreichenden Übergangstatbestände enthielt.<sup>31</sup> Dies hat sich seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 geändert: Der Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatz statt der Leistung (§ 281 IV BGB) kann mittlerweile als Modell für die Umwandlung des Befreiungsanspruchs herangezogen werden. Die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung geschaffene Vereinheitlichung der Leistungsstörungstatbestände mittels des Begriffs der Pflichtverletzung erlaubt es, alle vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse an § 281 BGB zu messen.<sup>32</sup> Eine Verletzung der Freistellungspflicht durch den Schuldner kann also gem. §§ 280 I, III, 281 BGB *unabhängig davon, auf welcher Grundlage die Befreiungsverpflichtung beruht*, eine Umwandlung des Befreiungsanspruch bewirken.

Schließlich will die Arbeit zu einem besseren Verständnis der bislang vernachlässigten Dogmatik des Befreiungsanspruchs beitragen. Begrenzt auf das

---

<sup>29</sup> Hoffmann, KTS 2018, 89.

<sup>30</sup> Rechtsdogmatik wird verstanden als Disziplin, „die das Ziel verfolgt, den Rechtsstoff zu durchdringen, präzise zu erfassen und systematisch zu ordnen“ (Bumke, JZ 2014, 641, 645 m. w. N.). Weiterführend zu den Funktionen der Rechtsdogmatik und ihrem Wert für die Zivilrechtswissenschaft z. B. Eichel (2014), S. 6 ff. m. w. N.

<sup>31</sup> Insbesondere waren die Instrumentarien des Leistungsstörungsrechts, die einen Übergang in den Zahlungsanspruch herbeiführen konnten, begrenzt. Eingehend unten, § 2 2. Kapitel B. II.

<sup>32</sup> Vgl. etwa MüKo-BGB/Ernst, § 281 Rn. 7 ff.

spezifische Problem der Umwandlung wird der Frage nachgegangen, ob es trotz der enormen Heterogenität der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse möglich ist, allgemeingültige Aussagen für sämtliche oder jedenfalls zahlreiche Befreiungsansprüche zu treffen.

### C. Gang der Darstellung

Nach einem kurzen Überblick über die strukturellen und terminologischen Grundlagen des Untersuchungsgegenstands (§1 2. Kapitel) werden daher zunächst charakteristische Entstehungsgründe gesetzlicher und vertraglicher Befreiungsansprüche dargestellt sowie deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede erarbeitet (§2 1. Kapitel A. und B.). Ein besonderer Fokus wird dabei auf das komplexe Verhältnis zwischen Befreiungsanspruch und Drittforderung gelegt (§2 1. Kapitel C.). Im Anschluss sollen die Ziele der Untersuchung in drei Schritten erreicht werden:

1. Die gesetzlichen Vorschriften des BGB werden unter Bezugnahme auf die zuvor dargestellten Entstehungsgründe einzeln daraufhin untersucht, unter welchen Voraussetzungen sie einen Übergang in den Zahlungsanspruch zulassen (§2 2. Kapitel). Dabei wird zwischen Übergangstatbeständen ohne (§2 2. Kapitel A.) und mit Fristsetzungsmechanismus (§2 2. Kapitel B.) unterschieden, bevor die Frage beantwortet wird, ob die Fristsetzungsvorschriften eine Sperrwirkung zulasten eines fristlosen Übergangs entfalten sollten (§2 2. Kapitel C.).

2. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse dienen als Fundament der Gesamtschau der Interessen- und Gesetzeslage (§2 3. Kapitel). Darin werden zum einen die konfligierenden Interessen der Parteien zusammenfassend dargestellt. Zum anderen werden die gesetzlichen Grundwertungen ermittelt, die es rechtfertigen, dass den Interessen des Befreiungsgläubigers an der sofortigen Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs gegenüber den Interessen des Befreiungsschuldners, an seiner ursprünglichen Herstellungsverpflichtung festhalten zu dürfen, der Vorrang eingeräumt wird.

3. Zuletzt sind diejenigen Fallgruppen in den Blick zu nehmen, bei denen die Rechtsprechung eine Umwandlung behauptet, ohne dass bislang eine an Gesetzesvorschriften ausgerichtete Begründung gefunden bzw. auch nur versucht wurde. Gegenstand der Analyse sind die zentralen Umwandlungs-Thesen der Rechtsprechung bei der „feststehenden Inanspruchnahme“ des Befreiungsgläubigers (§2 4. Kapitel A.), der Abtretung des Befreiungsanspruchs an den Drittgläubiger (§2 4. Kapitel B.), sowie der Insolvenz des Befreiungsgläubigers (§2 4. Kapitel C.). Geprüft wird, ob die Thesen sich mit der *ratio legis* der bestehenden Gesetzesvorschriften rechtfertigen lassen und sich im Lichte der zuvor gefundenen Wertungen als interessengerecht erweisen.



## 2. Kapitel: Terminologische und strukturelle Grundlagen

Für das bereits eingangs beschriebene Recht des Befreiungsgläubigers, vom Befreiungsschuldner die Entlastung von einer Drittforderung<sup>1</sup> zu verlangen, wird der Oberbegriff des Befreiungsanspruchs verwendet.<sup>2</sup> Befreiungsansprüche, die auf einer unmittelbaren vertraglichen Verpflichtung des Schuldners beruhen, werden synonym auch als Freistellungsansprüche bezeichnet.<sup>3</sup> Diese Terminologie ist alternativen Begrifflichkeiten<sup>4</sup> vorzuziehen, weil sie sich an der Formulierung des Gesetzes orientiert.<sup>5</sup>

Mit dem Begriff des Befreiungs- oder Freistellungsanspruchs werden im Folgenden ausschließlich Ansprüche auf Befreiung von einer *tatsächlich* bestehenden Drittforderung beschrieben (insoweit kann auch von einer Befreiungsverpflichtung „im engeren Sinne“ gesprochen werden). Kann ein Gläubiger von seinem Schuldner zusätzlich verlangen, die gegen ihn geltend gemachten Ansprüche abzuwehren, wenn sie nur *vermeintlich* bestehen, werden dafür die im Haftpflichtversicherungsrecht üblichen Begriffe des „Abwehranspruchs“<sup>6</sup> oder des „Freistellungsanspruchs im weiteren Sinne“<sup>7</sup> verwendet.

---

<sup>1</sup> Teilweise auch als „Urschuld“ (*Gursky*, KTS 1973, 27), „Hauptforderung“ (*Trinkl* [1966], S. 2) oder „Drittschuld“ (*Schütt*, NJW 2016, 980, 981) bezeichnet.

<sup>2</sup> Die Untersuchung beschränkt sich auf Ansprüche, denen ein Drei-Personen-Verhältnis zugrunde liegt. Zwar ist auch denkbar, dass der Schuldner zugleich Inhaber der gegen den Gläubiger gerichteten Forderung ist (vgl. *Gerhardt* [1966], S. 2; *Görmer* [1992], S. 5 f.). Im Zweipersonenverhältnis kann es aber zu keiner Umwandlung des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch kommen. Ist der Schuldner zugleich Inhaber der Drittforderung, ist der Befreiungsanspruch von vornherein auf Erlass oder Aufhebung der Drittforderung gerichtet (vgl. *Gerhardt* [1966], S. 11, 33).

<sup>3</sup> Ähnlich *Mayer*, ZfPW 2015, 226, 227 f.

<sup>4</sup> Andere (in der Sache jedoch synonyme) Bezeichnungen sind: „Freihaltungsanspruch“ (BGHZ 23, 17, 22; *Prediger* [1988], S. 124; *Peters*, ZGS 2010, 495); „Freihalteanspruch“ (*Wilhelm*, FuR 2000, 353 m. w. N. in Fn. 5); „Liberationsanspruch“ (*von Tuhr* [1895], S. 82 ff.) und „Schuldbefreiungsanspruch“ (*Gursky*, KTS 1973, 27).

<sup>5</sup> Das BGB verweist für gesetzlich angeordnete Befreiungspflichten auf die Begriffe der „Befreiung von einer Verbindlichkeit“ (vgl. §§ 31a II 1, 31b II 1, 257 S. 1, 821 BGB. Ähnlich §§ 738 I 2, 775 I BGB) oder den „Befreiungsanspruch“ (vgl. die amtliche Überschrift des § 257 BGB), während das VVG für die (praktisch wohl bedeutsamste) vertraglich vereinbarte Befreiungsverpflichtung des Haftpflichtversicherers vom Freistellungsanspruch (vgl. §§ 108, 110, 111 VVG) spricht.

<sup>6</sup> *Kassing/Richters*, VersR 2015, 293, 295. Im Versicherungsrecht sind als synonyme Bezeichnungen ebenfalls gebräuchlich: Rechtsschutzanspruch (*Hofmann* [2018], S. 229; *Wandt* [2016], Rn. 1076 ff.; *Bruns* [2015], § 22 Rn. 18; *von Bar*, AcP 181 [181], 289, 305); Rechts-

Die Situation, in der der Befreiungsgläubiger die gegen ihn gerichtete Drittforderung tilgt, wird abgekürzt auch als „Selbsterfüllung“ bezeichnet.<sup>8</sup> Die Drittforderung kann in der Theorie auf jede denkbare Handlungsverpflichtung gerichtet sein.<sup>9</sup> In der Rechtspraxis spielen aber fast ausschließlich Konstellationen eine Rolle, in der es um die Befreiung von einer Zahlungsverbindlichkeit geht.<sup>10</sup> Eine Entscheidung, in der ein Gericht eine Umwandlung eines Befreiungs- in den Zahlungsanspruch angenommen hat, der sich *nicht* auf die Befreiung von einer Geldforderung bezog, hat es bislang soweit ersichtlich nicht gegeben. Daher beschränkt sich auch die vorliegende Untersuchung grundsätzlich auf die Fälle der Befreiung von Geldschulden, soweit nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass eine Umwandlung auch bei einem abweichenden Anspruchsinhalt der Drittforderung in Betracht kommt.

## A. Rechtslage vor Umwandlung

### I. Anspruch des Befreiungsgläubigers

Der Befreiungsanspruch ist auf die Herstellung eines Zustands gerichtet, in der das Vermögen des Gläubigers nicht durch eine Verbindlichkeit belastet wird.<sup>11</sup> Wie der Gläubiger eines negatorischen Beseitigungsanspruchs (§1004 BGB) kann der Befreiungsgläubiger zwar die Schaffung eines bestimmten Zustands verlangen. Er darf seinem Schuldner allerdings nicht vorgeben, auf welche Weise er diesen Zustand herbeizuführen hat.<sup>12</sup> Daher kann der Befreiungsgläu-

---

schutzfunktion (*Beisler*, *VersArch* 1957, 257; *Bruck/Möller/Johannsen* [8. Aufl. 1970], Band IV, Anm. B 36); Abwehrkomponente (*Baumann*, *VersR* 2010, 984, 985; *Armbrüster*, r+s 2010, 441, 449; *Klimke*, r+s 2014, 105, 111); Abwehrfunktion (*Langheidt/Wandt/Littbarski*, Vorbemerkung zu §§ 100 bis 112, Rn. 63 ff.).

<sup>7</sup> *Baumann*, *VersR* 2010, 984, 985; *Bruck/Möller/Koch*, §100 Rn. 2.

<sup>8</sup> Gleiche Terminologie bei *Gursky*, *NJW* 1971, 782, (für den Fall, dass der Eigentümer eines Grundstücks die ihn beeinträchtigende Störung selbst beseitigt); *Saenger* (1998), S. 12 (für vertretbare Handlungen).

<sup>9</sup> *Gerhardt* (1966), S. 14. So ist denkbar, dass der Drittgläubiger des Gläubigers eines Schadensersatzrechtlichen Befreiungsanspruchs (§§ 280 I, 249 I BGB) auf der Naturalrestitution (z. B. eine Reparatur) beharrt. Beispiele aus der Gerichtspraxis sind selten, vgl. etwa *BeckRS* 1954, 31371285, in der die Drittforderung selbst in einem Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit und damit einer Herstellungsverpflichtung bestand.

<sup>10</sup> So bereits *Trinkl* (1966), S. 3, 18; *Görmer* (1992), S. 126 (Fn. 4); *Gernhuber* (1994), S. 483.

<sup>11</sup> *BGHZ* 25, 1, 7; *BGH*, *NJW* 1989, 1920, 1922; *Flechtheim*, *LZ* 1908, Sp. 801, 809 f.; *Gerhardt* (1966), S. 8 ff.; *Gursky*, *KTS* 1973, 27, 28; *Güntner* (1967), S. 195; *von Olshausen*, *AcP* 182 (1982), 254, 255; *Görmer* (1992), S. 24; *Bischoff*, *ZfP* 120 (2007), 237; *Ericke*, *KTS* 2008, 257, 258; *Muthorst*, *AcP* 209 (2009), 212, 214; *Körner* (2013), S. 24; *Gnauck* (2016), S. 7; a. A. noch *Trinkl* (1966), S. 42 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zur Rechtslage nach §1004 BGB *Erman/Ebbing*, §1004 Rn. 65; *Staudinger/Thole* (2019), §1004 Rn. 372.