

Der Gesetzgeber umschreibt die Vertragsfreiheit, gestaltet sie aus und begrenzt sie. Im Mittelpunkt steht hier § 861 ABGB, der die Vertragsfreiheit umschreibt und eine rechtstechnisch-formale Schranke im Interesse der funktionierenden Gegenseitigkeitsordnung darstellt.⁶⁶ Dabei gilt es immanente Schranken zu beachten, die vor allem die schwächere Partei schützen wollen.⁶⁷ Nicht gedeckt von der Vertragsfreiheit sind namentlich Übervorteilungen (§ 934 ABGB: Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes) und andere sittenwidrige Vertragsinhalte (§ 879 ABGB). Die §§ 934 und 879 ABGB stellen inhaltlich-materiale Schranken dar und dienen ebenso wie beispielsweise die Einschränkungen zwecks Verbraucherschutz, Arbeitnehmerschutz und Mieterschutz dem Schutz der schwächeren Partei.⁶⁸ Höfling spricht in diesem Zusammenhang überzeugend von «gegenläufigen Prinzipien zur bzw. Schranken der Vertragsfreiheit».⁶⁹

66 § 861 ABGB wurde von Österreich rezipiert und hat folgenden Wortlaut: «Wer sich erklärt, dass er jemanden sein Recht übertragen, das heisst, dass er ihm etwas gestatten, etwas geben, dass er für ihn etwas tun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen, nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. So lange die Unterhandlungen dauern und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.» Der österreichische OGH hat zur Vertragsfreiheit Folgendes ausgeführt: «Nach stRsp [ständiger Rechtsprechung] gilt im Schuldrecht grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit, die Ausdruck des allgemeinen Gedankens der Privatautonomie ist [...]. Unter die Vertragsfreiheit fällt vor allem die Abschluss- und Eingehensfreiheit, wonach es im Belieben der Parteien steht, ob und mit wem sie kontrahieren wollen [...].» öOGH 7Ob273/03b, Entscheidung vom 19. November 2003, <www.ris.bka.gv.at>. Auch Innominatsverträge sind durch die rechtsgeschäftliche Privatautonomie geschützt. «Als Ausfluss des im österreichischen bürgerlichen Recht grundsätzlich geltenden Prinzips der Vertragsfreiheit ergibt sich die sog. Gestaltungs- oder Inhaltsfreiheit, die es den Parteien insbesondere erlaubt, im Gesetz nicht geregelte atypische Verträge aber auch sogenannte gemischte Verträge abzuschliessen, die aus verschiedenen gesetzlich geregelten oder ungeregelten Vertragsarten zusammengesetzt sind [...].» (öOGH 3Ob 539/85).

67 Schon 1948 erklärte Karl Oftinger dazu überzeugend: «Indem sie den Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen Zügel anlegen, schützen sie die Autonomie aller übrigen vor dem Missbrauch ungezügelter Macht.» (Oftinger Karl, Die Vertragsfreiheit, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 315 ff., S. 317).

68 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 41.

69 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 41.