

Evidenz im Privatrecht

*Jörg Neuner**

Inhaltsübersicht

| | |
|---|-----|
| I. Einleitung | 258 |
| II. Abgrenzungen | 258 |
| 1. Notorietät..... | 259 |
| 2. Evidenzbasierung | 259 |
| III. Erscheinungsformen der Evidenz | 260 |
| 1. Empirische Evidenz..... | 260 |
| 2. Prognostische Evidenz..... | 261 |
| 3. Hermeneutische Evidenz..... | 262 |
| 4. Sittliche Evidenz..... | 264 |
| a) Unbilligkeit | 264 |
| b) Sittenwidrigkeit | 265 |
| c) Unrecht | 265 |
| 5. Normative Evidenz..... | 266 |
| a) Grundbuchamt | 266 |
| b) Notar | 266 |
| c) Bundesverfassungsgericht..... | 266 |
| d) Zivilgerichte..... | 268 |
| e) Bundespräsident..... | 270 |
| f) Europäische Rechtsprechung..... | 270 |
| IV. Funktionen der Evidenz..... | 271 |
| 1. Tatbestandsmerkmal..... | 271 |
| a) Regel-Ausnahme-Verhältnis | 271 |
| b) Beweislast..... | 272 |
| 2. Kontrollmaßstab | 272 |
| a) Mindestsicherung..... | 273 |
| b) Grundmaximen | 273 |
| 3. Verfahrensmaßstab | 274 |
| a) Entlastung | 275 |
| b) Stabilität | 275 |
| V. Feststellung der Evidenz | 275 |
| 1. Perspektive | 275 |
| 2. Prozedere | 276 |
| 3. Intensität | 276 |
| 4. Konsens | 277 |
| VI. Kritik an der Evidenz..... | 277 |

*Jörg Neuner ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 1. Philosophie | 277 |
| 2. Jurisprudenz..... | 278 |
| VII. Begründung der Evidenz | 279 |
| 1. Empirische Evidenz..... | 279 |
| 2. Prognostische Evidenz..... | 280 |
| 3. Hermeneutische Evidenz | 280 |
| 4 Sittliche Evidenz..... | 280 |
| 5. Normative Evidenz..... | 282 |
| VIII. Ergebnisse | 282 |

I. Einleitung

Das BGB verwendet an keiner Stelle den Ausdruck „evident“, doch enthält es synonyme Begriffe wie offenbar, offenkundig oder offensichtlich. Sinnähnlich findet man auch Worte wie eindeutig, klar oder ausdrücklich. Im juristischen Diskurs wird zumeist explizit von Evidenz gesprochen. Als *terminus technicus* hat sich der Ausdruck „Evidenzkontrolle“ etabliert, beispielsweise für die verfassungsgerichtliche „Ultra-vires-Prüfung“ von Akten der europäischen Organe, aber auch im Rahmen der Kontrollaufgaben des Grundbuchamts oder des Notars. Der folgende Beitrag versucht das Kriterium der Evidenz für den Bereich des Privatrechts näher zu erschließen, seine Erscheinungsformen und Funktionen aufzuzeigen und die methodologischen Grundlagen zu beleuchten.

II. Abgrenzungen

Der Begriff „evident“ leitet sich vom lateinischen Wort *evideri*, „heraussehen“, „hervorscheinen“, ab und kennzeichnet „dasjenige, was einleuchtet, weil es gleichsam aus sich herausstrahlt.“¹ Er erfasst alles, was augenscheinlich als das wahrgenommen werden kann, was es ist. Zahlreiche Autoren unterscheiden zwischen einer *objektiven* Komponente, die im Einleuchten des Sachverhalts liegt,² und einer *subjektiven* Komponente,³ die das Einsehen erfasst.⁴ Im Rahmen der objektiven Evidenz

¹ *Kemmann* in Ueding, Historisches Wörterbuch der Rhetorik, Band 3, 1996, 33 „Evidentia, Evidenz“; zur weiteren Ableitung aus dem Griechischen s. *Moser*, in Lethen, Auf die Wirklichkeit zeigen: Zum Problem der Evidenz in den Kulturwissenschaften, 2015, 85 (85 ff.); zur Evidenz im Denken römischer Juristen *Mayer-Maly*, in Watson, Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube, 1974, 225; s. auch *Mayer-Maly*, in FS v. Lübtow, 1970, 339.

² *Hartmann*, Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Aufl. 1949, 503: „Sie ist das absolute, notwendige Gewißheitsideal aller Erkenntnis“ im Unterschied zur subjektiven Evidenz als „Überzeugtheit des erkennenden Subjekts von der Gewißheit einer Einsicht, ohne zureichende Gewähr der Wahrheit“; zur Möglichkeit der Evidenztäuschung aufgrund einer Diskrepanz von objektiver und subjektiver Evidenz s. *Hartmann*, 504 ff.

³ Kritisch u. a. *Meyer*, Systematische Philosophie, Bd. I, 1955, 139: „Evidenz ist ja nichts Psychologisches, ist nicht psychologische Festigkeit, Zwang, sie ist klare Erkenntnis des Grundes. Die Denknöwendigkeit gründet nicht im Subjekt, sondern im Objekt, in dem objektiven Verhältnis zwischen dem Urteilssinn und dem Sachverhalt.“; s. auch *Husserl*, Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Buch 1, 1913, 39 f.

wird weiter differenziert zwischen einer *unmittelbaren*, d. h. einer unabgeleiteten, originären Evidenz und einer *mittelbaren* Evidenz, die der Beweisführung bedarf und aus anderen, vorausliegenden Erkenntnissen geschlossen wird.⁵ Zur unmittelbaren Evidenz werden insbesondere die Denkevidenz (Augenscheinlichkeit oberster logischer Sätze) sowie die Wahrnehmungsevidenz (Augenscheinlichkeit sinnlich wahrnehmbarer Tatbestände) gerechnet. Von dieser herkömmlichen Wortbedeutung sind zwei Begrifflichkeiten abzugrenzen.

1. Notorietät

§ 291 ZPO besagt, dass Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, keines Beweises bedürfen. Offenkundig im Sinne dieser Vorschrift⁶ sind solche Tatsachen, die aus Sicht des Gerichts allgemein- oder gerichtskundig sind.⁷ Gerichtskundig sind Tatsachen, die der Richter in amtlicher Eigenschaft kennt.⁸ Allgemeinkundig sind Tatsachen, „von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weiteres Kenntnis haben oder von denen sie sich durch Benützung allgemein zugänglicher, zuverlässiger Quellen unschwer überzeugen können.“⁹

Dieser Notorietätsgrundsatz ist von dem Evidenzbegriff insofern abzugrenzen, als er an ein präsentenes Wissen oder Wiedererinnern anknüpft. Evidenz ist hingegen primär ein erkenntnistheoretischer Begriff. Er erfasst nicht das Abrufen von Wissen oder Erinnerungen, sondern das „Erkennen“.¹⁰

2. Evidenzbasierung

Von dem deutschen Begriff „Evidenz“ weicht der englische Ausdruck „*evidence*“ stark ab. Er bedeutet so viel wie Indiz, Nachweis oder Beleg. Sind Entscheidungen auf solche externen Faktoren im Sinne des englischen Sprachgebrauchs rückführbar, spricht man von Evidenzbasierung (Beispiel: evidenzbasierte Medizin auf der Grundlage klassifizierter klinischer Studien).¹¹ Evidenz meint in diesem Kontext also kein

⁴ Mayer-Maly, in FS Verdross, 1971, 259 (259); Schreiner, in FS Tammelo, 1984, 543 (543); Geyser, Über Wahrheit und Evidenz, 1918, 43 ff.

⁵ Ausführlicher Geyser (Fn. 4) 42 f., 53 ff.; Achterberg, DÖV 1963, 331 (332); Robbers, Gerechtigkeit als Rechtsprinzip, 1980, 128 ff. m. w. N.

⁶ Analoges gilt für die Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge gem. § 727 Abs. 1, 2 ZPO; vgl. Münzberg in Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2002, § 727 Rn. 41; auch die Offenkundigkeit gem. §§ 851a Abs. 2 i. V. m. Abs. 1, 851b Abs. 4 S. 3 i. V. m. Abs. 1 ZPO wird im Sinne des § 291 ZPO interpretiert; s. Würdinger in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2017, § 851a Rn. 8, § 851b Rn. 6; Smid in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, § 851a Rn. 9.

⁷ Nach h. M. ist in Kollegialspruchkörpern ein Mehrheitsbeschluss über diese Art der Offenkundigkeit erforderlich, aber auch ausreichend; vgl. Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 291 Rn. 7; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 112 Rn. 29.

⁸ S. näher Prütting in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 291 Rn. 9 m. w. N.

⁹ BVerfG NJW 1960, 31 (31); ähnlich Huber in Musielak/Voit, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 15. Aufl. 2018, § 291 Rn. 1 m. w. N.

¹⁰ Vgl. Krugmann, Evidenzfunktionen, 1996, 96.

¹¹ Der Ausdruck „evidenzbasiert“ wird auch wiederholt vom Gesetzgeber im SGB V (zur gesetzlichen Krankenversicherung) verwandt; s. z. B. §§ 35 Abs. 1b S. 4, 137f Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB V.

unmittelbares Einleuchten, keine unmittelbare Gewissheit, sondern eine externe Evidenz beruhend auf systematischen Verfahren und Forschungsergebnissen.¹²

III. Erscheinungsformen der Evidenz

Die Evidenz hat vielfältige Erscheinungsformen. Sie kann sich insbesondere auf Fakten, Prognosen, Erklärungen sowie auf die Sittlichkeit beziehen. Hieran anknüpfend kann man unterscheiden zwischen empirischer, prognostischer, hermeneutischer und sittlicher Evidenz. Einen weiteren Unterfall bildet die normative Evidenz, die sich auf die Gesetzeslage bezieht.

1. Empirische Evidenz

Zahlreiche Vorschriften des *BGB* befassen sich mit evidenten Fakten, sei es äußeren (körperlichen, unkörperlichen) oder inneren (Kenntnissen, Absichten etc.).¹³

Im *Schuldrecht* regelt § 309 Nr. 8b *ee* *BGB* die Ausschlussfrist für die Anzeige nicht *offensichtlicher* Mängel. „Offensichtlich“ bedeutet hier, dass der „Mangel“ auch einem durchschnittlichen, mit dem Vertragsgegenstand nicht vertrauten Kunden auffallen muss.¹⁴ Nach § 562a S. 2 *BGB* hat ein Vermieter die Entfernung einer Sache zu dulden, wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters *offenbar* ausreichen. Mit „offenbar“ ist in diesem Kontext gemeint, dass ohne eine nähere Untersuchung die restlichen Pfandobjekte die Forderungen des Vermieters decken.¹⁵ Außerdem schließt § 312g Abs. 2 Nr. 1 *BGB* ein Widerrufsrecht aus, sofern bestimmte Waren *eindeutig* auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind. Die Ware muss in diesem Fall so individualisiert sein, dass ihre Rücknahme für den Unternehmer wirtschaftlich wertlos ist.¹⁶

Im *Familienrecht* gibt es die Regelung des § 1310 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 *BGB*, nach der der Standesbeamte seine Mitwirkung verweigern muss, wenn *offenkundig* ist, dass die Ehe nach § 1314 Abs. 2 *BGB* (wegen Geistesstörung, Täuschung, Drohung u. a.) aufhebbar wäre. Strittig ist hierbei, ob der Standesbeamte nur solche Beweise sam-

¹² Vgl. *Welt/Raspe*, NJW 2002, 874 (874); ausführlich *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, 2 ff.; am Beispiel evidenzbasierter Pädagogik *Sandkühler*, in Bellmann/Müller, Wissen, was wirkt, 2011, 33 (33 ff.).

¹³ Zur beweisrechtlichen Funktion der Evidenz *Krugmann* (Fn. 10) 81 ff. m. w. N.

¹⁴ BT-Drs. 7/3919, 35; *Wurmnest* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2016, § 309 Nr. 8 Rn. 64 (enger als „erkennbare Mängel i. S. v. § 377 Abs. 2 HGB“); *Berger* in Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 2017, § 309 Rn. 69.

¹⁵ *KG ZMR*, 2016, 939 (940); *Lammel* in Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 562a Rn. 18; *Emmerich* in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2018, § 562a Rn. 20 m. w. N.

¹⁶ *Wendehorst* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 312g Rn. 15; *Grüneberg* in Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, § 312g Rn. 4 (anderweitig nicht oder nur mit einem unzumutbaren Preisnachlass absetzbar).

meln darf, die leicht zugänglich sind,¹⁷ oder ob sich die Offenkundigkeit auf den Grad der Gewissheit beziehen muss („vernünftigerweise kein Zweifel“)¹⁸.

Entspricht im *Erbrecht* die von dem Bedachten getroffene Bestimmung seinen Verhältnissen *offenbar* nicht, hat der Beschwerde gem. § 2155 Abs. 3 BGB so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte. Dies setzt voraus, dass die Abweichung von jedem Sachkundigen zweifellos erkannt wird, wofür auch eine Beweisaufnahme notwendig sein kann.¹⁹ Des Weiteren hat der Testamentsvollstrecker Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten *offenbar* nicht bedarf, dem Erben gem. § 2217 Abs. 1 S. 1 BGB auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. „Offenbar“ meint hier, dass keine eingehende Beweiserhebung (oder weitläufige Prüfung²⁰) notwendig ist.²¹

Neben diesen expliziten gesetzlichen Regelungen wird das Evidenzkriterium von der *h. M.* auch im Rahmen der *Auslegung* und *Rechtsfortbildung* verwandt. Prominentes Beispiel ist die Begrenzung der Vertretungsmacht für den Fall, dass sich dem Geschäftsgegner massive Verdachtsmomente aufdrängen, der Missbrauch also offenkundig ist.²²

In der *ZPO* regeln die §§ 885 Abs. 3 S. 2, 885a Abs. 3 S. 2 die Vernichtung beweglicher Sachen, an deren Aufbewahrung *offensichtlich* kein Interesse besteht.²³ Sachen, die der Pfändung *offensichtlich* nicht unterworfen sind, brauchen nicht angegeben zu werden (§ 802c Abs. 2 S. 4 ZPO).²⁴

2. Prognostische Evidenz

Im Unterschied zu Tatsachen beziehen sich Prognosen auf zukünftige Ereignisse. Demzufolge bildet die prognostische Evidenz den zu erwartenden Eintritt solcher Ereignisse ab.

§ 323 Abs. 4 BGB bestimmt, dass der Gläubiger vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten kann, falls die Voraussetzungen des Rücktritts *offensichtlich* eintreten werden. Dabei wird ein deutlich höherer Grad an Wahrscheinlichkeit als für die „Erkennbarkeit“ i. S. v. § 321 Abs. 1 BGB verlangt; es muss jeder ernsthafte Zweifel ausgeschlossen sein.²⁵ Des Weiteren ist eine Kündigung gem. § 543 Abs. 3 S.

¹⁷ *Hepting*, FamRZ 1998, 713 (721); *Brudermüller* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1310 Rn. 8.

¹⁸ *Wellenhofer* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 1310 Rn. 21; *Roth* in Erman, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl. 2017, § 1310 Rn. 6 f.; *Kriewald* in Beck'scher Online-Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand 1.3.2018, § 1310 Rn. 59.

¹⁹ *Hölscher* in BeckOGK BGB, Stand 15.3.2018, § 2155 Rn. 13 m. w. N.

²⁰ *Zimmermann* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 2217 Rn. 3; *Weidlich* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2217 Rn. 3.

²¹ *Reimann* in Staudinger, BGB, 2016, § 2217 Rn. 12; *Suttman* in BeckOGK BGB, Stand 1.12.2017, § 2217 Rn. 6.

²² *BGH* NZG 2014, 389 (Tz. 15); *Ellenberger* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 164 Rn. 14.

²³ BT-Drs. 17/10485, 30: „Hierbei ist vom offensichtlichen Fehlen eines Interesses an der Aufbewahrung nur unter engen Voraussetzungen auszugehen.“

²⁴ *Rathmann* in Saenger, Handkommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Aufl. 2017, § 802c Rn. 12: „Sobald Zweifel bestehen können, müssen die Sachen daher angegeben werden.“; ähnlich *Meller-Hannich* in Prütting/Gehrlein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 10. Aufl. 2018, § 802c Rn. 14.

²⁵ *Ernst* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 136; *Gsell* in Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 134.

2 Nr. 1 BGB auch ohne eine Frist oder Abmahnung zulässig, wenn diese *offensichtlich* keinen Erfolg verspricht. Über jene Detailregelungen hinaus sind bei Dauer-schuldverhältnissen ganz generell Abmahnungen oder Fristsetzungen entbehrlich, sofern solche Maßnahmen (als gegenüber der Kündigung milderes Mittel) aussichtslos erscheinen.²⁶

Nach § 882c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO hat der Gerichtsvollzieher eine Eintragung in das Schuldnerverzeichnis anzuordnen, wenn eine Vollstreckung nach dem Inhalt des Vermögensverzeichnisses *offensichtlich* nicht zur Befriedigung des Gläubigers geeignet wäre. Die Prognosekompetenz des Gerichtsvollziehers erfasst nur diese eindeutigen Fälle, hingegen keine komplexen Bewertungsfragen.²⁷ Bestehen Zweifel, muss die Eintragung unterbleiben.²⁸

Die prognostische Evidenz wird zudem im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Gesetzen relevant. Der Gesetzgeber hat bei Prognosen und Tatsachenfeststellungen zwar einen breiten Einschätzungsspielraum, doch unterliegen diese Befunde der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Das *BVerfG* entwickelte im „*Mitbestimmungs-Urteil*“ drei Kontrollstufen, die von einer strengen inhaltlichen Kontrolle über eine Vertretbarkeits- bis hin zu einer Evidenzkontrolle reichen.²⁹ Maßgeblich für die Einstufung sind insbesondere die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und die Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.³⁰ Im Rahmen einer bloßen *Evidenzkontrolle* überprüft das *BVerfG* dabei lediglich, ob eine gesetzgeberische Prognose *offenkundig unrichtig* erscheint.

Das *BVerfG* hat zudem potentielle rechtliche und gesamtgesellschaftliche Auswirkungen seiner Entscheidungen mit zu bedenken und hierbei eine Prognose über die Folgen einer Nichtigkeitsanordnung gem. § 78 S. 1 BVerfGG zu treffen. Das Gericht sieht von einer Nichtigkeitsanordnung ab, wenn diese offensichtlich zu massiver Rechtsunsicherheit und Instabilität führen würde („*Evidenz des Chaos*“³¹).³²

3. Hermeneutische Evidenz

Die hermeneutische Evidenz bezieht sich auf die Interpretation und das Verstehen von Erklärtem. Es kann sich speziell um Willenserklärungen, aber auch um sonstige Äußerungen handeln.

²⁶ Böttcher in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 314 Rn. 9; Lorenz in Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 45. Ed. 2014, § 314 Rn. 19.

²⁷ BT-Drs. 16/10069, 37.

²⁸ BT-Drs. 16/10069, 37; Voit in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 882c Rn. 3.

²⁹ BVerfGE 50, 290 (333); das *BVerfG* hat sich zuletzt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009, BVerfGE 123, 186 (Tz. 169), explizit auf diese „Drei-Stufen-Lehre“ bezogen; kritisch hierzu Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 532 ff. m. w. N.; das Gericht betont beispielsweise aber auch in einer jüngeren Entscheidung zur Bemessung des Existenzminimums, BVerfGE 137, 34 (Tz. 81), dass sich seine Kontrolle darauf beschränkt, „ob die Leistungen evident unzureichend sind.“

³⁰ BVerfGE 50, 290 (333).

³¹ Krugmann (Fn. 10) 173.

³² BVerfGE 137, 108 (Tz. 148); 73, 40 (101 f.: „Im vorliegenden Fall ist es geboten, für die Zeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung eine Übergangsregelung zu treffen. Dadurch wird verhindert, daß ein rechtliches Vakuum entsteht und bei den betroffenen Steuerpflichtigen wie bei den Behörden Unsicherheit über die Rechtslage herrscht ...“).

Das Gesetz verlangt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), bei Informationen im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 312j Abs. 2³³), bei vorvertraglichen Informationspflichten (§ 482 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie für Zeugnisse (§ 630 S. 4 BGB i. V. m. § 109 Abs. 2 S. 1 GewO) eine „klare und verständliche“ Formulierung, und zwar so, dass der Durchschnitts-Leser den jeweiligen Inhalt ohne große Mühen erfassen kann.³⁴ Erforderlich ist kein Verstehen des Sachverhalts „auf den ersten Blick“, doch fordern die Gesetzesautoren, dass die Angaben „in ihrem Aussagegehalt unmissverständlich sowie sprachlich klar und eindeutig formuliert (sein müssen).“³⁵

An verschiedenen Stellen sagt das Gesetz auch explizit, dass etwas „eindeutig“ formuliert sein muss. So ist gem. § 312j Abs. 3 S. 2 BGB die Schaltfläche mit einer *eindeutigen* Formulierung zu beschriften, gem. § 355 Abs. 1 S. 3 BGB muss aus der Erklärung der Widerruf *eindeutig* hervorgehen, nach § 356 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Unternehmer eine *eindeutige* Widerrufserklärung zum Ausfüllen bereitstellen und nach § 492 Abs. 7 BGB wird die Vereinbarung eines veränderlichen Sollzinssatzes, der sich nach einem Index oder Referenzzinssatz richtet, nur wirksam, wenn der Index oder Referenzzinssatz *eindeutig* bestimmt ist.

Häufig verlangt das Gesetz auch, dass etwas „ausdrücklich“ erklärt wird, beispielsweise in § 244 Abs. 1 BGB (Vereinbarung einer Fremdwährungsschuld), in § 504a Abs. 3 S. 2 BGB (Ablehnung eines Beratungsangebots) und in § 630e Abs. 3 BGB (Aufklärungsverzicht). Die erforderliche „Ausdrücklichkeit“ setzt, übereinstimmend mit dem Kriterium der „Eindeutigkeit“, eine hinreichende Bestimmtheit der Erklärung voraus, die plausible Zweifel am Interpretationsergebnis ausschließt. Beide Tatbestandsmerkmale unterscheiden sich aber dadurch, dass für ausdrückliche Erklärungen kein konkludentes Verhalten genügt.³⁶ Exemplarisch zeigt dies die Regelung des § 164 Abs. 1 S. 2 BGB, die danach differenziert, ob eine Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder aber die Umstände darauf hindeuten. Ähnlich unterscheidet § 863 Abs. 1 (österr.) ABGB: „Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch (...) Handlungen erklären (...).“ Eine ausdrückliche Erklärung muss zwar nicht die exakten Fachbegriffe aufgreifen (z. B. nicht das Wort „Prokura“ für deren Erteilung gem. § 48 Abs. 1 HGB³⁷), doch ist eine Kundgabe durch schlüssiges Verhalten grundsätzlich ausgeschlossen. Bei einer „ausdrücklichen“ Erklärung muss der Wille also schriftlich oder mündlich kundgetan werden. Außerdem können standardisierte Zeichen verwandt werden, wie sie insbesondere in der Gebärdensprache üblich sind.³⁸

Ebenso wie etwas eindeutig im Sinne der Sprecherintention erklärt werden kann, gibt es auch eindeutig *falsche* Erklärungen. § 319 Abs. 1 ZPO regelt deshalb, dass „Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten“ in einem Urteil jederzeit durch das Gericht von Amts wegen zu berichtigen sind. „Offenbar“

³³ Gem. § 312j Abs. 2 BGB müssen die Informationen zusätzlich „in hervorgehobener Weise“ zur Verfügung gestellt werden.

³⁴ Vgl. nur *Wurmnest* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 307 Rn. 58; *Busch* in BeckOGK BGB, Stand 1.3.2018, § 312i Rn. 20.

³⁵ BT-Drs. 17/7745, 11.

³⁶ Vgl. *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 335.

³⁷ Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 12 Rn. 4.

³⁸ S. näher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 31 Rn. 4.

verlangt dabei nicht, dass die Fehlerhaftigkeit auf den ersten Blick erkennbar ist.³⁹ Sie muss auch nicht für einen außenstehenden Betrachter erkennbar sein. Maßgeblich ist die Sicht eines (sachkundigen) Verfahrensbeteiligten.⁴⁰

4. Sittliche Evidenz

Neben Fakten, Prognosen und Erklärungen können auch (primär) sittliche Standards und Normen den Bezugspunkt der Evidenz bilden.

a) Unbilligkeit

An verschiedenen Stellen erklärt das Gesetz offenbar unbillige Anordnungen, die im Privatrechtsverkehr getroffen werden, für nicht verbindlich. § 319 Abs. 1 BGB besagt, dass eine *offenbar* unbillige Leistungsbestimmung durch einen Dritten nicht verbindlich ist. Ein solcher Fall tritt nach *h. M.* ein, wenn die Leistungsbestimmung in *grober* Weise gegen Treu und Glauben verstößt und sich dies dem unbefangenen Sachkundigen, jedenfalls nach eingehender Prüfung, aufdrängt.⁴¹ Ähnlich bestimmt § 660 Abs. 1 S. 2 BGB, dass die Verteilung durch den Auslobenden bei *offenbarer* Unbilligkeit nicht verbindlich ist. Die Unrichtigkeit muss sich auch hier dem unbefangenen Sachkundigen geradezu aufdrängen.⁴² Ebenso ist gem. § 2048 S. 3 BGB die von einem Dritten getroffene Bestimmung für die Erben nicht verbindlich, wenn sie *offenbar* unbillig ist. Auch hier gilt wiederum der Maßstab des § 319 Abs. 1 BGB.⁴³ Des Weiteren begrenzt § 1579 Nr. 7 BGB einen Unterhaltsanspruch, sofern dem Berechtigten ein *offensichtlich* schwerwiegendes, *eindeutig* bei ihm liegendes Fehlverhalten zur Last fällt.

Offenbar unbillige Anordnungen Dritter sind aus der Perspektive eines unbefangenen Sachkundigen festzustellen.⁴⁴ Im Unterhaltsrecht bemisst sich das offensichtliche Fehlverhalten aus Sicht eines objektiven Betrachters und nicht nach den subjektiven Befindlichkeiten der Eheleute.⁴⁵

An einigen Stellen des Familienrechts (§§ 1318 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 1381 Abs. 1, 2, 1383 Abs. 1, 1576 S. 1, 1579, 1611 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie im Allgemeinen Teil des Schuldrechts (§§ 271a Abs. 1 S. 1, Abs. 3, 288 Abs. 6 S. 2, 3 BGB) spricht das Gesetz nicht von einer offenbaren, sondern von einer *groben* Unbilligkeit. Signifikant ist das unterschiedliche Verständnis von „grob“. Während eine „offenbare Unbilligkeit“ (i. S. v. § 319 Abs. 1 BGB) voraussetzt, dass der Grundsatz von Treu und Glau-

³⁹ Musielak in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 319 Rn. 7; Musielak in Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 319 Rn. 5.

⁴⁰ Musielak in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 319 Rn. 7.

⁴¹ BGH NJW 2013, 1296 (Tz. 16); Hager in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 319 Rn. 3; Würdinger in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 6 f.; v. Hoyningen-Huene, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, 1978, 38 f.; teilweise wird verlangt, dass sich der grobe Verstoß gegen Treu und Glauben sofort aufdrängen muss, vgl. BAG NZA 2009, 1275 (Tz. 40).

⁴² Schäfer in MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 660 Rn. 11; v. Reden in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2012, § 660 Rn. 10.

⁴³ Bayer in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2048 Rn. 10; Rißmann/Szalai in BeckOGK BGB, Stand 15.12.2017, § 2048 Rn. 24; s. ferner beim Zweckvermächtnis den Verweis in § 2156 S. 2 BGB auf § 319 BGB.

⁴⁴ BGH NJW 2013, 1296 (Tz. 16); v. Hoyningen-Huene (Fn. 41) 38 m. w. N.

⁴⁵ Haidl in BeckOGK BGB, Stand 1.1.2018, § 1579 Rn. 175.

ben in grober Weise verletzt wird,⁴⁶ verlangt die ganz *h. M.* für „grobe Unbilligkeit“ im Familienrecht, dass das „Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise“ verletzt wird.⁴⁷ Der qualitative Maßstab ist also deutlich strenger.⁴⁸ Im Allgemeinen Teil des Schuldrechts ist der Sprachgebrauch nochmals anders: Der Begriff der „groben Unbilligkeit“ wurde hier zum Zwecke der Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU eingeführt. In der deutschen Fassung der Richtlinie heißt es zwar „grob nachteilig“ (Art. 7 Abs. 1 bis 3), doch präferierte der Gesetzgeber den Ausdruck „grob unbillig“, da dieser der englischen Fassung „grossly unfair“ besser entspricht und der Begriff „grob nachteilig“ dem deutschen Recht fremd ist.⁴⁹

b) Sittenwidrigkeit

Anders als bei der Unbilligkeit differenziert das BGB nicht zwischen „einfacher“ und „offensichtlicher“ Sittenwidrigkeit. Es spricht in den §§ 138 Abs. 1, 817 S. 1, 819 Abs. 2 und 826 immer nur von einem Verstoß gegen die „guten Sitten“. Auch außerhalb des BGB gibt es, soweit ersichtlich, keine Steigerung in Form von „offensichtlich“, sondern lediglich in § 5 Abs. 2 Alt. 2 DDR-UGG (Gesetz über den Nachweis der Rechtmäßigkeit des Erwerbs von Umstellungsguthaben) die Formulierung, dass ein rechtmäßiger Erwerb dann nicht vorliegt, wenn das Gesamtguthaben oder Teile davon durch Handlungen erlangt wurden, „die einen gröblichen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen“.⁵⁰

c) Unrecht

Einen weiteren Verweis auf sittliche Mindeststandards enthält die *Radbruch'sche Formel*, die besagt, „daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“⁵¹ In ähnlicher Diktion, aber ausdrücklich auf das Evidenzkriterium bezogen, judiziert das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung, „daß nationalsozialistischen Rechtsvorschriften die Geltung als Recht abgesprochen werden kann, wenn sie zu den alles positivierte Recht beherrschenden fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit in derart evidentem Widerspruch stehen, daß der Richter, der sie angewendet oder ihre Rechtsfolgen anerkennt, Unrecht statt Recht sprechen würde“⁵².

⁴⁶ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 41.

⁴⁷ *BGH* NJW 2018, 610 (Tz. 19); 2013, 3645 (Tz. 16); *Koch* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 1381 Rn. 11; *Maurer* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 1576 Rn. 31 m. w. N.

⁴⁸ Kritisch deshalb *Engler* in *Staudinger*, *BGB*, 2000, § 1611 Rn. 43.

⁴⁹ *BT-Drs.* 18/1309, 14; s. dazu auch *Bittner* in *Staudinger*, *BGB*, 2014, § 271a Rn. 4.19; *Ernst* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 288 Rn. 36.

⁵⁰ Zur Verfassungskonformität dieser Bestimmung *BVerfG* EuGRZ 1999, 611 („*Mielke-Jagdschloß*“).

⁵¹ *Radbruch*, *SJZ* 1946, 105 (107).

⁵² *BVerfG* NJW 1992, 2812 (2813) m. umf. N.; s. ferner zur „*Mauerschützen-Problematik*“ *BVerfGE* 95, 96 (Tz. 143 ff.).

5. Normative Evidenz

Der Referenzpunkt der normativen Evidenz ist die Gesetzeslage. Die Offensichtlichkeit der *lex lata* dient verschiedenen Institutionen als Prüfungsmaßstab.

a) Grundbuchamt

Das Legalitätsprinzip verpflichtet das Grundbuchamt, Anträge oder Urkunden bei evidenten Rechtsverstößen zu beanstanden.⁵³ Dies gilt beispielsweise für das Abgeschlossenheitserfordernis gem. § 3 Abs. 2 WEG⁵⁴, für Verstöße gegen §§ 305 ff. BGB⁵⁵ und das Zustimmungserfordernis des Ehegatten gem. § 1365 BGB⁵⁶.

b) Notar

Als unabhängiger und rechtskundiger Träger eines öffentlichen Amtes ist auch der Notar zu Evidenzprüfungen verpflichtet.⁵⁷ Insbesondere bei der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen muss notariell überprüft werden, ob ein besonders schwerwiegender Nichtigkeitsgrund offensichtlich vorliegt.⁵⁸ Bei der reinen Unterschriftsbeglaubigung (ohne Entwurf) obliegt dem Notar ebenfalls eine Evidenzkontrolle,⁵⁹ wenngleich die neu geschaffenen Prüfpflichten gem. § 15 Abs. 3 GBO und § 378 Abs. 3 FamFG im Grundbuch- und Registerrecht zu verschärften Anforderungen führen.⁶⁰

c) Bundesverfassungsgericht

Im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von (zivilrechtlichen) Vorschriften spielt das normative Evidenzkriterium eine vielfältige Rolle.⁶¹

aa) A-limine-Abweisung

Nach § 24 S. 1 BVerfGG können durch einen einstimmigen Beschluss „*offensichtlich unbegründete Anträge*“ verworfen werden. Offensichtlich unbegründet ist ein Antrag nach der Rechtsprechung des BVerfG, wenn „das Gericht zum Zeitpunkt der Entscheidung der Auffassung ist, daß – über das von den Parteien Vorgetragene hinaus – kein Gesichtspunkt erkennbar ist, der dem gestellten Antrag zum Erfolg verhelfen könnte. Die Beurteilung, ein Antrag sei offensichtlich unbegründet, setzt daher

⁵³ Ebenso hat namentlich die *BaFin* gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 WpÜG eine Evidenzkontrolle durchzuführen; vgl. *Marsch-Barner* in Baums/Thoma/Verse, Kommentar zum WpÜG, 12. Akt. 2017, § 31 Rn. 127 m. w. N.

⁵⁴ *OLG Frankfurt a. M.* ZWE 2012, 34; *BayObLG* DNotZ 1990, 260 (262); *Armbrüster* in Bärmann, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 13. Aufl. 2015, § 7 Rn. 124.

⁵⁵ *Gursky* in Staudinger, BGB, 2012, § 873 Rn. 43.

⁵⁶ *Szalai* in BeckOGK BGB, Stand 1.3.2018, § 1365 Rn. 62.

⁵⁷ S. auch BT-Drs. 18/10607, 106: „externe Rechtsantragstelle des Gerichts“.

⁵⁸ *Herrler* in Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, 2013, § 130 Rn. 22; *Wicke* in Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 30.

⁵⁹ *Dien/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487 (489); *Böhringer*, DNotZ 2016, 831 (844).

⁶⁰ S. nur *Weber*, RNotZ 2017, 427 (427 ff.); *Herrler*, NJW 2017, 3605 (3606).

⁶¹ S. zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Prognosen und Tatsachenfeststellungen bereits oben im Text bei Fn. 29 unter dem primär maßgeblichen Aspekt der prognostischen Evidenz.

nicht voraus, daß seine Unbegründetheit auf der Hand liegt; sie kann auch das Ergebnis vorgängiger gründlicher Prüfung sein.“⁶²

bb) Ungleichbehandlung

Zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen unterscheidet die „*Neue Formel*“ des *BVerfG* zwischen personen- und sachbezogenen Ungleichbehandlungen. Liegt keine personengebundene Ungleichbehandlung vor und werden auch keine Freiheitsrechte berührt, reicht eine Willkürprüfung aus.⁶³ Willkür besteht, wenn die *Unsachlichkeit evident* ist.⁶⁴ Mittlerweile geht das Gericht dazu über, das Willkürverbot als Komponente einer einheitlich am Prinzip der Verhältnismäßigkeit orientierten Maßstabsbildung zu verstehen.⁶⁵

cc) Nichtigkeitsanordnung

Kommt das *BVerfG* zu der Überzeugung, dass ein Gesetz verfassungswidrig ist, hat es dieses gem. § 78 S. 1 *BVerfGG* für nichtig zu erklären. In Ausnahmefällen sieht das *BVerfG* allerdings von einer Nichtigkeitsanordnung ab.⁶⁶ Dazu zählen Fälle, in denen zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt „der Verstoß noch nicht so evident war, daß er deren Verfassungsmäßigkeit zu jener Zeit in Frage zu stellen vermocht hätte“⁶⁷. Bei inhaltlichen Fehlern tritt grundsätzlich Nichtigkeit ein, ein Verfahrensfehler führt jedoch mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit „nur dann zur Nichtigkeit der Norm, wenn er evident ist.“⁶⁸

Umgekehrt erklärt das *BVerfG* eine Norm, die gegen den Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, ausnahmsweise für nichtig, obwohl grundsätzlich der Gesetzgeber zu entscheiden hat, wie die Anforderungen des Gleichheitssatzes korrekt zu erfüllen sind. Dies gilt indes nicht, wenn der Gesetzgeber offenkundig nur eine ganz bestimmte Regelung intendiert („*Evidenz der Alternativlosigkeit*“⁶⁹).⁷⁰

dd) Schutzpflichten

Das *BVerfG* will dem Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutzpflichten (im Bereich des Privatrechts) einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum einräumen. Es interveniert daher erst dann, wenn der Gesetzgeber Schutzpflichten evident verletzt, d. h. „wenn Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheb-

⁶² BVerfGE 82, 316 (319); s. auch BVerfGE 89, 344 (345 f.); 122, 374 (384 ff.).

⁶³ BVerfGE 116, 135 (161); s. dazu auch *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 19 ff. m. w. N.

⁶⁴ *BVerfG* DSStR 2017, 1094 (Tz. 101); BVerfGE 99, 367 (389).

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 129, 49 (69): „Dabei gilt ein stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (...). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind (...) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (...). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (...)“; ausführlich hierzu *Britz*, NJW 2014, 346.

⁶⁶ S. dazu, unter dem Aspekt der prognostischen Evidenz, auch schon oben im Text bei Fn. 32.

⁶⁷ BVerfGE 16, 130 (143).

⁶⁸ BVerfGE 91, 148 (175).

⁶⁹ *Krugmann* (Fn. 10) 172; *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (390 f.).

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 74, 9 (28).

lich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.⁴⁷¹ Mitunter zieht das *BVerfG* zusätzlich noch das Untermaßverbot heran. Die Vorkehrungen des Gesetzgebers müssen hier nach für einen „angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“⁴⁷² Das *BVerfG* hat diesen strengeren Prüfungsmaßstab in der 2. Abtreibungsentscheidung⁷³ und sodann vor allem in einigen Entscheidungen zum Schutz vor Fluglärm⁷⁴ herangezogen. In sonstigen Fällen, wie etwa dem Schutz vor Mobilfunksendeanlagen⁷⁵, der Überschussbeteiligung bei kapitalbildenden Lebensversicherungen⁷⁶ oder der ärztlichen Zwangsbehandlung⁷⁷, beschränkt sich das *BVerfG* üblicherweise auf eine bloße Evidenzkontrolle.⁷⁸

ee) Ultra-vires-Kontrolle

Das *BVerfG* behält sich gegenüber dem *EuGH* eine Ultra-vires-Kontrolle vor, sofern „das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zulasten der Mitgliedstaaten führt“⁷⁹. Eine verfassungsgerichtliche Überprüfung von Kompetenzverstößen der europäischen Organe kommt somit lediglich bei „erächtlichen Grenzüberschreitungen“⁸⁰ in Betracht.

d) Zivilgerichte

Neben dem *BVerfG* dient das normative Evidenzkriterium auch Zivilgerichten als Kontrollmaßstab. Dies gilt allerdings nicht für die Restitutionsklage gem. § 580 ZPO. Den in dieser Vorschrift geregelten Fällen ist gemein, dass die Fehlerhaftigkeit eines Urteils im Nachhinein evident geworden ist.⁸¹ Die Evidenz bildet hier gleichwohl keinen eigenständigen Prüfungsmaßstab, da § 580 ZPO exakt regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Restitutionsklage stattfindet. Das Gleiche gilt für die Aufhebung eines Schiedsspruchs gem. § 1059 Abs. 2 ZPO.⁸² Es verbleiben hauptsächlich folgende Konstellationen:

aa) Schadensersatz

Eine Durchbrechung der Rechtskraft ist nach § 826 BGB möglich, sofern ein Urteil erschlichen oder sittenwidrig ausgenutzt wird.⁸³ Grundsätzlich bedarf es besonderer

⁷¹ *BVerfG* NJW 2017, 1593 (Tz. 25); *BVerfGE* 125, 39 (Tz. 135) m. w. N.

⁷² *BVerfG* NVwZ 2011, 991 (Tz. 38); s. hierzu auch *Voßkuhle*, NVwZ 2013, 1 (7).

⁷³ *BVerfGE* 88, 203 (Leitsatz 6).

⁷⁴ *BVerfG* NVwZ 2011, 991 (Tz. 38); NVwZ 2009, 1489 (Tz. 30).

⁷⁵ *BVerfG* NVwZ 2007, 805 (805).

⁷⁶ *BVerfG* NJW 2017, 1593 (Tz. 25).

⁷⁷ *BVerfGE* 142, 313 (Tz. 70).

⁷⁸ S. zu den wechselhaften Prüfungsmaßstäben des *BVerfG* auch *Störing*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, 73 ff. m. w. N.

⁷⁹ *BVerfG* NJW 2017, 2894 (Tz. 63); *BVerfGE* 126, 286 (1. Leitsatz).

⁸⁰ *BVerfGE* 123, 267 (Tz. 240).

⁸¹ Vgl. *BAG* AP ZPO § 580 Nr. 16 (Tz. 31).

⁸² Zum Erfordernis einer staatlichen Evidenzkontrolle s. *Papier*, in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 176 Rn. 13; *Grzeszick* in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 81. EL 2017, Art. 20 Rn. 135.

⁸³ Zur Rechtskraftdurchbrechung bei sonstigen Titeln s. *Wagner* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 237 m. w. N.

Umstände, die das Ausnutzen des Titels als sittenwidrig erscheinen lassen.⁸⁴ Es wird jedoch erwo-gen, von diesem Erfordernis in Extremfällen abzusehen, wenn „die mate-rielle Unrichtigkeit des Titels bereits so eindeutig und so schwerwiegend ist, daß jede Vollstreckung allein schon deswegen das Rechtsgefühl in schlechthin unerträglicher Weise verletzen würde.“⁸⁵

bb) Beschwerde

Vor der ZPO-Reform im Jahr 2002 wurde eine außerordentliche Beschwerde wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit als zulässig erachtet, wenn der angegriffene Beschluss „offenbar dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes widerspricht und zu einer Rechtsanwendung führt, die das Gesetz ersichtlich ausschließen wollte.“⁸⁶ Seit der Neuregelung des Beschwerderechts, insbesondere der neu geschaffenen Möglich-keit der Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gem. § 321a ZPO, sehen viele Stimmen prinzipiell keinen Raum mehr für eine Beschwerde wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“.⁸⁷ Gleichwohl wird in der Rechtsprechung und Lite-ratur die Zulässigkeit einer solchen außerordentlichen Beschwerde teilweise weiter-hin befürwortet oder zumindest nicht ausgeschlossen.⁸⁸ Zudem kann nach Ansicht des *BGH* die Bindung an eine familiengerichtliche Feststellungsentscheidung ausnahms-weise entfallen, „wenn diese an einem so offensichtlichen und schwerwiegenden rechtlichen Mangel leidet, dass sie wegen greifbarer Rechtswidrigkeit als unwirksam zu behandeln ist.“⁸⁹

cc) Ordre public

Nach § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist die Anerkennung eines ausländischen Urteils ausgeschlossen, das „mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensicht-lich unvereinbar ist“. Ein solcher Verstoß wird erst angenommen, „wenn das Ergeb-nis der Anwendung ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Re-gelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, dass dies nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint“⁹⁰.

dd) Zurückweisungsbeschluss

Im Jahr 2011 wurde in § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO das Wort „*offensichtlich*“ ein-gefügt. Die Vorschrift lautet nunmehr: „Das Berufungsgericht soll die Berufung durch Beschluss unverzüglich zurückweisen, wenn es einstimmig davon überzeugt ist, dass (1.) die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat (...)“. Dieses zusätzliche Kriterium der Offensichtlichkeit soll nach der gesetzgeberischen Intention

⁸⁴ *Wagner* in MüKoBGB, 7. Aufl 2017, § 826 Rn. 228 ff.; *Gotwald* in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 322 Rn. 226.

⁸⁵ *BGH NJW* 1998, 2818 (2819); *BGHZ* 101, 380 (386).

⁸⁶ *OLG Frankfurt a. M.* NJOZ 2014, 1108; ähnlich *BGHZ* 119, 372 (374) m. w. N.; zur Entwick-lung *Braun*, *ZFP* 106 (1993), 236.

⁸⁷ *BGHZ* 150, 133 (135 ff.); *Heßler* in *Zöller*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, Vorbem. zu §§ 567–574 Rn. 7 ff.; *Ball* in *Musielak/Voit*, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 567 Rn. 15.

⁸⁸ *BGH FamRZ* 2015, 1104 (Tz. 9); *LG Bonn NZI* 2016, 845; *Bumiller/Harders/Schwamb*, Kom-mentar zum FamFG, 11. Aufl. 2015, § 58 Rn. 22 m. w. N.

⁸⁹ *BGHZ* 206, 86 (3. Leitsatz bzw. Tz. 28) m. w. N.; ähnlich erkennt auch der *BFH* eine beschwerderechtliche Ausnahme an, „wenn es sich bei dem behaupteten Fehler um einen offensichtli-chen Rechtsanwendungsfehler von erheblichem Gewicht im Sinne einer willkürlichen oder greifbar gesetzeswidrigen Entscheidung handelt“, vgl. *MWStR* 2015, 862 (Tz. 12 f.) m. w. N.

⁹⁰ *BGH NJW* 2014, 1244 (1246); 2002, 960 (961) m. w. N.

im Sinne der Rechtsprechung zu § 349 Abs. 2 StPO und § 24 S. 1 BVerfGG interpretiert werden.⁹¹ Eine Berufung ist demnach „offensichtlich“ aussichtslos, wenn für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass die vorgetragene Berufungsgründe das angefochtene Urteil nicht erschüttern können.⁹² Es wird vom *BVerfG* mitunter aber auch judiziert, dass die Aussichtslosigkeit nicht auf der Hand liegen müsse; sie könne auch aus einer vorgängigen gründlichen Prüfung folgen.⁹³

Ein Zurückweisungsbeschluss aufgrund offensichtlicher Unbegründetheit ist auch für das Verfahren zur Übermittlung eines Antrags auf grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe gem. § 1077 Abs. 3 S. 1 ZPO vorgesehen. Die Vorschrift besagt, dass ein Antrag abgelehnt werden kann, wenn dieser „offensichtlich unbegründet ist oder offensichtlich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/8/EG fällt.“ Vorgesehen ist hier nur eine kursorische Prüfung, nicht vergleichbar mit den Anforderungen an eine Schlüssigkeitsprüfung gem. § 114 ZPO über die Gewährung von Prozesskostenhilfe.⁹⁴

e) Bundespräsident

Nach *h. L.*⁹⁵ und Staatspraxis⁹⁶ darf und muss der *Bundespräsident* bei einem „offenkundigen und zweifelsfreien“ Verfassungsverstoß die Ausfertigung eines Gesetzes verweigern. Ebenso obliegt dem Bundespräsidenten eine Evidenzkontrolle, um mögliche Missbräuche bei der Entscheidung über die Auflösung des Bundestags gem. Art. 68 GG zu unterbinden.⁹⁷

f) Europäische Rechtsprechung

Der *EuGH* und der *EGMR* ziehen den Maßstab der normativen Evidenz gleichfalls heran. Beispielhaft hervorzuheben ist die Rechtsprechung des *EuGH* zu komplexen wirtschafts- oder sozialpolitischen Entscheidungen. Der *EuGH* prüft hier lediglich, „ob ein offensichtlicher Irrtum oder ein Ermessensmißbrauch vorliegt oder ob das Organ die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten hat.“⁹⁸ Ein weiteres Beispiel bildet die *acte-clair-Doktrin* des *EuGH*. Von einer Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV kann hiernach abgesehen werden, wenn „die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt.“⁹⁹

⁹¹ BT-Drs. 17/6406, 9.

⁹² In Anlehnung an *BVerfG* NJW 2002, 814 (815).

⁹³ BVerfGE 82, 316 (319 f.); s. dazu auch schon oben im Text bei Fn. 62.

⁹⁴ BT-Drs. 15/3281, 14.

⁹⁵ Vgl. *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 82 Rn. 3; *Brenner* in v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 82 Rn. 27; *Degenhart*, Staatsrecht I, 33. Aufl. 2017, Rn. 789.

⁹⁶ S. die Nachweise bei *Butzer* in *Maunz/Dürig*, GG, 81. EL 2017, Art. 82 Rn. 135 ff.; Bundespräsident *Rau*, DVBl. 2004, 1 (2 f.) spricht ausdrücklich von einer „Evidenzkontrolle“.

⁹⁷ *Herzog* in *Maunz/Dürig*, GG, 81. EL 2017, Art. 68 Rn. 84 f.; *Oldiges/Brinktrine* in *Sachs*, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 68 Rn. 32–34a.

⁹⁸ *EuGH* 12.03.1996 – C-84/94, Rn. 58; s. auch *EuGH* 10.12.1996 – C-233/94, Rn. 56; s. hierzu auch *Streinz* in *ders.*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, EUV, Art. 5 Rn. 48.

⁹⁹ *EuGH* 06.10.1982 – 283/81, Rn. 5, 16; s. hierzu auch *Kühling/Drechsler*, NJW 2017, 2950 (2952).

Der *EGMR* betont vielfach die Ermessensspielräume der Konventionsstaaten, „einerlei, ob es sich um positive oder negative Pflichten handelt.“¹⁰⁰ Dadurch beschränkt sich der *EGMR* wiederum auf eine bloße Evidenzkontrolle.¹⁰¹

IV. Funktionen der Evidenz

Die Evidenz bildet bei zahlreichen zivilrechtlichen Normen ein Tatbestandsmerkmal. Außerdem dient sie Gerichten und anderen Entscheidungsträgern als Kontrollmaßstab und verfahrensrechtliche Richtschnur.

1. Tatbestandsmerkmal

Als zivilrechtliche Tatbestandsmerkmale fungieren die empirische, die prognostische, die hermeneutische und die sittliche Evidenz.

a) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Das Evidenzkriterium impliziert häufig ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis*.¹⁰² Im Normalfall will der Gesetzgeber in den Privatrechtsverkehr nicht eingreifen. Er interveniert jedoch ausnahmsweise, um ein offensichtlich missbräuchliches oder zweckwidriges Verhalten zu unterbinden, beispielsweise einen Missbrauch der Vertretungsmacht, eine Übersicherung des Vermieters oder eine ungerechtfertigte Freigabeverweigerung des Testamentvollstreckers. Ebenso soll ein sinnloses und ineffizientes Prozedere oder Zuwarten vermieden werden. Abmahnungen oder Fristsetzungen können sich daher in offenkundigen Sonderfällen erübrigen, zumal sich ein unzumutbarer Zustand nicht perpetuieren oder im Laufe der Zeit sogar noch verschlechtern soll. Auch im Zwangsvollstreckungsrecht sorgt das Evidenzkriterium dafür, dass zweckwidrige oder gar sinnlose Handlungen vermieden werden. So können ausnahmsweise bestimmte Sachen (Müll, Unrat) vernichtet werden, an deren Aufbewahrung offensichtlich kein Interesse besteht (§§ 885 Abs. 3 S. 2, 885a Abs. 3 S. 2 ZPO), und Sachen, die der Pfändung offensichtlich nicht unterworfen sind, brauchen nicht angegeben zu werden (§ 802c Abs. 2 S. 4 ZPO).¹⁰³

Darüber hinaus will der Gesetzgeber rechtsethische Mindeststandards gewährleisten, indem er evident unbilligen Leistungsbestimmungen oder ähnlichen Direktiven die Wirkkraft versagt (§ 319 Abs. 1 BGB u. a.). Auch Unterhaltsansprüche müssen diesen Minimalia genügen (§ 1579 Nr. 7 BGB). Die Intervention bleibt freilich die Ausnahme.

Das gesetzgeberische Verlangen nach hermeneutischer Evidenz ist ebenfalls die Ausnahme. Im Regelfall können die Privatrechtsakteure die Art und Weise ihrer Kommunikation selbst bestimmen. Mitunter besteht der Gesetzgeber jedoch auf Transparenz und Klarstellung. Es sollen interpretative Zweifel so weit als möglich ausgeschlossen werden, vor allem, wenn etwas Ungewöhnliches oder existentiell

¹⁰⁰ *EGMR* NJW 2012, 1053 (Tz. 104) m. w. N.

¹⁰¹ Vgl. *Frenz*, NJW 2012, 1039 (1041).

¹⁰² Vgl. *Krugmann* (Fn. 10) 100 ff.

¹⁰³ Zum Ausnahmecharakter s. nur *Fleck* in Beck'scher Online-Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Ed. 2018, § 802c Rn. 29.

Wichtiges erklärt wird, zum Beispiel eine Fremdwährungsschuld (§ 244 Abs. 1 BGB) oder ein Aufklärungsverzicht (§ 630e Abs. 3 BGB). Hinzutreten kann eine Warnfunktion gegenüber einem oder beiden Beteiligten. Die Schutzwürdigkeit kann allerdings auch ausnahmsweise entfallen, wenn etwas transparent und augenscheinlich ist, wie ein offensichtlicher Mangel der Kaufsache, der innerhalb einer bestimmten Frist angezeigt werden muss (*e contrario* § 309 Nr. 8b ee BGB).

b) Beweislast

Entsprechend dem Regel-Ausnahme-Charakter trägt jeweils derjenige die Beweislast, der sich auf Evidenz beruft. Dies ist der Vertretene für den Missbrauch der Vertretungsmacht¹⁰⁴, der Mieter für die Übersicherung¹⁰⁵ und der Erbe für die Freigabe der Nachlassgegenstände¹⁰⁶. Der Kündigende hat ebenso die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung gem. § 543 Abs. 3 S. 2 BGB¹⁰⁷ darzulegen wie der Gläubiger die besonderen Rücktrittsvoraussetzungen gem. § 323 Abs. 4 BGB¹⁰⁸.

Wer sich auf die Eindeutigkeit oder Ausdrücklichkeit einer Erklärung beruft, hat die Abgabe der Erklärung und die hierfür sprechenden Umstände zu beweisen. Die sich daran anschließende Feststellung der Eindeutigkeit oder Ausdrücklichkeit ist hingegen eine reine Rechtsfrage, die das Gericht eigenständig vorzunehmen hat.¹⁰⁹ Wer sich auf den Ausnahmefall offenkundiger Unbilligkeit beruft, muss ebenfalls die für die Abwägung maßgeblichen Tatsachen darlegen.¹¹⁰ Dies gilt insbesondere für den Unterhaltsverpflichteten, der das Fehlverhalten im Sinne von § 1579 Nr. 7 BGB als rechtsvernichtende Einwendung aufzeigen und substantiieren muss.¹¹¹ Die Abwägung verbleibt wiederum Aufgabe des Richters.¹¹²

Durch den Maßstab der Evidenz soll zudem die Beweisführung erleichtert werden. Es ist nicht die subjektive Einschätzung des Betroffenen darzulegen und zu beweisen, sondern das objektivierte Evidenzkriterium ist entscheidend.

2. Kontrollmaßstab

Die Evidenz führt auch in ihrer Funktion als Kontrollmaßstab zu Regel-Ausnahme-Erscheinungen. Es findet zwar eine rechtliche Überprüfung statt, um gesetzliche und rechtliche Mindeststandards zu sichern, doch ist zugleich die Prüfungsdichte stark eingeschränkt, um die Prinzipien der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit im Regelfall zu wahren.

¹⁰⁴ Maier-Reimer in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 167 Rn. 78.

¹⁰⁵ Artz in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 562a Rn. 13; Weidenkaff in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 562a Rn. 11.

¹⁰⁶ Reimann in Staudinger, BGB, 2016, § 2217 Rn. 12; Schmidt in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2217 Rn. 1.

¹⁰⁷ Bieber in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 543 Rn. 76; Emmerich in Staudinger, BGB, 2018, § 543 Rn. 107.

¹⁰⁸ Gsell in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 242; Looschelders in BeckOGK BGB, Stand 1.3.2018, § 323 Rn. 321.

¹⁰⁹ S. zur Ermittlung des Willens auch Laumen in Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Band 2, 3. Aufl. 2007, § 133 Rn. 1 f.

¹¹⁰ BGH NJW 1984, 43 (45); Rieble in Staudinger, BGB, 2015, § 319 Rn. 37.

¹¹¹ Brudermüller in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1579 Rn. 42.

¹¹² Haidl in BeckOGK BGB, Stand 1.1.2018, § 1579 Rn. 181.

a) Mindestsicherung

Die zu schützenden Minimalia können sich sowohl auf gesetzliche Standards als auch auf die materielle Gerechtigkeit beziehen.

aa) Gesetzliche Standards

Evidenzprüfungen durch das *BVerfG* oder den *Bundespräsidenten* dienen der Wahrung verfassungsrechtlicher Mindeststandards. So untersucht das *BVerfG* insbesondere, ob Rechtsakte der europäischen Organe den „unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“¹¹³ respektieren. Auch die *ordre-public*-Prüfung gem. § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist darauf ausgerichtet, fundamentale Rechtsgrundsätze zu wahren. Evidenzkontrollen seitens des *EuGH* und des *EGMR* verfolgen ähnliche Zwecke. Im Fokus steht hier die Sicherung europarechtlicher Mindeststandards.

Evidenzkontrollen durch das Grundbuchamt oder den Notar bezwecken, eine offensichtliche Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verhindern.¹¹⁴ Bei Beschlüssen in Gesellschafterversammlungen soll die Mitwirkung des Notars dafür sorgen, dass Gesetz und Statut nicht schwerwiegend missachtet werden.¹¹⁵ Einen etwas anderen Zweck verfolgt die Evidenzprüfung durch den Rechtspfleger gem. § 1077 Abs. 3 S. 1 ZPO, die helfen soll, einen unnötigen Übersetzungs- und Übermittlungsaufwand zu vermeiden.¹¹⁶

bb) Materielle Gerechtigkeit

Die Durchbrechung der Rechtskraft im Falle eines evident unrichtigen Urteils ist der materiellen Gerechtigkeit geschuldet. Auch die *Radbruch'sche Formel* fordert ausnahmsweise einen Vorrang der materiellen Gerechtigkeit, falls sich ein Gesetz als „unrichtiges Recht“ erweist.

b) Grundmaximen

Die Beschränkung der Prüfungsdichte auf eine bloße Evidenzkontrolle kann zur Wahrung verschiedener Rechtsprinzipien geboten sein.

aa) Gewaltenteilung

Ein Hauptgrund für die Reduzierung der Prüfddichte ist der Aspekt der Gewaltenteilung. Da es vorrangige Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, die Auswirkungen eines Gesetzes einzuschätzen, ist *vice versa* eine Intervention des *BVerfG* nur bei offenkundigen Prognosefehlern indiziert.¹¹⁷ Ebenso hat primär der demokratisch legitimierte Gesetzgeber darüber zu entscheiden, wie die aus der Verfassung herzuleitenden Schutzpflichten verwirklicht werden sollen.¹¹⁸ Auch insoweit besteht ein breiter legislatorischer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.

¹¹³ BVerfGE 123, 267 (4. Leitsatz).

¹¹⁴ Gursky in Staudinger, BGB, 2012, § 873 Rn. 43 m. umf. N.

¹¹⁵ Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 28 f.

¹¹⁶ BT-Drs. 15/3281, 14; OLG Hamm FamRZ 2010, 1587 (1588).

¹¹⁷ Zur Reduzierung der Kontrolldichte (und entsprechenden Anerkennung eines Beurteilungsspielraums) wegen *Wissens- und Expertisedisparitäten* gegenüber behördlichen Entscheidungen am Beispiel des Regulierungsrechts *Steinbach*, Die Verwaltung 50 (2017), 507 (518 ff.).

¹¹⁸ S. nur *BVerfG* NJW 2016, 1716 (Tz. 19) m. w. N.

Mit ähnlichen Argumenten wird ein lediglich eingeschränktes Prüfungsrecht des Bundespräsidenten begründet: Im Vordergrund stehen wiederum die Autonomie des demokratisch legitimierten Parlaments und die erforderlichen Handlungsspielräume im Verhältnis der obersten Verfassungsorgane untereinander.¹¹⁹ Zudem ist in erster Linie das *BVerfG* zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen berufen.¹²⁰

Der Gedanke der Gewaltenteilung setzt sich fort auf der unionsrechtlichen Ebene, indem der *EuGH* dem unionalen Gesetzgeber regelmäßig einen breiten, nur mittels Evidenzkontrolle überprüfbaren Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum einräumt. Er berücksichtigt damit das „institutionelle Gleichgewicht“, also das Kompetenzgefüge der Unionsorgane untereinander.

Die eingeschränkte Ultra-vires-Kontrolle des *BVerfG* gegenüber dem *EuGH* ist der europäischen Integration und internationalen Friedensordnung geschuldet; sie ist Ausdruck des Grundsatzes der Europarechtsfreundlichkeit.¹²¹ Sofern sich umgekehrt der *EGMR* auf eine bloße Evidenzkontrolle beschränkt, sollen die konventionsstaatlichen Kompetenzen gestärkt werden. Hinsichtlich der Übermittlung von Anträgen auf grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe findet lediglich eine Evidenzprüfung statt, weil über die Bewilligung der Prozesskostenhilfe das zuständige Gericht des Forumstaates nach seinem Recht zu entscheiden hat.

bb) Rechtssicherheit

Die Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten der materiellen Gerechtigkeit ist nur im Falle eines evident unrichtigen Urteils gerechtfertigt. Ansonsten hat die Rechtssicherheit Priorität. Das Gleiche gilt für die außerordentliche Beschwerde wegen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“. Auch nach der *Radbruch'schen Formel* ist die materielle Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit nur unter extremen Ausnahmbedingungen prioritär. Dieser Vorrang besteht zudem über Grenzen hinweg, da die sehr restriktive ordre-public-Prüfung gem. § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO an der grundsätzlichen Anerkennung ausländischer Urteile nichts ändert.

cc) Zweckmäßigkeit

Das Grundbuchamt nimmt lediglich eine Evidenzprüfung vor, um die Schnelligkeit und Leichtigkeit des Grundbuchverkehrs nicht zu beeinträchtigen und keine Eintragungen zu verzögern. Zudem würde eine intensivere Prüfpflicht das Grundbuchamt überfordern. Die notarielle Beschränkung auf eine Evidenzprüfung trägt ebenfalls zur Beschleunigung des Verfahrens bei.

3. Verfahrensmaßstab

Prozessual dient das Evidenzkriterium vor allem dazu, eine *A-limine-Abweisung* gem. § 24 S. 1 BVerfGG zu rechtfertigen sowie eine Nichtigkeitsanordnung nach § 78 BVerfGG zu vermeiden. In beiden Fällen nimmt das *BVerfG* keine bloße Evi-

¹¹⁹ Vgl. *Degenhart* (Fn. 95) Rn. 789.

¹²⁰ Vgl. *Pieroth* in *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 82 Rn. 3.

¹²¹ *BVerfGE* 123, 267 (Tz. 225).

denzkontrolle mit reduzierter Prüfdichte vor, sondern eine *vollumfängliche* Prüfung der Offenkundigkeit der jeweiligen prozessualen Voraussetzungen.¹²²

a) Entlastung

Die Möglichkeit einer *A-limine-Abweisung* gem. § 24 S. 1 BVerfGG soll in erster Linie das *BVerfG* entlasten.¹²³ Durch diese Option wird zwar nicht die Kontrolldichte, jedoch der vom Gericht zu betreibende Verfahrensaufwand begrenzt.¹²⁴ Die Möglichkeit eines Zurückweisungsbeschlusses gem. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO dient ebenfalls der Entlastung. Eine zügige Erledigung des Rechtsstreits liegt nicht nur im Interesse des Gerichts, sondern auch derjenigen Partei, die erstinstanzlich obsiegte.¹²⁵

b) Stabilität

Das *BVerfG* sieht ausnahmsweise von Nichtigkeitsanordnungen gem. § 78 S. 1 BVerfGG ab, um Stabilität und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dies betrifft vor allem Entscheidungen, bei denen die sofortige Feststellung der Nichtigkeit eines Gesetzes offensichtlich zu Instabilität und Chaos führen würde.¹²⁶

V. Feststellung der Evidenz

Es gibt keine einheitlichen Kriterien zur Feststellung von Evidenz. Das Gesetz stellt ganz unterschiedliche, nicht stringent verwendete Anforderungen zur Bestimmung der Begriffe „offenkundig“, „offenbar“, „offensichtlich“ und „eindeutig“.

1. Perspektive

Die Perspektive, aus der sich die Evidenz ergeben muss, differiert stark. Teilweise ist die Sicht eines durchschnittlichen Kunden oder Lesers zu berücksichtigen (§§ 309 Nr. 8b ee, 307 Abs. 1 S. 2 BGB), teilweise aber auch die eines sachkundigen oder objektiven Betrachters (§§ 2155 Abs. 3, 1579 Nr. 7 BGB). Ebenso kann die Perspektive eines Verfahrensbeteiligten maßgeblich sein (§ 319 Abs. 1 ZPO). Zur Bestimmung von *normativer* Evidenz kommt es auf die Sicht der Entscheidungsträger an, bei der *prognostischen* Evidenz auf die *Ex-ante-Sicht* des Gesetzgebers,¹²⁷ im Schuldrecht (bei Rücktritt vor Fälligkeit) wiederum auf die eines objektiven Beurteilers¹²⁸.

¹²² Vgl. *Hömig* in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 52. EL 2017, § 24 Rn. 2; *Walter* in Beck'scher Online-Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Ed. 2017, § 24 Rn. 4; zur Verwerfung einer „offensichtlich unbegründeten“ Revision gem. § 349 Abs. 2 StPO sowie zu „offensichtlich unbegründeten“ Asylanträgen s. näher *Krugmann* (Fn. 10) 117 ff.

¹²³ S. nur *Walter* in BeckOK BVerfGG, 4. Ed. 2017, § 24 Rn. 2 f. (mit zusätzlichem Hinweis auf die Signalwirkung).

¹²⁴ Vgl. *Walter* in BeckOK BVerfGG, 4. Ed. 2017, § 24 Rn. 4.

¹²⁵ Vgl. *Rimmelspacher* in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 522 Rn. 1.

¹²⁶ S. *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (388 ff.).

¹²⁷ Vgl. *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (400 ff.).

¹²⁸ *Gsell* in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 134; *Ernst* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 136; *Looschelders* in BeckOGK BGB, Stand 1.3.2018, § 323 Rn. 220.

2. Prozedere

Ebenso gibt es unterschiedliche Verfahrensweisen zur Feststellung von Evidenz mit jeweils unterschiedlichem Verfahrensaufwand. Im Hinblick auf *Fakten* wird teilweise gefordert, dass sich die Evidenz ohne weitere Prüfung, ohne nähere Untersuchung oder ohne eingehende Beweiserhebung ergeben muss (zu §§ 562a S. 2, 2217 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch die Gesetzesmaterialien zu § 1077 Abs. 3 S. 1 ZPO sehen lediglich eine cursorische Prüfung vor.¹²⁹

Bei den meisten Zurückweisungs- oder A-limine-Beschlüssen muss hingegen die Evidenz nicht auf der Hand liegen, sondern kann das Ergebnis gründlicher Prüfung sein (§§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO, 349 Abs. 2 StPO, 24 S. 1 BVerfGG). Im Rahmen der Bestimmung von „offenbarer“ Unbilligkeit ist aufgrund komplexer Sachverhalte bisweilen ebenfalls eine eingehende Prüfung erforderlich. Dasselbe gilt für die Offenkundigkeit des Eintritts zukünftiger Ereignisse. Kennzeichnend ist mithin, dass vor allem für die Feststellung *prognostischer, sittlicher und normativer* Evidenz oftmals ein längerer Erkenntnisprozess notwendig sein kann. Die spezielle Verwendung des Wortes „offenbar“ in § 319 Abs. 1 BGB oder in § 2048 S. 3 BGB gibt allerdings keinen Hinweis hierauf, da der Ausdruck auch in ganz anderem Zusammenhang, etwa zur Feststellung empirischer Evidenz in § 562a S. 2 BGB, verwandt wird.

Hermeneutische Evidenz zeigt sich durch Auslegung. Ob etwas klar und verständlich, eindeutig oder ausdrücklich formuliert ist, ergibt sich erst im Wege der Interpretation und nicht schon durch reine Anschauung, gleichsam „auf den ersten Blick“.¹³⁰

3. Intensität

Für die Wahrnehmung von Evidenz wird in der zivilrechtlichen Literatur häufig verlangt, dass sich etwas „aufdrängen“ muss,¹³¹ ähnlich der klassischen verwaltungsrechtlichen Metapher, wonach der Hoheitsakt die Fehlerhaftigkeit „auf der Stirne“¹³² tragen müsse. Bei dieser Anforderung handelt es sich um eine Paraphrase der herkömmlichen Umschreibung von Evidenz als Einleuchten.

Vielfach wird auch gefordert, dass kein vernünftiger oder ernsthafter Zweifel mehr bestehen dürfe.¹³³ Es darf also nicht ungewiss bleiben, ob etwas wahr oder richtig ist. Diese Anforderung stellt eine negative Umschreibung der Kennzeichnung von Evidenz als Gewissheit dar. Psychologisch kann man hierin einen Appell sehen, über die Intensität der eigenen Wahrnehmung unter allen Gesichtspunkten zu reflektieren.

Das *BVerfG* erachtet einen Antrag für offenkundig unbegründet, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung kein Aspekt ersichtlich ist, der diesem Antrag zum Erfolg verhelfen könnte.¹³⁴ Man kann dieses Kriterium wiederum dahin verstehen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung kein vernünftiger Zweifel an der Unbegründetheit des Antrags bestehen darf.

¹²⁹ BT-Drs. 15/3281, 14.

¹³⁰ Vgl. nur *BAG AP BGB* § 611 Nr. 17 (Tz. 34); *Mayer-Maly*, in Warnach, *Hermeneutik als Weg heutiger Wissenschaft*, 1971, 127 (128 ff.); anders aber *BGHZ* 4, 369 (375).

¹³¹ S. nur *Schäfer* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 660 Rn. 11; *Würdinger* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 6.

¹³² *Hatschek*, *Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes*, 7./8. Aufl. 1931, 102.

¹³³ S. nur *Wellenhofer* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 1310 Rn. 21; *Ernst* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2016, § 323 Rn. 136.

¹³⁴ *BVerfGE* 123, 39 (Tz. 98) m. umf. N.

4. Konsens

Der Gesetzgeber beantwortet die Frage, ob bei Entscheidungen über Evidenz ein Mehrheitsbeschluss des Kollegialspruchkörpers ausreicht, differenziert. Ein *einstimmiger* Beschluss wird gem. § 24 S. 1 BVerfGG für eine A-limine-Abweisung des *BVerfG* verlangt. Auch ein Zurückweisungsbeschluss gem. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO muss einstimmig ergehen. Beide Konstellationen setzen eine vollumfängliche Prüfung der Offenkundigkeit voraus und rechtfertigen eine Entlastung des Gerichts nur bei Einstimmigkeit.

In allen übrigen zivilrechtlichen Fällen, in denen Evidenz zu prüfen ist, reicht die *Mehrheit* aus. Richterliche Divergenzen über die Evidenz eines bestimmten Sachverhalts werden nicht anders behandelt als sonstige Meinungsverschiedenheiten innerhalb eines Spruchkörpers. Der Tatbestand der Evidenz kann überdies auch im Instanzenzug unterschiedlich beurteilt werden.¹³⁵ Bezeichnend ist lediglich aus erkenntnistheoretischer Sicht, dass das, was einleuchten soll, sehr konträr wahrgenommen werden kann.

VI. Kritik an der Evidenz

Evidenz ist ein umfängliches Streitthema. Im Fokus der Kritik stehen insbesondere die philosophischen und juristischen Evidenzannahmen sowie der rechtsmethodische Umgang mit Evidenz. Den Ausgangspunkt der Kontroverse bildet der philosophische Evidenz- bzw. Erkenntnisbegriff, an dem sich die Zivilrechtswissenschaft zumindest terminologisch sehr stark orientiert.

1. Philosophie

Obleich allein schon die Möglichkeit, Evidenz zu definieren, umstritten ist,¹³⁶ spricht man zumeist von einer *anschauenden Gewissheit*¹³⁷ oder *einleuchtenden Erkenntnis*¹³⁸. Inwieweit diese Erkenntnis durch Intuition, durch eine Wesensschau oder durch innere Wahrnehmung erfolgt, wird unterschiedlich beurteilt.¹³⁹ Jedenfalls handelt es sich um eine Einsicht ohne methodische Vermittlung.¹⁴⁰ Solche (wahre) Er-

¹³⁵ Vgl. *Krugmann* (Fn. 10) 101.

¹³⁶ Nach *Brentano*, *Wahrheit und Evidenz*, 1930, 143 ist nur eine Umschreibung mittels Beispielen adäquat: „Wir werden die Aufgabe zu lösen haben, indem wir auf eine Mehrheit von evidenten Urteilen hinblicken und ihnen andere, welchen diese auszeichnende Eigentümlichkeit fehlt, vergleichend gegenüber stellen. So machen wir uns ja auch, was rot oder nicht rot ist, und was farbig oder nicht farbig ist, klar.“

¹³⁷ *Kant*, *Kritik der reinen Vernunft*, 1./2. Aufl. 1781/1787, A 734/B 762 = Ausgabe der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Bd. III, 1911, S. 481.

¹³⁸ S. nur *Halbfass*, in *Ritter*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2, 1972, 829 sowie oben Fn. 1.

¹³⁹ S. exemplarisch *Husserl*, *Logos – Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, Bd. I, 1911, 289 (318): „Aber alles kommt darauf an, daß man sieht und es sich ganz zu eigen macht, daß man genau so unmittelbar wie einen Ton hören, so ein ‚Wesen‘, das ‚Wesen‘, ‚Ton‘, das ‚Wesen‘, ‚Ding-erscheinung‘, das ‚Wesen‘, ‚Sehding‘, das ‚Wesen‘, ‚Bildvorstellung‘, das ‚Wesen‘, ‚Urteil‘ oder ‚Wille‘ usw. schauen und im Schauen Wesensurteile fällen kann.“

¹⁴⁰ *Mittelstraß*, in *Mittelstraß*, *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, 2. Aufl. 2005, 438.

kenntnis bedarf, eben weil sie sich intuitiv und gleichsam schlagartig zeigt, keiner rationalen Argumentation, keiner weiteren Begründung.

Dass es diese Art von Erkenntnis gibt, wird vor allem von Vertretern des (Neo-)Positivismus bestritten, denn ein Evidenzerlebnis kann sich auch bei notorisch falschen Urteilen einstellen.¹⁴¹ Die Kritik setzt sich in pointierter Form in dem *Friedrich Dürrenmatt* zugeschriebenen Bonmot fort: „Unter Intuition versteht man die Fähigkeit gewisser Leute, eine Lage in Sekundenschnelle falsch zu beurteilen.“ Differenzierter ist der Standpunkt von *Wolfgang Stegmüller*, der das Evidenzproblem für absolut unlösbar und die Frage, ob es Einsicht gibt oder nicht, für unentscheidbar hält. In der weiteren Folge stellen „alle Argumente für die Evidenz einen circulus vitiosus dar und alle Argumente gegen sie einen Selbstwiderspruch.“¹⁴² Wer gegen die Evidenz argumentiert, muss voraussetzen, dass seine Argumentation evident ist, und wer umgekehrt Evidenz beweisen möchte, muss von Anfang an Evidenz unterstellen.

2. Jurisprudenz

Fundamentale Kritik an den (phänomenologischen) Evidenzkonzeptionen wird auch seitens der Rechtswissenschaft geübt. Ihnen hafte ein „irrationales Element“ an,¹⁴³ nicht der Verstand, sondern das Gefühl sei bestimmend.¹⁴⁴ In der Regel bleibe es deshalb bei rein subjektiven Evidenzerlebnissen.¹⁴⁵

Diesen Vorhalten ist insofern zuzustimmen, als ein „unmittelbares Erschauen“ eine rationale Ableitung und Argumentation nicht ersetzen kann. So weit als möglich muss eine vernunftgeleitete Begründung erfolgen, um intersubjektive Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten und rechtsstaatlichen Grundsätzen zu genügen.¹⁴⁶ Die Parteien, an die das Urteil gerichtet ist, haben einen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch, über die leitenden Gründe transparent und hinreichend unterrichtet zu werden.¹⁴⁷ Auch dem Rechtsmittelgericht sind die Gründe so darzulegen, dass eine effektive Kontrolle möglich ist.¹⁴⁸ § 313 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. Abs. 3 ZPO verlangt deshalb ausdrücklich, dass das Urteil die Entscheidungsgründe angibt. Inhaltsleere Floskeln oder bezuglose Rhetorik werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Insbesondere die Behauptung, etwas sei offensichtlich oder offenkundig, etwas liege auf der Hand oder etwas sei augenscheinlich, kann Argumente nicht ersetzen.¹⁴⁹ Bezeichnenderweise lässt sich auch die Lehre von der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts nicht auf

¹⁴¹ S. aus dem „*Wiener Kreis*“ namentlich *Schlick*, Allgemeine Erkenntnislehre, 2. Aufl. 1925, 135 (136); aus Sicht des Fallibilismus *Popper*, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, 76: „Es gibt keine reinen Beobachtungen: sie sind von Theorien durchsetzt und werden von Problemen und Theorien geleitet.“

¹⁴² *Stegmüller*, Metaphysik, Skepsis, Wissenschaft, 2. Aufl. 1969, 168 f.

¹⁴³ *Achterberg*, DÖV 1963, 331 (338).

¹⁴⁴ *Scheuerle*, ZJP 84 (1971), 241 (246).

¹⁴⁵ *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (381, 398 f.); s. auch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 31: „Die Berufung auf Evidenzen oder vorgegebene natürliche Ordnungen ist ein – methodisch gesehen – äußerst zweifelhaftes Verfahren.“

¹⁴⁶ Vgl. *Mayer-Maly*, in FS Verdross, 1971, 259 (270); *Schreiner*, in Mock/Jakob, Auslegung – Einsicht – Entscheidung, 1983, 43 (46).

¹⁴⁷ Ausführlicher *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, 37 ff.; *Krugmann* (Fn. 10) 72 ff.

¹⁴⁸ Vgl. nur *Musielak* in MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 313 Rn. 14.

¹⁴⁹ S. auch *Krugmann* (Fn. 10) 76, 114; *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (399).

das Schlagwort vom Fehler „auf der Stirne“ reduzieren, sondern beruht auf einer differenzierten Herleitung und Begründung.¹⁵⁰

Die grundsätzliche Kritik richtet sich allerdings nur gegen eine begründungsdefizitäre Berufung auf „unmittelbares Einleuchten“ im Sinne von unabgeleiteter, originärer Evidenz. Sie wendet sich hingegen nicht gegen die in der Jurisprudenz vorherrschende *mittelbare* Evidenz, bei der neue Erkenntnisse erst durch Ableitung gewonnen werden. Ein Tatbestand, ein Urteil oder sonstige Befunde sind hiernach nicht schon in sich selbst offenkundig, sondern müssen erst durch einen Denkkakt offenkundig gemacht werden.¹⁵¹ Im Unterschied zur unmittelbaren Evidenz ist die mittelbare Evidenz deshalb gerade auf eine rationale Begründung angewiesen.¹⁵² In der weiteren Folge schließt sich der Kreis zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem üblichen Sprachgebrauch des Privatrechtsgesetzgebers. Mittelbare Evidenz liegt mithin vor, wenn Argumente eine so starke Überzeugungskraft haben, dass eine weitere Begründung hinfällig wird.¹⁵³ Der eigentlich ins Infinite weiterführbare Begründungsregress kann abgebrochen werden, weil und sofern bereits eine hinreichende intersubjektive Gewissheit besteht. Kennzeichnend bleibt freilich, dass der Begriff der Evidenz damit von seiner ursprünglichen Bedeutung der voraussetzungslosen Einsicht gleichsam in sein Gegenteil der diskursiv-begrifflichen Einsicht mutiert.

VII. Begründung der Evidenz

Das Erfordernis rationaler Argumentation führt bei allen Erscheinungsformen der Evidenz zu spezifischen Anforderungen, die über die Kriterien der Perspektive (maßgebliche Sicht), des Prozeders (Beweiserhebung), der Intensität (Gewissheit) sowie der Einstimmigkeit (Kollegialspruchkörper) hinausgehen.¹⁵⁴ Eine rationale Begründung von gerichtlichen Entscheidungen ist zwar nur in Grenzen erreichbar, doch sind Evidenzen jedenfalls soweit als möglich argumentativ herzuleiten.

1. Empirische Evidenz

Im Privatrecht ist häufig die Offenkundigkeit eines bestimmten Zustands, etwa das Vorhandensein eines Mangels oder Überflusses, aufzuzeigen. Um solche Evidenzen diskursiv zu vermitteln, sind zunächst die maßgeblichen Bezugsgrößen miteinander zu vergleichen und sodann die spezifische Erkennbarkeit (oder Nichterkennbarkeit) der Diskrepanz zu belegen. Für die Beurteilung „nicht offensichtlicher Mängel“ gem. § 309 Nr. 8b ee BGB sind die zu vergleichenden Faktoren zum einen der fehlerfreie und zum anderen der tatsächliche Zustand. Ist die Abweichung zwischen dem tatsächlichen und dem fehlerfreien Zustand für einen Laien nicht leicht erkennbar, weil der Fehler beispielsweise versteckt oder aufgrund seiner geringen Ausmaße mit frei-

¹⁵⁰ S. näher *Scheuerle*, ZZZ 84 (1971), 241 (294 f.) m. w. N.

¹⁵¹ Vgl. *Achterberg*, DÖV 1963, 331 (332); *Schreiner*, in FS Tammelo, 1984, 543 (553 ff.); *Scheuerle*, ZZZ 84 (1971), 241 (249): „(...) mittelbare Evidenz ist *Evidenzbegründung*. (...) Der Urteilsspruch eines Richters mag zunächst evidenzlos sein. Hört man aber seine Begründung, wird er (vielleicht) evident.“

¹⁵² Vgl. *Robbers* (Fn. 5) 129.

¹⁵³ Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, 173; *Schreiner*, in FS Tammelo, 1984, 543 (555).

¹⁵⁴ S. oben im Text bei Fn. 127 ff.

em Auge nicht wahrnehmbar ist, liegt kein offensichtlicher Mangel vor. In anderen Fällen muss der Ist-Zustand (eingebrachte Sachen, Nachlassgegenstände) mit dem tatsächlichen Bedarf (des Vermieters oder Testamentsvollstreckers) verglichen werden und diesen in einem so erheblichen oder spezifischen Maße übersteigen, dass sich weitere Untersuchungen erübrigen (§§ 562a, 2217 Abs. 1 S. 1 BGB). Beim Gattungsvermächtnis gem. § 2155 Abs. 3 BGB gilt es zunächst die Verhältnisse des Bedachten zu klären, um sodann beurteilen zu können, ob die Bestimmung in grober Weise hiervon abweicht.¹⁵⁵

Eine Ware ist eindeutig auf persönliche Bedürfnisse zugeschnitten, wenn ihre Rücknahme aus ökonomischen Gründen, die es im Einzelnen darzulegen gilt, unzumutbar ist. Die Aufhebbarkeit einer Ehe ist ebenso offenkundig wie der Missbrauch der Vertretungsmacht, weil und sofern jeweils hinreichend starke Belege angeführt werden können und nicht allein subjektive Evidenzeindrücke.

2. Prognostische Evidenz

Der prognostischen Evidenz liegen Wahrscheinlichkeitsannahmen über den Eintritt zukünftiger Ereignisse zugrunde. Es muss daher hinreichend begründet werden, worauf sich diese Annahmen stützen. So können eine antizipierte Erfüllungsverweigerung oder ein drohendes Leistungshindernis den Rücktritt vor Fälligkeit rechtfertigen.¹⁵⁶ Bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung gem. § 543 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BGB kann eine Abmahnung entbehrlich sein, wenn die Beseitigung der Störung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr realistisch erscheint,¹⁵⁷ insbesondere „eine Änderung des vertragswidrigen Verhaltens des Mieters unter keinen Umständen zu erwarten ist“¹⁵⁸. Bei Prognoseentscheidungen des *Gesetzgebers* ist abstrakter danach zu fragen, ob adäquate Prognoseverfahren und Prognoseinstrumente eingesetzt wurden,¹⁵⁹ um offenkundige Fehleinschätzungen zu vermeiden.

3. Hermeneutische Evidenz

Eine Erklärung vermittelt einen „eindeutigen“ Sinn, wenn die einzelnen Auslegungsmittel zu einem gleichlautenden Ergebnis führen und keine plausiblen Interpretationsalternativen verbleiben. Die bestimmenden Faktoren sind vor allem der Wortlaut der Erklärung, die systematische Einbindung (Stellung im Regelwerk), die Entstehungsgeschichte (Vorgespräche, Vorverträge, bisherige Usancen) sowie die Interessenlage.

4 Sittliche Evidenz

Der Rekurs auf die sittliche Evidenz, d. h. auf die Offenkundigkeit nicht (näher) positiver Standards und Normen, ist rational nur ziemlich eingeschränkt begründ-

¹⁵⁵ Vgl. *Hölscher* in BeckOGK BGB, Stand 15.3.2018, § 2155 Rn. 8, 13.

¹⁵⁶ *Gsell* in Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 136 f. m. w. N.

¹⁵⁷ *Emmerich* in Staudinger, BGB, 2018, § 543 Rn. 80; *Mehle* in BeckOGK BGB, Stand 1.4.2018, § 543 Rn. 229.

¹⁵⁸ *OLG Düsseldorf* ZMR 2011, 282 (283).

¹⁵⁹ Vgl. *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (403).

bar.¹⁶⁰ Während für die Feststellung der „guten Sitten“ zumindest partiell die Möglichkeiten der empirischen Sozialforschung nutzbar gemacht werden können, sind bei dem Tatbestandsmerkmal der „offenbaren Unbilligkeit“ (i. S. v. § 319 Abs. 1 S. 1 BGB u. ö.) zumeist singuläre und komplexe Sachverhalte fachkundig zu beurteilen. Die Argumentation wird aber zumindest dadurch erleichtert, dass sich einfacher darlegen lässt, was *offenbar* unbillig ist, als das, was lediglich unbillig ist. So werden bei „offenbarer Unbilligkeit“ mitunter bereits diskursive Grundregeln missachtet, wenn etwa der zur Entscheidung berufene Dritte den Vertragsinhalt völlig außer Acht lässt und allein die Interessen einer Vertragspartei berücksichtigt.¹⁶¹ Ein Schiedsgutachten, das eine technische Anlage als mangelhaft deklariert, obwohl die beobachteten Störungen auf einem Bedienungsfehler beruhen, ist nachweisbar unrichtig, wengleich diese Feststellung noch keine Offenkundigkeit impliziert.¹⁶² Ob bei quantitativen Abweichungen, wie vielfach vorgeschlagen, die Toleranzgrenze 25 % beträgt, bedarf hier keiner Erörterung.¹⁶³ Jedenfalls müssen, so weit als möglich, sachliche Argumente für eine „offenbare Unbilligkeit“ vorgetragen werden. Die *h. M.* verlangt daher für „offenbare Unbilligkeit“ (i. S. v. § 319 BGB u. ö.) zu Recht mehr als eine besonders intensive Wahrnehmung oder subjektive Sicherheit. Erforderlich ist eine *grobe* Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben.¹⁶⁴ Das Kriterium der groben Abweichung bietet zwar keinen exakten Maßstab, doch handelt es sich um eine zumindest im Kern rational nachvollziehbare Größe, die das BGB beispielsweise auch zur Präzisierung der Fahrlässigkeit kennt. Die Begründung hat deshalb diesen materiellen Maßstab bestmöglich aufzugreifen.¹⁶⁵ Die bloße Feststellung, dass die Unbilligkeit (einem Sachverständigen) „in die Augen springt“¹⁶⁶ oder ein hoher Grad an Gewissheit vorherrscht, reicht nicht aus.

Einen Sonderfall stellen krass inhumane Gesetze im Sinne der *Radbruch'schen Formel* dar. Um solche Gesetze identifizieren zu können, bieten Vergleiche mit den Mindeststandards der internationalen Menschenrechtspakte und -deklarationen eine rationale Argumentationsbasis.¹⁶⁷ Ebenso können typische NS-Gesetze als Negativ-Paradigma herangezogen werden. Das Evidenzkriterium dient freilich auch der Delegitimierung der *lex lata* und kann zu einer contralegalen Rechtsfindung anhand überpositiver Fundamentalgrundsätze führen. Erkenntnistheoretisch handelt es sich insoweit um eine unmittelbare, originäre Evidenz, die ausnahmsweise Richtigkeit ver-

¹⁶⁰ S. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, 363 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 288 ff.

¹⁶¹ *Grüneberg* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 319 Rn. 3; *Würdinger* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 8 m. w. N.

¹⁶² *BGH NJW* 2013, 1296 (Tz. 16); *Würdinger* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 15; *Rieble* in Staudinger, BGB, 2015, § 319 Rn. 10; s. auch *BGH NJW-RR* 1988, 506 (Leitsatz): „Ein Schiedsgutachten ist (...) offenbar unrichtig, (...) wenn die Ausführungen des Sachverständigen so lückenhaft sind, daß selbst der Fachmann das Ergebnis aus dem Zusammenhang des Gutachtens nicht überprüfen kann.“

¹⁶³ S. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 319 Rn. 3; v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 41) 38 m. w. N.

¹⁶⁴ S. oben im Text bei Fn. 41.

¹⁶⁵ Vgl. v. *Hoyningen-Huene* (Fn. 41) 38 f.

¹⁶⁶ *RGZ* 96, 57 (62).

¹⁶⁷ Ausführlicher *Wolff/Neuner* (Fn. 38) § 4 Rn. 67 m. w. N.

bürgt, vorausgesetzt man erachtet jene rechtsethischen Minima für ebenso einleuchtend und wahr, wie den Satz „zwei mal zwei ergibt vier“.¹⁶⁸

5. Normative Evidenz

Bei der normativen Evidenz sind zwei verschiedene Begründungsanforderungen zu unterscheiden.

Zum einen gehört es zum richterlichen Aufgabenfeld, darzulegen, warum nach *vollumfänglicher* Prüfung ein Antrag offensichtlich unbegründet ist (z. B. im Berufungsverfahren) oder ein sonstiger Sachverhalt als rechtlich offenkundig eingestuft werden kann (z. B. die materielle Unrichtigkeit eines Titels). Der Evidenznachweis ist hier im Hinblick auf die Gesetzeslage vor allem anhand übereinstimmender Auslegungscanones zu führen, die in ihrer Gesamtschau keine vernünftigen Zweifel an einem bestimmten Interpretationsergebnis zulassen dürfen.¹⁶⁹ Problematisch wirkt in diesem Zusammenhang die Regelung des § 24 S. 2 BVerfGG, wonach das *BVerfG* einen Antrag ohne weitere Begründung verwerfen kann. Eine Abweisung setzt allerdings voraus, dass der Antragsteller vorher auf die Bedenken gegen seinen Antrag hingewiesen worden ist und so zumindest eine Vorabbeurteilung erhält.¹⁷⁰

Zum anderen kann mit einer Evidenzkontrolle die Aufgabe verbunden sein, die *Kontrollintensität* zu begründen. Bei einer bloßen Evidenzprüfung hat die Kontrollkompetenz nur geringes Gewicht und es stehen dafür dem überprüften Organ breite normative Spielräume zu, die wiederum als Kompetenzen zu verstehen sind. Die zulässige Kontrollintensität ergibt sich somit aus der Abwägung mit dem Prinzip der Entscheidungsfreiheit des überprüften Organs.¹⁷¹ Die Problematik stellt sich etwa bei der Untersuchung von Akten der Europäischen Union oder bei gesetzgeberischem Unterlassen.

VIII. Ergebnisse

1. Kennzeichen der Evidenz ist die sichere Erkenntnis ohne verbleibende Zweifel. Die Worte „offenkundig“, „offensichtlich“ und „offenbar“ werden vom Gesetzgeber synonym verwandt.¹⁷² Die jeweilige Wortwahl erlaubt keine Rückschlüsse, ob die Evidenz auf der Hand liegen muss oder aus einer gründlichen Prüfung hervorgehen

¹⁶⁸ Vgl. *Braun*, JZ 2013, 265 (269) m. w. N.; s. auch *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, 35 ff.

¹⁶⁹ Zu Fällen „offensichtlicher Unbegründetheit“ am Beispiel von § 349 Abs. 2 StPO *Kruse*, Die „offensichtlich“ unbegründete Revision im Strafverfahren, 1980, 33 ff.

¹⁷⁰ S. hierzu *Hömig* in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 52. EL 2017, § 24 Rn. 21; *Steinbach*, AöR 140 (2015), 367 (394 f., 399).

¹⁷¹ Ausführlich *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, 2014, 251 ff.

¹⁷² Bei *Rieble* in Staudinger, BGB, 2015, § 319 Rn. 7 heißt es, dass „offenbar eine Evidenz (ist), die hinter ‚offenkundig‘ zurückbleibt“; im juristischen Kontext wird der Begriff „offenkundig“ allerdings ganz unterschiedlich verwandt: in § 291 ZPO wird die Notorietät erfasst, in § 1310 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 BGB (der einzig einschlägigen Bestimmung des BGB) ist umstritten, ob nur leicht zugängliche Beweise erhoben werden dürfen (s. oben im Text bei Fn. 17 f.) und in anderen Vorschriften, wie etwa in § 63 Abs. 2 S. 2 SGB VII, werden alle zugänglichen Beweismittel erlaubt (vgl. nur *Holtstraeter* in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl. 2017, SGB VII, § 63 Rn. 18); umgekehrt wird auch das Wort „offenbar“ ganz unterschiedlich im Hinblick auf die jeweilige Prüfungsintensität verwandt (s. oben im Text nach Fn. 129).

kann.¹⁷³ Die Perspektive, aus der die Evidenz zu erschließen ist, wird durch den Sprachgebrauch ebenfalls nicht präjudiziert. Der Gesetzgeber ist sich nicht einmal der unterschiedlichen Arten und Funktionen von Evidenz bewusst, wie die Begründung zur Einfügung des Wortes „offensichtlich“ in § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO zeigt, in der darauf verwiesen wird, dass „das Merkmal sich in der Zivilprozessordnung bereits in § 328 Abs. 1 Nummer 4, § 807 Absatz 2 S. 2 (befindet)“¹⁷⁴, also in einem völlig anderen Kontext.

2. Das Adjektiv „eindeutig“ hat eine ähnliche Bedeutung wie „evident“. Eine als „eindeutig“ zu qualifizierende Formulierung muss so klar und verständlich verfasst sein, dass jeder vernünftige interpretatorische Zweifel ausgeschlossen ist. Die Kennzeichnung als „eindeutig“ kann sich auch auf ein Fehlverhalten oder etwa eine Sacheigenschaft beziehen.

3. Das Wort „ausdrücklich“ impliziert ebenfalls, dass kein vernünftiger Interpretationszweifel bestehen darf. Anders als „eindeutig“ schließt „ausdrücklich“ eine Willenskundgabe durch konkludentes Verhalten aber grundsätzlich aus.

4. Man kann zwischen den Tatbestandsmerkmalen der empirischen, der prognostischen, der hermeneutischen und der sittlichen Evidenz unterscheiden, die jeweils Regel-Ausnahme-Verhältnisse begründen. An diesem Schema orientiert sich wiederum die Beweislastverteilung.

5. Die normative Evidenz, d. h. die Offenkundigkeit der Gesetzeslage, erfüllt methodisch zwei Funktionen. Sie dient zum einen dazu, als Kontrollmaßstab mit geringer Prüfdichte bestimmte (Mindest-)Standards der Rechtsordnung zu identifizieren und zu gewährleisten; die gegenläufigen Prinzipien der Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit sind dann ausnahmsweise nachrangig.¹⁷⁵ Zum anderen kann normative Evidenz das Ergebnis einer vollumfänglichen rechtlichen Prüfung sein; die Rechtslage erweist sich dann im Hinblick auf einen konkreten Sachverhalt oder Antrag gegebenenfalls als offenkundig.

6. Die ursprüngliche Bedeutung von Evidenz im Sinne von unmittelbarem, unangeleitetem Einleuchten wird im juristischen Diskurs sehr stark von mittelbarer Evidenz überlagert. Bei dieser werden neue Erkenntnisse erst im Wege der Ableitung gewonnen.

7. Die Feststellung von Evidenz hängt von der Perspektive, mitunter von einer Beweiserhebung und vereinzelt auch von der Einstimmigkeit des Spruchkörpers ab. Aus subjektiver Sicht ist Gewissheit erforderlich. Zudem bedarf es einer bestmögli-

¹⁷³ Nach *Würdinger* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 7 ist „offenbar“ nicht gleichbedeutend mit evident, da bei komplexen Verträgen ein Sachkundiger eine eingehende Prüfung vornehmen muss; diese Feststellung entspricht der unmittelbaren Evidenz, dem unmittelbaren Einleuchten, berücksichtigt jedoch nicht die mittelbare Evidenz, die erst aus Beweisen, d. h. als Urteil *a posteriori*, erfolgt; man spricht deshalb auch von einer „Evidenzprüfung“.

¹⁷⁴ BT-Drs. 17/6406, 9; kritisch hierzu auch *Heßler* in Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 522 Rn. 36.

¹⁷⁵ Evidenzkontrollen werden in der Gerichtspraxis zum Teil zu restriktiv und nicht konsequent durchgeführt. Das *BVerfG* sollte insbesondere die fachgerichtliche Auslegung des einfachen Rechts nur einer Evidenzprüfung unterwerfen und den gleichen restriktiven Maßstab bei der Auslegung grundrechtlicher Prinzipien heranziehen; s. näher *Neuner*, FamRZ 2017, 1805 (1807, 1810 f.); auch die Rechtsprechung zum Untermaßverbot ist unstimmtig; s. näher *Wolf/Neuner* (Fn. 38) § 3 Rn. 3 ff.; seitens des *EuGH* ist signifikant, dass er Akte des unionalen Gesetzgebers lediglich einer Evidenzprüfung unterzieht, bei der Grundrechtskontrolle gegenüber den Mitgliedstaaten jedoch einen deutlich strengeren Maßstab anlegt; s. *Huber* in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, EUV, Art. 19 Rn. 15 m. w. N.

chen rational-sachlichen Argumentation, die Evidenz insbesondere auch als grobe Abweichung von einem bestimmten Standard erfasst und erklärt.¹⁷⁶

8. Evident ist das, was einleuchtet, sei es unmittelbar oder mittelbar. Die schlichte Berufung auf Evidenz ist im Regelfall ein bloßes „Kryptoargument“¹⁷⁷ oder rhetorisches Mittel. Die Begründung kann es nicht ersetzen.

¹⁷⁶ Der Begriff der „Evidenz“ wird deshalb mitunter synonym verwendet, wenn etwas in grober Weise vom Normalmaß abweicht; so scheidet beispielsweise ein gutgläubiger Mobiliärerwerb gem. § 932 Abs. 2 BGB wegen grober Fahrlässigkeit aus, falls missachtet wird, „was ... jedem hätte einleuchten müssen“; vgl. *BGH NJW* 2013, 1946 (Tz. 11); *Bayer* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 932 Rn. 11; der Sache nach spricht man hier von der „Evidenz der Eigentumslage“; vgl. *Oechsler* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2017, § 932 Rn. 47; nicht selten wird unter „grob“ (unbillig) aber auch etwas ganz anderes verstanden, wie etwa im Familienrecht eine unerträgliche Verletzung des Gerechtigkeitsempfindens; vgl. oben im Text bei Fn. 47.

¹⁷⁷ *Scheuerle*, *ZZP* 84 (1971), 241 (296).