

Auch das *BVerfG* wird ihn mit Sicherheit nicht gehen wollen. Und in diesem Punkt jedenfalls argumentiert das Gericht sogar überraschend konsistent. Es läßt nämlich überhaupt keinen Zweifel daran, daß es unter grundsätzlichem Aspekt schlechthin *jede* Stufung des menschlichen Lebensrechtes total ablehnt.

So heißt es im ersten Abtreibungsurteil des *BVerfG* ausdrücklich: „Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden“. Und außerdem: „Jedes menschliche Leben – auch das erst sich entwickelnde Leben – ist als solches gleich wertvoll und kann deshalb keiner irgendwie gearteten unterschiedlichen Bewertung ... unterworfen werden“<sup>12</sup>. Und im zweiten Abtreibungsurteil des Gerichts heißt es: „Das Grundgesetz enthält für das ungeborene Leben keine vom Ablauf bestimmter Fristen abhängige, dem Entwicklungsprozeß der Schwangerschaft folgende Abstufungen des Lebensrechts und seines Schutzes“<sup>13</sup>. Läßt es sich klarer sagen? Wie kann *Dreier* als Wissenschaftler guten Gewissens einerseits der (in kaum einer anderen Rechtsordnung der Welt mehr akzeptierten) These des *BVerfG* vom Beginn des Rechtes auf Leben mit dem Lebensbeginn blind Folge leisten und andererseits die mehr als eindeutige Absage des *BVerfG* an jedes Stufenkonzept des Lebensrechtes – ebenso wie frühere detaillierte Kritiken an dem eigenen Stufenkonzept<sup>14</sup> – einfach nur totschiweigen?

Worauf es *Dreier* bei seinen trotz aller Weitschweifigkeit im Kern verfehlten Ausführungen zum Thema „Tötung vorgeburtlichen Lebens“ vor allem anzukommen scheint, zeigt ihr letzter Satz. Danach „ist festzuhalten, daß eine weitgehende Liberalisierung des Embryonenschutzgesetzes (nebst einer völligen Streichung des Stammzellgesetzes) ... nicht verfassungswidrig wäre“<sup>15</sup>. – Nun, vielleicht läßt sich dieses Resultat ja sogar begründen – aber nicht mit diesen Argumenten.

Daß im übrigen unsere der Politik zu Diensten stehenden Rechtswissenschaftler mit der Menschenwürde nicht anders als mit dem Recht auf Leben verfahren, mag abschließend die folgende, zur Rechtfertigung der Präimplantationsdiagnostik getroffene Feststellung belegen, daß im verfassungsrechtlichen Umgang mit dem Embryo „immer mehr vorsichtige und differenzierende Positionen eines ansteigenden oder auch gestuften Menschenwürdeschutzes Raum gewinnen“<sup>16</sup>. Das stimmt: Die Politik gewinnt in der Rechtswissenschaft immer mehr Raum<sup>17</sup>.

Professor Dr. Dr. **Norbert Hoerster**, Reichenberg

## Schlußwort\*

Es kann einem schon ein bißchen schwindlig werden bei der Lektüre von *Norbert Hoersters* Entgegnung auf einen Abschnitt meines JZ-Beitrages zu den „Grenzen des Tötungsverbotes“<sup>1</sup>. Denn einerseits stimmt er mir mehrmals ausdrücklich zu, andererseits hält er meine Ausführungen für im Kern verfehlt und darüber hinaus offensichtlich für ein besonders verwerfliches Beispiel einer sich „der“ Politik dienstbar machenden Rechtswissenschaft, wie es am Ende des Textes etwas dunkel raunend heißt. Einerseits wirft mir *Hoerster* vor, dem *BVerfG* blind zu folgen, andererseits meint er, dieses habe – ganz im Gegensatz zu meinem Konzept – jede Stufung des vorgeburtlichen Lebensschutzes strikt abgelehnt. Was gilt nun?

1. Die Stoßrichtung *Hoersters* wird vielleicht klarer, wenn man sich zunächst dessen – in seiner Entgegnung wohl nicht ganz deutlich zutage tretender – eigener Position noch einmal vergewissert, wie er sie vor allem in seiner „Ethik des Embryonenschutzes“<sup>2</sup> ausführlich dargelegt hat (die folgenden Seitenangaben beziehen sich auf diese Schrift). Danach diene das Menschenrecht auf Leben dem „Lebensschutz jedes einzelnen Menschen um seiner selbst willen“ (S. 32 f.). Unzweifelhaft gelte das aber nur für geborene Menschen. Dem Embryo komme kein solches unbedingtes Recht auf Leben, sondern nur ein abgeschwächter Lebensschutz zu. Begründung: die Zuschreibung eines (starken) Lebensrechtes setze ein Überlebensinteresse und ein Ich-Bewußtsein voraus, das sich irgendwann im ersten Lebensjahr nach der Geburt einzustellen beginne (S. 87). Beim Neugeborenen habe man bislang keine „Verhaltensweisen oder Reaktionen feststellen können, die sich als Belege für ein Überlebensinteresse ... deuten lassen“ (S. 89). Es folgt die aparte Stelle: „Die Annahme, dass das Neugeborene heute etwa Wünsche nach Zuwendung oder Nahrung am nächsten Tag hat, ist mindestens so spekulativ und willkürlich wie etwa die Annahme, dass eine Katze sich heute Gedanken über ihre Strategie für die morgige Jagd auf Mäuse macht“ (S. 89)<sup>3</sup>. Wenn *Hoerster* letztlich gleichwohl die Geburt als entscheidende Zäsur für die Grenze zwischen einem starken Lebensrecht und einem abgeschwächten Lebensschutz akzeptiert, dann aufgrund eher praktisch-pragmatischer Überlegungen wie der, die Grenze der Geburt sei „für jedermann auf den ersten Blick ungleich leichter feststellbar als jede andere zur Sicherung des Überlebensinteresses überhaupt infrage kommende Grenze“ (S. 92, vgl. auch S. 94). *Hoerster* räumt ein, daß eine völlige Freigabe der Abtreibung mit seiner Position vereinbar, wenn auch nicht von ihr gefordert sei (S. 95); ihm zufolge spricht sowohl unser Gattungsinteresse wie unser auf das Individuum bezogenes Schutzinteresse dafür, „jedem Embryo einen gewissen – schlichten wie abgestuften [sic!] – Lebensschutz zu gewähren“ (S. 112). In hiermit nur schwer zu vermittelnder Weise steht *Hoerster* dann aber einer (nach meiner Überzeugung

<sup>12</sup> *BVerfGE* 39, 1, 37 bzw. 59.

<sup>13</sup> *BVerfGE* 88, 203, 254.

<sup>14</sup> Siehe *R. Beckmann* ZRP 2003, 97 ff. sowie *N. Hoerster* ZRP 2003, 218 und *JuS* 2003, 529 ff.. Es handelt sich um Repliken auf den in Fn. 2 genannten früheren Aufsatz *Dreiers*, auf den sich der Autor in seinem vorliegend erörterten Aufsatz ausdrücklich beruft (JZ 2007, 267, Fn. 80).

<sup>15</sup> *Dreier* JZ 2007, 201, 270.

<sup>16</sup> *F. Hufen*, in: *A. Gethmann-Siefert/St. Huster* (Hrsg.), *Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik*, 2005, S. 106.

<sup>17</sup> Zum Argumentationsniveau einer Ministerin in der zur Debatte stehenden Frage aufschlußreich *R. Beckmann* Zeitschrift für Lebensrecht 2003, 128 ff.

\* Der Beitrag hat der Redaktion am 2. 1. 2008 vorgelegen.

<sup>1</sup> *H. Dreier* JZ 2007, 261–270, 317–326. *Hoerster* bezieht sich allein auf den Abschnitt III (S. 267–270).

<sup>2</sup> *N. Hoerster*, *Ethik des Embryonenschutzes*. Ein rechtsphilosophischer Essay, 2002, insb. S. 30 ff., 87 ff., 109 ff.

<sup>3</sup> *Hoersters* in seiner Entgegnung mir vorgehaltenes *argumentum ad absurdum*, wonach ja nichts dagegenspräche, auch das nachgeburtliche Leben zu stufen (JZ 2008, 295, 296, in diesem Heft), kann man vor diesem Hintergrund als (vermutlich ungewollte) Selbstkritik lesen und verstehen – mit meiner Position, die die Geburt als ethisch, rechtlich und kulturell fest verwurzelte Zäsur betrachtet, hat das nichts zu tun (vgl. *H. Dreier* ZRP 2002, 377 ff. [insb. 378 f., 382 f.]).

wiederum in unseren moralischen Intuitionen fest verankerten sowie in der Rechtsordnung normativ geronnenen) rechtlich unterschiedlichen Behandlung von Früh- und Spätabtreibungen skeptisch bis ablehnend gegenüber (S. 115 ff.). Den Schutz der Embryonen in vitro lehnt Hoerster mit dem Argument ab, angesichts der Rechtslage bei den Embryonen in vivo (wo im gleichen pränidativen Zeitraum die Vernichtung durch entsprechende Verhütungsmaßnahmen rechtmäßig ist, arg. § 218 I 2 StGB) müsse eine Andersbehandlung „als völlig ungereimt erscheinen“ (S. 122). Die Präimplantationsdiagnostik auf Testbasis wird mit entschiedenem Hinweis auf die Möglichkeit der Abtreibung für zulässig gehalten (S. 124). Hoerster stützt seine Argumentation also ausdrücklich auf einen Vergleich der Rechtslage beim pränatalen (genauer: pränidativen) Leben in vivo und in vitro.

2. Die Position des *BVerfG* gibt Hoerster durchweg in einer Weise wieder, die einige Leitsätze und Passagen der beiden Urteile in den Vordergrund rückt, ohne den vielschichtigen Entscheidungsgründen und ihrem greifbaren Regelungsgehalt gebührende Aufmerksamkeit zu schenken<sup>4</sup>. So wird der Eindruck vermittelt, das Gericht habe eindeutig und einschränkungslos dem gesamten vorgeburtlichen Leben von seiner „Entstehung“ an volles Lebensrecht zugesprochen und jede Stufung abgelehnt. Das ist aber nicht die ganze, ja noch nicht einmal die halbe Wahrheit. Näheres Hinsehen ergibt, daß in der Sache selbst beiden Judikaten ein Stufungskonzept zugrundeliegt, auch wenn die von Hoerster herangezogenen, besonders grundsätzlich und entschieden formulierten Passagen etwas anderes suggerieren. Denn das *BVerfG* akzeptiert ohne weiteres die Regelung des § 218 I 2 StGB und damit die Zulässigkeit nidationshemmender Kontrazeptiva, stellt also die pränidative Phase (die ersten 10–12 Tage nach der Befruchtung der Eizelle) in vivo schutzlos<sup>5</sup> – das ist die erste Stufe. Das Gericht formuliert für die Zeit nach der Nidation gewisse Bedingungen für die Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruches, die in der Entscheidung von 1993 die Gestalt eines Beratungskonzeptes annehmen. Dieser in der Tat relativ schwache Schutz des ungeborenen Lebens beschränkt sich aber auf die ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft<sup>6</sup> – zweite Stufe. *Nach* diesem Zeitraum läßt das Gericht eine Abtreibung nur noch unter sehr viel strengeren Voraussetzungen (medizinische, kriminologische, eugenische bzw. embryopathische Indikation) zu, so daß parallel zum Wachstum des ungeborenen Lebens dessen Schutz deutlich intensiver wird<sup>7</sup> – dritte Stufe<sup>8</sup>. So hat das Gericht die zum Zeitpunkt der Entscheidung noch gültige Regelung akzeptiert, wonach bei eugenischer Indikation das ungeborene Leben rechtmäßig getötet werden kann, und zwar bis zur 22.

Schwangerschaftswoche – vierte Stufe<sup>9</sup>. Diese Indikation wurde später vom Gesetzgeber gestrichen und geht jetzt in der medizinischen Indikation auf, die keine Befristung mehr kennt. Bei medizinischer Indikation bedroht die Leibesfrucht das Leben der Mutter; daß hier ein Schwangerschaftsabbruch selbst in einem sehr späten Stadium ohne Rechtswidrigkeitsverdikt vorgenommen werden kann (§ 218a III StGB), zeigt erneut, daß auch der stark angewachsene Schutz des möglicherweise außerhalb des Mutterleibes schon lebensfähigen Fötus dem eines geborenen Menschen nicht gleichkommt<sup>10</sup> – fünfte Stufe.

3. Was nun meine eigene Position und die Kritik Hoerstere an ihr angeht, so gilt folgendes. Erstens: Hoerster scheint davon auszugehen, daß sich die Existenz des Menschen oder eines Individuums klar bestimmen lasse, nämlich mit seiner „Erzeugung“. Das ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Gerade in der pränidativen Phase, um die allein es bei den umstrittenen biotechnologischen Fragen der verbrauchenden Embryonenforschung oder der Präimplantationsdiagnostik geht, haben wir es noch nicht mit einem Individuum (einem Unteilbaren), sondern durchaus mit einem Dividuum zu tun, weil sich aus der Blastocyste noch mehr als *ein* Mensch entwickeln kann, also Mehrlingsbildung möglich ist. In diesem frühen Entwicklungsstadium können wir zwar von gattungsspezifischem menschlichen Leben (*human life*) sprechen, aber noch nicht von einem individuierten menschlichen Lebewesen (*human being*). Das legt Folgen für die rechtliche Bewertung nahe.

Zweitens: meine Position stützt sich bei weitem nicht allein auf die Rechtslage beim Schwangerschaftsabbruch<sup>11</sup>, sieht aber (wie Hoerster auch) in der Ungleichbehandlung des pränidativen Lebens in vivo und in vitro ein zentrales Problem. Im übrigen kann man §§ 218a ff. StGB, immerhin Produkt einer jahrzehntelangen politisch-gesellschaftlichen Debatte und eines intensiven Ringens zwischen Legislative und *BVerfG*, wohl kaum als „ad-hoc-Erfindung“ (Hoerster JZ 2008, 295, 296) anprangern – einmal ganz abgesehen davon, daß sich in fast allen Ländern dieser Erde die Rechtslage *strukturell* (also: geringer Schutz am Anfang, stärker werdender Schutz mit dem Voranschreiten der Schwangerschaft) ähnlich gestaltet. Es geht also nicht um „abgestufte Menschen“ (ein schon sprachlich verunglückter, vor allem aber in der Sache unhaltbarer Terminus), sondern um die schlichte Akzeptanz des Umstandes, daß die Rechtsordnung einem empfindungsunfähigen Zellverband im Blastocystenstadium und somit vor dem entscheidenden Ereignis der Nidation nicht den gleichen Schutz zuteil werden läßt wie einem mittlerweile längst individuierten Fötus etwa in der zehnten Woche oder noch später, bei dem die Organogenese abgeschlossen und anders als im pränidativen Stadium Schmerzempfindlichkeit gegeben ist.

Was ist schließlich drittens vom Vorwurf Hoerstere zu halten, mein Beitrag sei ein Beispiel dafür, daß sich Rechtswissenschaftler zunehmend als Erfüllungsgehilfen „der“ (welcher?) Politik betätigten und ihr „zu Diensten“ (Hoerster JZ 2008, 295, 297) seien? Sollte damit gemeint sein, ich würde meine rechtswissenschaftlichen Positionen nur als Tarnkleid für die Durchsetzung dahinterstehender rechtspolitischer In-

4 Auf die Inkonsistenzen der Judikatur ist in der Literatur vielfältig und zu Recht sehr kritisch hingewiesen worden (vgl. Nachweise bei H. Dreier, in: *ders.* [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1 I Rn. 69 f.). Hier kommt es nur darauf an, jedenfalls auch die „andere Seite“ der Entscheidungen zu sehen und diese nicht einfach auszublenden.

5 *BVerfGE* 88, 203 (251).

6 In *BVerfGE* 88, 203 (266) gleichsam eingehüllt in die sachlich keineswegs überzeugende Bemerkung, die Einschätzung des Gesetzgebers sei unbedenklich, „jedenfalls in der Frühphase der Schwangerschaft sei ein wirklicher Schutz des ungeborenen Lebens nur mit der Mutter, aber nicht gegen sie möglich“. Ganz ähnlich a. a. O. S. 267 f.: „Indikationenprüfung im ersten Stadium“, S. 269: „Frühphase der Schwangerschaft“.

7 *BVerfGE* 88, 203 (269).

8 Würde hingegen stimmen, daß sich „jegliche Differenzierungen der Schutzverpflichtung mit Blick auf Alter und Entwicklungsstand“ des ungeborenen Lebens verbieten (so *BVerfGE* 88, 203 [267]), dann fragt man sich natürlich, wieso das Beratungskonzept nicht auf die gesamte Phase der Schwangerschaft erstreckt wird. Warum nur ist es auf die ersten zwölf Wochen begrenzt?

9 *BVerfGE* 88, 203 (256 f.).

10 Das wird vom *BVerfG* nicht eigens thematisiert, steht aber rechtlich außer Frage – und findet mittlerweile auch keinen Gegenpart mehr in einer anderweitigen Praxis katholischer Kliniken.

11 Zur von Hoerster vermiften ausführlicheren und systematischeren Begründung siehe H. Dreier, in: *ders./W. Huber*, Bioethik und Menschenwürde, 2002, S. 9–49.

tionen nutzen oder sei gar politisch korrumpiert, so hege ich die Hoffnung, daß eine vorurteilsfreie Lektüre meiner Texte diesen Anwurf als das entpuppt, was er in meinen Augen ist: eine haltlose Insinuation. Es kommt aber noch ein weiterer, gerade für die Verfassungsrechtswissenschaft zentraler Punkt hinzu. *Hoerster* scheint anzunehmen, daß der Hinweis auf den Gestaltungsspielraum, den das Grundgesetz nach meiner Auffassung dem Gesetzgeber auch im Bereich des Embryonenschutzes einräumt und ihn von daher zu einer deutlich liberaleren Ausgestaltung der Rechtslage befugt, die Schwelle von der Rechtswissenschaft zur Rechtspolitik bereits überschreitet. Davon kann keine Rede sein. Denn die Fixierung der Grenzen, die die Verfassung ins-

besondere der Legislative setzt (und in umgekehrter Sichtweise eben: die Auslotung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers), stellt keinen anzuprangenden Irrweg vermeintlich politisierter oder gar politisch korrumpierter Juristen dar, sondern zählt zu den vornehmsten und wichtigsten Aufgaben der Wissenschaft vom Verfassungsrecht, denen sie sich auf zahllosen Feldern (von den Sicherheitsgesetzen über die Bahnprivatisierung bis hin zur Organisation sozialer Dienstleistungen) Tag für Tag widmet. Das sollte eigentlich auch einem Strafrechtler und Rechtsphilosophen nicht ganz unbekannt sein.

Professor Dr. Horst Dreier, Würzburg

**Christian Fischer:** Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. (JuS Privatum, Bd. 123.) XXVI, 611 S.; Leinen: 114,- €. ISBN 978-3-16-149272-3.

Die juristische Methodenlehre, gemessen an Zustand und offenkundigen Tendenzen der gerichtlichen Praxis, zeigt Auflösungserscheinungen, ist nicht mehr Herr des Geschehens, es gibt schon Zonen anarchischen Freirechts. Konservative Befürworter von Gesetzesbindung und Rechtsstaat geraten mehr und mehr in Zorn, abzulesen an dem gesteigert heftigen Ton der polemischen Beiträge von *Bernd Rütbers*, etwa zu der nur scheinbar noch offenen Frage „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“, JZ 2002, 365 ff. (weitergeführt in JZ 2006, 53; dazu der Widerspruch von *Günter Hirsch* JZ 2007, 863 mit Erwidern von *Christoph Möllers* und Schlußwort *Hirsch* in JZ 2008, 188, 189; mit einer ausgleichenden Haltung *Hassemer* ZRP 2007, 213). Mit *Rütbers* hatte der Verfasser der vorliegenden Bayreuther Habilitationsschrift (betreut von *Karl-Georg Loritz*) zusammengearbeitet, dokumentiert in der gemeinsamen Anmerkung zu BAG 22. 3. 1994, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115 S. 9 ff. Damals machten die Autoren Front gegen die „Schnappschuss-Theorie“ vom Wesen des Gerichtsurteils, geschaffen von einem damals frisch in sein Amt eingeführten neuen BAG-Präsidenten, der in einem Pressegespräch verlaublich hatte, Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht seien immer nur Schnappschüsse der galoppierenden Rechtslage, „beim nächsten Mal (ist) alles anders“. (Übrigens trifft „Schnappschuss“ nicht genau, gemeint ist die Momentaufnahme!) Man darf vermuten, dass solcherart provokative Leichtfertigkeit aus Richtermund den ersten Anstoß für die vorliegende streng wissenschaftliche Untersuchung lieferte.

Dem Verfasser gelingt es leicht, die Bedeutsamkeit seines Themas in der „Einführung“ zu schildern: in der Rechtsprechung unserer Zivilgerichte findet sich schöpferische Rechtsfindung zuhauf, die sich nicht mehr als Gesetzesanwendung oder -auslegung verstehen lässt, also bereits Rechtsfortbildung ist; oft nicht als solche deklariert, also *verdeckt*; die zugrundeliegenden Prinzipien, Maximen, Argumente oder Schlagworte, seit der vielbeachteten kleinen Schrift von *Theodor Viehweg* (1954) im antiken Sinne „topoi“ genannt, sollten durch genauere Analyse herausgefunden und aufgedeckt werden; dies verspricht einen Gewinn an Rationalität (vielleicht, so möchte man skeptisch hinzufügen).

Die Herangehensweise des Autors ist von Nüchternheit geprägt. „Topos“ wird als Begriff ohne Feierlichkeit verwendet, kann auch sein „eine formelhafte Wendung, ein begründungsersetzendes Versatzstück, ein Gemeinplatz“ (S. 32), steht aber auch „für Merksätze und Überleitungsbegriffe, welche erst den Zugang zu einem Bündel von Gesichtspunkten eröffnen, die als mögliche Begründung in Betracht kommen“ (S. 33). Hier wären gleich schon gelieferte Beispiele willkommen gewesen – ob etwa „Schutz des Schwächeren“ hierher gehört? (Vgl. *mein* Beitrag in: Festschrift Horst Konzen, 2006, S. 1 ff.)

„Rechtsfortbildung“ lässt sich nach dem Stand der juristischen Methodenlehre – der Verfasser zitiert *Larenz*, *Canaris*, *Bydlinski*, *Pawlowski*, *Rütbers*, *Wank* – ziemlich genau beschreiben, wenn auch nicht definieren (S. 56). Von der Rechtsprechung ist wenig Hilfe zu exakter Abgrenzung zu erwarten, als Illustration dient die alte Soraya-Entscheidung des BGH, verfassungsrechtlich gebilligt in *BVerfGE* 34, 269 (dazu auch S. 214). Gesetzesbegriffe helfen ebensowenig weiter (S. 67). Also: „ein schillernder Begriff mit zahlreichen Facetten“ (S. 9 u. 117). Der Einfachheit halber geht *Fischer* von einer – objektiv verstandenen! – Veränderung des dem Richter vorgegebenen Gesetzesrechts aus, unter Hinnahme vielfältiger terminologischer Unsicherheit durch die ver-

schiedenartigen Konzeptionen zwischen Tradition und immer wieder neu versprochener Moderne (vgl. § 7 „Paradigmenwechsel bei der Rechtsfindung“, S. 137 ff.). Kritisch sei angemerkt, dass richterliche Rechtsfortbildung wohl kaum ungewollt geschehen kann, also doch eher ein „Absichtsdelikt“ ist, sonst gäbe es auch keine Abgrenzung zur „falschen“ Entscheidung.

Für die Rechtsprechung der Bundesrepublik unterscheidet der Autor zwischen „klassischer“ Fortbildung, Begriffsverschiebung und „richterlicher Derogation von Gesetzesrecht“ (ab S. 167). Klassisch sind z. B. Herrenreiter-, Hühnerpest- und Gemüseblatt-Entscheidung, begriffliche Neuerung war die „Leistungskondition“ (hierzu ist nicht ausgewertet die meines Erachtens beste Darstellung von *Richard Bley*, in: *Zivilrechtliche Entdecker*, hrsg. v. *Thomas Hoeren*, 2001), derogierend war die arbeitsrechtliche Jurisdiktion über die Haftung des Arbeitnehmers im Hinblick auf § 840 Abs. 2 BGB (S. 173). Hinzu treten Anpassungen an moderne Neuheiten etwa zum Leasing-Vertrag, zur Geschlechtsumwandlung, zu informellen Lebensgemeinschaften. In das „juristische Kuriositätenkabinett“ will der Autor *BGHZ* 125, 52 stellen, wo die Vernichtung konservierten Spermias mit Schmerzensgeld für den Samenspender geahndet wurde. Zu Rechtsfortbildungen „in Nebengebieten“ findet sich auf S. 184–207 eine deskriptiv korrekte Darstellung der richterrechtlichen Neuentwicklung im Arbeitsrecht. Das hier hervortretende, für den Verfasser „ungewöhnliche Selbstverständnis der Richter am Bundesarbeitsgericht“ findet auch in den „Orientierungssätzen“ einen sichtbaren Ausdruck, die ungenannt bleibende „Richterinnen und Richter“ vielen Entscheidungen beifügen. In vornehmer Zurückhaltung verzichtet der Verfasser darauf, materiellen Motiven nachzuspüren, etwa einer eventuellen Vermarktungsstrategie.

Zum gesicherten Bereich der Empirie gehört, dass *offene* Rechtsfortbildung in der Entscheidungspraxis des BGH selten anzutreffen ist, in 154 Bänden *BGHZ* mit 7813 Entscheidungen findet *Fischer* gerade einmal 20 Fälle, als tragende Grundlage davon nur 12 = 0,15 % (S. 269). Die Vorkommnisse *verdeckter* Fortbildung entziehen sich natürlich jedem Versuch einer quantitativen Erfassung, dazu sind die Grenzen zwischen großzügiger Auslegung und produktiver Veränderung zu fließend, haben sich seit der überzeugenden Verwerfung des Subsumtionsmodells in *Oskar Bülow*s „Gesetz und Richteramt“ (1885) niemals lassen (*Johann Braun* spricht in der Einleitung zur Ausgabe 2003 von einer „methodischen Dauerdiskussion“). *Fischer* zögert bei diesem Stand seiner Untersuchung noch, ob man das Gebot offener Rechtsfortbildungen offen propagieren sollte (mit *Haverkate* ZRP 1973, 281), ob dies nicht der historisch abgesunkenen Freirechtsschule (*H. Kantorowicz*, *Eugen Ehrlich*, vgl. S. 317) nachträglich zuviel Ehre gäbe. Es bleibt dann aber elementares rechtsstaatliches Unbehagen – was hätte ein *Montesquieu* dazu gesagt, der den Richter bei Rechtsschöpfungen auf die Position Null gestellt hatte! Der Verfasser zitiert auch den Rezensenten („Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht“, 1969) mit der Aussage, dass der rechtsuchende Bürger das seinen Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechende Urteil wohl noch schwerer hinnehmen kann, wenn er „statt der eher voraussehbaren Positivität des Gesetzes nun die seinem Handeln nachfolgende Positivität des Richterspruchs erdulden muss“ (S. 300; vgl. auch *Christoph Louven*, Problematik und Grenzen rückwirkender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, 1996). Wer auf dem Operationstisch liegt, möchte gern lege artis behandelt werden, nicht als Versuchsobjekt zur Erprobung neu ersonnener Behandlungsmethoden dienen. Und diese Metapher erfasst noch nicht einmal das vertrackte Problem, wie der Richter eine von ihm getroffene „Fortbildung“, die sich nicht bewährt hat, wieder los wird (S. 199 am Beispiel