



## Rolf Knieper

Dr. habil. Prof. der Johann Wolfgang Goethe-Universität  
Frankfurt am Main  
(Bundesrepublik Deutschland)  
rolf.knieper@gmail.com

УДК 347.1

### DAS KONZEPT DER HANDLUNGSFREIHEIT IM UKRAINISCHEN UND DEUTSCHEN ZIVILRECHT

**ABSTRACT.** The article focuses on researching into freedom of action and freedom of contract in civil law of Ukraine and civil law of the Federal Republic of Germany.

The author makes a detailed study of the provisions of civil legislation of Ukraine, namely Articles 6 and 627 of the Civil Code of Ukraine (Ukraine's CC) which define the essence of the principle of freedom of contract.

It is established that the only limits of freedom of contract are peremptory norms which may establish special requirements in respect of the parties to particular contractual relations, and also restrictions ensuing from the need to respect the rights and interests of third parties, as well as public order.

Based on the findings of the research, the author draws the conclusion that freedom of action is wider than freedom of contract, since it also covers, for example, unilateral legal transactions, such as freedom to establish the will and etc. At the same time, "freedom of contract" refers to a range of potential opportunities of the parties to particular contractual relations.

The author asserts that in terms of the issues under research German civil law has no fundamental differences from Ukrainian civil law. It is noted that freedom of action and freedom of contract, and also their limitations prescribed by the German Civil Code (BGB) are generalized by the concept of private autonomy (as a rule, it is a component of free development of an individual and general freedom of action).

At the same time, the author believes that in the German Civil Code there is no equivalent to Articles 6 and 627 of Ukraine's CC, since BGB does not contain any provisions defining the principles and limits of freedom of contract, freedom of action and private autonomy.

An attempt is made to present the juridical, historical and legal philosophical prerequisites of private freedom of action and private autonomy, and also the dangers which threaten them with digitalization.

The author believes that the objective of finding implementation of subjective freedoms in private autonomy of civil law, at the same time discarding any reflections on efficiency, is inconsistent with the current state of development of society and the legal system.

Particular attention within the framework of private-law regulation is given to the category of "efficiency". The author notes that currently there is a trend towards perception

by the scientific community, the legislator and judicial authorities of the basic provisions of the doctrine which is referred to as “economic analysis of law”.

In the author’s opinion, objectivity and development of the concept of reasonable participant to legal relations which lawyers and judicial authorities base their own rational ideas on, do not contradict the foundations of private autonomy.

Particular attention is given to development of smart-contracts, which the author believes to help the participants to civil relations to get rid of distrust of the counterparty, and also to avoid the insecurity of subjective rights and interests, information asymmetry, and etc.

The article provides a review of the legal nature of the smart-contract, its characteristics and specific features.

The author notes the rapid development of the blockchain technology and analyzes its impact on the development of civil law.

KEYWORDS: freedom of action; freedom of contract; efficiency; smart-contract, blockchain.

### *Die gesetzlichen Grundlagen*

Artikel 627 und 6 des ukrainischen Zivilgesetzbuches (UZGB) bestimmen mit begrüßenswerter Klarheit, dass jeder Mann und jede Frau frei sind zu entscheiden, ob, mit wem, worüber und mit welchem Inhalt sie einen Vertrag schließen. Die Vorschriften stellen klar, die Freiheit nicht durch den gesetzlichen Kanon der Vertragstypen eingeschränkt wird, dass mit anderen Worten auch Verträge verhandelt und abgeschlossen werden können, die nicht in den Gesetzen vorgesehen sind. Die einzigen Grenzen sind zwingende Normen, die sowohl Anforderungen an die subjektiven Qualitäten der Handelnden stellen können, zum Beispiel an die Geschäftsfähigkeit, wie sie in Artikel 24 ff/221 ff UZGB für physische Personen und Artikel 80 ff UZGB für juristische Personen definiert sind, oder die im Interesse Dritter oder der Gesellschaft der Freiheit objektive Grenzen setzen, zum Beispiel um Verstöße gegen die öffentliche Ordnung (Artikel 228 UZGB) oder sittenwidrige Geschäfte (Artikel 233 UZGB) zu verhindern oder auch um unfaire Vertragsbedingungen zu verhindern (Artikel 634 UZGB). In dieser Perspektive sind Artikel 203.1 und 215.1 UZGB einschränkend zu interpretieren: sie dürfen nicht so verstanden werden, dass Rechtsgeschäfte und Verträge auch den dispositiven Vorschriften des Gesetzes entsprechen müssen. Eine solche Interpretation würde den Artikeln 6 und 627 UZGB widersprechen und der Handlungsfreiheit unangemessene Schranken setzen.

Die Handlungsfreiheit ist weiter gefasst als die Vertragsfreiheit. Sie umfasst zum Beispiel auch einseitige Rechtsgeschäfte wie die in Artikel 1233 ff UZGB niedergelegte Freiheit, ein Testament zu errichten.

Insgesamt sind die privaten Handlungsfreiheiten durch die höherrangigen Normen der Verfassung der Ukraine garantiert und geschützt, insbesondere

Rolf Knieper

durch Artikel 41 bis 43, die das private Eigentum, die unternehmerische Tätigkeit und die Freiheit der Arbeit unter den besonderen Schutz der Verfassung stellen.

Das deutsche Zivilrecht unterscheidet sich im Ergebnis nicht grundsätzlich von den genannten ukrainischen Bestimmungen. Bei allen Abweichungen im Einzelnen ist die Vertragsfreiheit in den Grenzen bestimmter subjektiver und objektiver Voraussetzungen anerkannt, ebenso wie die weitergehende Handlungsfreiheit, die das Recht zur Errichtung von Testamenten umfasst. Diese im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) niedergelegten Freiheiten und ihre Grenzen werden mit dem Begriff der Privatautonomie zusammengefasst. Diese wird nach allgemeiner Auffassung im Prinzip als Teil der freien Entfaltung der Persönlichkeit und allgemeine Handlungsfreiheit verstanden und durch Artikel 2.1 des Grundgesetzes geschützt.

Allerdings ein Unterschied hervorzuheben. Das BGB enthält wie das UZGB Normen zur Geschäftsfähigkeit (§ 104 ff BGB), zum Nichtigkeit gesetzeswidriger und sittenwidriger Rechtsgeschäfte (§ 134/138 BGB), schützt vor unfairen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 ff BGB) und stellt andere zwingende Normen auf. Im Gegensatz zur Ukraine aber fehlen Normen, die die Prinzipien und die Grenzen der Vertragsfreiheit, der Handlungsfreiheit und der Privatautonomie ausdrücklich benennen und festlegen. Artikel 6 und 627 UZGB haben im deutschen BGB kein Äquivalent. Vielmehr werden die Prinzipien aus der Gesamtheit der Normen destilliert. Kein deutscher Jurist käme auf die Idee, die Geltung der Privatautonomie anzuzweifeln, weil die nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird. Sie wird mit der Handlungsfreiheit gleichgesetzt.

Im Folgenden will ich versuchen, die rechtshistorischen und rechtsphilosophischen Voraussetzungen der privaten Handlungsfreiheiten und der Privatautonomie darzustellen und die Gefahren, die ihnen mit der Digitalisierung drohen. Dabei werde ich die beiden Begriffe synonym verwenden.

#### *Die historischen und philosophischen Grundlagen*

Historisch sind die Prinzipien eng mit der Durchsetzung der Gewerbefreiheit verbunden, die in Deutschland mit § 1 der Gewerbeordnung von 1869 gesetzlich verankert wurde, in dem es bis heute heißt: 'Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet'. Damit war die die Gewerbefreiheit zunächst im Norddeutschen Bund und später in ganz Deutschland durchgesetzt, lange nach England, aber immerhin früher als in den meisten osteuropäischen Staaten.

Offensichtlich umschließt der Begriff der Gewerbefreiheit die Freiheit, Waren und Dienstleistungen zu produzieren und auf dem

Markt zu veräußern. Es ist für das Verständnis dieser Freiheiten und der Privatautonomie essentiell, sich in Erinnerung zu rufen, dass sie vor allen Dingen Kampfbegriffe waren, die sich gegen die ständische und feudale Geschäfts-, Handels- und Eigentumsordnungen richteten und deren vielfältige Bindungen, Beschränkungen aber auch Solidaritäten und ihre spezifische Rechtskultur überwinden wollten. Noch in den 'Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich' aus dem Jahre 1888 wird diese Stoßrichtung deutlich, wenn es heißt:

Bei dem Lehnsrechte <...> handelt es sich um Einrichtungen, welche einer längst vergangenen Gestaltung der politischen und wirthschaftlichen Verhältnisse ihre Entstehung verdanken. In den meisten Staaten ist die Gesetzgebung auf die Beseitigung dieser Institute bedacht gewesen. Die verbleibenden Reste derselben sind dem Absterben verfallen und deshalb zur Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geeignet<sup>1</sup>.

Nachdem nun auch in der Ukraine und den anderen post-kommunistischen Staaten die Gewerbefreiheit sich mehr oder weniger wenigstens als rechtspolitisches Konzept durchgesetzt hat und nachdem die kommunistischen Eigentumsformen mehr und mehr überwunden werden, die sich in einer paradoxen Weise an die Eigentumsformen des Feudalismus angelehnt hatten, um dem verhassten "bürgerlichen Eigentum" den Garaus zu machen<sup>2</sup>, könnte man meinen, dass auch hier die Privatautonomie als Prinzip des Zivilrechts durchgesetzt ist.

Eine solche Betrachtung greift meines Erachtens aber zu kurz. Sie vernachlässigt, dass es sich nicht lediglich um ein Problem der unvermeidlichen historischen Entwicklung handelt, sondern dass um die Durchsetzung der Freiheiten des Gewerbes, des Eigentums und des Vertrages deshalb so hartnäckig und aus tiefer Überzeugung gekämpft worden ist, weil sie gegenüber der vorherigen Gesellschaftsordnung auch als moralisch überlegen galten. In diesem Sinne ist daran zu erinnern, dass die privaten Freiheiten und Autonomien Kinder der Aufklärung sind, Teile eines umfassenderen Verständnisses von Freiheit und Emanzipation, das wirtschaftliche, aber auch politische und kulturelle Freiheiten in einem universalen Sinne umfasste. Bereits im Jahre 1577 hatte *de la Boétie* dazu aufgerufen der "freiwilligen Knechtschaft" zu entkommen, wie er das feudale System bezeichnet hatte<sup>3</sup>. Zweihundert Jahre später *definierte* Kant: 'Aufklärung ist der Ausgang der Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Sapere aude!

<sup>1</sup> Motive, *Band III* (Akademie der Wissenschaften 2014) 6.

<sup>2</sup> Zu der überraschenden Parallelität von feudalem und sowjetischem Eigentumsrecht vergleiche: R Knieper, *Gesetz und Geschichte* (1996) 201.

<sup>3</sup> Etienne de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire* (1577) (Rede von der freiwilligen Knechtschaft).

Rolf Knieper

Habe Mut, Dich Deines eigenen Verstandes zu bedienen'. Dazu 'wird nichts erfordert als Freiheit, <...> nämlich die, von seiner Vernunft in allen Stücken öffentlich Gebrauch zu machen'<sup>4</sup>.

Es scheint mir wichtig, diese beiden Wurzeln der Handlungsfreiheit und Privatautonomie zu betrachten, um die unterschiedlichen Sichtweisen auf sie zu verstehen.

Eine Auffassung betont die "gesellschaftlichen Funktionen der Institution" Privatautonomie. Bei der 'Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft - seit Beginn und nicht erst seit heute - [geht es um die] Steigerung von Möglichkeiten zur Erreichung von Leistungen'<sup>5</sup>.

Dieser Perspektive entspricht die neo-klassische ökonomische Theorie. Sie fragt, wie knappe Ressourcen am effizientesten "zur Produktion wertvoller Wirtschaftsgüter" eingesetzt und wie die produzierten Güter am effizientesten in der Gesellschaft verteilt werden können<sup>6</sup>. Sie entwickelt einen methodologischen und normativen Individualismus, wo jedermann legitimerweise die Mehrung seines eigenen Nutzens verfolgt und seine knappen Mittel zur Befriedigung dieses Nutzens und seiner Bedürfnisse einsetzt. Über die Richtigkeit ihrer Präferenzen schulden sie niemandem Rechenschaft. Allerdings setzt die Möglichkeit rationalen Handelns das Wissen darüber voraus, dass der Vollzug einer Güterauswahl Opportunitätskosten zur Folge hat und die Realisierung anderer Präferenzen verhindert, dass das Modell-Individuum über das zu erwerbende Gut, auch im Vergleich zu anderen Gütern, vollständig informiert ist, dass also die 'Wirtschaft von intelligenten, informationsverarbeitenden Wesen bevölkert ist'<sup>7</sup>, und dass die Realisierung der Präferenzen nicht durch Interventionen von Trägern öffentlicher oder privater Macht erschwert oder gar verhindert wird. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen und wenn zusätzlich alle Individuen vollständig informiert sind und sich rational verhalten, also als *homines oeconomici*, kommt ohne weiteres, ohne Planung, ohne Intervention eine optimale und effiziente Allokation der knappen Ressourcen zustande. Der Ort par excellence, auf dem die Präferenzen der Individuen sich realisieren, ist der Markt. Er ist ein sensibler und hoch flexibler Mechanismus, auf dem sich die aggregierte individuelle, d. h. die gesamtwirtschaftliche Nachfrage und das aggregierte individuelle, d. h. das gesamtwirtschaftliche Angebot treffen. Der Preis koordiniert die millionenfachen Entscheidungen der Nachfrager und Anbieter: Indem beide die für sie jeweils optimale Lösung suchen,

www.pravola.com.ua

<sup>4</sup> Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1783); zitiert nach I Kant, *Werke, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel* (1964) 53-5.

<sup>5</sup> N Luhmann, 'Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems' in *Der Staat* (1973) 1-16.

<sup>6</sup> Vergleiche statt vieler: P Samuelson, W Nordhaus, 'Volkswirtschaftslehre' [2007] 3(18) Auflage 20.

<sup>7</sup> Samuelson, Nordhaus (n 6) 983.

bewegen sich die Preise zu einem Punkt, in dem Angebot und Nachfrage im Gleichgewicht sind und der Markt geräumt wird.

Dieser Auffassung, die auf die Funktionalität und Effizienz des Marktes und der Privatautonomie orientiert ist, wird von einer anderen Schule aus der Perspektive des Freiheitsgedankens widersprochen. Nicht auf die Effizienz komme es an, sondern auf die "Selbstherrlichkeit" des Einzelnen in der "schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse"<sup>8</sup>. Wer die Funktionalität der Faktor-Allokation in den Vordergrund der Betrachtung der Privatautonomie stellt, habe auf den 'subjektiven Freiheitsgedanken keinen besonderen Wert gelegt'<sup>9</sup>, ja er trage dazu bei, 'ein System zu konstruieren, in dem jeder Einzelne in einer Art von sozialem Determinismus der ihm zugewiesenen Rolle entsprechend fungiert – oder richtiger: funktioniert'<sup>10</sup>. In dieser Sicht ist Privatautonomie Ausdruck der Freiheit jedes Einzelnen, die ihn legitimiert, seinem subjektiv bestimmten Willen entsprechend Rechtsgeschäfte zu schließen. Subjektivität lasse sich nicht auf ökonomische Kalkül reduzieren, sondern umfasse die 'Vielfalt der Affekte, der ästhetischen, ökonomischen, emotionalitätsbezogenen etc. Interessen'<sup>11</sup>. Auf eine Vernunft des Marktes komme es nicht an: '*stat pro ratione voluntas*'<sup>12</sup>.

Dieser lateinische Spruch kann unterschiedlich verstanden werden. Er könnte bedeuten, dass der Wille und die Vernunft in einem Konkurrenzverhältnis stehen und dass im Konfliktfall der Wille der Vernunft vorgeht; oder er könnte bedeuten, dass der Wille für die Vernunft steht, sie ihn repräsentiert. Für die erste Deutung gibt das moderne Zivilrecht immer weniger her. Es ist richtig, dass zum Beispiel § 133 BGB immer noch bestimmt, dass der "wirkliche Wille" zu erforschen ist und dass Artikel 213.3 UZGB auf die subjektiven Absichten der Parteien verweist, und dass bei Willens-Irrtümern eine Anfechtung die Wirksamkeit des fehlerhaften Willens beseitigen kann (Artikel 229 UZGB; § 119 BGB). Jedoch ist eine zunehmende und konsistente Tendenz zu beobachten, den Sinn und die Konsequenzen von menschlichen Akten zu objektivieren. Ich nenne einige Beispiele: Schon früh hat sich die englische Rechtspraxis entschieden, dass es bei einem Vertragsschluss mehr auf "*the existence of the external signs of agreement rather than subjective intentions*" ankommen solle, wie sie einem "*reasonable man*" erscheinen<sup>13</sup>. Im französischen Recht ist der *reasonable man* durch den *bon père de famille* ersetzt. Auch in Deutschland soll es auf den Horizont eines verständigen Empfängers und beim Vertrag auf die

<sup>8</sup> Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* 3. Aufl. (1979) 1.

<sup>9</sup> So Nörr, *Die Leiden des Privatrechts* (1994) 154.

<sup>10</sup> Picker, *Archiv für die civilistische Praxis* 183 (1983) 369, 504.

<sup>11</sup> So Struck in JuS 1993, S. 992ff/999; ebenso Williamson, *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus* (1990) 25.

<sup>12</sup> Flume (n 8) 6.

<sup>13</sup> J Cooke, D Oughton, *The Common Law of Obligations* (2nd ed, 1993) 27.

Verkehrssitte (§ 157 BGB) ankommen. Ent-Subjektivierungen bestimmen die Definition der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) ebenso wie Fahrlässigkeit (§ 276 BGB).

Bevor wir den "Niedergang des Willensprinzips"<sup>14</sup> beklagen, scheint es mir angemessen, die zweite mögliche Deutung des lateinischen Spruchs anzuschauen, gemäß der der Wille die Vernunft repräsentiert. Das führt zu den philosophischen Grundlagen der großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts, die die Prinzipien der Privatautonomie und der Willens- und Vertragsfreiheit eingeführt haben. Die Philosophie der Aufklärung und das in sie verwobene Vernunftrecht waren keineswegs der Auffassung, dass das 'Kennzeichnen der Freiheit <...> ihre Beliebigkeit' sei<sup>15</sup>. Vielmehr hatten *Kant* und *Hegel*, *Savigny* und *Jhering*, *Windscheid* und *Puchta* sicherlich in normativer Absicht, aber doch durchaus in einer nicht ganz abwegigen Realitätssicht für ihre Zeit betont, dass die Würde und Freiheit des Menschen "sittliche"<sup>16</sup> seien, dass der 'sittliche Mensch die Freiheit begehrt, weil er das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünscht', wobei das Recht die Tendenz habe, 'die Herrschaft des Gefühls <...> zu brechen'<sup>17</sup>. Freiheit ist nicht das Begehren, die Spontaneität, das Unberechenbare. Erst wer 'durch keine sinnlichen Bestimmungsgründe zum Handeln genötigt wird', ist frei und dies ist der Mensch nur, soweit er die Affekte durch die 'innere Gesetzgebung der Vernunft zügelt und auf diese Weise zu einem vernünftigen Wesen unter moralischen Gesetzen' wird<sup>18</sup>. Ethisches und juristisches Handeln, subjektives und objektives Recht, Wille, Freiheit und Verbindlichkeit decken sich: 'Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann'<sup>19</sup>.

Dass dies ein schwieriger "Prozess der Zivilisation" war, den *Norbert Elias* so nachdrücklich beschrieben hat<sup>20</sup>, und ein anspruchsvolles Programm für jeden Menschen, ist offensichtlich. Dass die sittlich verstandene Freiheit keineswegs ohne weiteres mit den 'natürlichen Leidenschaften, Zorn, Stolz und den Begierden aller Art'<sup>21</sup> im Einklang steht, hat der Begründer der Psychoanalyse deutlich beschrieben, weil immer wieder der 'unzugängliche Teil unserer Persönlichkeit... in mühsamer Erziehungs- und Kulturarbeit geformt werden muss, um dem Realitätsprinzip zum Durchbruch zu

<sup>14</sup> J Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag* (1981) 132.

<sup>15</sup> So aber zum Beispiel Ritgen, 'Vertragsparität und Vertragsfreiheit' (2002) *Juristenzeitung* 114, 117.

<sup>16</sup> Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Band, (1840) 55.

<sup>17</sup> Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852) Bd. II 1, 37, 131.

<sup>18</sup> Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821) § 33, 35, 40.

<sup>19</sup> I Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797) Werke, Vierter Band, 327.

<sup>20</sup> Elias, *Über den Prozess der Zivilisation* (1936).

<sup>21</sup> Hobbes, *Der Leviathan*, 17. Kapitel.

verhelfen' und das Lustprinzip 'einem Willen zu unterwerfen, der mit dem sozialen Geheiß identisch ist', denn das 'Motiv der menschlichen Gesellschaft ist im letzten Grunde ein ökonomisches'<sup>22</sup>.

Dieser Ausflug in die Philosophie und Psychoanalyse hat den Zweck zu dokumentieren, dass die Vertreter einer Lehre, die in der Privatautonomie des Zivilrechts die Verwirklichung subjektiver und beliebiger Freiheiten entdecken wollen und Überlegungen zu ihrer Effizienz zurückweisen, bestenfalls naiv sind und historisch nachbessern müssen. Objektivierungen, die Konstruktion eines einsichtigen Dritten, eines *reasonable man of sound mind and in ripe years, eines bon père de famille*, auf die Juristen und Gerichte ihre eigenen Vernunft-Vorstellungen projizieren, widersprechen den Grundlagen der Privatautonomie nicht, um die Beliebigkeit des Willens in den Griff zu bekommen. Auch die Rechtsformen entsprechen 'sämtlich einem ersten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethischen Interesse, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten sie keinen Raum'<sup>23</sup>.

Damit ist auch eine Antwort auf die höchst streitige Frage gefunden, ob die Willenserklärung und der Vertrag Rechtsquellen seien. Sie sind es nicht. Der deutsche Rechtsphilosoph Radbruch hat die pandektistische Lehre des 19. Jahrhunderts<sup>24</sup> mit dem schönen Satz zusammengefasst: 'Nicht der Wille bindet, sondern auch soweit die Verbindlichkeit des Vertrages an den Willen gebunden ist, ist sie an ihn gebunden durch das Gesetz'<sup>25</sup>.

Vor über 40 Jahren habe ich gemeinsam mit *Gunnar Heinsohn* und *Barbara Knieper* begonnen darüber nachzudenken, dass die Personen, die bereit waren, der Vernunft Vorrang vor ihren Leidenschaften einzuräumen und das "Realitätsprinzip" anzuerkennen, überwiegend und regelmäßig in patriarchalischen Familien geformt worden sind. Diese waren um das Eigentum des Mannes herum geformt, deren produktive Bearbeitung den Vätern und Müttern, Söhnen und Töchtern Freiheit und Zwang als Einsicht in die Notwendigkeit auferlegten, aber auch eine Existenz sicherten. Die in der Familie sich vollziehende Zurichtung auf funktionsfähige Verwalter des Eigentums und auf Mutterschaft und Erziehungsaufgaben war sicherlich kein Reich der Freiheit, aber sie sicherte Existenzen.

Diese Form der gesellschaftlichen Organisation des Lebens ist jedenfalls in den Ländern, in denen Privatautonomie gilt, im Verschwinden begriffen. Die ganz überwiegende Mehrheit der Menschen sichert ihre Existenz durch Lohnarbeit. Diese dramatische soziale Umwälzung hat die patriarchalische

<sup>22</sup> Freud, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse* (1917) zitiert nach: Gesammelte Werke Bd. XI (1969) 322, 368.

<sup>23</sup> Jhering (n 17) 344.

<sup>24</sup> Dazu im Einzelnen: Knieper (n 2) 119.

<sup>25</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. (1963) 246.

Rolf Knieper

Familie obsolet gemacht. Sie wird noch von vielen Männern und Frauen verteidigt, sicher aus religiösen Gründen und wohl auch, weil ihr Verschwinden nicht nur als Befreiung vom patriarchalischen Joch verstanden wird (das auch), sondern auch Angst macht. Der Prozess aber ist nicht aufzuhalten. Das belegen die Scheidungen ebenso wie die "Ehe für Alle" und andere progressiv genannte Phänomene<sup>26</sup>.

Ich war und bin der Auffassung, dass die veränderten Lebensbedingungen nicht ohne Auswirkung auf die Erziehung und Zurichtung von Kindern bleiben können, die mehr und mehr in gesellschaftliche Einrichtungen verlagert werden, wo zwischen Erziehenden und Kindern kein individueller existentieller Zusammenhalt existiert. Es ist keineswegs ausgemacht, dass die Produkte dieser Erziehungsarbeit weiterhin 'die Freiheit begehren, weil sie das Gute aus eigenem Antrieb zu tun wünschen' und das Lustprinzip einem sozialen Geheiß unterordnen.

Vor über 20 Jahren habe ich mich deshalb auf die Suche nach Alternativen gemacht, die in der Literatur angeboten werden, um die traditionelle Verknüpfung von Vernunft und Freiheit neu zu bestimmen.

Ich war auf die Überlegung gestoßen, das individualistische Element der Privatautonomie um eine kollektive, soziale Komponente zu ergänzen, ohne das Grundkonzept der Autonomie anzugreifen. Im Ergebnis stehe eine Ethik der Verantwortung, Kooperation, Solidarität und gesellschaftlicher Integration<sup>27</sup>.

Ich war auf die davon abweichende Meinung gestoßen, gemäß der von einer individualistisch-metaphysischen auf eine objektiv-realistische Rechtskonzeption überzugehen sei, und die "schöne Poesie" der Privatautonomie und subjektiven Rechte fallenzulassen sei zugunsten der wissenschaftlichen Einsicht in die Pflichtenorientiertheit des Privatrechts. In diesem Geflecht sei der Eigentümer, der Vertragspartner als "öffentlicher Funktionär" zu verstehen, der eine soziale Aufgabe erfülle<sup>28</sup>.

Aus einer anderen Perspektive, nämlich einer "Diskurstheorie des Rechts", wird vorgeschlagen, die Dimension der privaten Autonomie durch eine öffentliche zu erweitern und die Staatsbürger-Autonomie zur privaten als "gleichursprüngliche" zu betrachten<sup>29</sup>. Dies verbindet sich mit der Auffassung, dass zwei Welten existieren, nämlich eine System-Welt der Objekte und

<sup>26</sup> G Heinsohn, R Knieper, *Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang*, 2. Aufl. (1976); G Heinsohn, B Knieper, *Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik* (1975).

<sup>27</sup> Vergleiche etwa: Köndgen (n 14) 144, 270; Eike Schmidt, *Juristenzeitung* (1980) 153; ausführlicher Knieper (n 2) 170.

<sup>28</sup> Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon* (1920); ausführlicher Knieper, (n 2) 172.

<sup>29</sup> Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992); ausführlicher Knieper (n 2) 175.

Objektivierungen, und eine Lebenswelt als ein Ort gelebter Intersubjektivität und Autonomie<sup>30</sup>.

Auf Max Weber endlich geht die Einsicht zurück, dass der gesellschaftliche Austausch über Kontraktbeziehungen nicht zu einer 'Zunahme der individuellen Freiheit in der Bestimmung der Bedingungen der eigenen Lebensführung' geführt habe, sondern zur 'Zunahme der zwangsmäßigen Schematisierung der Lebensführung'. Daraus entwickle sich eine sich eine Materialisierung des Rechts im Sinne der 'Durchschnittsauffassung der Interessenten, also eines generellen und sachlich geschäftlichen Merkmals'<sup>31</sup>.

Ich selbst habe damals gemeint, Bemühungen zu entdecken, 'um Steuerung und Berechenbarkeit weiter zu verfeinern, ja den Menschen tendenziell vollständig aus dem Prozeß der Güterbewegungen und Risikozurechnungen auszuschließen, in denen er ohnehin zunehmend als Störfaktor wahrgenommen wird'<sup>32</sup>. Mir hat sich nicht erschlossen, aus welcher psychischen Disposition und materiellen Quelle sich organische Solidaritäten oder Lebenswelten speisen sollten.

#### *Algorithmen als Freiheitersatz?*

Die Problematik der Autonomie, der individuellen Rationalität und der gesellschaftlichen Notwendigkeit des Warenumschlags bleibt deshalb aktuell. Ich halte es nicht für zufällig, dass in den letzten Jahrzehnten in den Wirtschaftswissenschaften die Schule der "behavioural economics" enorm an Boden gewonnen hat und dass einer ihrer prominenten Vertreter, Richard Thaler, 2017 den Nobelpreis für Ökonomie gewonnen hat<sup>33</sup>. Dieser erklärt, dass es Zeit sei, die Idee einer 'fiktiven Kreatur namens *homo oeconomicus*' mit seine Rationalitäten aufzugeben und durch die Einsicht zu ersetzen, dass wirkliche Menschen, "*humans*", den Markt bevölkern<sup>34</sup>. In verschiedenen kognitiven Systemen verortet er sie eher im "automatischen System" das durch die Merkmale 'unkontrolliert, mühelos, assoziierend, schnell, unbewusst und erlernt' charakterisiert ist, im Gegensatz zum 'reflektierenden System', für das die konträren Merkmale 'kontrolliert, angestrengt, deduzierend, langsam, bewusst und regelgeleitet' gelten. Es komme darauf an, die *humans* mit Methoden eines "ibertären Paternalismus"<sup>35</sup>, also sanften "*nudges*", zu klugen Entscheidungen zu bringen, selbstverständlich zum eigenen und gesellschaftlichen Besten. Dazu gehören lohnende Investitionsentscheidungen,

<sup>30</sup> Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns* (1981) 173, 548.

<sup>31</sup> Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), Zweiter Teil Kapitel VII, § 3 und 8; ausführlicher Knieper (n 2) 178.

<sup>32</sup> Knieper (n 2) 112.

<sup>33</sup> Thaler, *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics* (2015).

<sup>34</sup> *Ibid* 4.

<sup>35</sup> Thaler, Sunstein, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt* (2008, deutsch 2011) 14.

Rolf Knieper

die Aufnahme von Krediten zu günstigen Bedingungen, gesunde Ernährung, die Schonung der Umwelt, ein Konsum, der das individuelle Budget nicht übersteigt und die Familie nicht ins Elend stürzt, gemäßigter Alkoholgenuss, eine Zunahme der Organspenden und Vieles mehr, gegen das eigentlich niemand etwas haben kann<sup>36</sup>.

In der Aufklärungsphilosophie war die Freiheit legitimiert, weil der in der patriarchalischen Familie geformte *reasonable man* die Gebote der Vernunft durch internalisierte Selbst-Kontrolle vollstreckte. Dieser familiäre Paternalismus zerbröselt. Etwas muss an seine Stelle treten, um die Dynamik, Effizienz und Dauerhaftigkeit der Faktorallokation über Marktbeziehungen zu erhalten, die sich in Privatautonomie vollziehen. Die *behavioural economics* weisen einen Ausweg. Der neue, libertär genannte Paternalismus der ökonomischen Wissenschaft ersetzt den defunken *pater familias* und die durch ihn organisierte internalisierte Selbst-Kontrolle durch eine externalisierte Außen-Kontrolle und "Entscheidungs-Architektur" (Thaler), in ständiger Anleitung, Korrektur und Orientierung. An der formalen Organisation der Marktbeziehungen durch privatautonom geschlossene Verträge ändert sich nichts.

Parallel zu diesen theoretischen Überlegungen entwickeln sich Instrumente der externalisierten Außen-Kontrolle, die anscheinend begeistert und freiwillig von Milliarden von Menschen auf dem Globus aufgenommen wird. Die Rede ist von den sozialen Netzwerken, auf denen die genannten Milliarden Menschen sich tummeln und die von einigen wenigen privat organisierten Unternehmen betrieben werden, die alle schwindel-erregende Börsen-Notierungen verzeichnen.

In den Netzwerken breiten die Menschen ihre Erlebnisse, ihre Gefühle, Träume und Bedürfnisse aus; sie zeigen ihre Urlaubsbeschäftigungen, ihre Anschaffungen, ihre Häuser, Autos, Motorräder und Haustiere; sie offenbaren ihre Träume, Wünsche, Zukunftspläne und Ausbildungsgänge. Auch außerhalb der Netzwerke hinterlassen die Menschen tiefe Spuren "im Netz", wenn sie mit Kreditkarten einkaufen, elektronisch shoppen und Bankgeschäfte tätigen, Serviceleistungen anfordern.

Es entsteht eine ungeheure Datenmenge, *big data*, die es gewerblich tätigen Unternehmen erlaubt, über jeden Menschen genaue Profile anzulegen, aus denen sich politische und sexuelle Orientierungen ebenso ergeben wie ihre Konsum-Bedürfnisse und Gewohnheiten, Präferenzen und die Prioritäten, die sie beim Einsatz ihrer finanziellen Mittel bedienen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Profile ein realistischeres Bild des *human* zeichnen als dieser selbst es von sich hat. Die Profile werden in einem unablässigen Strom

www.pravoua.com.ua

<sup>36</sup> Thaler, Sunstein, *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt* (2008, deutsch 2011) 14.

von individualisierten Werbe-Aussagen, Kauf-Empfehlungen, Produkt-Warnungen, Reise-Planungen und Sinn-Deutungen an den Menschen zurückgegeben. Dies sind wechselseitig sich verstärkende Prozesse, welche wiederum die Orientierungen und die Profile schärfen, wenn und weil sie befolgt werden. Dass sie befolgt werden, lässt sich unschwer daran erkennen, dass sich eine außerordentliche Gleichförmigkeit des Konsum-, Urlaubs-, Freizeit-Verhaltens und ein Massengeschmack beobachten lässt, und dies in einer Zeit, die gleichzeitig als Zeitalter eines immer stärkeren Individualismus vorgestellt wird. Alle kaufen und verkaufen dasselbe, geleitet von sozialen Netzwerken, *influencern*, *coaches*, anderen Gleichmachern und in dauernder Außen-Kontrolle, aber sie tun es formal in Privatautonomie. Im Ergebnis ist der Markt geräumt.

Hat es nicht Werbung, Beeinflussung, soziale Kontrolle nicht immer schon gegeben? Gewiss, nur scheint mir eine Stufe der Unentrinnbarkeit erreicht, die es noch nicht gab. In der Sprache der *behavioural economics* lässt sich vielleicht sagen, dass die *humans* immer mehr das Profil des *homo oeconomicus* erhalten, dessen fiktive Erscheinung in subtiler und offensichtlich zwangloser elektronischer externalisierter Außenkontrolle zur Realität mutiert. Big *data* autonomisiert sich zu *big daddy*, der orientiert, steuert, kontrolliert und mit der Gesichtserkennung dafür sorgt, dass niemand entrinnt. Er trifft dabei auf Individuen, die tendenziell weder durch einen realen noch einen spirituellen Vater zur Selbst-Reflexion, Selbst-Beherrschung und Selbst-Kontrolle angeleitet sind.

Mir scheint, dass die Entwicklung bei weitem nicht abgeschlossen ist. Im Moment wird mit großem intellektuellem und finanziellem Aufwand an der Verfeinerung von sogenannten *smart contracts* gearbeitet, die wiederum im Dienste des Individuums dieses von der Last des Misstrauens, der Unsicherheit, der Informations-Asymmetrie, des Wählen-Müssens und der Durchsetzung von Rechten befreien sollen und das individuelle Beste mit dem gesellschaftlich Besten in Harmonie bringen sollen.

Viel ist im Moment noch ungeklärt und in Diskussion. Die Geschwindigkeit der Entwicklung der *blockchain* Technologie lässt aber erwarten, dass schon bald praktische Experimente beginnen.

Der *smart contract* wird bisweilen, zum Beispiel im GIZ Rechtsberatungsprojekt in Georgien, definiert 'als essentially agreements between two or more parties expressed in computer code rather than human language. Their major perceived advantage over traditional contracts is that they can be programmed to be self-executing and in some cases even self-enforcing'<sup>37</sup>. Ähnlich heißt es bei *Manfred Fries*:

<sup>37</sup> Maupin, *GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) 9 (Fußnoten ausgelassen)  
Ich bedanke mich bei Thomas Meier für den Hinweis auf diese und andere Literatur.

Parteien speisen ihre wichtigsten vertraglichen Pflichten wie auch die Folgen von Pflichtverletzungen oder Änderungen vertragswesentlicher Rahmenbedingungen bei Vertragsschluss in eine Software ein. Gleichzeitig verbinden sie die Software mit Datenquellen, die es ihr ermöglichen, solche Ereignisse automatisch zu erkennen<sup>38</sup>.

Während diese Definitionen von einem Vertrag, das heißt übereinstimmenden Willenserklärungen von Parteien in codierter Form ausgehen, heißt es an anderer Stellen, es handele sich beim *smart contract* um 'computerized instructions to do something (e.g., buy a stock) if something else is true (the price of the stock has dropped below \$ 10)'<sup>39</sup>. Es mag sein, dass sich hierin die traditionellen Unterschiede zwischen dem common law und dem kontinentalen Recht spiegeln: während das erste vom "promise", vom Versprechen einer Person gegenüber einer anderen ausgeht, nimmt das zweite von einer gemeinsamen vertraglichen Bindung ihren Ausgang. Wie immer das auch sei, meine argumentativen Zwecke werden durch die Definition von *Casey* und *Vigna* erleichtert.

Die Anhänger der *smart contracts* prognostizieren ein Potential, das sich erschließt, wenn die Bedeutung und das Gewicht von Transaktionskosten für das Funktionieren der Privatautonomie erfasst werden. Bereits *Ronald Coase* und später *John Wallis* und *Douglass North* haben erarbeitet, dass es eine "wirklichkeitsfremde Annahme" sei zu glauben, dass 'Markttransaktionen nicht mit Kosten verbunden sind'. Diese entstehen vor den Verhandlungen von Verträgen, während ihres Abschlusses, während der Durchführung und unter Umständen als Folge ihrer Nichterfüllung<sup>40</sup>. In einer idealen Welt, in der 'das Preissystem funktioniert (das heißt strenggenommen dass dieses ohne Kosten arbeitet)<sup>41</sup>, in der sich also Geschäftsbeziehungen, Austauschprozesse und Verhandlungen auf dem Markt ohne Kosten für die Beteiligten vollziehen, sorgt der Markt selbst für eine 'Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Wohls durch eine nutzenmehrende Allokation der zur Verfügung stehenden Ressourcen'<sup>42</sup>. In dieser idealen Welt kommt es für die optimale Faktorallokation auf die Zuweisung von individuellen Handlungsrechten und *property rights* nicht an.

<sup>38</sup> Fries, 'SmartContracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?' in *Anwaltsblatt* (2018) 86.

<sup>39</sup> Michael Casey and Paul Vigna, 'In blockchain we trust' (*MIT technology review*, April 9, 2018) <<https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>> (accessed 12.12.2018).

<sup>40</sup> Coase, 'The Problem of Social Cost' (1960) *Journal of Law and Economics*; deutsch: 'Das Problem der sozialen Kosten', in Assmann, Kirchner, Schanze (Herausgeber), *Ökonomische Analyse des Rechts* (1993) 131, 148; J Wallis, D North, 'Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970' in Engerman, Galman (eds), *Long Term Factors in American Economic Growth* (1986) 95-148, 198.

<sup>41</sup> Coase (n 40) 133.

<sup>42</sup> Vgl. die 'Beschreibung und Analyse bei Felix Müller, *Ökonomische Theorie des Rechts*' in Buckel, Christensen, Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts* (2009) 351, 355.

Wenn das Instrument des *smart contract* erst einmal völlig ausgereift ist und durch eine signifikante Gruppe von Marktteilnehmern genutzt wird, verspricht er eine radikale Senkung von Transaktionskosten. Wenn eine "Instruktion", ein Handlungsversprechen und die mit ihm verbundenen Modalitäten für die Erfüllung und die Folgen der Nichterfüllung codiert und auf dem dezentralisierten Netzwerk der *blockchain* gespeichert sind, und wenn das Versprechen mit Datenquellen verbunden ist, die seinen Inhalt automatisch erkennen und mit anderen Inhalten verbinden, ergeben sich umfassende Möglichkeiten. Verträge können automatisch (*self-executing*) zustande kommen und nicht mehr verändert werden; mit einer Verbindung zu einer blockchain Krypto-Währung können die Geldleistungen automatisch vollzogen werden; die Konsequenzen einer Leistungsstörung können automatisch (*self-enforcing*) durchgesetzt werden. Transaktionskosten für das Zustandekommen des Vertrages, sein Monitoring und seine Erfüllung entstehen nicht. Menschlicher Eingriffe bedarf es nicht. Sie sind auch unerwünscht und nur in einem aufwändigen Verfahren möglich.

Allerdings scheint es, dass der Beginn des Prozesses, die erste Speicherung und Codierung, von menschlichen Marktteilnehmern initiiert werden muss. Auch das aber mag eines Tages überflüssig werden. Ich komme zurück auf die durch den Einsatz von Algorithmen möglich gewordene Aufzeichnung und Definition jedes Menschen in einem Profil, das auch handlungs-orientierende Wirkung entfaltet und es erlaubt, den sanften "nudge" des neuen libertären Paternalismus korrekt anzusetzen. Warum sollte dieser Anstoß nicht auch so computerisiert werden, dass er die Rationalität des Warentausches im Dienste einer optimalen Faktorallokation automatisch mit Hilfe von Algorithmen in Gang setzt, zum errechneten Besten des gesellschaftlichen Wohles? Schon heute wird von einer globalen Synchronisierung von Erwartungen und Gefühlen gesprochen. Der reale "human" würde mit dem bisher fiktiven *homo oeconomicus* tatsächlich zu einer neuen Realität verschmelzen. Ich habe darauf keine Antwort.

Mit oder ohne die Erfassung dieses ersten Gliedes im Zustandekommen und in der Abwicklung einer Transaktion lässt sich unschwer erkennen, dass das Zusammenspiel von der jetzt bereits sehr realen Formung und Profilierung der Menschen in computerisierten Modellierungen und der sich ausbreitenden Nutzung von *smart contracts* die Konzeption der privaten Handlungsfreiheiten, wie sie den großen Kodifikationen des BGB ebenso wie des UZGB oder dem *common law of obligations and of property* zugrunde liegt, weitgehend umkrepelt. Normen über das individuelle Aushandeln und Abschließen von Verträgen, ihre Erfüllung und Durchsetzung, Rechtsfolgen bei Vertragsstörungen, über die Beweislast werden ebenso überflüssig wie diejenigen, die sich mit ihrer Entstehung und Wirkung beschäftigt haben.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Cooke J Oughton D, *The Common Law of Obligations* (1993) (in English).
2. Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé depuis le Code Napoléon [General Transformations of Private Law since the Napoleonic Code]* (1920) (in French).
3. Eike Schmidt, *Juristenzeitung* (1980) (in Deutsch).
4. Elias, *Über den Prozess der Zivilisation [About the process of civilization]* (1936) (in Deutsch).
5. Etienne de la Boétie, *Discours de la servitude volontaire [Speech of voluntary servitude]* (1577) (in French).
6. Flume W, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts [General part of civil law]* (1979) (in Deutsch).
7. Freud, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse [Lectures on the introduction to psychoanalysis]* (1917) (in Deutsch).
8. Habermas, *Faktizität und Geltung [Factuality and effectiveness]* (1992) (in Deutsch).
9. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns [Theory of communicative action]* (1981) (in Deutsch).
10. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts [Principles of the philosophy of law]* (1821) (in Deutsch).
11. Heinsohn G Knieper B, *Theorie des Kindergartens und der Spielpädagogik [Theory of kindergarten and play education]* (1975) (in Deutsch).
12. Heinsohn G Knieper R, *Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang [The theory of family law. Change of gender roles, child neglect, declining fertility]* (1976) (in Deutsch).
13. Hobbes, *Der Leviathan*, 17. Kapitel (in Deutsch).
14. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung [Spirit of Roman law at the various stages of its evolution]* (1852) (in Deutsch).
15. Kant I, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1783) (in Deutsch).
16. Kant I, *Die Metaphysik der Sitten [The metaphysics of morals]* (1797) (in Deutsch).
17. Kant I, *Werke, Sechster Band, herausgegeben von Wilhelm Weischel* (1964) (in Deutsch).
18. Knieper R, *Gesetz und Geschichte [Law and history]* (Baden-Baden 1996) (in Deutsch).
19. Köndgen J, *Selbstbindung ohne Vertrag [Self-commitment without contract]* (1981) (in Deutsch).
20. Maupin, *Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) (in English).
21. Maupin, *GIZ Georgia/NAPR Blockchain Land Registry Legal Roadmap* (2017) 9 (Fußnoten ausgelassen) (in Deutsch).
22. Motive, *Band III (Akademie der Wissenschaften 2014)* (in Deutsch).
23. Nörr S, *Die Leiden des Privatrechts [The sufferings of private law]* (1994) (in Deutsch).
24. Picker, *Archiv für die civilistische Praxis 183* (1983) (in Deutsch).
25. Radbruch, *Rechtsphilosophie [Legal philosophy]* (1963) (in Deutsch).

26. Samuelson P Nordhaus W, *Volkswirtschaftslehre [Economics]* (2007) (in Deutsch).
27. Samuelson P, Nordhaus W, 'Volkswirtschaftslehre' 3(18) Auflage (2007) (in Deutsch).
28. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts [System of today's Roman law]* (1840) (in Deutsch).
29. Thaler Sunstein, *Wie man kluge Entscheidungen anstößt [How to initiate smart decisions]* (2011) (in Deutsch).
30. Thaler, *Misbehaving – The Making of Behavioural Economics* (2015) (in English).
31. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft [Economy and society]* (1922) (in Deutsch).

*Edited books*

32. 'Beschreibung und Analyse bei Felix Müller, Ökonomische Theorie des Rechts' in Buckel Christensen Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts [New theories of law]* (2009) (in Deutsch).
33. 'Das Problem der sozialen Kosten', in Assmann, Kirchner, Schanze (Herausgeber), *Ökonomische Analyse des Rechts* (1993) (in Deutsch).

*Journal articles*

34. Coase, 'The Problem of Social Cost' (1960) *Journal of Law and Economics* (in English).
35. Fries, 'Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte?' (2018) *Anwaltsblatt* (in Deutsch).
36. Luhmann N, 'Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems' ['Political Constitutions in the Context of the Social System'] (1973) *Der Staat* (in Deutsch).
37. Ritgen, 'Vertragsparität und Vertragsfreiheit' (2002) *Juristenzeitung* 114 (in Deutsch).
38. Wallis J North D C, 'Measuring the Transaction Sector in the American Economy 1870-1970' (1986) *Long Term Factors in American Economic Growth* (in English).

*Websites*

39. Casey M and Vigna P, 'In blockchain we trust' (*MIT technology review*, April 9, 2018) <<https://www.technologyreview.com/s/6/10781/in-blockchain-we-trust>> (accessed: 12.12.2018).

Рольф Кніпер

ПОНЯТТЯ СВОБОДИ ДІЙ В УКРАЇНСЬКОМУ  
ТА НІМЕЦЬКОМУ ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню свободи дій та свободи договору у цивільному праві України й цивільному праві Федеративної Республіки Німеччина.

Автором детально досліджено положення цивільного законодавства України, зокрема статей 6 та 627 Цивільного кодексу України (ЦК України), якими визначено зміст принципу свободи договору.

Встановлено, що єдиними межами договірної свободи є імперативні норми, якими можуть встановлюватись як особливі вимоги до суб'єктного складу конкретного

Rolf Knieper

договірному правовідношенню, так і обмеження, пов'язані з необхідністю дотримання прав та інтересів третіх осіб, а також публічного порядку.

За результатами проведеного дослідження автор доходить висновку, що свобода дій є ширшою, ніж свобода договору, оскільки нею охоплюються також, наприклад, односторонні правові операції, такі як свобода встановлення заповіту тощо. Водночас під “свободою договору” мається на увазі низка потенційних можливостей учасників конкретного договірному правовідношенню.

Констатується, що у досліджуваній проблематиці німецьке цивільне право принципово не відрізняється від українського. Зазначається, що свобода дій та свобода договору, а також їх обмеження, передбачені Німецьким цивільним уложенням (*BGB*), узагальнено концепцією приватної автономії (як правило, йдеться про складову вільного розвитку особистості та загальної свободи дій).

Водночас, на думку автора, статті 6 та 627 ЦК України не мають еквіваленту у Німецькому цивільному уложенні, оскільки *BGB* не містить жодних норм, що визначають принципи і межі свободи договору, свободи дій і приватної автономії.

Здійснено спробу представити юридико-історико-правові філософські передумови приватної свободи дій та приватної автономії, а також небезпеки, які загрожують їм діджиталізацією.

На думку автора, бажання виявити у приватній автономії цивільного права реалізацію суб'єктивних свобод і відкинути роздуми про ефективність, не відповідають сучасному стану розвитку суспільства та правової системи.

Особливу увагу у приватноправовому регулюванні приділено категорії “ефективність”. Так, зазначається про існування тенденції до сприйняття науковою спільнотою, законодавцем та органами судової влади основних положень вчення, що отримало назву “економічний аналіз права”.

Об'єктивність і розробка концепції розумного учасника правовідносин, на яких юристи та органи судової влади проєктують свої власні раціональні ідеї, на думку автора, не суперечать основам приватної автономії.

Окрема увага звертається на розвиток *smart*-контрактів, які, на переконання автора, допомагають учасникам цивільних правовідносин звільнитися від недовіри до контрагента, незахищеності суб'єктивних прав та інтересів, інформаційної асиметрії тощо.

Досліджено правову природу *smart*-контракту, його ознаки та особливості.

Автор констатує стрімкість розвитку технології блокчейну та аналізує її вплив на розвиток цивільного права.

Ключові слова: свобода дій; свобода договору; ефективність; смарт-контракт, блокчейн.