

# Vorwort

Bei vollständiger Gewaltenteilung haben die Gerichte das Recht anzuwenden; eine Befugnis zur Rechtssetzung kommt der dritten Staatsgewalt hingegen nicht zu. Im Unterschied zum angloamerikanischen Rechtskreis bildet das Richterrecht nach kontinentaleuropäischer Rechtstradition keine vollwertige Rechtsquelle (vgl auch § 12 ABGB). Dennoch ist die richterliche Rechtsfortbildung zumindest im Grundsatz allgemein anerkannt, wodurch den Gerichten zumindest ein gewisses Maß an Rechtsschöpfungskompetenz zugebilligt wird (vgl § 7 ABGB).

Die österreichische Judikatur war insofern lange von Zurückhaltung geprägt. In jüngerer Zeit wird der OGH aber häufiger und stärker rechtsfortbildend tätig. Manifestation sind aufsehenerregende Grundsatzurteile, die im rechtswissenschaftlichen Schrifttum kontrovers diskutiert werden. Hingegen ist in Deutschland nach einer Phase besonders mutiger Rechtsfortbildungsschritte sogar die umgekehrte Tendenz einer „Rechtsrückbildung“ (*Westermann*) zu beobachten.

Mit der richterlichen Rechtsfortbildung geht die Gefahr einher, dass sich das tatsächlich verbindliche Recht immer weiter vom Gesetzesrecht entfernt. Auch bildet die Rechtsfortbildung eine Einfallspforte für gesetzesferne Eigenwertungen, die ohne demokratische Legitimation und ohne förmliches Gesetzgebungsverfahren verbindlich werden, sich bisweilen der intersubjektiven Nachprüfbarkeit entziehen und wenig Hilfestellung bei Folgefragen bieten. Die Rechtssicherheit und insbesondere die Vorhersehbarkeit des Rechts leiden.

Lehre und Rechtsprechung bemühen sich daher, Voraussetzungen und Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung auszuloten, wobei sich hinter vordergründiger Einigkeit auf sehr abstrakter Ebene durchaus unterschiedliche Auffassungen über die Reichweite der Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte und die dabei geltenden Maßstäbe verbergen. Der Annäherung und Konkretisierung diene eine Tagung über „Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen“, organisiert vom Obersten Gerichtshof und der Universität Wien. Die folgenden Beiträge beruhen auf den Vorträgen und Diskussionen. Sie behandeln das Thema nicht nur auf einfachgesetzlicher Ebene, sondern auch mit seinen verfassungs- und europarechtlichen Dimensionen.